

REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

número 2
desembre 2024
revista semestral

ISSN: 2938-5733

SOCIETAT
CATALANA
SCEJ
D'ESTUDIS
JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT
D'ESTUDIS CATALANS



Institut
d'Estudis
Catalans

REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

NÚMERO 2
DESEMBRE 2024
REVISTA SEMESTRAL

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS
FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2024

Amb la col·laboració de:



Aquesta revista és accessible en línia des de la pàgina <https://revistes.iec.cat/index.php/RCAP>

© dels autors dels articles

© 2024, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, per a aquesta edició

Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Text revisat lingüísticament per Montse Marès Torras

Compost per Vicenç Ferreres Plans

ISSN: 2938-5733



Els continguts de la REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text o en el material gràfic— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya (by-nc-nd) de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>. Així doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci un ús comercial ni cap obra derivada.

JUNTA DE GOVERN DE LA SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

Josep M. Vilajosana i Rubio (president)
Mariona Serdà Cabré (vicepresidenta primera)
Francesc Torrent Cufí (vicepresident segon)
Josep Cruanyes i Tor (tresorer)
Pilar Rebaque Mas (secretària)
Xavier Genover i Hugueta, Judith Gifreu Font, Oriol Sagarra i Trias i Josep Serrano Daura
(vocals)

CONSELL EDITORIAL

Judith Gifreu Font (directora)
Sílvia Carmona Garias (secretària)
Jose Antonio Alamillo Blanca (secretari)

CONSELL DE REDACCIÓ

Maria Àngels Arróniz Morera de la Vall, de la Generalitat de Catalunya
Josep Ramon Barberà Gomis, de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés
a la Informació Pública
Xavier Boltaina Bosch, de la Universitat Oberta de Catalunya
Joaquim Brugué Torruella, de la Universitat de Girona
Anna Carbonell Roura, del Consell de Garanties Estatutàries
Aranzazu Colom Nart, de la Generalitat de Catalunya
Mercè Corretja i Torrens, de la Generalitat de Catalunya
Roger Cots Valverde, de l'Ajuntament de Sant Feliu de Llobregat
Helena Mora Balcells, de la Comissió Jurídica Assessora
Joan Anton Font Monclús, de l'Ajuntament de Tarragona
Josep Ramon Fuentes Gasó, de la Universitat Rovira i Virgili
Marta Franch Saguer, de la Universitat Autònoma de Barcelona
Josep Maria Sabaté Vidal, de la Diputació de Tarragona
Xavier Urios Aparisi, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades

CONSELL ASSESSOR

Vicenç Aguado Cudolà, de la Universitat de Barcelona
Enoch Albertí i Rovira, de la Universitat de Barcelona
Mercè Barceló i Serramalera, de la Universitat Autònoma de Barcelona
Andrés Boix Palop, de la Universitat de València
Lucía Casado Casado, de la Universitat Rovira i Virgili
Mercè Castillo Solsona, de la Universitat de Lleida
Agustí Cerrillo Martínez, de la Universitat Oberta de Catalunya
Neus Colet Aran, de la Generalitat de Catalunya
Tomàs Font Llovet, de la Universitat de Barcelona
Xavier Forcadell Estellés, de la Diputació de Barcelona
Alfredo Galán Galán, de la Universitat de Barcelona
Alfonso González Bondia, de la Universitat Rovira i Virgili
Pablo Herráez Vilas, de l'Agència Catalana de l'Aigua
Jordi Jaria Manzano, de la Universitat Rovira i Virgili
Maria Esther Jordana Santiago, de la Universitat de Girona
Susanna Marín Dios, de la Generalitat de Catalunya
Oriol Mir Puigpelat, de la Universitat Pompeu Fabra
Belén Noguera de la Muela, de la Universitat de Barcelona
Montserrat Pareja Eastaway, de la Universitat de Barcelona
Joan Lluís Pérez Francesch, de la Universitat Autònoma de Barcelona
Juli Ponce Solé, de la Universitat de Barcelona
Eva Pons i Parera, de la Universitat de Barcelona
Isabel Pont Castejón, de la Universitat Autònoma de Barcelona
Carles Ramió Matas, de la Universitat Pompeu Fabra
Joan Ridaó Martín, de la de la Universitat de Barcelona
Petra Saiz Antón, de l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat
Laura Salamero Teixidó, de la Universitat de Lleida
Víctor Siles Marc, del Consell Comarcal del Vallès Oriental
Carmen Torres Morales, de l'Ajuntament de Barcelona
Joan Manuel Trayter Jiménez, de la Universitat de Girona
Joaquín Tornos Mas, de la Universitat de Barcelona
Clara Velasco i Rico, de la Universitat Pompeu Fabra
Jaume Vernet i Llobet, de la Universitat Rovira i Virgili
Josep Maria Vilajosana i Rubio, de la Universitat Pompeu Fabra
Joan Vintró Castells, de la Universitat de Barcelona

SUMARI

Editorial	9
MONOGRÀFIC:	
TECNOLOGIES DISRUPTIVES I DRET ADMINISTRATIU: COM HEM D'ACTUAR?	
El nou marc europeu d'identitat digital i el seu impacte en les administracions públiques catalanes, <i>per Ignacio Alamillo Domingo</i>	13
Transparència, bona administració i tecnologies disruptives: anàlisi del <i>nudging</i> , dels neurodrets i de la intel·ligència artificial des de la transparència i el dret a una bona administració, <i>per Francesc Mancilla i Muntada</i>	37
Els riscos per a la privacitat en un entorn tecnològic generatiu. Un cas d'ús: les ciutats intel·ligents (<i>smart cities</i>), <i>per Xavier Urios Aparisi</i>	83
L'actuació de les administracions públiques per a protegir els menors en l'entorn educatiu davant les noves tecnologies, <i>per Lorena Elvira Ayuso</i>	119
MISCEL·LÀNIA	
Límits i alternatives al sistema de contractació pública per a la provisió de béns i serveis a les administracions públiques. Adquisició de medicaments, serveis socials i serveis jurídics de representació i defensa, <i>per Mercè Corretja Torrents</i>	143
Prudència o discrecionalitat a propòsit de les decisions sobre l'admissió dels recursos d'empara: tendència actual de la jurisprudència constitucional, <i>per Berta Bernad Sorjús</i>	175
La notificació electrònica: règim jurídic i problemes pràctics, <i>per David Cabezuelo Valencia</i>	215

Aspectes que cal considerar en relació amb els efectes tributaris dels expedients cadastrals d'esmenes de discrepàncies, <i>per Cristina A. López Suárez</i>	251
LEGISLACIÓ	
Recull normatiu <i>per Aranzazu Colom Nart</i>	271
JURISPRUDÈNCIA	
Recull de jurisprudència constitucional, <i>per M. Àngels Arróniz Morera de la Vall</i>	283
Recull de jurisprudència dels tribunals ordinaris, <i>per Xavier Urios Aparisi</i>	291
DOCTRINA CONSULTIVA	
Recull de doctrina del Consell de Garanties Estatutàries, <i>per M. Àngels Arróniz Morera de la Vall i Anna M. Carbonell Roura</i>	315
Recull de doctrina de la Comissió Jurídica Assessora, <i>per Judit Florensa Miguel</i>	333
RÈGIM LOCAL	
Consultes sobre negocis jurídics relatius al patrimoni dels ens locals, <i>per Albert Guilera i Planas</i>	355
Evolució jurisprudencial de la regulació de la plusvàlua municipal, <i>per Estel Patrís Armengol</i>	369
Com incideix el sistema de determinació del preu dels contractes públics sobre les seves potencials modificacions?, <i>per Isabel Bobet Viladot i Rafael Gimeno Martínez</i>	381

CRÒNICA BIBLIOGRÀFICA

Notícia de llibres,
per Joan Amenós Àlamo 407

Normes per als autors 415

EDITORIAL

Us presentem el segon número de la REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA, que impulsa la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, amb la col·laboració de l'Associació Catalana de Municipis. Aquesta vegada dediquem la secció monogràfica a l'anàlisi i la reflexió sobre les tecnologies disruptives, per això l'hem titulat «Tecnologies disruptives i dret administratiu: com hem d'actuar?».

En un context jurídic i econòmic caracteritzat per la seva evolució contínua, es vol oferir una visió profunda i plural sobre els desafiaments i les oportunitats que aquestes tecnologies representen per als sistemes legals, les estructures normatives i la societat en general. Les tecnologies disruptives —com la intel·ligència artificial, el *blockchain*, la computació quàntica i altres avenços emergents— no només plantegen qüestions d'innovació, sinó que també suscitaven interrogants fonamentals sobre la seva regulació, la protecció dels drets fonamentals, la seguretat jurídica i la responsabilitat en l'àmbit digital. En efecte, la interrelació entre les ciències jurídiques i les tecnologies emergents és un terreny de gran complexitat, però també d'immenses possibilitats. És per això que pretenem aportar una visió rigorosa sobre les implicacions legals derivades de la integració d'aquestes tecnologies en el sector públic, no només analitzant els possibles conflictes legals que aquestes tecnologies poden generar, sinó també identificant els mecanismes jurídics més adequats per a la seva integració harmònica i respectuosa amb els drets dels individus i de la societat en conjunt. Els articles que conformen aquest monogràfic estudien amb profunditat els marcs normatius existents i les seves possibles evolucions davant de l'accelerada transformació digital. L'objectiu és proporcionar una panoràmica completa de les possibles respostes normatives i jurisprudencials a les noves realitats que imposa la irrupció d'aquestes tecnologies, tenint en compte les seves dimensions ètiques, econòmiques i socials. Convidem, doncs, els nostres lectors a submergir-se en aquests treballs i a considerar les implicacions que les tecnologies disruptives poden tenir en la configuració futura del dret i de la justícia social.

En la secció miscel·lània dediquem l'atenció a qüestions com els límits i les alternatives al sistema de contractació pública per a la provisió de béns i serveis en les administracions públiques, en particular en el sector dels serveis jurídics, un àmbit que exigeix una alta especialització i que sovint està subjecte a la confidencialitat i la necessària imparcialitat; l'admissió dels recursos d'empara, que resta condicionada a un conjunt de requisits jurídics molt estrictes que impliquen una gran dosi de prudència i discrecionalitat per part del Tribunal Constitucional, atès que cal valorar si la vulneració dels drets fonamentals implicats té un impacte significatiu sobre l'ordenament jurídic, més enllà de l'interès particular de les parts, la qual cosa comporta l'exercici pel Tribunal d'una forma de selectivitat en la seva jurisprudència, per a centrar-se en els casos que tenen una influència potencial sobre la interpretació i l'evolució dels drets fonamentals o les garanties constitucionals; les notificacions electròniques com una eina fonamental en l'Administració pública moderna i en el món jurídic, que permeten a les administracions comunicar-se de manera més ràpida i eficient amb els ciutadans; i els efectes tributaris dels expedients cadastrals d'esmena de discrepàncies, que no només poden afectar la base imposable de determinats tributs, sinó que també poden generar responsabilitats fis-

cals addicionals, modificar la liquidació d'impostos pendents o provocar revisions en funció de les modificacions de les dades cadastrals.

Seguidament s'inclouen les diverses seccions tecnicojurídiques, que il·lustren sobre les novetats més destacades en l'àmbit normatiu i jurisprudencial i sintetitzen la doctrina consultiva més rellevant (mesos de gener a agost del 2024); altrament, aborden consultes locals d'interès per al món local, així com aspectes econòmics d'actualitat. L'elaboració d'aquestes seccions és possible mercès a la valuosa col·laboració del Consell de Garanties Estatutàries, la Comissió Jurídica Assessora, el Gabinet Jurídic Central, l'Associació Catalana de Municipis, la Federació de Municipis de Catalunya i el Col·legi de Secretaris, Interventors i Tresorers d'Administració Local de Barcelona, a qui agraïm aquesta col·laboració desinteressada. Per a acabar, s'ofereix un apartat que comenta les novetats bibliogràfiques més destacades.

La REVISTA té una periodicitat semestral i s'edita en format digital. Així mateix, aposta decididament per garantir la qualitat de totes les seves publicacions, que se sotmeten a un rigorós procés de revisió mitjançant una avaluació d'experts amb cegament doble.

Des de la direcció i l'equip organitzatiu, el nostre desig és que la REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA es converteixi en una eina valuosa per a acompanyar les administracions públiques catalanes en el seu compromís amb l'interès general i el servei a la ciutadania.

Judith Gifreu i Font

Directora de la REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

Desembre del 2024

MONOGRÀFIC:
TECNOLOGIES DISRUPTIVES I DRET
ADMINISTRATIU: COM HEM D'ACTUAR?

EL NOU MARC EUROPEU D'IDENTITAT DIGITAL I EL SEU IMPACTE EN LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES CATALANES¹

Ignacio Alamillo Domingo

Doctor en Dret²

Col·laborador del grup de recerca iDerTec

Universitat de Múrcia

Resum

En aquest treball es presenta el nou marc europeu d'identitat digital aprovat pel Reglament (UE) 2024/1183, que modifica el Reglament (UE) 910/2014, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques en el mercat interior (Reglament eIDAS), format per la cartera europea d'identitat digital i els nous serveis de confiança relatius a les declaracions electròniques d'atributs. Es presenta el contingut principal del Reglament eIDAS modificat i el seu impacte potencial en les administracions públiques catalanes.

Paraules clau: eIDAS, eIDAS 2, cartera europea d'identitat digital, declaració electrònica d'atributs, Administració electrònica.

EL NUEVO MARCO EUROPEO DE IDENTIDAD DIGITAL Y SU IMPACTO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CATALANAS

Resumen

En este trabajo se presenta el nuevo marco europeo de identidad digital aprobado por el Reglamento (UE) 2024/1183, que modifica el Reglamento (UE) 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (Reglamento eIDAS), formado por la cartera europea de identidad digital y los nuevos servicios de confianza relativos a las declaraciones electrónicas de atributos. Se presenta el contenido principal del Reglamento eIDAS modificado y su impacto potencial en las administraciones públicas catalanas.

Palabras clave: eIDAS, eIDAS 2, cartera europea de identidad digital, declaración electrónica de atributos, Administración electrónica.

1. Citació recomanada: ALAMILLO DOMINGO, Ignacio (2024). «El nou marc europeu d'identitat digital i el seu impacte en les administracions públiques catalanes». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 13-36.

2. <https://orcid.org/0000-0003-1426-4093>.

THE NEW EUROPEAN DIGITAL IDENTITY FRAMEWORK AND ITS IMPACT FOR THE CATALAN PUBLIC ADMINISTRATIONS

Abstract

This paper presents the new European digital identity framework approved by Regulation (EU) 2024/1183, which amends Regulation (EU) 910/2014, on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market (eIDAS Regulation), formed by the European digital identity portfolio and the new trust services related to electronic attribute declarations. The main content of the amended eIDAS Regulation and its potential impact on Catalan public administrations is presented.

Keywords: eIDAS, eIDAS 2, European digital identity wallet, electronic attestation of attributes, e-Government.

Sumari: 1. Introducció. El Reglament eIDAS en l'activitat de les administracions públiques; 2. El Reglament (UE) 2024/1183, pel qual s'estableix el marc europeu d'identitat digital; 2.1. La cartera europea d'identitat digital; 2.2. Les declaracions electròniques d'atributs; 2.3. La divulgació selectiva d'atributs; 3. L'impacte del Reglament eIDAS modificat en les administracions públiques catalanes; 3.1. L'obligació d'admissió de la cartera europea d'identitat digital; 3.2. L'admissió de declaracions electròniques d'atributs; 3.3. L'expedició de declaracions electròniques d'atributs; 3.4. La provisió de la cartera europea d'identitat digital; 4. Conclusions; 5. Referències.

1. INTRODUCCIÓ. EL REGLAMENT EIDAS EN L'ACTIVITAT DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

El Reglament (UE) núm. 910/2014, del Parlament Europeu i del Consell, del 23 de juliol, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques en el mercat interior i pel qual es deroga la Directiva 1999/93/CE (en endavant, Reglament eIDAS), regula, com el seu nom indica, les qüestions referides a la *identificació electrònica* dels ciutadans en l'àmbit transfronterer, principalment en les seves relacions amb les entitats del sector públic, i les principals institucions acreditatives de l'actuació de les persones en les transaccions (la signatura electrònica de persona física, el segell electrònic de persona jurídica, el segell de temps electrònic o el lliurament electrònic certificat), institucions que es troben sustentades pels anomenats *serveis de confiança*, amb un significat protagonisme del servei d'expedició de certificats digitals (Alamillo Domingo, 2019).

El Reglament eIDAS ha tingut un important efecte transformador en el marc de les garanties en l'activitat de les administracions públiques, mitjançant la seva incorporació a la normativa amb caràcter bàsic, si més no pel que fa a la identitat i la prova del consentiment i de la producció de documents, privats i públics.

En aquest sentit, la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú (en endavant, LPAC), es refereix directament al Reglament eIDAS en el seu preàmbul:

Tanto los sistemas de identificación como los de firma previstos en esta Ley son plenamente coherentes con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. Debe recordarse la obligación de los estados miembros de admitir los sistemas de identificación electrónica notificados a la Comisión Europea por el resto de estados miembros, así como los sistemas de firma y sello electrónicos basados en certificados electrónicos cualificados emitidos por prestadores de servicios que figuren en las listas de confianza de otros estados miembros de la Unión Europea, en los términos que prevea dicha norma comunitaria.

La LPAC recull en el seu article 13, relatiu als drets de les persones en les seves relacions amb les administracions públiques, el d'obtenir i utilitzar els mitjans d'identificació i de signatura electrònica considerats en la mateixa llei, dret que ja havia estat reconegut en la Llei 11/2007, del 22 de juny (Cotino Hueso, 2010: 307), i que és objecte de desenvolupament en els articles 9-11 de la mateixa LPAC (Martínez Gutiérrez, 2016: 250-262) i 15, 26-29 i 34 del Reial decret 203/2021, del 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics (en endavant, RAFME), que, com que procedeix del reglament que desenvolupà a l'Administració General de l'Estat la normativa del 2007, introdueix anacronismes respecte a la LPAC, fet que obliga a interpretar-lo d'acord amb aquesta (Alamillo Domingo, 2021: 196).

Palesa la importància del Reglament eIDAS, d'una banda, el fet que els sistemes d'identificació domèstics es defineixin, en especial atenent al seu nivell de seguretat, conforme al Reglament fins i tot quan no són objecte de notificació, que és condició per a l'aplicació de les normes del mateix reglament; de l'altra, el fet que actualment només existeix un veritable dret a fer servir, amb caràcter general en les relacions amb totes les entitats del sector públic, els sistemes basats en *certificats qualificats* conforme al Reglament eIDAS. La normativa anterior, en canvi, apostava per una certa preferència a usar el document nacional d'identitat (DNI) electrònic i condicionava el dret d'ús dels sistemes de signatura electrònica a l'admissió prèvia dels certificats per part de les administracions (Martín Delgado, 2010: 493-506; Martínez Gutiérrez, 2011: 413-424), exigència que ha desaparegut amb l'entrada en vigor del Reglament eIDAS (Alamillo Domingo, 2017: 748-749).

Cal notar que aquest dret (en les seves diverses configuracions legals des del 2007) es refereix indistintament als sistemes de signatura electrònica avançada basada en un certificat qualificat o de signatura electrònica qualificada, per a les persones físiques, tant a l'efecte d'identificació com de prestació del consentiment, fet que ha estat criticat per la doctrina com una rebaixa de la seguretat tècnica (Valero Torrijos, 2007: 61), tot i que des de la Llei 6/2020, de l'11 de novembre, tots els sistemes autoritzats per la LPAC tenen plena eficàcia jurídica substantiva, cosa que no implica que tinguin la mateixa eficàcia probatòria.

El Reglament eIDAS creà la institució del segell electrònic de persona jurídica amb la funció de garantir l'origen i la integritat de les dades segellades, però no l'adhesió amb el contingut de les dades segellades (cosa que el diferencia clarament de la signatura electrònica), institució que resta limitada al seu ús per persones jurídiques (Gatti, 2020: 278-280). Tanmateix, la LPAC sí que autoritza de manera expressa l'ús del segell electrònic com a sistema

per a la declaració de voluntat de la persona jurídica que es relaciona amb l'Administració (art. 10.2b de la LPAC), possibilitat innovadora que permet simplificar el procediment ja que no resulta exigible la representació de la persona física que, altrament, actuaria en nom de la persona física (Alamillo Domingo, 2021: 247), i que no s'utilitza tant com fora desitjable.

El RAFME ha regulat formalment l'ús dels certificats qualificats que incorporen atributs de representació, que ja havia estat identificada per la doctrina (Valero Torrijos, 2007: 101; Alamillo Domingo i Urios Aparisi, 2010: 668-669). La possibilitat d'incorporar atributs als certificats de signatura electrònica ha estat disponible des del Reial decret 14/1999, de signatura electrònica (Martínez Nadal, 2002: 119-122), s'ha mantingut en la Llei 59/2003, de signatura electrònica (Martínez Nadal, 2009: 257-260 i 451; Merchán Murillo, 2016: 182-193), i en la Llei 6/2020, actualment vigent, tot i que el seu desenvolupament ha estat precisament limitat a les relacions juridicoadministratives.

El RAFME considera dues situacions diferenciades en relació amb els certificats amb atribut de representació. D'una banda, conforme a l'article 34.1 del RAFME:

La representación podrá acreditarse ante la Administración con un certificado electrónico cualificado de representante de persona jurídica que sea acorde a lo previsto en el artículo 28 y el Anexo I del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE (en adelante, Reglamento eIDAS) y a la política marco de firma electrónica y de certificados a que hace referencia el Esquema Nacional de Interoperabilidad y, además, haya sido expedido a quien tenga un poder general para llevar a cabo cualquier actuación administrativa y ante cualquier Administración.

Aquesta possibilitat, que ara es regula amb una veritable norma jurídica, ja s'utilitzava de manera molt important amb base en la política de signatura electrònica de l'Administració de l'Estat, instrument de *soft law* dictat a l'empara del Reial decret 4/20210, del 8 de gener, pel qual es regula l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat en l'àmbit de l'Administració electrònica, i es limita a les persones que disposin de les facultats més àmplies, com els administradors únics o solidaris de les societats mercantils, cosa que no sempre resulta convenient.

Per aquest motiu i com a novetat, l'epígraf 2 del mateix article 34 LPAC disposa:

La aceptación de certificados electrónicos cualificados de representante de persona jurídica de alcance no general estará sujeta al Reglamento eIDAS, a la política marco de firma electrónica y de certificados a que hace referencia el Esquema Nacional de Interoperabilidad y, además, a los requisitos que disponga cada Administración.

Fer ús d'aquesta possibilitat ajudaria a reduir el risc en la problemàtica de l'anomenada *cessió de l'ús del certificat a un tercer*, normalment un gestor o una gestora, per a la realització de tràmits en nom dels seus clients, praxi sobre la qual existeix debat en relació amb l'adequació a la normativa vigent. En contra s'ha posicionat el supervisor mitjançant una nota publicada en la seva seu electrònica, de valor jurídic incert; mentre que a favor es troba la majoria

de la doctrina (vegeu, per tots, Alamillo Domingo, 2019: 406-412; Merchán Murillo, 2016: 168). En relació amb aquesta qüestió, EL RAFME preveu en el seu article 15.4:

La Administración no será responsable de la utilización por terceras personas de los medios de identificación personal y firma electrónica del interesado, salvo que concurran los requisitos establecidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, para la exigencia de responsabilidad patrimonial.

En tots dos casos, però, ens trobem davant de l'ús de certificats de signatura electrònica que incorporen l'atribut de la representació (*certificats amb atributs*), per la qual cosa no és admissible emprar *certificats d'atributs*, que són documents electrònics que relacionen un certificat de signatura electrònica, existent prèviament, amb un nou certificat que només conté l'atribut de representació. Tot i tractar-se d'una possibilitat tècnicament ben definida i, fins i tot, estandarditzada (vegeu l'estàndard X.509 de la Unió Internacional de Telecomunicacions - Oficina de Normalització de les Telecomunicacions [ITU-T]), no ha estat objecte de regulació pel Reglament eIDAS, per la qual cosa el seu reconeixement jurídic s'hauria de produir de manera expressa a cada estat membre de la Unió, fora del marc del Reglament eIDAS.

La LPAC també es refereix a les institucions regulades pel Reglament eIDAS quan regula els requisits dels documents que ha de produir l'Administració. L'article 26 de la LPAC estableix les condicions de validesa dels documents administratius, els quals han d'incloure les signatures electròniques que corresponguin d'acord amb allò previst en la normativa aplicable, i una referència temporal del moment en què han estat emesos. La no incorporació de les signatures o de la referència temporal implicarà que el document administratiu sia defectuós o, quan incorpori un acte administratiu, potencialment invàlid (Berning Prieto, 2019).

Pel que fa a la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant, LRJSP), també es troba informada pel Reglament eIDAS quant a la identificació i signatura electrònica de les administracions públiques, cosa que es manifesta en l'obligació d'ús, per a la seua electrònica, de certificats qualificats d'autenticació de lloc web o d'un mitjà equivalent (art. 38.6 de la LRJSP i 18 del RAFME, que, per cert, no permet en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat l'ús de sistemes equivalents), o en l'exigència que els sistemes d'identificació de les administracions públiques es basin en un certificat qualificat de manera necessària (art. 40.1 de la LRJSP i 19.1 del RAFME), o, en el cas que s'utilitzin sistemes de signatura basats en certificats, que els certificats siguin obligatòriament qualificats (art. 42a de la LRJSP i 20.1a, 22.3 i 23.4 del RAFME).

Tot i que és cert que tant la LPAC com la LRJSP preveuen l'ús d'altres sistemes d'identificació electrònica i de signatura electrònica, no deixa de sorprendre l'aposta per l'ús dels serveis de confiança d'expedició de certificats, que són prestats per entitats públiques i privades indiferenciadament, amb subjecció a una normativa de marcat caràcter mercantil, en un enfocament de privatització de les garanties del procediment administratiu que contrasta amb el principi d'autoritat que impregna l'actuació fefaent.

2. EL REGLAMENT (UE) 2024/1183, PEL QUAL S'ESTABLEIX EL MARC EUROPEU D'IDENTITAT DIGITAL

En el seu informe sobre avaluació del Reglament eIDAS, la Comissió Europea ha identificat quatre grans problemes en relació amb el sistema d'identificació electrònica. En primer lloc, indica l'aparició d'un nou entorn on l'enfocament ha canviat de la provisió i ús d'identitats digitals rígides, a la provisió i dependència d'atributs específics relacionats amb aquestes identitats; en segon lloc, es palesa una major demanda de solucions d'identitat electrònica que puguin oferir aquestes capacitats proporcionant guanys d'eficiència i un alt nivell de confiança en tota la UE, tant en el sector públic com en el privat; en tercer lloc, aprecia les insuficiències del Reglament eIDAS actual; finalment, i gairebé de manera sorprenent, constata els problemes de privacitat i protecció de dades de les solucions d'identitat que queden fora de l'abast del Reglament eIDAS (essencialment, ofertes per a proveïdors de xarxes socials i institucions financeres), així com la falta d'abast transfronterer per a abordar necessitats sectorials específiques on la identificació és sensible i requereix un alt grau de certesa.

La Comissió es refereix a *identitats digitals rígides* en consideració al funcionament dels sistemes notificats actuals. L'Estat espanyol ha notificat únicament el DNI electrònic, que és un sistema que només permet compartir els atributs que conté, i no afegir-n'hi d'altres (com, per exemple, una titulació) ni compartir només un subconjunt de les dades (el que es coneix, generalment, com a *divulgació selectiva*). També constitueixen identitats digitals rígides els certificats qualificats, per bé que admetin altres atributs personals, ja que tècnicament no permeten la divulgació selectiva.

Pel que fa a les *insuficiències* del Reglament eIDAS, en resulten fonamentals tres: la manca d'obligació dels estats membres de proveir sistemes d'identificació electrònica als ciutadans; la manca d'obligació dels estats membres de notificar aquests sistemes a l'efecte del seu ús transfronterer i, finalment, la manca d'obligació dels estats membres de permetre l'ús dels sistemes notificats a entitats del sector privat (Alamillo Domingo, 2019). Aquestes mancances han limitat els beneficis en l'adopció de la identificació i l'autenticació electròniques en el mercat interior.

En resposta a aquesta problemàtica, s'ha aprovat el Reglament (UE) 2024/1183, del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 d'abril de 2024, pel qual es modifica el Reglament (UE) núm. 910/2014 pel que fa a l'establiment del marc europeu d'identitat digital (Reglament eIDAS 2), que té com a eix troncal l'establiment d'un marc de treball que el 2030 condueixi a un ampli desplegament d'una identitat digital fiable, voluntària i controlada per l'usuari, reconeguda a tota la Unió i que permeti a cada usuari controlar les seves dades en les interaccions en línia; d'acord amb els objectius de la Declaració Europea sobre els Drets i Principis Digitals per a la Dècada Digital, que consagra la visió de la Unió sobre la transformació digital situant les persones al centre, empoderant els ciutadans i incentivant les empreses innovadores.

En aquest context, els objectius que es plantejà la Comissió Europea en proposar la reforma del Reglament eIDAS van ser garantir l'accés a solucions d'identitat electrònica altament segures i confiables; que els serveis públics i privats puguin confiar en solucions d'identitat digital confiables i segures; que les persones físiques i jurídiques estiguin facultades per a

utilitzar solucions d'identitat digital i, finalment, que aquestes solucions estiguin vinculades a una varietat d'atributs i permetin l'intercanvi específic de dades d'identitat limitat a les necessitats del servei específic demanat.

Així, el Reglament eIDAS 2 reconeix un veritable dret dels ciutadans de la Unió a una identitat digital sota el seu control exclusiu, que els permeti exercir els seus drets en l'espai digital, així com participar en l'economia digital. La reforma s'instrumenta mitjançant dues iniciatives diferents, tot i que íntimament relacionades, com són la regulació d'un nou mitjà d'identificació electrònica i de dos nous serveis de confiança, l'expedició i la validació de declaracions electròniques d'atributs.

Al nucli d'aquest Reglament hi ha la cartera europea d'identitat digital, un innovador mitjà d'identificació electrònica que també busca alliberar el potencial d'un ecosistema de credencials d'identitat. Així, marca una fita clau en el sector de la identitat digital perquè introdueix una nova forma d'identitat digital harmonitzada en l'àmbit de la Unió Europea, en la qual els estats membres estan obligats a tenir un paper garant en la seva provisió. Com a conseqüència, independentment de l'entitat que finalment assumeixi la provisió del servei, ho haurà de fer sotmesa a les garanties i obligacions que té com a servei públic (Timón López, 2024).

2.1. LA CARTERA EUROPEA D'IDENTITAT DIGITAL

La *cartera europea d'identitat digital* es defineix com un (nou) mitjà d'identificació electrònica que permet a l'usuari emmagatzemar, gestionar i validar de manera segura dades d'identificació de la persona i declaracions electròniques d'atributs per tal de proporcionar-los a les parts usuàries i a altres usuaris de carteres europees d'identitat digital, així com signar per mitjà de signatures electròniques qualificades o segellar per mitjà de segells electrònics qualificats (art. 3.42 del Reglament eIDAS modificat).

La finalitat d'aquesta iniciativa és garantir que totes les persones físiques i jurídiques disposin d'un accés transfronterer segur, de confiança i sense incidències a serveis públics i privats a la Unió, mantenint alhora el ple control sobre les seves dades (art. 5 *bis*.1 del Reglament eIDAS modificat), si bé la cartera europea d'identitat digital podrà utilitzar-se per a establir comunicacions tant amb sistemes de tercers com amb altres carteres.

El Reglament eIDAS obliga cada estat membre a proporcionar, almenys, una cartera europea d'identitat (art. 5 *bis*.1 del Reglament eIDAS modificat) a les persones físiques, les persones jurídiques i les persones físiques que representen altres persones físiques o persones jurídiques, a les quals atorga la condició d'usuari (art. 3.5 *bis*) del Reglament eIDAS modificat) sempre que siguin ciutadans de la Unió o residents a la Unió, tal com es defineix en el dret nacional, per la qual cosa els estats membres han de garantir la igualtat d'accés a la identificació electrònica per a tots els seus ciutadans i residents (considerant 15 del Reglament eIDAS 2).

La cartera europea d'identitat digital es configura legalment com un servei d'ús estrictament voluntari per part dels usuaris, que no poden ser obligats a obtenir-la (art. 5 *bis*.15 del Reglament eIDAS modificat) ni, en el cas de disposar-ne, a utilitzar-la en les seves relacions

amb altres usuaris (que disposin de la seva pròpia cartera) ni amb parts usuàries, incloent-hi les administracions públiques.

En aquest sentit, l'article 5 *bis*.15 del Reglament eIDAS modificat ordena que l'accés als serveis públics i privats, l'accés al mercat laboral i la llibertat d'empresa no es poden restringir de cap manera ni poden perjudicar les persones físiques o jurídiques que no utilitzin les cartes europees d'identitat digital, per la qual cosa ha de continuar sent possible accedir als serveis públics i privats mitjançant els altres mitjans d'identificació i autenticació existents.

En conseqüència, la cartera europea d'identitat digital es diferencia absolutament d'altres sistemes d'identificació personal i, en concret, del DNI o la targeta d'identitat d'estranger (TIE) expedits a l'Estat espanyol, que tenen caràcter obligatori en atenció als interessos públics a què aquests instruments serveixen. Per tant, no es pot confondre aquesta cartera amb el DNI ni, possiblement, fer servir la mateixa base jurídica per a emetre-la.

Tot i que el Reglament eIDAS modificat és meridianament clar sobre el fet que la cartera és proporcionada per l'estat membre (art. 2.1 del Reglament eIDAS modificat), aquesta provisió pot fer-se acudint a diverses modalitats, la qual cosa ja ocorria en el Reglament eIDAS en relació amb els mitjans d'identificació electrònica notificats (art. 7a del Reglament eIDAS); això és, provisió directa per un estat membre, provisió d'acord amb un mandat d'un estat membre o provisió independent d'un estat membre però amb el reconeixement d'aquest estat membre (art. 5 *bis*.2 del Reglament eIDAS modificat). Tot això a fi d'oferir «flexibilitat als estats membres i aprofitar les tecnologies més avançades» (considerant 16 del Reglament eIDAS 2).³

En efecte, i com ja succeïa en el règim de notificació de sistemes d'identificació electrònica, també en la provisió de la cartera europea d'identitat digital s'evidencia el caràcter de servei públic que impregna la regulació de la identificació electrònica en el Reglament eIDAS i la diversitat de perspectives dels estats membres de la Unió Europea pel que fa al model de provisió, fins i tot amb intervenció del mercat. En tot cas, la seva expedició, ús i revocació són gratuïts per a totes les persones físiques (art. 5 *bis*.13 del Reglament eIDAS modificat), però no necessàriament per a les persones jurídiques, permetent diverses fórmules de sostenibilitat financera.

Atès que es tracta d'un mitjà d'identificació electrònica, la cartera europea d'identitat digital pot (tot i que és més correcte dir «ha de») contenir les denominades *dades d'identificació de persona* (en anglès *personal identifiable data*, PID), que permeten la identificació amb un nivell alt de seguretat, i la *correspondència transfronterera de la identitat*, capacitat que permet vincular un PID estranger a un número d'identificació d'estranger (NIE), en el cas de l'Estat espanyol.

Respecte a la *identificació dels usuaris* als quals es proveirà de la cartera europea d'identitat digital, el Reglament eIDAS 2 reconeix, com ja ocorria en el Reglament eIDAS:

[...] Les autoritats competents dels estats membres són les úniques que poden proporcionar un nivell de confiança alt en la determinació de la identitat d'una persona i, per tant, oferir garanties que la persona que afirma o manifesta posseir una determinada identitat

3. Totes les traduccions d'articles del Reglament eIDAS són nostres.

és, de fet, qui diu ser. Per tant, per a la provisió de carteres europees d'identitat digital, cal basar-se en la identitat legal dels ciutadans de la Unió, els residents a la Unió o les persones jurídiques (considerant 19 del Reglament eIDAS 2).

Per això el Reglament es refereix al «sistema d'identificació electrònica en virtut del qual es proporciona la cartera europea d'identitat digital» (art. 5 *quinquies*.2 del Reglament eIDAS modificat), funció que instrumenta mitjançant el procés d'expedició de les dades d'identificació.

Les dades d'identificació personal ja es definien en l'article 3.3 del Reglament eIDAS com «un conjunt de dades que permet establir la identitat d'una persona física o jurídica, o d'una persona física que representa una persona jurídica». Aquesta definició ha estat modificada pel Reglament eIDAS 2, que les defineix com un «conjunt de dades que s'emet de conformitat amb el Dret de la Unió o nacional i permet establir la identitat d'una persona física o jurídica, o d'una persona física que representa una altra persona física o una persona jurídica», de manera que subjecta al dret de la Unió o nacional l'emissió d'aquestes dades i amplia el concepte també a les persones físiques que representen altres persones físiques (tot i que continua quedant fora del concepte el cas de la persona jurídica que representa una persona física).

El Reglament d'execució (UE) 2015/1501 de la Comissió, del 8 de setembre de 2015, ha definit les exigències que ha de complir aquest conjunt mínim de dades per a dos casos coberts per la definició original del Reglament eIDAS, persona física i persona jurídica, quan s'utilitzi en un context transfronterer. Cal imaginar que aquest reglament serà objecte d'actualització, llevat que aquest contingut sia incorporat a l'acte d'execució de la cartera europea d'identitat digital.

La base jurídica del Reglament d'execució (UE) 2015/1501 és l'article 12.8 del Reglament eIDAS, referit al marc d'interoperabilitat previst en l'epígraf 4 del mateix article 12, que només és aplicable als sistemes d'identificació electrònica notificats conforme a l'article 9.1 del Reglament eIDAS, entre els quals no es troba la cartera europea d'identitat digital (atès que aquesta disposa del seu propi règim, que exclou l'aplicació de l'article 12 del Reglament eIDAS, d'acord amb l'article 5 *bis*.22 del Reglament eIDAS modificat), per la qual cosa no sembla que aquest sigui directament aplicable a les dades d'identificació de la persona associades a la cartera europea d'identitat digital, però el cert és que tampoc no es pot esperar una gran diferència quant a les dades que ho componguin, ja que ambdós instruments tenen la mateixa finalitat (identificar) i en el mateix context (transaccions transfrontereres).

En tot cas, els estats membres han de garantir que les dades d'identificació personal disponibles a través del sistema d'identificació electrònica en virtut del qual es proporciona la cartera europea d'identitat digital corresponguin de manera única a la persona física, la persona jurídica o la persona física que representa la persona física o jurídica i estiguin associades amb aquesta cartera europea d'identitat digital (art. 5 *bis*.5f del Reglament eIDAS modificat).

2.2. LES DECLARACIONS ELECTRÒNIQUES D'ATRIBUTS

La cartera europea d'identitat digital també pot contenir declaracions electròniques d'atributs, que poden ser qualificades o expedides per determinats organismes del sector públic i tenen el mateix valor jurídic que els documents expedits en paper.

En efecte, entre els nous serveis de confiança trobem l'expedició i la validació de declaracions electròniques d'atributs, que el Reglament defineix com «una declaració en forma electrònica que permet l'autenticació d'atributs»; així mateix, defineix el concepte d'*atribut* com una «característica, qualitat, dret o permís d'una persona física o jurídica, o d'un objecte». Com a exemples d'atributs, el Reglament eIDAS 2 esmenta les qualificacions acadèmiques, els graus universitaris o les qualificacions professionals.

Com es pot veure, es tracta d'un nou tipus de document electrònic que vincula un o diversos atributs d'identitat a una persona física o jurídica, amb la garantia que aquests atributs han estat verificats i, per tant, són autèntics. En aquest sentit, conforme al Reglament eIDAS 2, una persona física o jurídica podrà contractar els serveis de qualsevol prestador de serveis de confiança perquè li expedeixi aquestes declaracions d'atributs i, una vegada les tingui en el seu poder, podrà utilitzar-les en les transaccions on es requereixi, la qual cosa habilita un nou mercat de dades personals sota el control de la persona interessada, amb elevades garanties de seguretat i de privacitat.

El Reglament eIDAS 2 preveu dos règims jurídics diferenciats en relació amb l'expedició de declaracions electròniques d'atributs, aplicable a les declaracions expedides per prestadors de serveis de confiança, si escau qualificats, i a les declaracions expedides per entitats del sector públic responsables de fonts autèntiques, o en nom d'aquestes.

Una de les novetats és l'expedició de declaracions electròniques d'atributs per part de prestadors de serveis de confiança, que és una tècnica de privatització de l'activitat jurídica dels actes de constància, la qual fins ara estava reservada en exclusiva a les autoritats i altres entitats titulars de registres jurídics i administratius.

L'altra novetat és la regulació, afegida pel Consell durant la negociació de la proposta de Reglament, de l'expedició de declaracions electròniques d'atributs per part dels organismes del sector públic responsables de fonts autèntiques, o en el seu nom.

El Reglament eIDAS 2 estableix els següents efectes jurídics en relació amb les declaracions electròniques d'atributs. En primer lloc, l'associat al principi de no discriminació, conforme al qual no es poden denegar efectes jurídics ni admissibilitat com a prova en procediments judicials a una declaració electrònica d'atributs pel sol fet d'estar en format electrònic o de no complir els requisits aplicables a les declaracions electròniques qualificades d'atributs (art. 45 *ter.1* del Reglament eIDAS modificat).

En segon lloc, atenent al principi d'equivalència funcional, les declaracions electròniques qualificades d'atributs i les declaracions d'atributs expedides per —o en nom de— un organisme del sector públic responsable d'una font autèntica tenen els mateixos efectes jurídics que les declaracions lícitament expedides en paper (art. 45 *ter.2* del Reglament eIDAS modificat).

Finalment, el Reglament preveu el reconeixement transfronterer de les declaracions, en sentit doble: d'una banda, l'article 24 *bis.9* del Reglament eIDAS modificat ordena que una

declaració electrònica qualificada d'atributs expedida en un estat membre ha de ser reconeguda com a declaració electrònica qualificada d'atributs en tots els altres estats membres; de l'altra, d'acord amb l'article 45 *ter.3* del Reglament eIDAS modificat, una declaració d'atributs expedida per —o en nom de— un organisme del sector públic responsable d'una font autèntica en un estat membre ha de ser reconeguda en tots els estats membres com a declaració d'atributs expedida per —o en nom de— un organisme del sector públic responsable d'una font autèntica; garantint, en ambdós casos, la possibilitat d'ús d'aquestes declaracions.

Per tal de permetre la confiança en les informacions contingudes en les declaracions expedides per prestadors de serveis de confiança, el Reglament regula l'accés dels prestadors de serveis de confiança a les fonts autèntiques que contenen els atributs que s'han de declarar per al seu acarament o confrontació (art. 45 *sexies.1* del Reglament eIDAS modificat), fonts que defineix com un repositori o sistema, sota la responsabilitat d'un organisme del sector públic o una entitat privada que contingui i proporcioni atributs sobre una persona física o jurídica i que es consideri una font primària d'aquesta informació o es reconegui com a autèntic de conformitat amb el dret de la Unió o nacional, incloent-hi les pràctiques administratives.

L'accés es garanteix, com a mínim, per als atributs següents, continguts en l'annex VI: adreça, edat, gènere, estat civil, composició familiar, nacionalitat o ciutadania, qualificacions educatives, títols i llicències, qualificacions, títols i llicències professionals, facultats i mandats per a representar persones físiques o jurídiques, permisos i llicències públiques, i, per a persones jurídiques, dades financeres i de l'empresa.

Aquest llistat mostra el potencial transformador d'aquesta proposta, que permet un nou mercat descentralitzat de dades per al seu consum en processos de negoci, sota el control de la persona interessada. Sens dubte, facilitarà l'accés a les dades, si més no a dades rellevants de les administracions públiques, tan necessari en les transaccions electròniques.

2.3. LA DIVULGACIÓ SELECTIVA D'ATRIBUTS

Un dels aspectes més innovadors, i interessants per a la gestió de documents, és l'anomenada *divulgació selectiva de dades personals*, que el Reglament eIDAS 2 descriu com un concepte que faculta el propietari de les dades per a revelar només determinades parts d'un conjunt de dades més ampli, per tal que l'entitat receptora obtingui únicament la informació que sigui necessària per a la prestació d'un servei sol·licitat per l'usuari, exigint, com ja hem vist, que la cartera europea d'identitat digital permeti tècnicament la divulgació selectiva d'atributs a les parts usuàries, tant a partir d'un document com de diversos documents, reforçant la comoditat i la protecció de les dades personals, en especial la minimització de dades.

La divulgació selectiva és aplicable obligatòriament als documents expedits a la cartera europea; això és, tant les dades d'identificació de la persona com les declaracions electròniques d'atributs, objectes digitals que haurem d'incorporar al nostre enfocament de gestió de documents electrònics des de la perspectiva de la tipologia documental i dels formats documentals.

És precisament en el format documental on trobem la principal innovació, atès que ens referim a documents signats o segellats electrònicament que, a diferència dels formats em-

prats més habitualment, permeten compartir només part de la informació sense que es vegi invalidada la signatura o el segell electrònic.

Tot i que aquesta tècnica es pot implementar de maneres diverses, existeixen diferents formats tècnics escollits per al seu ús en la cartera europea d'identitat digital. El format mDL/mDoc+MSO i el format SD-JWT permeten convertir una credencial en una col·lecció de «divulgacions» que es lliuren a l'usuari, i posteriorment remet a tercers una o diverses d'aquestes divulgacions, per la qual cosa, sense que s'afecti la integritat ni autenticitat del document, es pot donar ple compliment a la normativa de dades de caràcter personal.

3. L'IMPACTE DEL REGLAMENT EIDAS MODIFICAT EN LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES CATALANES

La modificació del Reglament eIDAS suposa un canvi important d'enfocament respecte a la gestió de la identitat digital, tant des de la perspectiva de la identificació i autenticació de les persones interessades, com de les informacions d'identitat que es poden compartir en les relacions entre les persones interessades i les entitats.

En aquest epígraf presentarem els principals impactes que presenta la nova normativa per a les administracions públiques catalanes.

3.1. L'OBLIGACIÓ D'ADMISSIÓ DE LA CARTERA EUROPEA D'IDENTITAT DIGITAL

Com ja passava amb els mitjans d'identificació electrònica que havien estat objecte de notificació d'acord amb l'article 9 del Reglament eIDAS, que havien d'ésser admesos per les entitats del sector públic de qualsevol estat membre de la Unió Europea, també cal admetre l'ús de la cartera europea d'identitat digital. Així ho exigeix l'article 5 *septies*.1 del Reglament eIDAS modificat:

Quando los estados miembros exijan una identificación y una autenticación electrónicas para acceder a un servicio en línea prestado por un organismo del sector público, también aceptarán las carteras europeas de identidad digital proporcionadas de conformidad con el presente Reglamento.

L'article 3.7 del Reglament eIDAS, que no ha estat modificat en la reforma, defineix un *organisme del sector públic* com:

[...] las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de derecho público y las asociaciones formadas por una o varias de estas autoridades o uno o varios de estos organismos de derecho público, o las entidades privadas mandatarias de al menos una de estas autoridades, organismos o asociaciones para prestar servicios públicos actuando en esa calidad.

La noció de *servei públic* no es defineix en el Reglament eIDAS, per la qual cosa sembla raonable atendre al dret nacional en aquest punt, fet que a l'Estat espanyol ens condueix

amb una certa seguretat a la LPAC, ja presentada, i en concret al seu article 9, que és el que precisament conté l'exigència d'identificació electrònica.

En termes pràctics, les entitats sotmeses a l'article 9 de la LPAC han d'ampliar el catàleg de sistemes d'identificació per a comprendre totes les carteres europees d'identitat digital, igual que han d'admetre tots els sistemes d'identificació electrònica admesos per l'Administració general de l'Estat a l'empara de l'article 9.4 de la LPAC.

Ni l'article 5 *septies*.1 ni el règim transitori del Reglament eIDAS modificat estableixen, a diferència d'altres subjectes obligats, una data a partir de la qual caldrà admetre l'ús de la cartera europea d'identitat digital, per la qual cosa cal concloure que aquesta obligació d'admissió és aplicable des de la data en què els usuaris en puguin disposar, una data que resulta difícil d'establir perquè depèn de la disponibilitat efectiva de la cartera europea d'identitat digital per part dels ciutadans, cosa que, en definitiva, depèn dels estats membres.

L'article 5 *bis*.1 del Reglament eIDAS modificat ordena que els estats membres han de proveir almenys una cartera europea d'identitat digital en vint-i-quatre mesos des de l'entrada en vigor dels actes d'execució que cal dictar en sis mesos des de l'entrada en vigor de l'eIDAS 2 (art. 5 *bis*.23 i 5 *quater*.6 del Reglament eIDAS modificat); és a dir, abans del 21 de novembre de 2026. La problemàtica que apareix, però, deriva del fet que alguns estats membres poden començar a proveir la cartera europea d'identitat digital abans. Per exemple, si Alemanya proveeix la cartera europea d'identitat digital a partir del novembre del 2025, els ciutadans alemanys tindran l'expectativa d'admissió de la seva cartera per part de qualsevol entitat del sector públic des d'aquell moment, òbviament incloent-hi les que conformen el sector públic català.

Per a poder admetre l'ús de la cartera europea d'identitat digital en interaccions digitals, les entitats del sector públic han de complir el règim previst per a les *parts usuàries* previst en l'article 5 *ter* del Reglament eIDAS modificat, cosa que inclou les obligacions següents.

En primer lloc, l'entitat pública haurà de registrar-se en l'estat membre d'establiment (art. 5 *ter*.1 del Reglament eIDAS modificat); és a dir, amb caràcter general, a l'Estat espanyol. A aquest efecte, caldrà establir un procediment de registre i publicitat de les parts usuàries que utilitzin les carteres europees d'identitat digital, a càrrec d'un organisme designat per l'estat membre (art. 5 *bis*.18a del Reglament eIDAS modificat), procediment que ha de tenir un cost raonable i proporcional al risc (art. 5 *ter*.2 del Reglament eIDAS modificat), que s'ha de basar en determinades informacions aportades per la part usuària (art. 5 *ter*.2 del Reglament eIDAS modificat) i que cal actualitzar en cas de canvis (art. 5 *ter*.6 del Reglament eIDAS modificat). Aquestes informacions són les següents:

- a) la información necesaria para autenticarse en las carteras europeas de identidad digital, lo que como mínimo incluye:
 - i) el estado miembro en el que la parte usuaria tiene su sede, y
 - ii) el nombre de la parte usuaria y, en su caso, su número de registro tal como figura en un registro oficial, junto con los datos de identificación de dicho registro oficial;
- b) los datos de contacto de la parte usuaria;
- c) el uso previsto de las carteras europeas de identidad digital, incluida una mención de los datos que la parte usuaria solicitará a los usuarios.

És especialment rellevant la declaració de les dades que sol·licitarà l'entitat del sector públic (la part usuària de la cartera europea d'identitat digital) al ciutadà (l'usuari de la cartera en qüestió), ja que no podrà sol·licitar-n'hi altres de diferents (art. 5 *ter*.3 del Reglament eIDAS modificat). Això connecta amb l'aplicació correcta, i estricta, de la normativa de protecció de dades de caràcter personal.

Cal notar que aquesta obligació de registre és addicional a qualsevol altra que pugui resultar exigible a la part usuària conforme al dret de la Unió o al dret nacional aplicable (art. 5 *ter*.4 del Reglament eIDAS modificat), en especial en aquelles situacions en què es requereixen condicions d'accés al mercat.

Finalment, pel que fa al procediment de registre, l'organisme responsable d'aquest procediment resta obligada a donar publicitat de les entitats registrades mitjançant un sistema en línia en una forma signada o segellada electrònicament i que sigui apropiada per al tractament automàtic (art. 5 *ter*.5 del Reglament eIDAS modificat), fet que permet que la mateixa cartera d'identitat digital implementi controls per a verificar l'actuació correcta de la part usuària. Efectivament, la cartera europea d'identitat digital ha de disposar de protocols i interfícies comunes, entre altres finalitats, per a poder denunciar una part usuària davant l'autoritat nacional competent de protecció de dades quan es rebí una sol·licitud de dades presumptament il·lícita o sospitosa (art. 5 *bis*.5a.x del Reglament eIDAS modificat).

En segon lloc, i com resulta evident, perquè això sigui possible la part usuària s'ha d'identificar i autenticar enfront de la pròpia cartera europea d'identitat digital (art. 5 *bis*.5c del Reglament eIDAS modificat i 5 *ter*.8 del Reglament eIDAS modificat), cosa que també es fa mitjançant protocols i interfícies comunes (art. 5 *bis*.5a.vii del Reglament eIDAS modificat) i que exigeix que els estats membres facilitin un mecanisme comú (art. 5 *ter*.7 del Reglament eIDAS), de manera anàloga al que ocorre en sistemes àmpliament utilitzats com els passaports.

En tercer lloc, en connectar-se amb la cartera europea d'identitat digital, l'entitat del sector públic ha de dur a terme el procediment d'autenticació i validació de les dades d'identificació personal i de les declaracions electròniques d'atributs sol·licitats per les carteres europees d'identitat digital (art. 5 *ter*.9 del Reglament eIDAS modificat).

En quart lloc, normalment l'entitat pública que admet l'ús de la cartera europea d'identitat digital també necessitarà fer la *correspondència transfronterera d'identitat* prevista en l'article 11 *bis* del Reglament eIDAS modificat, necessitat que ja existia en el sistema d'interoperabilitat de la identificació electrònica del Reglament eIDAS original i que permet associar un NIE a una persona interessada estrangera no resident que s'ha de relacionar amb les administracions espanyoles. Aquesta funcionalitat s'ha implementat en el sistema Cl@ve actual, operat per un òrgan de l'Administració general de l'Estat, la Secretaria General d'Administració Digital, i caldrà estendre-la a la cartera europea d'identitat digital.

Com es pot veure, es tracta d'un règim que comporta uns costos de gestió importants, que només es poden alleugerir emprant intermediaris, cosa que autoritza implícitament l'article 5 *ter*.10 del Reglament eIDAS modificat, que considera els intermediaris com a parts usuàries (per la qual cosa hauran de complir amb totes les obligacions de les parts usuàries), prohibint-los l'emmagatzematge de les dades.

Un possible candidat a intermediari, atenent al model català d'administració electrònica, és el Consorci Administració Oberta de Catalunya (en endavant, Consorci AOC), possiblement integrant aquesta capacitat en el servei Vàlid ja existent. Tanmateix, sembla raonable esperar que el servei Cl@ve assumeixi aquesta funció amb caràcter general a l'Estat. Totes dues possibilitats es poden coordinar fàcilment.

3.2. L'ADMISSIÓ DE DECLARACIONS ELECTRÒNIQUES D'ATRIBUTS

Com hem vist anteriorment, les declaracions electròniques d'atributs emeses per prestadors de serveis de confiança qualificats o per entitats públiques responsables de fonts autèntiques, o en el seu nom, tenen el mateix efecte jurídic que les declaracions emeses lícitament en paper.

Tanmateix, i a diferència de la signatura electrònica o del segell electrònic, que en determinades circumstàncies han d'ésser obligatòriament admeses per les administracions públiques (vegeu els art. 27 i 37 del Reglament eIDAS), en aquest cas no sembla que existeixi l'obligació legal d'admetre aquestes declaracions electròniques d'atributs, ja que l'article 5 *septies*.1 del Reglament eIDAS només es refereix a la identificació i l'autenticació electròniques, cosa que exclou les declaracions electròniques d'atributs. Poder es podria interpretar l'obligació d'admissió de la cartera, en aquests casos, com referida tant a les dades d'identificació de la persona com a les declaracions d'atributs, per a evitar discriminacions a usuaris en funció del disseny del repartiment de dades entre totes dues tipologies de documents (imaginem, per exemple, que la majoria d'edat s'emet com a declaració electrònica d'atributs vinculada a les dades d'identificació de l'usuari), cosa que resultaria raonable, però caldrà veure si aquesta interpretació és adoptada en els actes d'execució o bé en la *praxi* administrativa, o bé és imposada pels tribunals.

Amb independència que sigui obligatòria o no, l'admissió de declaracions electròniques d'atributs és una oportunitat real per a millorar i simplificar les relacions entre les persones interessades i les administracions públiques i, en concret, per a superar les limitacions que presenta l'article 28 de la LPAC quant a la no aportació de documents, que es troba limitat als intercanvis entre administracions públiques.

En els casos no coberts per aquesta norma, la persona interessada ha d'aportar el document. Tot i que la llei permet l'aportació d'una còpia simple sota la responsabilitat de la persona interessada, normalment l'aportació s'ha de fer en forma de còpia electrònica autèntica, fet que comporta el desplaçament de la persona interessada a una oficina d'assistència en matèria de registres per a la digitalització del document i el seu enviament a l'òrgan responsable del procediment, que l'haurà de processar de manera manual. L'admissió de declaracions electròniques d'atributs directament a la seu electrònica resoldria aquesta problemàtica.

Implementar aquesta possibilitat permetria, cosa que encara és més important, un millor compliment dels principis de protecció de les dades personals, fent servir la capacitat de divulgació selectiva per a garantir l'aplicació del *principi de minimització de dades* en particular en requerir informacions a les persones interessades.

3.3. L'EXPEDICIÓ DE DECLARACIONS ELECTRÒNIQUES D'ATRIBUTS

Com ja hem vist, el Reglament eIDAS modificat preveu l'expedició de declaracions electròniques d'atributs per part d'organismes del sector públic responsables d'una font autèntica, o en el seu nom.

Es tracta d'una de les principals possibilitats d'innovació documental per part de les administracions públiques, vinculada amb els actes de constància i que recorda, en certa manera, una de les innovacions originàries de l'Administració electrònica, l'expedició de certificats telemàtics per part de les administracions públiques, prevista en l'article 14 del Reial decret 263/1996, del 16 de febrer, pel qual es regula la utilització de tècniques electròniques, informàtiques i telemàtiques per l'Administració general de l'Estat, afegit pel Reial decret 209/2003, del 21 de febrer, pel qual es regulen els registres i les notificacions telemàtiques, així com la utilització de mitjans telemàtics per a la substitució de l'aportació de certificats pels ciutadans, que val la pena reproduir per la seva alineació amb l'enfocament del Reglament eIDAS modificat:

1. El certificado telemático contendrá los datos objeto de certificación y la firma electrónica de la autoridad competente para expedirlos.
2. La expedición de un certificado telemático se realizará:
 - a) A solicitud del interesado, a quien le será enviado o puesto a disposición para su remisión al órgano que lo requiere.
 - b) A instancia del órgano requirente, bien a iniciativa del interesado, o del propio órgano requirente, siempre que cuente con el expreso consentimiento de aquél, salvo que el acceso esté autorizado por una ley. En este supuesto, la petición de certificado identificará el trámite o procedimiento para el que se requiere y hará constar que se dispone del consentimiento expreso del interesado o la norma que lo exceptúe.
3. A estos efectos, el consentimiento del interesado para que el certificado sea requerido por el órgano tramitador del procedimiento habrá de constar en la solicitud de iniciación del procedimiento o en cualquier otra comunicación posterior, sirviendo el recibo de presentación de ésta como acreditación del cumplimiento del requisito de presentación del certificado.
4. Los certificados telemáticos producirán idénticos efectos a los expedidos en soporte papel.

A tal efecto, su contenido deberá poder ser impreso en soporte papel, en el que la firma manuscrita será sustituida por un código de verificación generado electrónicamente que permita en su caso contrastar su autenticidad accediendo por medios telemáticos a los archivos del órgano u organismo emisor.

Aquesta possibilitat no es va incorporar al Reial decret 1671/2009, del 6 de novembre, pel qual es desenvolupà parcialment la Llei 11/2007 en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat, ni tampoc al RAFME, tot i que s'ha mantingut en normes sectorials (Agència Estatal d'Administració Tributària [AEAT], Seguretat Social, entre d'altres), evidentment adequades a la LPAC i el RAFME, per la qual cosa resulta de plena actualitat i interès.

Tanmateix, les exigències per a l'expedició de declaracions electròniques d'atributs són molt superiors a les que es requereixen per a l'expedició de certificats telemàtics. En par-

ticular, conforme al que disposa l'article 45 *septies*.2 del Reglament eIDAS modificat, que exigeix als organismes emissors un nivell de fiabilitat equivalent al dels prestadors qualificats de serveis de confiança de conformitat amb l'article 24 del mateix Reglament eIDAS modificat, cosa que resulta simplement inviable per a moltes administracions, que possiblement preferiran contractar els serveis d'un prestador qualificat, en cas que vulguin oferir el servei. Un altre cop, atenent al model català d'administració electrònica, aquí pot haver-hi una possibilitat interessant per al Consorci AOC, l'actual prestador propi de serveis qualificats de confiança.

Existiria, però, una alternativa en aquest cas, ja que, com sabem, l'expedició de les declaracions d'atributs la pot fer un organisme del sector públic en nom d'altres organismes del sector públic que siguin responsables d'una font autèntica, cosa que connecta ràpidament amb les infraestructures per a l'intercanvi de dades i documents previstes en els articles 28 de la LPAC i 155 de la LRJSP, que habilitarien aquesta possibilitat de manera relativament fàcil i eficient. En aquest context i en funció de l'àmbit, es podria plantejar qui fora l'emissor: potser un òrgan de la Generalitat de Catalunya o un ajuntament d'una gran població, en nom dels registres administratius del seu àmbit d'actuació, o una diputació en assistència als ajuntaments, però també, de nou, el Consorci AOC en nom de totes les administracions catalanes, atesa la seva particular posició institucional i instrumental en el model català (Mir, 2006), així com les seves condicions de fiabilitat com a prestador qualificat.

Amb independència de les decisions organitzatives, però, cal fer notar que es tracta d'una activitat supervisada i sotmesa a controls estrictes, i que ha d'ésser objecte de desenvolupament normatiu per part de l'Estat (a diferència de l'expedició per un prestador qualificat, que ja té el seu propi marc de supervisió).

Tot i que ens hem referit als certificats administratius per a exemplificar l'interès d'aquesta innovació jurídica, no s'ha d'entendre limitada exclusivament a aquest cas d'ús, sinó que inclou qualsevol declaració que pugui emetre lícitament emetre, en paper, l'Administració, fet que implica que és aplicable a qualsevol document o acte administratiu. És cert que, des d'un punt de vista estricte i excessivament formal, es podria plantejar el dubte de si una declaració electrònica d'atributs podria substituir una declaració emesa electrònicament, i no en paper, que és precisament el cas dels documents administratius, que cal emetre en suport electrònic amb caràcter general.

L'adopció d'aquesta posició interpretativa sembla poc raonable tenint en compte el principi d'equivalència funcional que informa el Reglament eIDAS, limitaria l'expedició de declaracions electròniques d'atributs únicament als casos en què el document només s'emet en suport paper, com és el cas d'alguns documents de viatge, determinades titulacions o, en general, les còpies autèntiques en paper, però el que és més important és que implicaria un perjudici evident per a les persones interessades a obtenir aquestes declaracions per a compartir-les amb terceres persones, en especial en comparació amb altres persones nacionals o residents en altres estats de la Unió.

Com a reflexió addicional i tenint en compte la ja esmentada capacitat de divulgació selectiva de les declaracions electròniques d'atributs, caldrà reflexionar sobre el futur de les còpies electròniques autèntiques parcials, que deixen de ser estrictament necessàries. En efecte, podrem crear documents originals que es poden compartir, o publicar, de manera parcial

sense perdre aquesta condició. Sens dubte, s'albira la necessitat d'una modificació de l'enfocament normatiu de l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat.

3.4. LA PROVISIÓ DE LA CARTERA EUROPEA D'IDENTITAT DIGITAL

La darrera possibilitat que trobem es refereix a la provisió de la cartera europea d'identitat digital per part de les administracions públiques catalanes, que és formalment possible tant per a les persones físiques com per a les persones jurídiques.

En efecte, el Reglament eIDAS modificat es limita a ordenar als estats la provisió d'almenys una cartera, i deixa a cada estat la determinació del model, com ja ocorria en el sistema originari del Reglament eIDAS.

En relació amb la provisió directa de la cartera europea d'identitat digital per part de l'Estat, o sota mandat de l'Estat, sembla clara la necessitat de disposar de la corresponent norma d'atribució de les potestats administratives necessàries per a aquesta activitat, conforme al sistema de repartiment de competències entre les administracions públiques. En aquest sentit, cal preguntar-se sobre la possibilitat d'acudir a la normativa existent actualment a l'Estat espanyol en relació amb la identificació electrònica, per als diferents tipus de cartera europea d'identitat digital que s'han de proveir.

En el cas de les persones físiques, esdevé gairebé inevitable acudir a la normativa reguladora del DNI, en el cas dels nacionals espanyols, i de la TIE, en el dels estrangers no comunitaris. En efecte, el caràcter exclusiu i excloent del DNI com l'únic document amb prou valor per si sol per a l'acreditació, a tots els efectes, de la identitat i les dades personals del seu titular —en paraules del preàmbul del Reial decret llei 14/2019, del 31 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents per raons de seguretat pública en matèria d'administració digital, contractació del sector públic i telecomunicacions, i de la nova redacció de l'article 81 de la Llei orgànica 4/2015, del 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana (en endavant, LOPSC)—, fa pensar en el seu protagonisme en la provisió de la cartera europea d'identitat digital o, si més no, en la provisió de les dades d'identificació de la persona. L'escassa normativa del DNI continguda en la LOPSC és clarament insuficient per a la provisió de la cartera i fins i tot del PID, i en la seva redacció actual únicament seria útil com a part del procés d'incorporació de l'usuari a la cartera. El mateix succeeix amb la normativa de la TIE continguda en la Llei orgànica 4/2000, de l'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social.

Per contra, ja sabem que els sistemes actualment admesos a l'efecte de la identificació electrònica per a persones físiques i jurídiques troben suport legal en l'article 9 de la LPAC, referit a l'admissió dels sistemes d'identificació electrònica de què disposin els interessats en les seves relacions amb les administracions públiques i desenvolupat, amb caràcter bàsic, pel RAFME.

Atesa la naturalesa jurídica de la cartera europea d'identitat digital com un mitjà d'identificació electrònica, sembla que encaixi en aquest article 9 de la LPAC, igual que el servei idCAT, sia certificat o mòbil, per la qual cosa potser seria possible donar suport a l'expedició de la cartera europea d'identitat digital en aquesta normativa, atenent a la interpretació que n'ha fet el Tribunal Constitucional.

La Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 55/2018, del 24 de maig, considera en el seu fonament jurídic (FJ) 9:

La Ley 39/2015 tampoco impone los sistemas de identificación electrónica en las relaciones del ciudadano con las administraciones públicas ni establece el régimen del registro previo ni fija requisitos mínimos de seguridad; sino que remite las decisiones en torno a los sistemas de identificación electrónica a cada una de las administraciones públicas (apartado 2) con los siguientes límites: la administración que admita un sistema de claves concertadas o similares habrá de admitir necesariamente el uso de certificados de firma o sello, que proporcionan mayores niveles de seguridad (apartado 2, último párrafo); los ciudadanos tendrán siempre derecho a identificarse electrónicamente ante cualquier administración pública mediante los sistemas que haya admitido la Administración General del Estado (apartado 3, que hoy corresponde al apartado 4), añadiendo que solo si el sistema resulta poco idóneo por las características del concreto trámite o servicio, la administración pública correspondiente podrá oponerse a su utilización, posibilidad que resulta de la referencia “salvo prueba en contrario” (apartado 3).

I afegeix:

Esta regulación favorece que cada administración diseñe sus propios sistemas de identificación electrónica o admita los expedidos por otras entidades públicas o privadas y, con ello, que estos sean más o menos complejos según sus preferencias y la relevancia o características del trámite o servicio correspondiente. En particular, una administración, en función de su mayor o menor interés en que sus instrumentos de identificación electrónica sean interoperables en un contexto trasfronterizo, podrá decidir sobre el cumplimiento de las condiciones y niveles de seguridad previstos en el Reglamento eIDAS. Pueden tener cabida, en consecuencia, políticas muy diversas, tanto las proclives a emplear sistemas muy estrictos, que puedan tener virtualidad en otros Estados miembros de la Unión Europea, como las partidarias de instrumentos de identificación electrónica sencillos con bajos niveles de seguridad.

Partint de la interpretació constitucional exposada i atès que la cartera europea d'identitat digital és un mitjà d'identificació electrònica que es pot expedir dins del sistema d'identificació electrònica de la LPAC, cal deduir que el règim de l'article 9 de la LPAC permetria organitzar l'expedició d'aquestes carteres a càrrec tant de l'Estat com de les comunitats autònomes i, per descomptat, de les entitats que integren l'Administració local (si bé possiblement en el cas de les que tenen major capacitat), sens perjudici de la necessitat de fer ús del DNI o de la TIE per a la verificació de la identitat de la persona física en la provisió de les dades d'identificació de la persona de la cartera en qüestió.

En la mateixa STC 55/2018 s'admet la possibilitat que l'Estat actuï com a proveïdor amb abast nacional, com actualment passa amb el DNI electrònic, mitjà de nivell alt actualment notificat en el marc del Reglament eIDAS, o amb els dos mitjans addicionals, Cl@ve PIN i Cl@ve Permanent, cosa que el TC troba justificat per la necessitat de «garantizar un tratamiento común a todos los ciudadanos al atribuirles el derecho a utilizar ante cualquier administración pública los sistemas de identificación electrónica que haya admitido la Administración general del Estado». I el Tribunal considera:

[...] la normativa efectivamente establecida y sometida a nuestro enjuiciamiento es un ejercicio de la libertad de configuración legislativa constitucionalmente garantizada que no desborda los límites del artículo 149.1.18 CE y, por tanto, no invade las competencias autonómicas en materia de organización y procedimientos administrativos.

La STC 55/2018 conté, però, un vot particular formulat per la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que considera inconstitucional l'article 9.4 de la LPAC (abans article 9.3) perquè:

[...] la garantía del tratamiento común de todos los ciudadanos se logra garantizando que puedan identificarse electrónicamente ante todas las administraciones públicas a través de sistemas que cumplan los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 9. Ahora bien, la previsión añadida de que los sistemas admitidos por la Administración General del Estado se imponen a todas las demás administraciones públicas vulnera la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas [...] lo que deberían preverse son los imprescindibles mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las administraciones públicas implicadas en la búsqueda de aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de las competencias estatales y autonómicas, pero no adoptar una regla de imposición a todas las demás administraciones de los mecanismos de identificación aceptados por la Administración General del Estado, incluso en ámbitos en los que las Comunidades Autónomas ostenten competencias exclusivas, con rechazo de raíz de cualquier fórmula de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

I, en segon lloc, el vot particular també exposa:

[...] la invocación del artículo 6.1 del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, no es argumento válido para atraer la competencia hacia el Estado en cuanto al reconocimiento de los sistemas de identificación, ya que, como ha señalado este Tribunal, entre otras, en la STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 3, «el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en las materias afectadas».

Per això, el vot particular es queixa:

[...] el argumento que emplea la Sentencia se aparta de esta doctrina, porque lleva consigo implícita la consecuencia de que será la Administración General del Estado la que deba reconocer el sistema de identificación electrónica de otro Estado miembro de la Unión Europea, lo que no es consecuente con el sistema interno de distribución de competencias. En efecto, si la actuación que deba realizarse con ese sistema de otro Estado tiene lugar ante la administración de una Comunidad Autónoma, por ser la titular de la competencia concernida, será la administración autonómica la que deba reconocer dicho sistema, ateniéndose

a lo establecido en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 910/2014. Entre otros aspectos, ello implica constatar que se trate de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión de conformidad con el artículo 9 del propio Reglamento, lista que se forma a partir de las notificaciones de los sistemas que los Estados miembros efectúan a la Comisión en los términos del artículo 9.1. No existen razones para que esa facultad deba quedar reservada al Estado, pudiendo ejercerla cada Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias.

El raonament de la STC 55/2018 respecte al Reglament eIDAS, igual que la queixa que a aquest formula el vot particular, no resulten d'aplicació directa al nou mitjà d'identificació electrònica en què consisteix la cartera europea d'identitat digital, que és d'admissió directa i obligatòria per a les entitats del sector públic, però també per a les del sector privat (art. 5 *ter* del Reglament eIDAS modificat). No són aplicables a la cartera europea d'identitat digital l'article 6 ni, per descomptat, l'article 9 del Reglament eIDAS, i no es pot extrapolar el raonament de la STC 55/2018 a la cartera europea d'identitat digital, per la qual cosa no es pot deduir de la doctrina constitucional l'existència d'una eventual competència exclusiva de l'Estat en relació amb la provisió de la cartera europea d'identitat digital.

I encara genera més dubtes la possible consideració que la provisió de la cartera europea d'identitat digital de persona física ha de quedar reservada a l'Estat i, més en concret, al Ministeri de l' Interior, atès el seu efecte funcionalment equivalent al DNI. En aquest moment cal portar a col·lació la STC 10/2023, del 23 de febrer de 2023, que exposa en el seu FJ 4:

[...] la atribución al DNI del carácter de único documento válido para acreditar a todos los efectos la identidad y los datos personales de su titular (recuperando un rasgo que ya le atribuía el art. 1 del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el documento nacional de identidad) no va, como también ha señalado el abogado del Estado, en detrimento de la utilización de otros posibles sistemas de identificación que puedan utilizar las administraciones públicas.

[...]

Lo que sí queda vedado con esta regulación, sin que ello plantee problema competencial alguno, dado el carácter exclusivo del título estatal en los términos que resulta de la doctrina constitucional, es, como la propia demanda reconoce, que se regulen otros sistemas de identificación a los que se les otorgue la misma consideración y eficacia descrita en el art. 8.1 LOPSC. En otros términos, las normas cuestionadas lo único que hacen es cercenar la posibilidad de introducir un nuevo documento de acreditación de la identidad que pudiera sustituir al DNI.

Certament, el que sembla fer la reforma del Reglament eIDAS és precisament introduir un nou document d'acreditació d'identitat per a emprar en aquells casos en què normalment es faria servir el DNI, per la qual cosa aparentment s'oposaria al règim de la LOPSC (tot i que el principi de supremacia del dret de la Unió fa intangible aquesta possibilitat enfront del Reglament). No obstant això, es tracta d'un conflicte aparent, ateses les diferències entre tots dos sistemes, començant per l'obligatorietat del DNI davant la voluntarietat de la cartera europea d'identitat digital de persona física, així com la primacia del DNI davant la cartera en cas de conflicte o en aquells casos en què la legislació no autoritzi l'ús d'aquesta cartera (cfr.

els casos d'admissió obligatòria de la cartera en l'art. 5 *septies* del Reglament eIDAS modificat, clarament menors que els casos en què s'exigiria el DNI). Per això, tampoc en aquest cas sembla que existeixi cap obstacle per a donar suport a la provisió de la cartera prenent com a base la LPAC, en els termes ja exposats.

Aquesta problemàtica no es presenta en el cas de la provisió de la cartera europea d'identitat digital de persones jurídiques, o de persones físiques representants de persones físiques o de persones jurídiques. En aquests casos, adquireixen un protagonisme reforçat els registres constitutius de la personalitat jurídica de les diferents persones jurídiques, incloent-hi els registres mercantils, per a les societats de capital, o els registres administratius de diverses tipologies d'entitats, com les associacions, els col·legis professionals..., gestionats tant per l'Estat com per les comunitats autònomes en funció de l'àmbit territorial; organismes que potser seran els més apropiats per a l'expedició d'aquestes carteres europees d'identitat digital, en una aplicació adequada de l'article 9 de la LPAC, tal com ha estat interpretat pel Tribunal Constitucional.

No s'oposa al que s'acaba de dir el paper de l'Estat en la determinació de les condicions bàsiques relatives al sistema, més enllà de les exigències ja harmonitzades pel mateix Reglament eIDAS i els corresponents actes d'execució, atès que «puede considerarse básica la decisión en torno a la eventual utilización de una determinada tecnología en el concreto ámbito discutido» —els sistemes d'identificació electrònica— (STC 10/2023 FJ 4), possibilitat que potser podria implementar-se mitjançant una norma reglamentària bàsica, en desenvolupament de la LPAC, sempre que no calgui utilitzar tractaments biomètrics, cas en el qual resultaria convenient —i, possiblement, necessari— dictar una norma amb rang de llei, excepte si aquesta qüestió es regula suficientment en els actes d'execució corresponents.

4. CONCLUSIONS

El Reglament eIDAS, en la seva formulació originària del 2014, ha tingut un impacte significatiu en l'activitat de les administracions públiques, en especial des de la perspectiva de les garanties documentals electròniques, però també per a la comprovació de la identitat de les persones interessades.

La reforma del Reglament eIDAS, deu anys després, pel Reglament (UE) 2024/1183 incorpora la cartera europea d'identitat digital com a nou mitjà d'identificació electrònica, que no substitueix els sistemes existents, sinó que els complementa, i que pot tenir un efecte de transformació innovadora de les relacions a distància. Així mateix, regula les declaracions electròniques d'atributs, amb efectes jurídics, que constitueixen una novetat important en la producció de documents administratius vàlids, amb reconeixement transfronterer i amb millors capacitats per a complir les exigències de la normativa de protecció de dades de caràcter personal.

Les administracions públiques catalanes operen d'acord amb el model català d'administració electrònica, que atorga una posició institucional i instrumental especial al Consorci AOC, que també és el prestador qualificat de serveis de confiança per a les administracions públiques catalanes.

Convé avaluar, en els propers mesos, els quatre possibles impactes de la normativa sobre les administracions públiques catalanes i, en definitiva, sobre el propi model català d'administració electrònica: l'obligació d'admissió de la cartera europea d'identitat digital, l'admissió de declaracions electròniques d'atributs, l'expedició de declaracions electròniques d'atributs i la provisió de la cartera europea d'identitat digital.

Pel que fa a l'obligació d'admissió de la cartera europea d'identitat digital, la principal oportunitat és la possibilitat d'integració a través del servei Vàlid, prestat actualment pel Consorci AOC, cosa que facilitarà molt l'adopció de manera fàcil i transparent per la totalitat de les entitats del sector públic que actualment fan ús del servei. En el fons, no deixa d'ésser una nova modalitat.

Quant a l'admissió de declaracions electròniques d'atributs, es podria fer a través del servei Vàlid però amb modificacions importants, ja que, a diferència de les dades d'identificació personals, en aquest cas cal que el servei incorpori la lògica de les diverses tipologies de declaracions d'atributs.

En tots dos casos, el rol del Consorci AOC com a intermediari entre la part usuària (l'Administració pública o qualsevol altra entitat del sector públic) i la cartera europea d'identitat digital es troba legalment cobert per l'article 5 *ter*.10 del Reglament eIDAS modificat, tot i que cal instrumentar les necessàries garanties.

La regulació de l'expedició de declaracions electròniques d'atributs, que evoca el règim, avui en desús, d'expedició de certificats administratius telemàtics, és una oportunitat important per a superar les carències de la normativa actual d'intercanvi de dades i documents, en especial per al lliurament als interessats de dades i documents per a la seva compartició posterior amb entitats públiques d'altres estats membres i, en general, amb entitats privades. La connexió entre els sistemes actuals d'intercanvi i els prestadors qualificats de serveis de confiança, a més de la pròpia actuació de l'Administració possiblement emprant el Consorci AOC com a prestador qualificat, permetrien l'adopció d'aquest sistema de manera àgil.

Finalment, i en relació amb la cartera europea d'identitat digital, hem vist que els marcs jurídics de la Unió i estatal permetrien l'existència de diversos emissors. En aquest sentit, més enllà de la possibilitat, que cal anticipar políticament controvertida, de subministrament de la cartera a les persones físiques, cal fer una reflexió sobre el rol dels registres administratius constitutius de la personalitat jurídica de determinades entitats, a l'efecte de la possible provisió de la corresponent cartera europea d'identitat digital.

En definitiva, una adequada implementació de la reforma del Reglament eIDAS permetria aprofundir i millorar els processos d'administració electrònica, incrementar l'eficiència en la gestió pública i els processos de negoci del mercat, i al temps mantenir o ampliar les garanties dels drets i llibertats dels interessats. Al contrari, la manca d'actuació o una execució incorrecta poden impedir assolir aquests beneficis o, fins i tot, introduir noves barreres.

5. REFERÈNCIES

ALAMILLO DOMINGO, I. (2021). «Comentarios a los artículos 15 a 31». A: CAMPOS ACUÑA, C. (dir.). *Comentarios al Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios*

- electrónicos: RD 203/2021 de desarrollo de las Leyes 39 y 40 de 2015*. Madrid: Wolters Kluwer.
- ALAMILLO DOMINGO, I. (2019). *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: La regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- ALAMILLO DOMINGO, I. (2017). «Identidad y firma electrónica. Nociones técnicas y marco jurídico general. Identificación y autenticación de los ciudadanos». A: GAMERO CASADO, E. (dir.); FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; VALERO TORRIJOS, Julián (coord.). *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*. Tom I. València: Tirant lo Blanch, p. 675-768.
- ALAMILLO DOMINGO, I.; URIOS APARISI, X. (2010). «El nuevo régimen legal de gestión de la identidad y firma electrónica por las administraciones públicas». A: COTINO HUESO, L.; VALERO TORRIJOS, J. (coord.). *Administración electrónica: La ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. València: Tirant lo Blanch.
- BERNING PRIETO, A. D. (2019). *Validez e invalidez de los actos administrativos en soporte electrónico*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- COTINO HUESO, L. (2010). «El derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo». A: GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J. (coord.). *La Ley de Administración Electrónica: Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 177-344.
- GATTI, S. (2020). «Commentary of Articles 35-37». A: ZACCARIA, A.; SCHMIDT-KESSEL, M.; SCHULZE, R.; GAMBINO, A. M. (ed.). *EU eIDAS Regulation: Article-by-Article Commentary*. Munic: C. H. Beck oHG.
- MARTÍN DELGADO, I. (2010). «Identificación y autenticación de los ciudadanos». A: GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J. (coord.). *La Ley de Administración Electrónica: Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, p. 463-536.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2016). *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2011). «Identificación y autenticación: DNI electrónico y firma electrónica». A: PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.). *Administración electrónica y ciudadanos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, p. 407-454.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2009). *Comentarios a la Ley 59/2003 de firma electrónica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas.
- MARTÍNEZ NADAL, A. (2001). *La ley de firma electrónica*. Madrid: Civitas.
- MERCHÁN MURILLO, A. (2016). *Firma electrónica: funciones y problemática: Especial referencia al Reglamento (UE) nº 910/2014, relativo a la identificación electrónica por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE de firma electrónica*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MIR SOLER, N. (2006). *Modelo catalán de administración electrónica. Visión general*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- TIMÓN LÓPEZ, M. C. (2024). *The eIDAS2 Regulation: the European Union's Strategic Vision to Regulate a Digital Identity Metasystem under Citizens' Control as a Public Service*. Tesis doctoral, Universitat de Múrcia.
- VALERO TORRIJOS, J. (2007). *El régimen jurídico de la e-Administración: El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común*. Granada: Comares.

TRANSPARÈNCIA, BONA ADMINISTRACIÓ I TECNOLOGIES DISRUPTIVES: ANÀLISI DEL *NUDGING*, DELS NEURODRETS I DE LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL DES DE LA TRANSPARÈNCIA I EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ^{1;2}

Francesc Mancilla i Muntada

Doctor en Dret

*Advocat de la Generalitat de Catalunya
davant del Tribunal Constitucional*

Resum

Aquest article analitza tres fenòmens tècnics i tecnològics disruptius, el *nudging*, la neurociència i la intel·ligència artificial (IA), que ens situen davant la necessitat d'afrontar jurídicament les dificultats i els reptes que plantegen.

Per tal de fer-ne una anàlisi jurídica i en vista de la novetat i la manca de regulació consolidada en molts supòsits, aquesta anàlisi s'ha enfocat a partir de la incidència que la transparència, la bona administració i els drets fonamentals poden tenir en aquestes noves tecnologies disruptives.

Al mateix temps, la bona administració i la transparència constitueixen un punt d'observació vàlid per a analitzar la progressiva sofisticació del dret administratiu i com, arran d'aquestes noves tècniques i tecnologies disruptives, ens acabem enfrontant a nous paradigmes en què el dret administratiu requereix respostes que es poden trobar en l'àmbit del dret constitucional.

Per a analitzar aquestes qüestions jurídiques, s'obté una visió panoràmica de totes aquestes problemàtiques i es tenen en consideració la perspectiva del constitucionalisme multinivell i els diferents estàndards de protecció en cadascun dels ordenaments jurídic que són d'aplicació.

Paraules clau: bona administració, transparència, *nudging*, neurodrets, intel·ligència artificial.

1. Aquest treball conté nombroses citacions que originàriament estan en castellà, anglès o italià, i que hem traduït directament al català, per la qual cosa obviem aquest aclariment en cadascuna d'elles, per bé que puntualment sí que ho mencionem.

2. Citació recomanada: MANCILLA I MUNTADA, Francesc (2024). «Transparència, bona administració i tecnologies disruptives: anàlisi del *nudging*, dels neurodrets i de la intel·ligència artificial des de la transparència i el dret a una bona administració». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 37-81.

TRANSPARENCIA, BUENA ADMINISTRACIÓN Y TECNOLOGÍAS
DISRUPTIVAS: ANÁLISIS DEL *NUDGING*, DE LOS NEURODERECHOS
Y DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LA TRANSPARENCIA
Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Resumen

Este artículo analiza tres fenómenos técnicos y tecnológicos disruptivos, el *nudging*, la neurociencia y la inteligencia artificial, que nos sitúan ante la necesidad de afrontar jurídicamente las dificultades y los retos que plantean.

Con el fin de efectuar un análisis jurídico y a la vista de la novedad y la falta de regulación consolidada en muchos supuestos, se ha enfocado este análisis a partir de la incidencia que la transparencia, la buena administración y los derechos fundamentales pueden tener respecto de estas nuevas tecnologías disruptivas.

Al mismo tiempo, la buena administración y la transparencia constituyen un punto de observación válido para analizar la progresiva sofisticación del derecho administrativo y cómo, a raíz de estas nuevas técnicas y tecnologías disruptivas, nos acabamos enfrentando a nuevos paradigmas donde el derecho administrativo requiere respuestas que se pueden encontrar en el ámbito del derecho constitucional.

Para analizar estas cuestiones jurídicas, se efectúa una visión panorámica de todas estas problemáticas, a la vez que se tienen siempre en consideración la perspectiva del constitucionalismo multinivel y los diferentes estándares de protección en cada uno de los ordenamientos jurídicos que son de aplicación.

Palabras clave: buena administración, transparencia, *nudging*, neuroderechos, inteligencia artificial.

TRANSPARENCY, GOOD ADMINISTRATION AND DISRUPTIVE
TECHNOLOGIES: ANALYSIS OF NUDGING, NEURORIGHTS
AND OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM THE PERSPECTIVE
OF TRANSPARENCY AND THE RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

Abstract

This article analyses three disruptive technical and technological phenomena: *nudging*, neuroscience and artificial intelligence, which place us in front of the need to legally face the difficulties and challenges they pose.

In order to carry out a legal analysis, and in view of the novelty and lack of consolidated regulation in many cases, this analysis has been focused on the impact that transparency, good administration and fundamental rights can have with respect to these new disruptive technologies.

At the same time, good administration and transparency constitute a valid point of observation in order to visualize the progressive sophistication of administrative law and how, as a result of these new disruptive techniques and technologies, we end up facing new paradigms where Administrative law requires answers that can be found in the field of Constitutional law.

In order to analyse these legal issues, we made a panoramic view of all these problems, while always taking into account the perspective of multilevel constitutionalism and the different standards of protection in each of the legal systems that apply to us.

Keywords: good administration, transparency, nudging, neurorights, artificial intelligence.

Sumari: 1. Introducció de context; 2. Complexitat, transparència, governança, bon govern i bona administració; 2.1. La governança de la complexitat; 2.2. La lògica del sistema de governança; 2.3. El dret a una bona administració; 3. El dret de transparència; 3.1. Introducció; 3.2. La complexitat jurídica del dret de transparència; 3.3. Govern obert, dades obertes i govern de les dades; 3.4. Conclusió: una administració sofisticada i translúcida; 4. Noves tècniques, tecnologies disruptives i transparència; 4.1. El *nudging*; 4.1.1. De la psicologia a l'activitat administrativa conductual; 4.1.2. *Nudges*: concepte i exemples concrets; 4.1.3. El *nudging* com a potestat administrativa; 4.1.4. La transparència i el control de l'activitat administrativa conductual; 4.2. Els neurodrets; 4.2.1. De la neurociència a la consciència de l'abast jurídic dels avenços científics: l'exemple xilè; 4.2.2. La regulació vigent i les propostes de regulació dels neurodrets; 4.3. La intel·ligència artificial; 4.3.1. El desvetllament de la intel·ligència artificial: les primeres regulacions; 4.3.2. El Reglament (UE) 2024/1689, sobre intel·ligència artificial (RIA); 4.3.3. La paradoxa de la transparència algorítmica; 4.3.4. Per un servei públic d'intel·ligència artificial; 4.3.5. La governança de la intel·ligència artificial: vers una agència catalana d'intel·ligència artificial; 5. Una proposta de reorganització administrativa; 6. Conclusions: d'un dret administratiu sofisticat a un dret constitucional primari; 7. Bibliografia.

«No esperis cap altra resposta que no sigui la teva.»
BERTOLT BRECHT («Als qui dubten»)

1. INTRODUCCIÓ DE CONTEXT

En el primer quart del segle XXI el dret administratiu ha experimentat una gran vitalitat amb la creixent regulació de nombrosos àmbits sectorials sota el potent influx de les directrius europees i la seva corretja de transmissió a les macroestructures administratives estatal i subestatal que, dia a dia, van nodrint sense descans les pàgines dels butlletins oficials.

Cal destacar, particularment, la introducció de tècniques jurídiques més evolucionades en àmbits discrecionals tan significatius com són la potestat reglamentària, on l'impuls fet a instàncies de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) i la Unió Europea (UE) en pro de la *better regulation* ha incidit de manera decisiva en una major parametrització del procediment d'elaboració de disposicions generals. En una dècada hem passat d'exigir poc més que una memòria econòmica, al desplegament ordenat i complet d'un conjunt articulat de tràmits i informes que permet la presa en consideració de dades econòmiques, normativa, avaluacions *ex ante* i *ex post*, la perspectiva de gènere i la participació ciutadana, entre d'altres, de manera que s'han incrementat notablement els estàndards de qualitat en la regulació administrativa, que ara es denominen *principis de bona regulació*.

Als Estats Units, amb la *hard look doctrine*, en canvi, en els darrers anys s'està assistint a una oscil·lació en els nivells d'escrutini judicial sobre la normativa administrativa, amb la qual cosa queda en qualsevol cas consolidat el control *ex post* de la potestat reglamentària.³

3. Respecte a aquesta qüestió, poden ser d'interès els següents: Cass. R. SUNSTEIN, «Arbitrariness review and climate change», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 170, núm. 991 (2022), p. 1000-1010; Nikol OYDANICH, «Chief Justice Robert's Hard Look Review», *Fordham Law Review*, vol. 89, núm. 4 (2021); Sidney A. SHAPIRO i Richard W. MURPHY, «Arbitrariness review made reasonable: structural and conceptual reform

Aquesta tendència es pot apreciar en la resta de potestats administratives a través d'un increment progressiu dels seus estàndards de diligència deguda a l'empara del principi de bona administració, que s'ha establert en el nostre ordenament jurídic com a principi rector, com a deure administratiu de diligència o deguda cura i, finalment, com a dret subjectiu de la ciutadania, reconegut al màxim nivell per l'article 41 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) i amb la incorporació de la responsabilitat patrimonial i els drets lingüístics dins la seva configuració legal.

Aquests factors, que han suposat una elevació dels estàndards de diligència administrativa, no són gens aliens al context social, cultural i tecnològic de la societat en la qual s'insereix l'Administració pública. En aquest sentit, la digitalització dels serveis públics, la progressiva incidència de les dades massives (*big data*) i l'increment de l'automatització de processos, han posat de manifest un nivell de complexitat de l'entorn que requereix uns nivells tècnics, tecnològics i de coneixement jurídic molt més especialitzats. I és en aquest context on hem de situar les tecnologies disruptives.

Els perills d'aquestes noves tecnologies són múltiples. A tall d'exemple, Tomás de la Quadra-Salcedo⁴ adverteix del risc que comporten per a la democràcia deliberativa en una societat electrònica on els motors de cerca i les xarxes socials «tenen determinats mecanismes que poden permetre dirigir i donar preferència al que tals algoritmes creuen que els usuaris volen veure».

Es multiplica així la paradoxa d'internet, on és essencial poder filtrar i fer abstracció de la informació il·limitada de les xarxes, és a dir, el que Umberto Eco⁵ comparava irònicament amb el personatge de Borges «Funes el Memorioso», que —com internet— podia recordar absolutament tots els fets de la seva vida però era incapaç de fer-ne cap abstracció. En canvi, els algoritmes dels sistemes d'IA tenen la capacitat de fer abstraccions de les quals resulta molt difícil esbrinar-ne els biaixos, les omissions i els errors.

El *Diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans defineix l'adjectiu *disruptiu* amb una connotació negativa, remetent-nos a la *disrupció* definida com a «Descàrrega brusca produïda en un aïllant sòlid, líquid o gasós quan la tensió a la qual és sotmès arriba al valor de la tensió disruptiva». Tanmateix, aquestes noves tècniques i tecnologies són, en realitat, nous reptes que requereixen articular tècniques jurídiques més evolucionades.

En aquest treball analitzarem tres fenòmens tècnics i tecnològics de primera magnitud —el *nudging*, la neurociència i la IA— que ens situen davant la necessitat d'afrontar jurídicament les dificultats i els reptes que plantegen.

Com en altres ordres de la vida, no podem escollir a què ens enfrontem, però sí que podem triar com ens hi enfrontem. Per a aquest propòsit, analitzarem aquestes tres tecnologies disruptives partint de la base del principi de bona administració, del dret de transparència i de l'anàlisi constitucional dels drets fonamentals.

of the hard look», *Notre Dame Law Review*, vol. 92, núm. 1 (2016); Cass R. SUNSTEIN, «In defense of the hard look: judicial activism and administrative law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 51 (1984).

4. Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», a Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Sociedad digital y derecho*, Madrid, BOE, 2018, p. 23.

5. Vegeu: <https://www.lindiceonline.com/incontri/interviste/umberto-eco-internet/>.

Fent un símil amb la mecànica quàntica relacional (que sosté que l'observació transforma l'estat de l'objecte observat), quan ens aproximem al *nudging*, la neurociència i la IA, podem comprovar com aquestes tecnologies actuen de manera simultània i sovint també de manera combinada. Al mateix temps, veurem com, en aplicar eines com la transparència i la bona administració, aquesta realitat pot resultar afectada per la mera observació. Dit en altres paraules: a falta que s'elaborin noves tècniques jurídiques per a afrontar les conseqüències de les tecnologies disruptives, podem verificar si l'aplicació de la transparència i del principi de bona administració pot transformar, almenys, alguns dels seus efectes més preocupants.

2. COMPLEXITAT, TRANSPARÈNCIA, GOVERNANÇA, BON GOVERN I BONA ADMINISTRACIÓ

2.1. LA GOVERNANÇA DE LA COMPLEXITAT

La societat catalana actual acumula diversos elements d'heterogeneïtat, com ara un major nivell formatiu de la població i un accés generalitzat a les noves tecnologies de la informació, amb nous models relacionals a través de les xarxes socials i que, pel que fa a la seva composició, és una societat que es caracteritza per elevats nivells de diversitat, no només demogràfica, sinó també lingüística, cultural i ideològica.

En aquest context social hem de tenir en compte també els efectes de la nova economia global, fruit de la internacionalització dels mercats, i també els de l'emergència de noves problemàtiques transversals, com ara l'escalfament global, la pandèmia de la covid-19 o els conflictes armats que afligeixen l'est del continent europeu.

Des de la ciència política, el professor Quim Brugué ha destacat molt encertadament la connexió entre el rol de l'organització i la diversitat de l'entorn, tot afirmant que —traduïm directament al català—:

Tant les organitzacions socials com les educatives no saben què han de fer i, per tant, el principal repte no és fer-ho bé sinó decidir què fer. Han de ser, doncs, organitzacions que pensin, que aprenguin. Organitzacions intel·ligents, no únicament eficients.⁶

En aquest sentit, les dificultats experimentades pels models burocràtics i de la *nova gestió pública* han donat lloc a la implementació dels models de governança, que s'han convertit en un instrument organitzatiu idoni per a afrontar aquesta complexitat. En aquests models, doncs, s'estableix un diàleg entre l'organització i els diferents actors implicats en una determinada decisió. I, al seu torn, sobretot arran de la pandèmia de la covid-19, s'ha començat a popularitzar el terme *governança robusta* per tal d'emfasitzar la necessitat d'una governança dinàmica en un entorn en evolució permanent.

Des d'un punt de vista normatiu, la governança pública —també denominada *govern obert*— s'ha definit legalment com «una relació i un diàleg permanents i bidireccionals entre

6. Quim BRUGUÉ, *Organizaciones que saben, organizaciones que aprenden*, Madrid, INAP, 2022, capítol I *in fine*.

l'Administració i les persones a l'hora de definir i aplicar les polítiques públiques, i per a introduir i desenvolupar instruments de participació i col·laboració ciutadana en els assumptes públics» (art. 2 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern).

Tanmateix, una observació realista de les estructures administratives actuals ens permet afirmar que, avui dia, per més que estiguem clarament en l'*era de la governança*, l'organització administrativa no respon pas a un únic paràmetre organitzatiu. Al contrari, en funció dels àmbits materials, podem apreciar una juxtaposició d'elements del model burocràtic *weberian*, d'elements del model gerencial de la *nova gestió pública* i també, i cada vegada amb major incidència, d'elements del paradigma de la *governança pública*.

Tot això configura un escenari socioeconòmic i organitzatiu multifactorial, intern i extern, que, juntament amb l'assoliment d'un estadi de maduresa en el dret administratiu, fa que l'Administració pública i els seu personal es vegin abocats a la utilització de noves tècniques jurídiques cada vegada més evolucionades. En darrer terme, el que hi ha en curs és una nova configuració dels estàndards de diligència en el si de la relació jurídica administrativa.

2.2. LA Lògica DEL SISTEMA DE GOVERNANÇA

La doctrina administrativista fa anys que considera la governança com una guia de la interacció entre actors interdependents que suposa una modificació de les relacions entre l'Estat i la societat i que ha de permetre fer front als nombrosos interessos, recursos i visions que tenen els diferents actors. Alhora, afirma:

[...] el sorgiment de la governança suposa un canvi en les maneres tradicionals de procedir dels poders públics. L'assignació imperativa, la direcció jeràrquica i el control dels processos polítics estan sent substituïts per noves formes de regulació basades en la negociació i la coordinació, i fins i tot la persuasió, mitjançant la qual els responsables públics tracten de mobilitzar els recursos polítics dispersos entre actors públics i privats.⁷

Si considerem la governança i el govern obert com una metodologia que propicia la participació de la ciutadania en la presa de decisions administratives i que, en darrera instància, contribueix a la legitimació democràtica de la gestió pública, és essencial establir quines han de ser les condicions per a fer possible, real i efectiu aquest «diàleg bidireccional» a què es refereix la Llei de transparència sigui possible, real i efectiu.

El pressupòsit essencial d'aquest diàleg es produeixi és la transparència, que resulta necessària a fi que la ciutadania pugui formar-se un criteri i participar de manera qualitativa i eficaç en la presa de decisions públiques. Sense aquest coneixement, tota idea de participació esdevé il·lusòria, alhora que sense tampoc no seria una participació eficaç, ja que no es partiria

7. A. CERRILLO MARTÍNEZ (coord.), *Governança i bona administració a Catalunya*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007, p. 9.

del coneixement necessari. A més, cal no oblidar la funció de la transparència com a mecanisme de control difús de la gestió pública i de fiscalització de la corrupció, en el sentit de la clàssica expressió del magistrat Brandeis «la llum del sol és el millor dels desinfectants».

El segon element essencial és que, juntament amb la transparència i la informació pública, l'Administració i el govern generin un marc de confiança i de responsabilitat. És en aquest punt on hem de situar les garanties ètiques i els codis de conducta que es prediquen de la idea de bon govern. És inversemblant que, malgrat disposar de la informació necessària, ningú entauli un diàleg amb una organització que no li mereix confiança. En aquest sentit, la regulació del sistema d'integritat pública —que *per se* hauria de ser obligatori— és un instrument de primer ordre per a generar la confiança necessària per tal que la ciutadania participi en la presa de decisions públiques.

El tercer element essencial és, precisament, la conseqüència de les obligacions de bon govern: el retiment de comptes. La generació d'un marc de responsabilitat és el que fa creïble el compliment de les obligacions de bon govern i bona administració.

El compliment d'aquests tres requisits essencials és el que permet a la ciutadania disposar de la informació necessària per a participar i poder tenir un mínim nivell de confiança en l'Administració i en el fet que les seves opinions, encara que no siguin compartides, seran tingudes en compte, cosa que garantirà un procés públic, racional i motivat de presa de decisions.

És precisament per aquest motiu que no és gens estrany que la denominació de les lleis de transparència compregui de manera cumulativa els termes *transparència*, *accés a la informació pública* i *bon govern*, com tampoc no és casual que, després de la primera onada de lleis de transparència, en els darrers anys s'hagi entrat en la primera onada de lleis d'integritat i retiment de comptes, sobretot a partir de la Directiva europea de protecció dels alertadors de la corrupció.

2.3. EL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ

Fa pràcticament una dècada definíem la bona administració en aquests termes: la que actua d'acord amb els principis de legalitat, objectivitat, imparcialitat, eficàcia, eficiència, transparència, motivació dels seus actes, accessibilitat, adaptació a les noves tecnologies, esperit de servei, obertura i no exclusió de la possibilitat de reconsiderar la seva actuació, responsabilitat i ple respecte i reconeixement de la llengua pròpia de la persona i el territori, amb independència del seu caràcter estatal o subestatal i amb cortesia, absolut respecte pels drets de les persones i la incorporació transversal de la perspectiva de gènere.⁸

En trobem una definició complementària en el Codi de bones pràctiques administratives del Síndic de Greuges de Catalunya: «[...] una bona administració és la que informa, la que escolta i la que respon, la que actua de manera transparent, la que impulsa la participació dels

8. FRANCESC MANCILLA MUNTADA, *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2014, p. 871-872. Vegeu també F. MANCILLA MUNTADA, «Breves reflexiones sobre la buena administración y el buen gobierno», *Diario La Ley* (Wolters Kluwer), núm. 9689 (4 setembre 2020).

ciutadans, la que gestiona amb rigor i la que assumeix plenament les seves responsabilitats».⁹ Pràcticament des de la creació de la Comunitat Econòmica Europea, en la segona meitat del segle xx la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea va anar configurant el contingut del principi de bona administració, per bé que en la construcció pretoriana d'aquest principi va influir decisivament l'absència d'una norma general reguladora del procediment administratiu en les institucions europees.

Per a la creació del principi de bona administració va resultar igualment decisiva la tasca de persuasió de l'*ombudsman* europeu, juntament amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i, finalment, també la seva incorporació a diversos instruments de *soft law*, que va precedir la seva consagració definitiva com a dret fonamental en l'article 41 de la CDFUE, que forma part del dret originari de la Unió Europea a partir de la seva inclusió *ex article* 6 del Tractat de Lisboa (Tractat de la Unió Europea).

Així, l'article 41 de la CDFUE defineix aquest dret en els termes següents:

Article 41. Dret a una bona administració

1. Qualsevol persona té dret que les institucions, els òrgans i els organismes de la Unió tractin els seus assumptes de manera imparcial i equitativa i en un termini raonable.

2. Aquest dret inclou particularment: *a)* el dret de qualsevol persona a ésser escoltada abans que no es prengui en contra seva una mesura individual que l'afectaria desfavorablement; *b)* el dret de qualsevol persona a accedir a l'expedient que la concerneix, dins del respecte als interessos legítims de la confidencialitat i del secret professional i comercial; *c)* l'obligació de l'Administració de motivar les seves decisions.

3. Qualsevol persona té dret a la reparació per la Unió dels danys causats per les seves institucions o pels seus agents en l'exercici de llurs funcions, de conformitat amb els principis generals comuns als drets dels estats membres.

4. Qualsevol persona es pot adreçar a les institucions de la Unió en una de les llengües dels tractats i ha de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua.

L'article 30.2 del vigent Estatut d'autonomia de Catalunya, del 2006, consagrà la recepció del dret a una bona administració en el nostre ordenament jurídic, malgrat que no en va delimitar el contingut, cosa que sí que han fet, ni que sigui parcialment, l'article 22 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya (en endavant, Llei 26/2010), i l'article 58 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El cert és que, un any després de la Llei 19/2014 i malgrat que el dret a una bona administració s'havia regulat en diverses comunitats autònomes, el legislador estatal no va recollir el dret a una bona administració en les lleis 39/2015 i 40/2015, de l'1 d'octubre, ni tan sols en els termes amb què ja s'havia positivitzat en l'ordenament europeu i català, així com en alguns altres ordenaments autonòmics en els quals s'havia recepcionat igualment aquest dret.

Malgrat aquesta aparent manca de reconeixement del dret a una bona administració per part de la nova legislació estatal bàsica de procediment administratiu, del 2015, la juris-

9. Disponible en línia a: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codi%20bones%20practiques%20administratives.pdf>.

prudència consolidada de la Sala Tercera del Tribunal Suprem ha reconegut amb tota naturalitat que el principi de bona administració es pot inferir de manera implícita en els articles 9.2, 103 i 106 de la Constitució espanyola (CE) i, com a tal, ha estat regulat per la CDFUE. L'alt tribunal també diu:

[...] constituye, según la mejor doctrina, un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI referido a un modo de actuación pública que excluye la gestión negligente y —como esta misma Sala ha señalado en anteriores ocasiones— no consiste en una pura fórmula vacía de contenido, sino que se impone a las Administraciones Públicas, de suerte que el conjunto de derechos que de aquel principio derivan (audiencia, resolución en plazo, motivación, tratamiento eficaz y equitativo de los asuntos, buena fe) tiene —debe tener— plasmación efectiva y lleva aparejado, por ello, un correlativo elenco de deberes plenamente exigible por el ciudadano a los órganos públicos.¹⁰

A més de reconèixer el principi de bona administració, que jurídicament incorpora un deure de diligència envers l'Administració, el Tribunal Suprem també ha reconegut la doble vessant de la bona administració i la seva naturalesa de dret subjectiu. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem del 4 de novembre de 2021 (recurs de cassació 8325/2019; ECLI:ES:TS:2021:4117), després de recordar que «el principi de bona administració té una base constitucional i legal indiscutible», entra a distingir-ne (FJ 7) la doble vessant:

[...] por un lado constituyen deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses [...].

Pel que fa al deure de bona administració, es vincula directament amb el dret al procediment administratiu degut¹¹ i amb les obligacions de diligència derivades de l'article 3.1e de la Llei 40/2015, ja que és:

[...] [un] principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivada de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que más allá reclama la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración Tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto.¹²

En aquest sentit, la jurisprudència del Tribunal de Luxemburg ja s'està referint a les obligacions jurídiques de «due care» o «due diligence» (apartats 81 i següents de la Sentència

10. Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 15 d'octubre de 2020 (recurs de cassació 1652/2019; ECLI:ES:TS:2020:3279).

11. STS del 14 d'abril de 2021 (recurs 28/2020; ECLI:ES:TS:2021:1387).

12. STS del 19 de febrer de 2019 (recurs 128/2016; ECLI:ES:TS:2019:579).

del Tribunal General de la Unió Europea del 29 d'abril de 2015, núm. T-217/11, assumpte *Clare Staelen vs. European Union Ombudsman*).¹³

A més, cal tenir especialment en compte el fet que el Tribunal Suprem ha avalat la transcendència del principi de bona administració no només envers les potestats discrecionals, sinó també respecte de les potestats reglades. En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Suprem (STS) del 28 de maig de 2020 (recurs de cassació 5751/2017, STS 1421/2020; ECLI:ES:TS:2020:1421), dictada en matèria tributària per la Secció Segona de la Sala Tercera del Tribunal Suprem, ha estat polèmica perquè sembla obviar que l'article 117.1 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP), disposa que «[l]a interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat». Així, la Sentència sosté que l'Administració, quan té pendent la resolució d'un recurs o una impugnació administrativa, potestatiu o obligatori, «no pot dictar provisió de constreyniment sense resoldre abans aquest recurs de manera expressa, com és el seu deure, ja que el silenci administratiu no és sinó una mera ficció d'acte a l'efecte d'obrir davant d'aquesta omisió les vies impugnatives pertinents en cada cas», doctrina que el Tribunal Suprem fonamenta en el principi de bona administració:

Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts. 9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos y no se ampare en su infracción -como aquí ha sucedido- para causar un innecesario perjuicio al interesado.

Val a dir que aquesta sentència va originar una certa discussió doctrinal¹⁴ perquè la interpretació feta pel Tribunal Suprem semblava contradir la literalitat de l'avantdit article 117.1 LPACAP.

13. Així doncs, per a Juli Ponce, «en essència, el dret a una bona administració, com veurem, suposa la necessitat de l'anàlisi i la presa en consideració diligent i amb la deguda cura dels fets i interessos rellevants en cada presa de decisió» (J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI», 2016, p. 13 (treball emmarcat en el projecte d'investigació finançat amb fons del Govern espanyol i en el qual col·laboren acadèmics de diversos països iberoamericans, dels Estats Units i de diversos països de la Unió Europea, titulat «REGENERACIÓN democrática, buena administración e integridad pública: el papel del derecho administrativo ante la crisis de las instituciones públicas», amb referència DER2014-57391-C2-1-R. Disponible en línia a: <http://www.ub.edu/instituttransjus/documentos/proyectos%20recerca/2015%20Proyecto%20REGDEM.pdf>).

14. Quant a la discussió doctrinal esmentada, vegeu G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El principio de buena administración según la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 230, i la seva rèplica a J. PONCE SOLÉ, «El derecho a una buena administración, su exigencia judicial y el privilegio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a propósito de la Sentencia de la Sala 3ª del TS 1421/2020, de 28 de mayo de 2020», *Revista de Administración Pública*, núm. 221.

Encara que en aquesta sentència el Tribunal Suprem no ho explicita, és clar que una interpretació finalista, contextual i sistemàtica del referit precepte no permet concloure que la mera literalitat pugui arribar a significar que el principi d'executivitat dels actes administratius beneficiï l'Administració quan sigui incomplidora del seu deure, també legal i inexcusable, de resoldre en un termini predeterminat. Per tant, és ben coherent i jurídicament procedent que el Tribunal Suprem sostingui que l'Administració, quan té pendent la resolució d'un recurs o una impugnació administrativa, potestatiu o obligatori, «no pot dictar provisió de constrenyiment sense resoldre abans aquest recurs de manera expressa, com és el seu deure, ja que el silenci administratiu no és sinó una mera ficció d'acte a efectes d'obrir davant d'aquesta omisió les vies impugnatives pertinents en cada cas».

D'altra banda, i amb anterioritat a aquesta polèmica, l'any 2015 el professor Baño va introduir la tutela efectiva com a argument sòlid per a criticar l'executivitat de l'acte quan s'ha interposat un recurs administratiu: «[...] el que no té cap sentit jurídic i atempta contra la tutela efectiva és que s'imposi la càrrega d'un recurs administratiu previ mentre l'acte administratiu desplega tots els seus efectes».¹⁵

Certament, la polèmica entre la interpretació textual i la interpretació finalista de la norma, així com la interpretació conforme a la Constitució, no és nova ni exclusiva del dret europeu. Val la pena, en aquest sentit, fer-nos ressò de la polèmica, ja clàssica, suscitada per la sentència del Tribunal Suprem nord-americà a propòsit del cas *Church of the Holy Trinity vs. United States* (1891), en el qual va anul·lar una sentència que validava la sanció imposada a l'església Holy Trinity de Nova York per haver contractat un pastor anglès tot contravenint la prohibició expressa de la normativa legal (*Alien Contract Labor Act*) de contractar treballadors estrangers (específicament es prohibia la importació de «labor or service of any kind»). El *holding* (*ratio decidendi*) d'aquesta sentència és expressat pel magistrat Brewer en el sentit que, malgrat la literalitat del text, resultava evident que el legislador no tenia cap intenció de prohibir l'entrada de pastors estrangers ni, encara menys, criminalitzar l'entrada de pastors forans en una nació on la religió té un reconeixement tan important. Magistrats tan significats en la defensa de la interpretació originalista i textual de la Constitució nord-americana com Antonin Scalia¹⁶ havien criticat aquesta sentència per contravenir la literalitat de la normativa, ja que contravenia el principi democràtic i esdevenia una clara extralimitació del paper dels jutges, mentre que el reputat professor de dret constitucional a la Harvard Law School Laurence Tribe considerava que, com que el precepte legal podia infringir la llibertat religiosa reconeguda en la Constitució, s'havia d'interpretar d'acord amb el cànon constitucional.¹⁷

15. José María BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español», a Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

16. Antonin SCALIA, *A matter of interpretation: Federal courts and the law*, Princeton, Princeton University Press, 1997. Vegeu també William S. BLATT, «Missing the mark: an overlooked statute redefines the debate over statutory interpretation», *University of Miami Law Review*, vol. 64 (2010), p. 101. Disponible en línia a: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687730.

17. Així mateix, el professor Cass Sunstein també es mostra favorable a la interpretació de Holy Trini-

En definitiva, com succeïa en el cas *Church of the Holy Trinity vs. United States*, és possible una interpretació conforme a la Constitució i alhora una interpretació sistemàtica i teleològica d'acord amb la finalitat del legislador, que permet considerar que l'executivitat dels actes administratius no s'edifica per a beneficiar l'incompliment del deure de resoldre els recursos dins de termini.

Així, la naturalesa del dret a una bona administració com a principi general, com a dret subjectiu i com a deure administratiu, fa que sigui innecessari regular-ne totes les manifestacions i conseqüències, com també ho seria, per exemple, intentar regular i preveure totes les possibles manifestacions del principi d'antiformalisme que regeix el procediment administratiu. Per tant, no ha calgut modificar cap article de la LPACAP si hi ha una interpretació constitucional conforme al dret a una bona administració.

En última instància, l'absència de proclamació constitucional específica i expressa del dret a una bona administració —per bé que, des de la perspectiva multinivell, la norma amb funció constitucional de l'ordenament europeu sí que la considera en l'article 41 de la CDFUE— no pot ser un obstacle per a inferir-ne la presència, com tampoc no ho va ser per al Tribunal de Justícia de la Unió Europea durant les cinc dècades que van precedir la incorporació de l'article 41 de la CDFUE al dret primari, ja que precisament es partia del concepte de *comunitat de dret* i dels principis constitucionals comuns als estats membres.

Recapitulant tot el que hem exposat, el contingut del dret a una bona administració presenta un triple abast:

1. Es tracta d'un dret que engloba un conjunt de drets, deures i garanties inserits en el procediment administratiu: dret a un tracte imparcial i equitatiu dins d'un termini, dret d'audiència, dret d'accés a l'expedient, obligació de motivació, dret de reparació dels danys, drets lingüístics. Aquest mateix dret el podem inferir dels articles 9.1, 9.3, 31.2, 103.1, 105 i 106.2 CE, preceptes tots ells desenvolupats per les lleis 39/2015 i 40/2015, de l'1 d'octubre, per bé que sense mencionar expressament la bona administració.

2. És un dret que es projecta sobre totes les potestats administratives i que té una notable incidència en l'àmbit de la qualitat normativa, ja que es reflecteix en els principis de bona regulació continguts en les diferents normes de procediment administratiu. En aquest sentit, la LPACAP regula en els seus articles 129 i 130, entre d'altres, els principis de bona regulació, que en realitat són principis de bona administració.

3. En tercer lloc, hem de situar la bona administració com a paràmetre de diligència que té una manifestació ben clara en l'exigibilitat de responsabilitat patrimonial a l'Administració, com es pot veure amb la inclusió en la norma europea de l'article 41.3 de la CDFUE en els termes següents: «Qualsevol persona té dret a la reparació per la Unió dels danys causats per les seves institucions o pels seus agents en l'exercici de llurs funcions, de conformitat amb els principis generals comuns als drets dels estats membres».

ty i, de fet, sembla anar molt més lluny, com es pot comprovar a William S. BLATT, «Missing the mark, p. 101. Disponible en línia a: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687730.

La inclusió de la responsabilitat patrimonial dins l'espectre del dret a una bona administració comporta que haguem d'analitzar la responsabilitat patrimonial no només com una acció per al rescabament pels danys i perjudicis soferts en el patrimoni del particular, sinó també com a incompliment del deure de diligència que comporta el principi de bona administració.

Si bé es tracta d'una línia d'investigació doctrinal que no s'ha abordat fins ara,¹⁸ el cert és que hi ha diversos elements jurídics que requereixen escatir quins són el sentit i la configuració que ha de tenir la inclusió de la responsabilitat patrimonial en l'article 41.3 de la CDFUE. Entre aquests, convé destacar el fet que sigui precisament el compliment de la diligència exigible a l'Administració el que permet a la jurisprudència de sortejar la pretesa responsabilitat objectiva de l'Administració; o que, en canvi, es palesi que, malgrat que un procediment jurisdiccional finalitzi amb una sentència indemnitzatòria per mala praxi administrativa, això no es transformi en una avaluació *ex post* que permeti a l'Administració de corregir aquesta praxi en tot allò que depassi el plet enjudiciat, assegurant que l'actuació administrativa futura s'adeqüi a aquests estàndards de diligència deguda. En els propers anys, la lluita per la bona administració passarà necessàriament per analitzar com s'articula el binomi bona administració - responsabilitat patrimonial.

Finalment, l'article 41.4 de la CDFUE va plantejar un contingut del tot nou per al dret a una bona administració: «Qualsevol persona es pot adreçar a les institucions de la Unió en una de les llengües dels tractats i ha de rebre una resposta en aquesta mateixa llengua». Contingut que és una manifestació de la transparència que ha de presidir el dret a una bona administració. Si ens prenem seriosament aquest dret, haurem d'advocar per una interpretació favorable a les llengües regionals o minoritàries i minoritzades, com és el cas de la llengua catalana,¹⁹ no només davant les institucions europees, sinó també davant de qualsevol institució estatal. Aquest és, també, un dels reptes pendents en relació amb la bona administració. En connexió amb la llengua com a part integrant de la bona administració, val a dir que darrerament s'està impulsant l'ús administratiu del «llenguatge clar» no només com a element qualitatiu accessori respecte de les obligacions de transparència, sinó amb la voluntat d'exercir una governança pública que realment sigui accessible a la ciutadania. Així mateix, l'apartat 12 del capítol IV (participació en l'espai públic digital) de la Declaració Europea sobre Drets i Principis Digitals per a la Dècada Digital (2023/C 23/01) disposa que «[t]ota persona hauria de tenir accés a un entorn digital fiable, divers i multilingüe»,²⁰ la qual cosa contribueix a la participació efectiva en la democràcia de manera no discriminatòria.

I no només hi ha preocupació per un llenguatge clar, sinó que també caldrà apostar per «alfabetitzar» la ciutadania —i no només en determinades classes o organitzacions— en el llenguatge de les noves tecnologies. El recent Reglament (UE) 2024/1689, d'intel·ligència

18. Vegeu Francesc MANCILLA MUNTADA, «III. Principios del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», a Berta BERNAD SORJÚS i Josep MOLLEVÍ BORTOLO (coord.), *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Barcelona, Atelier, 2024.

19. Vegeu la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries, aprovada el 25 de juny de 1992 i ratificada per Espanya el 9 d'abril de 2001.

20. El text oficial en castellà és el següent: «Toda persona debería tener acceso a un entorno digital fiable, diverso y multilingüe. El acceso a contenidos diversos contribuye a un debate público plural y a la participación efectiva en la democracia de manera no discriminatoria».

artificial, en l'apartat 72 del seu preàmbul assenyala que «[l]es instruccions d'ús han d'estar disponibles en una llengua fàcilment comprensible per als responsables del desplegament destinataris, segons el que decideixi l'estat membre de què es tracti»,²¹ alhora que en l'article 4 preveu la necessària alfabetització de les persones que treballin en IA. Les noves tecnologies, com és el cas de la IA, comporten, doncs, un nou llenguatge.

Dissortadament, i malgrat la claredat de les normes que acabem d'esmentar, podrien no quedar gaire llunyanes les èpoques en què un determinat llenguatge o idioma esdevenia la llengua del poder, per contraposició al llenguatge del poble. Retratava això Alessandro Manzoni en el clàssic de la literatura *I promessi sposi*, evidenciant la contraposició entre el «linguaggio del potere», emprat per les classes nobles i funcionaris, i el que Umberto Eco anomenava «linguaggio dei segni» (llenguatge dels signes), utilitzat per les classes populars sota la dominació estrangera en el *seicento* italià.

Last but not least, resultaria jurídicament inversemblant i constitucionalment insòlit que tot aquest edifici conceptual de bona administració, diligència deguda i governança pública exquisides es pogués construir sense garantir la inclusió de llengües minoritàries i minoritzades com el català dins l'estàndard europeu del dret a una bona administració.

3. EL DRET DE TRANSPARÈNCIA

3.1. INTRODUCCIÓ

Tradicionalment, la transparència administrativa havia operat gairebé en exclusiva en el marc del procediment administratiu, a l'entorn del tràmit d'audiència i de la necessària motivació dels actes administratius. Aquest seria el nucli més essencial del conjunt de tècniques i garanties que es construeixen inicialment per tal d'assegurar l'efectivitat dels drets de defensa i bona administració en aquelles decisions administratives que poden afectar els interessos legítims i els drets subjectius dels ciutadans.

En la darrera dècada, el dret administratiu ha vist com naixia una nova branca que es pot qualificar de *dret de transparència*. Així, hem passat de l'escadussera regulació del dret d'accés a arxius i registres de l'article 37 de la derogada Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, a una regulació específica amb vocació de generalitat, complementada per un seguit de disposicions legislatives sectorials que han anat obrint pas a múltiples manifestacions del dret de transparència.

Sota la influència de la *Freedom of Information Act* americana, el punt de partida en l'àmbit europeu se situa en el Conveni de Tromsø del Consell d'Europa, que justament ha estat ratificat l'any 2023 (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 253, del 23 d'octubre de 2023, pàgines 139966 - 139978).

21. El text oficial en castellà és el següent: «Las instrucciones de uso deben estar disponibles en una lengua fácilmente comprensible para los responsables del despliegue destinatarios, según lo que decida el Estado miembro de que se trate».

En l'àmbit de la Unió Europea, la CDFUE va incloure en el seu article 42 el dret d'accés a la informació pública, atès que ja es disposava des del 2001 d'una normativa sobre transparència en el marc del Parlament Europeu.

En els nivells estatal i autonòmic, respectivament, la legislació bàsica està conformada per la Llei 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (en endavant, Llei 19/2014), aprovada a Catalunya un any després i desenvolupada posteriorment pel Decret 8/2021, del 9 de febrer, sobre la transparència i el dret d'accés a la informació pública, que ha completat amb gran precisió la implementació de les obligacions de transparència.

Seguint *il professore* Sabino Casesse, en termes generals es podria dir que de l'accés als documents de l'expedient hem passat a la transparència «amb la finalitat de promoure la participació ciutadana i afavorir el control difús del poder públic».²²

3.2. LA COMPLEXITAT JURÍDICA DEL DRET DE TRANSPARÈNCIA

La nova legislació de transparència, encara que és plenament homologable amb la legislació comparada dels països més avançats del nostre entorn, planteja elements de gran complexitat tecnicojurídica, que resulta molt pertinent de desvetllar per tal que ens puguem plantejar com s'organitza la transparència i qui i com l'ha de gestionar correctament.

La regulació legal de la transparència parteix d'una certa desconfiança del legislador envers l'Administració pública i de la clara consciència sobre la necessitat d'una regulació exhaustiva de totes i cadascuna de les obligacions que inclou el règim jurídic de la transparència, cosa que es fa a través d'una triple dimensió: *a)* la regulació dels requisits qualitatius; *b)* la previsió de requisits quantitatius, amb exhaustius llistats de matèries i submatèries, que són precisats en la Llei i desenvolupats fins a l'extenuació en el Decret 8/2021 i, pel que fa a l'Administració i el sector públic de la Generalitat, en la Instrucció 1/2024, sobre el Catàleg de publicitat activa; així com *c)* l'establiment d'un règim disciplinari específic.

Aquest triple nivell d'exigència ha conformat un estàndard de diligència deguda molt elevat en matèria de transparència, per bé que es projecta en una doble perspectiva que pot resultar paradoxal.

D'una banda, la tècnica dels llistats exhaustius permet sortejar el perill que l'Administració no actuï per manca de previsió legal específica, de manera que se li detalla —fins a l'extenuació— totes i cadascuna de les àrees en què ha de fer efectiva la publicitat activa a través del Portal de la Transparència.

Així doncs, i pel que fa a la Generalitat, un primer nivell de diligència administrativa rau a complir de manera precisa tots i cadascun dels deures de transparència que s'inclouen en la LTAI-PBG, el Decret 8/2021 i l'esmentat Catàleg de publicitat activa previst en la Instrucció 1/2024, sense oblidar els criteris establerts per la Comissió Interdepartamental de Govern Obert (CIGO).

22. Sabino CASSESE, «Evoluzione della normativa sulla trasparenza», *SINAPPSI: Connessioni tra Ricerca e Politiche Pubbliche. Rivista Quadrimestrale dell'Inap*, any VIII, núm. 1/2018.

D'aquesta manera, es minimitza una situació *de facto* en què a l'Administració li costa molt de fer interpretacions jurídiques de certa complexitat, inferint de preceptes genèrics una concreta obligació de publicar un document específic. En altres paraules, davant d'una normativa genèrica resulta difícil que l'Administració pugui adoptar una decisió concreta que no té una correspondència directa i específica o literal amb un precepte legal o reglamentari. Sempre hi ha una última pregunta: «quina norma ho exigeix?». En realitat, ni l'Administració mostra un gran interès a fer interpretacions jurídiques complexes, i menys tenint en compte el principi de vinculació positiva, ni els funcionaris, com és lògic, estan disposats a actuar sense una cobertura legal o reglamentària explícita que els pugui dur a assumir responsabilitats. En algunes àrees del dret administratiu, com ara l'urbanisme, s'empra en tal sentit el terme *burocràcia defensiva*.

Paradoxalment, mentre que, d'una banda, sembla que es facilita extraordinàriament que l'Administració actuï sense haver-se d'amoïnar per la manca de regulació legal, ja que tot està perfectament delimitat legalment i reglamentària, com si es tractés d'un contracte o d'un codi font informàtic (per exemple, el Decret 8/2021 és extraordinàriament prolix), de manera paral·lela se li exigeix el compliment d'obligacions de transparència que requereixen una tasca jurídica altament especialitzada, sobretot per la necessitat de ponderar en cada cas, ja sigui en matèria de publicitat activa o també de dret d'accés, l'existència de límits legals a la transparència.

Amb la normativa vigent, doncs, el funcionari municipal o la unitat d'informació de qualsevol departament de l'Administració autonòmica, quan s'enfronta a una obligació de publicitat activa o derivada d'una sol·licitud de dret d'accés, disposa d'una normativa molt detallada que li especifica exactament quina informació ha de publicar o facilitar, durant quant de temps l'ha de publicar i com i quan s'ha d'actualitzar. Però, al mateix temps, tant la legislació bàsica estatal com la llei catalana li imposen uns llistats de límits que haurà d'aplicar, i també li indiquen que haurà de ponderar drets, interessos legítims i perjudicis a tercers, amb les tramitacions corresponents.

El primer element de complexitat és que, respecte de les SAIP, ha d'avaluar la concurrència de causes d'inadmissibilitat i motivar la resolució d'inadmissió, si és el cas, tenint en compte els diferents règims jurídics i també els criteris de la CIGO.

El segon element de complexitat és que, en tot cas, ha d'aplicar el *test del perjudici* envers els tercers, que, si escau, motivarà un tràmit d'al·legacions en què, alhora, haurà de ponderar i motivar si divulga o no la identitat del peticionari.

Un tercer element de complexitat deriva del judici d'aplicabilitat dels límits. Es tracta d'un judici de ponderació que parteix de la consideració que el dret de transparència no té la consideració de dret fonamental, cosa que s'haurà de sospesar quan entri en conflicte amb límits derivats de drets fonamentals, com ara el dret a la protecció de dades personals o el dret a la intimitat, entre d'altres.

Cal afegir que aquest judici de ponderació entre transparència i límits no és pas l'exercici de cap potestat discrecional, sinó el d'una potestat reglada, de manera que —com en el cas d'una sentència— només es pot arribar a una única solució jurídica.

Per tal d'arribar a aquest resultat jurídic l'Administració ha d'acudir a tècniques de contrast entre drets, com ara el principi de proporcionalitat —derivat del *test d'Alexy*—,²³ que li permetrà, per exemple, poder facilitar un accés parcial a la informació en la part que no estigui afectada per un límit.

En aquest sentit, tal com es desprèn dels articles 20, 21, 22, 25, 68 i 69 de la Llei 19/2014, el legislador ha estat molt clar en afirmar que l'aplicació dels límits és una potestat reglada, no discrecional, i que els límits s'han d'aplicar de conformitat amb la seva finalitat, han d'estar previstos en una norma de rang legal i s'han d'aplicar d'acord amb els principis d'igualtat i no discriminació, proporcionalitat, temporalitat (si així ho estableix la llei que els regula, diu l'art. 22 LTAIPBG), amb terminis específics (art. 36.1 llei 10/2001) i de conformitat amb el principi de licitud del tractament.

Per tant, ens trobem davant d'una operació de gran complexitat jurídica, que requereix ponderació, *balancing* entre drets i l'auxili de tècniques interpretatives com el test de proporcionalitat, operacions jurídiques molt sofisticades que normalment estan més a l'abast natural dels grans tribunals de justícia i que són més habituals en l'àmbit acadèmic, més avesat a la teoria general dels drets subjectius, ubicada en el camp del dret constitucional.

Finalment, com hem avançat, l'estàndard de diligència deguda en l'aplicació del dret de transparència no fineix aquí, sinó que s'incrementa per les exigències derivades del dret disciplinari específic en matèria de transparència. Així és com, en efecte, l'article 77.1 LTAIPBG disposa que és una infracció molt greu en matèria de transparència l'incompliment de les obligacions i els deures de publicitat establerts en els capítols II i III del títol II «aplicant de manera manifestament injustificada els límits a què fa referència l'article 7», i l'article 77.2 LTAIPBG, respecte del dret d'accés a la informació pública, assenyala com a infracció molt greu, entre d'altres:

a) Donar informació parcial, o ometre o manipular informació rellevant amb l'objectiu d'influir en la formació de l'opinió ciutadana.

[...]

c) Facilitar informació relativa a les dades personals compreses a l'article 23 sense el consentiment, exprés i per escrit, de les persones afectades.

En conclusió, podem afirmar que el dret de transparència autònomament considerat —publicitat activa i dret d'accés— ens mostra que el que aparentment es presentava com una mera i mecànica operació automatitzable de lliurament i publicació d'informació en poder de l'Administració, se'ns acaba revelant una sofisticada operació jurídica de ponderació entre drets subjectius, principis generals i béns jurídics de naturalesa, règim de protecció i significació molt diversos.

23. En aquest punt, any rere any, en els cursos de transparència que he impartit, he pogut copsar la perplexitat dels alumnes, majoritàriament funcionaris, en ser conscients d'aquest nivell d'exigència tecnico-jurídica, per més que, lògicament, les grans administracions disposin d'unitats especialitzades.

3.3. GOVERN OBERT, DADES OBERTES I GOVERN DE LES DADES

D'altra banda, la transparència no es concreta només amb les obligacions de publicitat activa i amb l'exercici del dret d'accés, sinó que té una segona derivada complementària en l'esfera del govern obert i en el règim jurídic de la reutilització de la informació pública.

La Llei 19/2014, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a més de regular la publicitat activa i el dret d'accés, s'ocupa també —com hem vist anteriorment— de definir i regular el Govern obert, com a conjunt de mesures i mecanismes de participació ciutadana per a establir un diàleg entre l'Administració i la ciutadania en l'establiment de les polítiques públiques.

Juntament amb el *Govern obert*, cal considerar també el *govern de les dades*,²⁴ que és un terme definit legalment en l'article 10.1 del Decret 76/2020, del 4 d'agost, d'Administració digital, com «l'instrument organitzatiu que determina els criteris i elements que defineixen el govern de les dades a l'Administració de la Generalitat». En aquest sentit, hem de mencionar que el marc de referència són les normes ISO i UNE, així com la metodologia internacional DAMA (Data Management Association).²⁵

Per tant, cal tenir present que la informació pública es vehicula a través de les dades, de la disponibilitat, integritat i seguretat de les dades en cada organització pública. I això implica, per exemple, que en la recollida de les dades que ulteriorment puguin ser objecte de publicitat activa o dret d'accés, s'hagin de preveure diversos factors com són els límits, el principi de limitació temporal i de minimització de les dades personals, així com qualsevol altra eventualitat que pugui afectar límits o béns jurídics protegits.

En connexió amb el govern de les dades, hem de mencionar la reutilització de la informació pública, que apareix parcialment en la Llei 19/2014 i el Decret 8/2021, però que troba el seu règim regulador complet en la legislació estatal, en la Llei 37/2007, del 16 de novembre, de reutilització de la informació del sector públic, i el Reial decret 1495/2011, del 24 d'octubre, que aprova el reglament que la desenvolupa, així com en el Reial decret llei 24/2021, del 2 de novembre, de transposició, entre d'altres, de la Directiva 2019/1024, relativa a les dades obertes i la reutilització de la informació del sector públic.²⁶

Hem de tenir en compte que, com succeeix amb la legislació de publicitat activa i dret d'accés, la reutilització d'informació està subjecta a un extens catàleg de límits legals establerts en els apartats 3 i 4 de l'article 3 de la Llei 37/2007, en el redactat donat pel Decret llei 24/2021, alhora que es regula un sistema d'atorgament de llicències que requereix una tra-

24. El model de govern de les dades està considerat en l'Acord GOV/158/2023 del Govern de la Generalitat de Catalunya, del 25 de juliol de 2023, pel qual s'aprova el model de govern de les dades de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i del seu sector públic, que hem de posar en relació amb l'Acord GOV/114/2024 del Govern de la Generalitat de Catalunya, del 7 de maig de 2024, pel qual s'aprova el Pla de govern obert i bon govern de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de les entitats que integren el seu sector públic per al període 2024-2025.

25. Vegeu: <https://administracioidigital.gencat.cat/ca/detalls/article/El-model-de-govern-de-les-dades>.

26. Així mateix, escau fer referència també al Reglament d'execució (UE) 2023/138, de la Comissió Europea, sobre dades d'alt valor.

mitació especialitzada, per la qual cosa ens remetem a les consideracions fetes sobre el nivell d'exigibilitat tècnica que comporta la gestió d'aquesta informació.

En definitiva, es tracta d'un conjunt d'iniciatives de transparència que es posen a disposició des del mateix Portal de la Transparència de la Generalitat, però també des de portals específics com ara el portal Participa Gencat,²⁷ relatiu als processos participatius que impulsa la Generalitat, o el portal Dades obertes,²⁸ on tant es pot consultar el catàleg de dades obertes com accedir a la reutilització de la informació pública.

3.4. CONCLUSIÓ: UNA ADMINISTRACIÓ SOFISTICADA I TRANSLÚCIDA

L'heterogeneïtat de drets i interessos amb els quals ha d'obrir-se pas la transparència ens duu a fixar la nostra atenció precisament en els estàndards de diligència deguda de les nostres administracions públiques, i, com hem vist anteriorment, aquest és precisament el marc en el qual operen el principi i el dret a una bona administració, en un ampli espectre que va des de l'exigència de deguda cura fins al retiment de comptes.

Considerant aquesta elevació dels estàndards de diligència, escau efectuar també una aproximació realista a quins són els recursos disponibles a les administracions públiques del nostre país.

Si analitzem el sector públic a Catalunya, hom pot constatar una desigual capacitat de recursos entre les microestructures administratives dels petits municipis i les administracions dels grans municipis o l'Administració autonòmica. En aquest sentit, caldria centrar el focus en l'Administració local, per tal de dissenyar una organització de la transparència que faci possible una prestació homogènia dels serveis de transparència, evitant que *de facto* s'avanci cap a una no desitjada *transparència dual*, amb estàndards desiguals de compliment de les obligacions de transparència.

El perill, tanmateix, és que els llarguíssims llistats, requisits, límits i tràmits complexos que ha fixat el legislador normatiu i reglamentari puguin acabar essent gestionats per sistemes d'IA que, al seu torn, no siguin gens transparents ni fàcilment controlables.

Finalment, hem d'advertir que el règim de transparència opera sobre matèries certament importants, però, en canvi, es veu limitat per nombrosos espais translúcids, com la seguretat nacional, la defensa, les relacions exteriors, la seguretat pública, els interessos econòmics i comercials, la política econòmica i monetària, la propietat intel·lectual i industrial, la garantia de la confidencialitat o el secret requerit en processos de presa de decisió, la protecció del medi ambient, entre d'altres.

Aquest llistat de límits és molt ampli, com reconeixen García de Enterría i Tomás Ramón Fernández, els quals puntualitzen:

[...] d'altra banda, és inevitable, però el mateix article 14 de la Llei (19/2013 estatal) es cuida de precisar que l'aplicació d'aquestes (excepcions) serà justificada i proporcionada al seu

27. Vegeu: <https://participa.gencat.cat/?locale=ca>.

28. Vegeu: <https://administracioidigital.gencat.cat/ca/dades/dades-obertes/inici/>.

objecte i finalitat de protecció i que les resolucions que les acordin seran objecte de publicació, una vegada notificades als interessats.²⁹

El dret de transparència, certament, ha significat un canvi de tendència que ha aportat llum a moltes activitats administratives que la població desconeixia, però no és una transparència total ni suficient, si més no per a poder implementar la governança pública i la democràcia participativa en magnituds significatives.

4. NOVES TÈCNIQUES, TECNOLOGIES DISRUPTIVES I TRANSPARÈNCIA

4.1. EL *NUDGING*

4.1.1. *De la psicologia a l'activitat administrativa conductual*

En els darrers anys s'observa una creixent tendència de les administracions públiques d'arreu a utilitzar les tècniques de *nudging*, és a dir, les provinents de l'economia i la psicologia conductual, que a partir del coneixement previ de determinats procediments psicològics conductuals permeten incidir de manera no coercitiva en la conducta dels ciutadans per tal d'assolir amb major eficàcia i eficiència els objectius dels programes i polítiques públiques.

Les aportacions de Richard H. Thaler sobre economia conductual van ser reconegudes amb el Premi Nobel d'Economia el 2017. Thaler i el professor de Harvard Cass R. Sunstein són els autors del llibre *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, publicat l'any 2008, amb el qual van popularitzar l'ús del terme *nudge*, que podem traduir per subtils i petites empentes'.

Poc temps després, l'any 2009, l'Administració Obama³⁰ va crear el primer equip *nudge*, l'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), per tal d'explorar la seva aplicació en l'àmbit de les polítiques públiques, i l'any 2010 l'Administració Cameron, al Regne Unit, va constituir el Behavioural Insights Team (BIT).

Posteriorment, el 15 de setembre de 2015,³¹ el president Obama va dictar l'ordre executiva *Using behavioural science insights to better serve the American people*, per la qual s'adreçava als departaments i agències públiques per a a) identificar polítiques i programes en els quals l'aplicació de les ciències del comportament pugui produir millores substancials i b) desenvolupar estratègies per a aplicar aquests coneixements als programes i polítiques públiques, així com per a, en la mesura que es pugui, provar i avaluar amb rigor l'impacte d'aquests coneixements.

29. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA i Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, 17a ed., Madrid, Civitas, 2020, p. 506.

30. Vegeu: <https://www.lavanguardia.com/vida/20090307/53654090336/obama-inspira-sus-politicas-en-la-filosofia-nudge-ayudar-al-individuo.html>.

31. Vegeu: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.

El mateix any 2015 el Japó va establir la primera unitat *nudge*, i el 2017 va crear el Behavioural Sciences Team (BEST) per a coordinar les diferents unitats *nudge*. A tall d'exemple de l'expansió d'aquestes unitats en l'Administració local, escau esmentar la creació l'any 2019 del Yokohama Behavioural Insights and Design Team (YBiT).

A partir d'aquí, podríem dir que la utilització del *nudging* ha experimentat una notable i creixent expansió arreu. Un dels casos més recents a l'Estat espanyol és el de la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMV),³² que el 28 d'abril de 2023 va anunciar l'elaboració d'un estudi —que s'ha de publicar l'any 2024— per tal d'analitzar «com l'economia conductual pot ajudar els poders públics a regular i supervisar els mercats».

4.1.2. «Nudges»: concepte i exemples concrets

Cass R. Sunstein, que fou cap de l'OIRA, va definir el *nudge* com «[q]ualsevol aspecte de l'arquitectura de les decisions que modifica la conducta de les persones d'una manera previsible sense prohibir cap opció ni canviar de manera significativa els seus incentius econòmics».

El *nudging* parteix del coneixement del funcionament del procés mental de presa de decisions —l'arquitectura de la presa de decisions— i es focalitza en les *heurístiques*, que són les dreceres mentals que ens estalvien energia, i els *biaixos*, que són els errors sistemàtics causats per les heurístiques.

A partir d'aquests coneixements de psicologia conductual el *nudge* pot esdevenir un instrument per a oferir-nos més alternatives en el moment de la presa de decisions. Així ho fa, per exemple, l'etiqueta «Nutri-Score» que porten els aliments i que ens pot dissuadir de comprar un aliment mal puntuat, o els recordatoris de visites mèdiques, els advertiments gràfics, els recordatoris de normes socials, les factures d'electricitat que ens indiquen en què hem gastat més energia o fins i tot la simple disposició dels aliments a les neveres dels establiments públics, amb els aliments més saludables situats als llocs més accessibles.

D'altra banda, cal tenir en compte que els *nudges* es diferencien clarament dels *dark patterns* ('patrons foscos'), en què s'utilitzen els coneixements de la psicologia conductual per a manipular la voluntat de les persones. Es tracta de pràctiques prohibides per l'article 25 del Reglament (UE) 2022/2065, de serveis digitals, que en l'apartat 67 del seu preàmbul adverteix:

Les interfícies enganyoses de les plataformes en línia són pràctiques que distorsionen o minven substancialment, de manera deliberada o efectiva, la capacitat dels destinataris del servei de prendre decisions autònomes i amb coneixement de causa. Aquestes pràctiques poden utilitzar-se per a persuadir els destinataris del servei que adoptin comportaments no desitjats o decisions no desitjades que tenen conseqüències negatives per a ells.

Un exemple significatiu del *nudging* aplicat a les polítiques públiques és *El petit llibre dels nudges verds* publicat pel Programa de les Nacions Unides per al Medi Ambient l'any 2020, que es defineix com una guia per a reduir l'impacte ambiental dels campus universita-

32. Vegeu: <https://www.cnmc.es/prensa/estudio-nudges-20230428>.

ris a través de canvis en el comportament humà, potenciant pràctiques més sostenibles en el comportament dels estudiants i l'*staff*.

Aquesta guia defineix els *nudges* com a 'subtils i petites empentes':

[...] persuasió positiva i amable per a fomentar un comportament sostenible en els centres d'ensenyament superior. Per exemple, es consideraria una empenta donar als aliments més sostenibles un lloc prominent al menjador d'estudiants, que en qualsevol cas podran menjar el que desitgin. També ho seria inscriure automàticament els estudiants en un programa de bicicletes compartides, l'utilitzin o no. En tots dos casos, gràcies a aquests senzills canvis, l'opció sostenible resultaria més fàcil, notòria i, aparentment, més normal.

En la mateixa guia s'explica de manera molt didàctica quina és la base empírica sobre la qual s'utilitza el *nudging*:

Les empentes es basen en la comprensió de la psicologia de la presa de decisions. El cervell té recursos limitats per a donar sentit a un món complex i incert, per la qual cosa recorrem a dreceres mentals que fan que el nostre comportament depengui en summa mesura del context; per exemple, «fes el que fan els altres» o «pren l'opció més senzilla». Així mateix, una gran part del nostre comportament és automàtic: seguim rutines arrelades o actuem amb el «pilot automàtic». Conèixer aquests processos cognitius ens permet modificar les opcions a disposició de les persones (l'«entorn de decisió») per tal de fomentar determinades eleccions, o bé dissenyar expressament les opcions per a aprofitar o superar biaixos cognitius habituals.

En aquest context pot esdevenir habitual que molts gestors públics es plantegin que, amb una administració digitalitzada i amb una quantitat ingent de dades sobre la ciutadania, disposen de les eines adients per a fer un pas més: passar de la prestació de serveis a requeriment, a un nou model de prestació de serveis fonamentat en una acció proactiva de l'Administració. Així és com resulta usual trobar-nos amb propostes de noves maneres d'actuació pública; per exemple, en el camp de l'activitat de foment, es promou la resolució proactiva de la concessió de subvencions de manera que les persones que en puguin ser beneficiàries no hagin d'atansar-se a les oficines administratives, sinó que només hagin d'acceptar amb un clic el missatge SMS que oportunament i de manera diligent li envia l'Administració.

No obstant això, de la mateixa manera que l'Administració pot *preconcedir* una subvenció, també ens hem de qüestionar quina altra mena de decisions podria acabar adoptant aquesta nova administració proactiva a partir de la combinació entre el big data, la IA i la utilització de les tècniques de *nudging*. De fet, amb aquestes tècniques l'Administració ens podria endreçar el dia a dia, omplint la nostra agenda amb determinades visites preprogramades als centres sanitaris, a les entitats socials, prematriculant els infants als centres educatius en funció de les dades que ja té l'Administració, donant de baixa els vehicles que contaminen, atorgant-nos subvencions no demanades per a comprar determinats vehicles o electrodomèstics verds, etc. Les possibilitats de *servir proactivament* la ciutadania són, ara com ara, desconegudes, però també poden resultar inquietants i per això ens n'hem de preocupar jurídicament.

4.1.3. El «nudging» com a potestat administrativa

El concepte de *nudge* proporcionat per Cass R. Sunstein ens ajuda a diferenciar-lo de les activitats administratives de prohibició o sancionadores, però no l'assimila a l'activitat de foment, per bé que és la que més s'hi podria aproximar.

Tota actuació administrativa que s'adreça a incidir de manera directa sobre l'esfera de llibertat del ciutadà amb el propòsit de fer efectiu l'interès general, està configurant una relació juridicoadministrativa en què hem de verificar, en primer lloc, que l'Administració estigui legalment investida de la potestat que li permeti actuar sobre la ciutadania. En conseqüència, el *nudging* requereix una habilitació legal i/o reglamentària prèvia que n'habiliti la utilització.

A partir d'aquí, hem d'analitzar jurídicament com es configura cada relació juridicoadministrativa concreta i si hi poden quedar afectats drets subjectius dels ciutadans, la qual cosa dona peu a aplicar el principi de proporcionalitat, és a dir, partint de la potestat conferida legalment i prèviament, l'Administració ha de valorar en cada cas la idoneïtat, la necessitat i la proporcionalitat de la utilització del *nudging*.

A més, caldrà valorar i ponderar adequadament si hi ha altres drets fonamentals, drets subjectius de configuració legal i interessos legítims que es puguin veure afectats per la utilització dels *nudges*.

Així doncs, per més que des del dret administratiu s'abordin els *nudges* amb tècniques de control com ara el principi de proporcionalitat, es tracta d'una equació a la qual hem d'afegir dues variables.

En primer lloc, pensem amb què estem operant: la ment humana, els seus biaixos, la seva estructura neuronal, les emocions. I ho fem amb els coneixements que la ciència té avui, que no són gaire contrastats, si es té en compte que els *nudges* no funcionen al 100 % amb tothom. Així, i tenint en compte la fragilitat evident dels coneixements actuals sobre psicologia conductual, quan l'Administració decideix incidir en aquesta esfera del comportament humà, a banda de l'evident immissió en el seu àmbit de llibertat, cal adonar-nos que jurídicament també estem modificant els patrons de conducta i els estàndards de diligència de la ciutadania. Lògicament, això ens duu a preguntar-nos quines poden ser les conseqüències en l'altre extrem de l'espectre relacional i, per tant, com s'hauran de valorar les infraccions i els elements subjectius de l'injust.

En segon lloc i partint de la constatació de la fragilitat de la ment humana i de l'evident desconeixement científic dels efectes a mitjà i llarg termini sobre les persones com a conseqüència de l'aplicació de les tècniques de *nudging*, l'Administració opera a través de tècniques jurídicament avançades, com ho és el principi de proporcionalitat, que en aquest context tan delicat pot exigir tenir en consideració moltes variables abans d'intervenir. En aquest sentit, pensem que una administració *proactiva* però mancada de recursos humans especialitzats pot veure's temptada d'utilitzar el *nudging* a través de sistemes d'IA que, a la pràctica, acabin per controlar i decidir el contingut i els subjectes a qui s'aplicaran els *nudges*, cosa que configuraria un nou escenari en el qual l'Administració podria acabar incidint en el comportament humà, les coordenades del qual no coneix totalment ni de bon tros a partir únicament de la psicologia conductual, utilitzant, a més, una eina com la IA, que ni tan sols

la mateixa Administració pot arribar a comprendre o que desconeix perquè senzillament és una tecnologia propietat d'un tercer.

El producte de combinar d'aquestes dues variables pot resultar un escenari complex, on realment s'està afectant la llibertat de la persona i on s'alterin seriosament els paràmetres jurídics que fins ara han regulat l'espectre relacional entre el ciutadà i l'Administració. De fet, la utilització d'aquestes tècniques conductuals pot acabar incidint en la lliure determinació de la voluntat, és a dir, pot produir el que en termes de dret privat entenem com un vici del consentiment, que pot comportar la nul·litat del negoci jurídic.

Però també podria tenir una vessant encara més inquietant si des del dret administratiu sancionador es comença a tenir en compte l'existència dels *nudges* per a posteriorment valorar de manera diferenciada els elements subjectius de l'injust, és a dir, el judici de culpabilitat.

Si partim de la base que, tal com està definit, la utilització d'un *nudge* no predetermina absolutament el resultat de la conducta humana ni és interpretada de la mateixa manera per tota la ciutadania, resultaria esferèidor que es pogués tenir en compte aquesta tècnica per a determinar o incrementar el grau de culpabilitat d'un subjecte sotmès a un procediment sancionador.

4.1.4. *La transparència i el control de l'activitat administrativa conductual*

El professor Sunstein és molt clar en emfasitzar que la transparència ha de formar part de la utilització administrativa del *nudging*:

Les decisions del govern, en particular, haurien d'estar subjectes a l'escrutini públic i a la revisió. Un dels principals avantatges dels *nudges*, davant els mandats i les prohibicions, és que eviten la coacció. Tot i així, mai han d'adoptar la forma de manipulació o engany. El públic ha de poder revisar i escudar els *nudges* igual que les accions governamentals de qual-sevol altre tipus.³³

Com succeeix per a la resta de l'activitat pública, la transparència esdevé imprescindible sobretot quan aquesta activitat administrativa pot incidir en l'esfera psicològica de les persones. No s'ha d'oblidar que, malgrat les bones intencions que puguin tenir determinades polítiques o programes, el cert és que a través de la psicologia conductual s'està operant en una esfera íntima de la persona, en el seu procés intern —conscient, inconscient, més o menys racional— de presa de decisions.

Gran part de l'esforç esmerçat a explicar els *nudges* ha estat dedicat bàsicament a posar en relleu la seva efectivitat, el seu baix cost i els múltiples avantatges que la seva utilització pot oferir a la societat. En aquest sentit, s'ha arribat a parlar d'un cert «paternalisme llibertari» (Sunstein, 2008), així com d'un possible autoritarisme administratiu que es pretén evitar a través de la utilització de tècniques jurídiques com ara el principi de proporcionalitat.

33. Cass SUNSTEIN, «Algunas ideas generales sobre las aportaciones conductuales y los “nudges”», a Juli PONCE SOLÉ (dir.), *Acicates («nudges»), buen gobierno y buena administración: Aportaciones de las ciencias conductuales, «nudging» y sector público y privado*, Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 23.

Així doncs, l'aplicació del principi de proporcionalitat en la implementació dels *nudges* ens asseguraria que s'ha efectuat un judici d'idoneïtat i de necessitat i que s'han desestimat les mesures que puguin ser més restrictives.

Juntament amb la transparència, resulta essencial la tècnica del control de la bona administració, en el sentit que es pugui controlar que l'Administració ha adoptat els estàndards de deguda cura i diligència en la implementació dels *nudges*, alhora que es pugui verificar igualment l'aplicació del principi de proporcionalitat.

En aquest sentit, la idea de la proporcionalitat ens permet distingir el grau d'immissió dels *nudges* en l'esfera íntima de l'autodeterminació humana, de manera que en funció de cada cas es pugui valorar si realment ha quedat afectada la llibertat del subjecte. D'altra banda, el professor Cass R. Sunstein precisament defensa la tècnica del *nudging* per tal de possibilitar una presa de decisions més lliures i informades, proporcionant la informació rellevant a la ciutadania.

Dit això i situant-nos en l'esfera de control *ex post* del *nudging* administratiu, podem trobar-nos casos en què els *nudges* consisteixen en informació o recordatoris, i en la seva qualificació com a actes administratius susceptibles d'impugnació. En aquest cas, i respecte de l'activitat informativa de l'Administració, com pot ser la consulta d'un informe de vida laboral, pot resultar d'interès la STS 143/2019, del 23 de gener de 2019 (recurs 359/2016), que ha considerat viable la consideració d'aquests tipus d'informes de vida laboral com a actes de tràmit qualificats a l'efecte de permetre a les persones afectades l'accés al recurs administratiu.

Per tant, i més enllà de la impugnabilitat concreta dels *nudges*, caldrà prestar molta atenció a les garanties de transparència i de bona administració respecte d'aquesta activitat administrativa conductual, ja que la utilització del *nudge* pot alterar els paràmetres de la diligència exigible a la ciutadania, la qual cosa pot comportar —com s'ha advertit— alteracions encara no adreçades en matèria de judici de culpabilitat en el dret sancionador.

4.2. ELS NEURODRETS

4.2.1. De la neurociència a la consciència de l'abast jurídic dels avenços científics: l'exemple xilè

Si l'exemple de les tècniques de *nudging* pot suscitar alguna inquietud pel que suposen d'immissió en l'esfera més personal i íntima de l'ésser humà, pel que comporten de coneixement i possible manipulació dels heurístics i biaixos que conformen el nostre propi sistema de presa de decisions, ens hem d'ocupar ara d'una altra esfera d'immissió en la nostra ment, ja que passem del camp de la psicologia al de la neurociència.

L'any 2013 Barack Obama, aleshores president dels Estats Units, va presentar el projecte «BRAIN Initiative» («Brain Research Through Advancing Innovative Neurotechnologies»),³⁴ que consistia en una investigació liderada per l'Administració nord-americana i

34. Vegeu: <https://obamawhitehouse.archives.gov/BRAIN>; vegeu-ne una explicació en castellà i comentada a <https://www.fpablovi.org/articulos-bioetica/1689-diez-anos-de-la-iniciativa-brain>.

la Universitat de Colúmbia amb l'objectiu d'aglutinar diverses especialitats científiques a fi i efecte de poder «mapejar el cervell humà», comprendre el funcionament del cervell, adquirir una comprensió holística del funcionament cerebral i assolir nous tractaments mèdics per a trastorns neurològics i psiquiàtrics.³⁵

Quatre anys després d'endegar el projecte «BRAIN Initiative», el 2017, un grup de científics encapçalats per Rafael Yuste van publicar a la revista *Nature*³⁶ un article en el qual exposaven les seves preocupacions sobre els possibles resultats de la investigació en la investigació neurocientífica i, en concret, expressaven el seu neguit per la incidència que puguin tenir en la identitat, la privacitat, el lliure albir i el biaix, alhora que propugnaven el dret universal a beneficiar-se de la ciència.

En el dret constitucional comparat escau destacar que l'any 2021 l'article 19.1 de la Constitució de Xile va incorporar el concepte de *neurodret*, alhora que, dos anys després, una sentència de la Cort Suprema xilena del 9 d'agost de 2023 va incidir en aquests drets.

L'article 19.1 de la Constitució xilena del 2021 estableix —traduïm directament—:

[...] el desenvolupament científic i tecnològic ha d'estar al servei de les persones i s'ha de dur a terme amb respecte a la vida i a la integritat física i psíquica. La llei ha de regular els requisits, les condicions i les restriccions per a la seva utilització en les persones, i ha de resguardar especialment l'activitat cerebral, així com la informació provinent d'aquesta.

Poc temps després d'aquesta reforma constitucional, la Sentència de la Cort Suprema xilena del cas *Girardi vs. Emotiv Inc.* (ROL: 105065-2023), del 9 d'agost de 2023,³⁷ dilucidava un cas paradigmàtic de la significació i l'abast dels neurodrets.

Un ciutadà xilè va interposar una acció constitucional de protecció contra l'empresa Emotiv Inc. com a conseqüència de la venda i comercialització del dispositiu Insight, ja que considerava que el giny esmentat no protegia adequadament la privacitat de la informació cerebral dels seus usuaris, per la qual cosa invocava els apartats 1, 4, 6 i 24 de l'article 19 de la Constitució xilena.

El recurrent va adquirir a través de la pàgina web de l'empresa EMOTIV el producte Insight, que consisteix en un dispositiu sense fil (*wireless*) que funciona amb uns sensors que capten la informació sobre l'activitat elèctrica del cervell, de manera que obté dades sobre els gestos, els moviments, les preferències, el temps de reacció i l'activitat cognitiva de l'usuari.

A continuació, relata la Sentència, el recurrent, seguint les instruccions del dispositiu i amb l'objectiu de gravar i accedir a les seves dades cerebrals, va crear un compte en el núvol de dades d'EMOTIV, operació per a la qual va haver d'acceptar els termes i les condicions de l'empresa. Després va instal·lar-se el *software* denominat Emotive Launcher, però com que va

35. En l'àmbit europeu, en el camp de la neurociència cal destacar que la Unió Europea ha endegat el projecte EBRAINS 2.0 i el projecte META-BRAIN, aquest darrer amb la participació de l'Hospital Clínic de Barcelona.

36. Vegeu: YUSTE, «Four ethical priorities for neurotechnologies and AI», *Nature*, núm. 159, vol. 551 (9 novembre 2017). Disponible en línia a: <https://www.nature.com/articles/551159a>.

37. Disponible en línia a: https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=L2FadjlzYUdmb-Gx1UWNKWmV6ZjZ3dz09.

utilitzar la llicència gratuïta i no pas la «PRO», va resultar que no podia exportar ni importar cap registre de les seves dades cerebrals. El recurrent va decidir no pagar la llicència i iniciar tanmateix la gravació de la seva activitat cerebral, i seguidament va assabentar-se que tota aquesta activitat havia estat gravada i guardada en el núvol de dades d'EMOTIV.

Davant d'aquest supòsit, la Cort Suprema xilena va decidir acollir el recurs plantejat pel recurrent:

[...] que l'Institut de Salut Pública i l'autoritat duanera avaluin els antecedents en ús de les seves facultats, disposant el que en dret correspongui, a efectes que la comercialització i ús del dispositiu Insight i el maneig de dades que se n'obtingui s'ajustin estrictament a la normativa aplicable en l'espècie i ressenyada en aquesta sentència. Això, sens perjudici que la recorreguda haurà d'eliminar sense més tràmit tota la informació que s'hagués emmagatzemat en el seu núvol o portal, en relació amb l'ús del dispositiu per part del recurrent.

En la fonamentació d'aquesta decisió jurisdiccional, la Cort Suprema xilena fa referència, en primer lloc, a l'article 19.1 de la Constitució de Xile (fonament jurídic [FJ] 4) i explicita (FJ 5) que aquest precepte constitucional materialitza l'especial preocupació del constituent pel tema de la neurotecnologia i els drets humans. En aquest sentit, la Cort exterioritza la preocupació general dels temps en què vivim, en què, per exemple:

[...] un descobriment que neix en un laboratori té la possibilitat d'assolir ràpidament conseqüències aplicades globals i reestructurar els límits ètics valoratius d'una societat determinada. És clar que és el que està ocorrent amb la tecnologia computacional i els límits de la privacitat, en un món on es transfereixen voluntàriament dades a sistemes el domini dels quals escapa al control de qui les aporta, o bé amb els assoliments de la descodificació del genoma humà i els nous desafiaments ètics i socials que plantegen la possibilitat d'editar aquesta informació i modelar l'evolució.

En aquest sentit, després d'haver invocat tant l'article 19 de la Constitució xilena com l'article 15 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de les Nacions Unides, del 1966, la Cort conclou en el seu fonament jurídic vuitè *in fine* que, davant la irrupció d'aquestes noves tecnologies que tenen afectacions crítiques en l'ésser humà, escau una intervenció administrativa prèvia:

[...] davant l'arribada d'una nova tecnologia com la que és objecte d'actuacions, que tracta d'una dimensió que antany era absolutament privada i personal, tractada en entorns estrictament mèdics, com és l'activitat elèctrica cerebral, es fa absolutament necessari que prèviament a permetre's la seva comercialització i ús al país, aquesta tecnologia i aquests dispositius siguin analitzats per l'autoritat pertinent, entenent que plantegen problemàtiques no abans estudiades per ella.

4.2.2. La regulació vigent i les propostes de regulació dels neurodrets

Des d'un punt de vista constitucional, les preocupacions que han suscitat les possibles conseqüències d'un ús incontrolat dels nous avenços científics en la neurociència, en matèria

de salvaguarda de la pròpia identitat, de protecció de la privacitat, de preservació del lliure albir i de la necessitat de protecció davant els biaixos, actualment les podem inferir dels drets fonamentals que protegeixen la dignitat, la intimitat, la llibertat individual i la salut, entre d'altres, tal com els trobem regulats en els llistats de la Carta Europea de Drets Fonamentals de la UE, en el Conveni Europeu de Drets Humans, en la Constitució espanyola i en l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

En el dret europeu, hem de destacar el Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les seves dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades [RGPD]), que en el seu article 4.1 defineix les dades personals com:

[...] tota informació sobre una persona física identificada o identificable («l'interessat»); es considerarà persona física identificable tota persona la identitat de la qual pugui determinar-se, directament o indirectament, en particular mitjançant un identificador, com, per exemple, un nom, un número d'identificació, dades de localització, un identificador en línia o un o diversos elements propis de la identitat física, fisiològica, genètica, psíquica, econòmica, cultural o social de la persona esmentada.

En l'àmbit del dret positiu estatal, cal acudir al títol x de la Llei orgànica 3/2018, del 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia de drets digitals, que en el seu article 2.1, seguint el que disposa l'article 2.1 RGPD, conté una definició prou àmplia del seu objecte («El que disposen els títols I a IX i els articles 89-94 d'aquesta llei orgànica s'aplica a qualsevol tractament total o parcialment automatitzat de dades personals, i també al tractament no automatitzat de dades personals contingudes o destinades a ésser incloses en un fitxer»), que permetria encabir-hi les dades obtingudes de dispositius de lectura de l'activitat cerebral. Així mateix, en la legislació ordinària estatal trobem altres exemples de regulació dispersa, com ara el Decret llei 28/2020, del 22 de setembre, de treball a distància.

Quant a les propostes normatives, escau destacar la Declaració de Lleó sobre la Neurotecnologia Europea,³⁸ del 24 d'octubre de 2023, feta durant la presidència espanyola de la UE pels ministres de Telecomunicacions dels vint-i-set estats membres. En aquesta Declaració, a banda de proposar un marc jurídic regulador i de recordar el treball que ja estan duent a terme les Nacions Unides i el Consell d'Europa per a la intersecció entre neurotecnologia, IA i drets humans, resulta especialment rellevant la constatació següent:

Manipular, recopilar, conservar, processar i emmagatzemar dades cerebrals requereix summa delicadesa. Per exemple, l'anàlisi dels contractes amb consumidors de les trenta principals empreses de neurotecnologia del món mostra que totes processaven les dades cerebrals dels usuaris mitjançant mecanismes de consentiment, i totes menys una tenien permís per a compartir-los amb tercers. Això podria donar lloc a l'acumulació d'aquestes dades per part d'unes poques empreses. A falta de salvaguardes específiques, podrien transgredir la intimitat

38. Vegeu: <https://spanish-presidency.consilium.europa.eu/es/noticias/declaracion-leon-neurotecnologia-europea-ue-derechos-humanos/>.

de les persones i/o influir en els seus pensaments i comportaments, de manera intencionada o no. Això obre la porta a un nou mecanisme de ciberatac i difusió de desinformació que posa en perill les democràcies en què vivim i suposa una amenaça per als drets fonamentals a la dignitat humana, el dret a la vida privada i familiar, la protecció de dades personals, la llibertat de pensament i el respecte a la integritat física i mental [...].

En aquesta línia, el Govern espanyol ha impulsat, sense voluntat de substituir el càrrec constitucional de drets fonamentals, sinó de reforçar-lo, la Carta de Drets Digitals de la Ciutadania,³⁹ del 2021, que en el seu apartat xxvi, «Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías», preveu una regulació per llei, segons el que disposa el seu apartat primer, amb la finalitat de garantir aspectes tan essencials com són el control de cada persona sobre la seva pròpia identitat, l'autodeterminació individual, la sobirania i la llibertat en la presa de decisions, la confidencialitat i seguretat de les dades obtingudes o relatives als processos cerebrals i el ple domini i la plena disposició sobre aquests, la regulació de l'ús de les interfases persona-màquina susceptibles d'afectar la integritat física o psíquica de la persona, i que les decisions i els processos no estiguin condicionats pel subministrament de dades, programes o informacions incomplets, no desitjats, desconeguts o esbiaixats.

Així mateix, l'apartat segon d'aquest precepte preveu:

[...] per a garantir la dignitat de la persona, la igualtat i la no discriminació, i d'acord, si escau, amb els tractats i convenis internacionals, la llei podrà regular aquells supòsits i condicions d'ocupació de les neurotecnologies que, més enllà de la seva aplicació terapèutica, pretenguin l'augment cognitiu o l'estimulació o potenciació de les capacitats de les persones.

La sola previsió de l'apartat primer de l'ordinal xxvi de la Carta de Drets Digitals de la Ciutadania ens mostra ja quines són les gravíssimes conseqüències que pot tenir per a la ciutadania un ús indegut d'aquesta nova revolució tecnològica.

En conclusió, sembla que hi ha un cert consens que els neurodrets que s'haurien de garantir són el dret a la identitat personal, el lliure albir, la privacitat mental, l'accés equitatiu a les noves capacitats, la protecció contra els biaixos i les discriminacions, i una protecció genèrica sobre la integritat mental. Tanmateix, ni la UE ni els estats del nostre àmbit continental de referència han avançat encara en iniciatives més concretes en les seves normes constitucionals.

4.3. LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL

4.3.1. *El desvetllament de la intel·ligència artificial: les primeres regulacions*

Abans hem sostingut que les tecnologies i tècniques disruptives no poden ser abordades únicament com a compartiments estancs, sinó que les hem d'apreciar en moviment, fruit

39. Disponible en línia a: <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/carta-de-derechos-digitales>.

d'una combinació entre elles. Això és exactament predicable d'internet, la digitalització i el big data, que, juntament amb l'auge de la supercomputació, han impulsat decididament el que avui coneixem com a IA.

La recent irrupció del ChatGPT i l'aparició d'imatges, àudios i vídeos manipulats ha esdevingut la visualització plàstica de les extraordinàries potencialitats de la IA en el si de la nostra civilització. És a dir, de manera simultània ens hem adonat de les grans potencialitats científiques i econòmiques de la IA, però, dissortadament, també intuïm grans perills en l'esdevenidor, com assenyalava el professor Torres en preguntar-se «què passaria si un sistema de reconeixement facial dissenyat per a identificar uns terroristes s'aprofités per a monitoritzar activistes pacífics o per a reprimir minories ètniques?».⁴⁰ Es tracta, en aquest cas, d'una pregunta que pressuposa un ús humà de la IA, en aquesta hipòtesi, per a finalitats contràries als drets constitucionals.

En el moment actual, tanmateix, no sembla haver-se acreditat encara l'existència d'una IA que tingui consciència pròpia i independent dels humans, és a dir, el que Jordi Torres defineix en el sentit que «qualsevol IA actual no és un ens en si mateix que pugui pensar i raonar pel seu compte per decidir allò que vol fer. Sempre hi ha una mà humana que dissenya el seu propòsit i defineix com es vertebrarà la seva creació i l'ús posterior».⁴¹ Però res ni ningú no ens assegura que això no canviï en un futur pròxim.

Davant d'aquest canvi de paradigma tecnològic, una de les recomanacions més generalitzades fetes per la comunitat científica —com també hem vist a propòsit de la neurociència— és la d'urgir els governs i els estats a regular la utilització de la IA.

Sense anar més lluny, la reunió del G-7 del 30 d'octubre de 2023 a Hiroshima⁴² va acordar la necessària regulació de la IA, cosa que s'ha materialitzat en l'Ordre Executiva del president Biden del 30 d'octubre de 2023 (*Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*).⁴³

Al continent europeu i precedida per un acord del «Trílogo»⁴⁴ del desembre del 2023, el Parlament Europeu finalment va aprovar el 13 de març de 2024 el Reglament Europeu de la Intel·ligència Artificial,⁴⁵ que ha estat publicat en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) el 12 de juliol de 2024, com a Reglament (UE) 2024/1689 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de juny de 2024, pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'IA i pel qual es modifiquen els reglaments (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE)

40. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, Barcelona, Plataforma, 2023, p. 27.

41. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, p. 30.

42. Vegeu: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/g7-leaders-statement-hiroshima-ai-process>.

43. Vegeu: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>.

44. Expressió utilitzada en l'argot europeu per a referir-se a la Comissió Europea, el Consell i el Parlament Europeu, en una mostra del que es coneix com a «informal policy making» (vegeu Javier GUILLEM CARRAU, «Los trílogos en el procedimiento legislativo de la UE: el *informal law making* en la nueva agenda legislativa europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 92-93 (2014), p. 45-74, <https://doi.org/10.33426/rcg/2014/92-93/1208> (disponible en línia a: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1208>).

45. En la data de lliurament d'aquest article aquest reglament encara no s'ha publicat al DOUE, per la qual cosa s'utilitza la versió publicada pel Consell a <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>.

núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 i les Directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (Reglament d'intel·ligència artificial; en endavant, RIA).

El preàmbul del RIA conté referències molt explícites a la projecció constitucional d'aquesta regulació, ja que afirma que el propòsit és:

[...] promouvoir l'adopció d'una intel·ligència artificial (IA) centrada en l'ésser humà i fiable, garantint alhora un elevat nivell de protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals consagrats en la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (en endavant, «Carta»), inclosos la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient, protegir davant els efectes perjudicials dels sistemes d'IA a la Unió.

Alhora, el seu apartat segon conté aquest mandat:

El present Reglament s'ha d'aplicar de conformitat amb els valors de la Unió consagrats en la Carta, la qual cosa facilitarà la protecció de les persones físiques, les empreses, la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient i, alhora, impulsarà la innovació i l'ocupació i convertirà la Unió en líder en l'adopció d'una IA fiable.

En l'apartat setè del preàmbul s'afirma que es pretén:

[...] garantir un nivell elevat i coherent de protecció dels interessos públics pel que fa a la salut, la seguretat i els drets fonamentals. Aquestes normes han de ser coherents amb la Carta, no han de ser discriminatòries i han d'estar en consonància amb els compromisos de la Unió en matèria de comerç internacional. També han de tenir en compte la Declaració Europea sobre els Drets i Principis Digitals per a la Dècada Digital i les Directrius ètiques per a una IA fiable del Grup independent d'experts d'alt nivell sobre intel·ligència artificial».

L'article 1.1 RIA, al seu torn, disposa que l'objectiu d'aquesta regulació és:

[...] millorar el funcionament del mercat interior i promouvoir l'adopció d'una intel·ligència artificial (IA) centrada en l'ésser humà i fiable, garantint alhora un elevat nivell de protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals consagrats a la Carta, inclosos la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient, enfront dels efectes perjudicials dels sistemes d'IA (en endavant, «sistemes d'IA») a la Unió, així com donar suport a la innovació.

En l'àmbit estatal, avançant-se a l'aprovació del RIA, el Reial decret 817/2023, del 8 de novembre, ja establí un entorn controlat de proves («*sandbox*») per a l'assaig del compliment de la Proposta de reglament del Parlament Europeu i del Consell pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'IA.⁴⁶

46. Es tracta, en síntesi, del primer *sandbox* per a implementar els requisits que seran d'aplicació als sistemes d'intel·ligència artificial, de manera que amb l'experiència i els coneixements que es generin es puguin obtenir guies d'actuació quan entri en vigor la nova normativa sobre intel·ligència artificial.

4.3.2. El Reglament (UE) 2024/1689, sobre intel·ligència artificial

L'article 3 RIA defineix els sistemes d'IA com a sistemes basats en una màquina dissenyats per a funcionar amb diferents graus d'autonomia, que poden mostrar capacitat d'adaptació després del desplegament i que, per als seus objectius, infereixen de la informació d'entrada la manera de generar informació de sortida, com ara prediccions, continguts, recomanacions o decisions, que poden influir en entorns físics o virtuals.

Per tal de promoure una IA fiable i centrada en l'ésser humà, el RIA classifica els sistemes d'IA segons el nivell de risc i disposa un conjunt de garanties específiques en funció dels nivells de risc. El risc es configura com la combinació de la probabilitat i la gravetat del perjudici derivat de la utilització d'un sistema d'IA.

Així doncs, es crea un sistema de gestió de riscos que obliga proveïdors, responsables i usuaris, i que té en compte, principalment, els riscos per a la salut, la seguretat i els drets fonamentals. Val a dir, però, que el RIA no s'adreça directament a la ciutadania o els consumidors, sinó exclusivament a les persones físiques o jurídiques que gestionen aquests sistemes d'IA.

En aquest esquema de *compliance* es preveu, doncs, un conjunt de requisits *ex ante*, un conjunt d'obligacions documentals i de transparència, i un control i una monitorització *ex post* a càrrec d'un sistema institucional d'autoritats europees i estatals predeterminades en el mateix Reglament (UE) 2024/1689.

Certament, la tècnica de les autoritzacions sembla una aposta encertada per tal d'efectuar un control adient, sobretot en vista que el mateix Reglament (UE) 2024/1689 considera que determinades categories de sistemes d'IA poden representar riscos de gran abast. Igualment resulta encertat d'haver conservat l'estructura reguladora i institucional de l'RGPD, que, per cert, confereix un sistema de drets subjectius molt més articulat i complet que no pas el RIA.

En aquest punt, cal tenir present que la Recomanació 1/2023 de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades en relació amb la utilització de ChatGPT i el seu impacte en la protecció de dades personals, feta, per tant, abans de l'entrada en vigor del RIA, posa de manifest que el marc normatiu europeu ja establí determinats requisits en matèria de protecció de dades, com l'obligació dels responsables del tractament d'incorporar la privacitat des del disseny i per defecte en qualsevol tractament de dades personals (art. 25 RGPD) i de fer una anàlisi de riscos dels tractaments de dades, així com —per als casos d'alt risc per als drets i les llibertats de les persones— l'obligació de fer una avaluació d'impacte en la protecció de dades (art. 35 RGPD).

Des del punt de vista de la transparència, només es regula en un sol article (art. 50), que estableix les obligacions dels proveïdors d'assegurar-se que les persones físiques siguin informades que estan interactuant amb un sistema d'IA, tret que sigui obvi, així com les obligacions dels usuaris de sistemes de categorització biomètrica o reconeixement d'emocions, o de sistemes d'IA que produeixin imatge o so que semblin de veritat persones, llocs, objectes, etc. (*deep fake*), d'informar-ne les persones sobre les quals s'estigui utilitzant dita IA. Obligacions, totes elles, exceptuades respecte de determinats supòsits relacionats amb la persecució de delictes.

L'article 50 RIA també estableix l'estàndard d'obligació de transparència: el deure d'informar de manera clara i distingible (com a molt tard amb el primer accés) i el compliment dels requisits d'accessibilitat.

El més destacable és que l'article 50 RIA incrementa l'estàndard de diligència exigible a la ciutadania, ja que es passa d'un estàndard de ciutadà mitjà a una «persona física raonablement informada, atenta i perspicaç, tenint en compte les circumstàncies i el context de la utilització». Per tant, aquesta obligació de transparència decau en els supòsits en què resulti evident que s'està interactuant amb una IA.

Crida l'atenció que no es preveu cap règim específic de transparència quan els proveïdors o usuaris són administracions públiques, malgrat que la realitat ens demostra que s'estan utilitzant, cada vegada amb major profusió, els sistemes d'IA en la detecció del frau (SyRI), en ajuts socials (BOSCO), en activitats policials (VIOGEN, VERIPOL, PREDPOL), en presons (RISCANVI), ocupació (AMS) o educació (OFQUAL).

Si la transparència ha fet sortir a la llum les dades que es troben en poder de l'Administració i el principi de bona administració ha possibilitat també que es coneguin i es controlin tots els processos de presa de decisions públiques, de manera que les puguem analitzar, controlar i enjudiciar, la paradoxa de la IA és que podem passar a un nou sistema de presa de decisions que ni tan sols podem entendre o explicar, de manera que passem a una opacitat inèdita en tots aquells àmbits en què una decisió administrativa utilitzi els sistemes d'IA.

Els mateixos estudiosos de la IA reconeixen que és probable que ni tan sols el mer coneixement dels algorismes faci llum sobre com s'han pres determinades decisions, per la qual cosa la transparència algorítmica podria no servir-nos per a aquest propòsit. De fet, fins i tot l'apartat 59 del preàmbul del RIA diu:

No s'ha d'ignorar l'impacte de l'ús d'eines d'IA en els drets de defensa dels sospitosos, en particular la dificultat per a obtenir informació significativa sobre el funcionament d'aquests sistemes i la consegüent dificultat per a impugnar els seus resultats davant els tribunals, en particular per part de les persones físiques investigades.

Tanmateix, el RIA considera les garanties de traçabilitat. En aquest sentit, l'apartat 71 del preàmbul assenyala:

[...] cal portar registres i disposar de documentació tècnica que contingui la informació necessària per a avaluar si el sistema d'IA de què es tracti compleix els requisits pertinents i facilitar la vigilància postcomercialització. Aquesta informació ha d'incloure les característiques generals, les capacitats i les limitacions del sistema i els algorismes, dades i processos d'entrenament, prova i validació emprats, així com documentació sobre el sistema de gestió de riscos pertinent, elaborada de manera clara i completa. La documentació tècnica s'ha de mantenir adequadament actualitzada durant tota la vida útil del sistema d'IA.

Si el procediment administratiu és una garantia jurídica de racionalitat en la presa de decisions públiques —malgrat que hem de reconèixer que l'ésser humà no pren totes les decisions de manera racional—, en el cas dels sistemes d'IA pot esdevenir molt complicat adoptar mecanismes efectius per tal de conèixer, pas a pas, l'*iter* procedimental d'una determinada decisió i així poder determinar la seva conformitat amb l'ordenament jurídic vigent. La confiança en una IA sense control ni transparència efectiva podria conduir-nos a la validació irracional de tota mena de decisions, la qual cosa manlleva tot el sentit i la profunditat al

principi de bona administració. Cal recordar que, com succeeix respecte de l'ésser humà, la IA tampoc no és infal·lible.

Davant d'aquest panorama d'escassa regulació de la transparència, hem de tenir en compte que el RIA obre la porta a la regulació amb codis de bona conducta, dins el camp del *soft law*, i que, en qualsevol cas, les administracions públiques disposen d'un ampli marge regulador en el marc de la contractació pública, un dels principis rectors de la qual és la transparència.

Finalment, i un cop abordada la qüestió de la transparència, hem de posar de manifest que el RIA —seguint el que requereix l'Agència dels Drets Fonamentals de la UE (FRA) en el seu informe *Construir correctament el futur. La intel·ligència artificial y los derechos fundamentales. 2021*— no ha regulat cap acció específica per a les persones que siguin víctimes d'una violació dels drets humans com a conseqüència del desenvolupament o l'ús de sistemes d'IA. Tret de les accions i garanties de l'RGPD que tinguin a veure amb sistemes d'IA, doncs, per a la resta de qüestions el RIA no ha previst cap garantia específica per a les persones. I no se'ns pot dir que s'han imposat sancions dissuasives quan s'ha oblidat clamorosament la regulació de la responsabilitat patrimonial específica per a aquesta nova casuística.

4.3.3. *La paradoxa de la transparència algorítmica*

En els darrers temps ha fet fortuna el sintagma nominal *transparència algorítmica*, de manera que el mateix legislador ha inclòs aquest concepte jurídic indeterminat en algunes normes jurídiques, com en el cas de la recent Llei valenciana 1/2022, del 13 d'abril, de transparència i bon govern.

En l'àmbit estatal, la Llei 12/2021 —coneguda com a «Llei *riders*»— ha modificat l'article 64.4 de l'Estatut dels treballadors per a afegir-hi el dret dels treballadors a

d) Ser informat per l'empresa dels paràmetres, regles i instruccions en els quals es basen els algorismes o sistemes d'intel·ligència artificial que afecten la presa de decisions que poden incidir en les condicions de treball, l'accés i manteniment de l'ocupació, inclosa l'elaboració de perfils.

Així mateix, l'article 1.1l de la Llei valenciana 1/2022, del 13 d'abril, de transparència i bon govern, en la seva modificació de l'article 63.1 del Decret llei 7/2024, del 9 de juliol, del Consell, de simplificació administrativa de la Generalitat, inclou com a informació de rellevància jurídica:

La relació de sistemes d'intel·ligència artificial d'alt risc d'acord amb el reglament d'intel·ligència artificial que despleguen o implanten. Així mateix, s'inclourà la relació de sistemes automatitzats i sistemes d'intel·ligència artificial d'ús general l'ús del qual impacte de manera significativa en els procediments administratius o la prestació dels servicis públics. Sense perjudi del desplegament reglamentari, i d'acord amb els principis de transparència i explicabilitat, la informació que cal facilitar inclourà la descripció, en un llenguatge clar i senzill, del disseny, funcionament i lògica del sistema, la seua finalitat, la incidència en les

decisions públiques, el nivell de risc que implica, la importància i conseqüències previstes per a la ciutadania, el punt de contacte al qual es pot dirigir, i si és el cas, l'òrgan o òrgans competents a l'efecte d'impugnació. Així mateix, s'informarà dels criteris generals d'impacte i risc adoptats per a delimitar els sistemes als quals s'ha de donar publicitat.

En aquest sentit, escau destacar l'article 23.1 de la Llei 15/2022, del 12 de juliol, integral per a la igualtat de tracte i la no discriminació, que diu:

[...] les administracions públiques afavoriran la posada en marxa de mecanismes perquè els algoritmes involucrats en la presa de decisions que s'utilitzin en les administracions públiques tinguin en compte criteris de minimització de biaixos, transparència i rendició de comptes, sempre que sigui factible tècnicament. En aquests mecanismes s'inclouran el seu disseny i dades d'entrenament, i abordaran el seu potencial impacte discriminatori. Per a assolir aquest fi, es promourà la realització d'avaluacions d'impacte que determinin el possible biaix discriminatori.

I l'apartat tercer del mateix precepte disposa:

Les administracions públiques i les empreses promouran l'ús d'una intel·ligència artificial ètica, confiable i respectuosa amb els drets fonamentals, seguint especialment les recomanacions de la Unió Europea.

Tanmateix, aquestes disposicions jurídiques que aparentment garanteixen una transparència algorítmica en uns termes molt raonables, topen amb un doble problema: d'una banda, la qüestió gens banal que ni tan sols els proveïdors o usuaris que posen a la disposició els sistemes d'IA, en coneixen realment els paràmetres de funcionament, i, d'altra banda, l'escassa regulació que conté el RIA, en el sentit que no incorpora cap dret d'accés específic. Així doncs, ens podem trobar davant la paradoxa que, fins i tot accedint als algoritmes, no estigui garantida l'explicabilitat de les decisions adoptades per un determinat sistema d'IA.

A més, caldrà abordar un problema no menor que és que, per a impugnar efectivament decisions fonamentades en IA, les persones han de saber si s'ha utilitzat una IA i de quina manera, i on s'han de presentar les reclamacions.

Tot això ens porta a la necessitat —reconeguda explícitament en l'article 4 RIA— d'al·fabetitzar el personal que gestioni els sistemes d'IA. La mateixa FRA ha afirmat en l'informe *Business and human rights. Access to remedy* que les empreses han d'incloure un procés de diligència deguda en matèria de drets humans per a identificar, prevenir, mitigar i retre comptes de com aborden el seu impacte sobre els drets humans.

En qualsevol cas, el paràmetre vàlid avui dia⁴⁷ per a la transparència algorítmica de l'Administració pública el marca la Resolució de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a

47. És a dir, mentre tècnicament els algoritmes donin resposta efectiva a com s'ha dissenyat un sistema d'IA en termes d'explicabilitat. Quan no sigui així, la transparència s'haurà de vehicular en els paràmetres tècnics que ens segueixin oferint una explicació tècnica i contrastada de l'actuació d'aquests sistemes.

la Informació Pública (GAIP) del 21 de setembre de 2016 (reclamacions 123/2016 i 124/2016), relativa a l'accés a l'algoritme matemàtic que es va utilitzar per a designar els membres dels tribunals correctors de les proves d'accés a la universitat. En aquesta resolució (FJ 3 *in fine*) es reconeix la utilitat de l'accés a l'algoritme en uns termes que són categòrics i molt didàctics:

[...] existeix un interès públic i privat —dels interessats— evident en poder comprovar que l'algoritme que guia tot el procés està correctament dissenyat per tal de garantir la igualtat de tots els participants en el procés selectiu.

4.3.4. *Per un servei públic d'intel·ligència artificial*

Una evolució plausible dels sistemes d'IA és la que considera el professor Jordi Torres, que observa la IA com «un servei propi d'IA, que es convertirà aviat en una *utility* (servei públic) més i que es podrà subministrar d'una manera comparable a l'energia elèctrica, el gas o l'aigua».⁴⁸

Essencialment, hem de distingir els rols de l'Administració pública *a)* com a usuària d'IA en serveis públics i *b)* com a garant dels drets de la ciutadania en l'ús de la IA.

Si analitzem la IA com a servei públic i si tenim en compte que ens trobem davant d'una tecnologia que es concentra majoritàriament en el sector privat, resulta adient valorar la contractació pública d'IA per tal d'oferir diferents serveis públics a la ciutadania. En aquest sentit, les mesures de transparència envers la ciutadania serien susceptibles de ser incloses, i, per tant, pactades prèviament, als plecs de clàusules administratives a través de les possibilitats que ofereixen, per exemple, l'article 28 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), pel que fa als requisits de necessitat i idoneïtat de la contractació, l'article 132 LCSP pel que fa al principi d'igualtat, transparència i respecte a la lliure competència, i l'article 145 LCSP pel que fa a la possibilitat d'afegir altres criteris als socials i mediambientals. Així mateix, és en els plecs de contractació on l'Administració contractant podria exigir determinats paràmetres de transparència algorítmica.

L'apartat 90 del preàmbul del RIA disposa:

La Comissió podria elaborar i recomanar clàusules contractuals tipus, de caràcter voluntari, entre els proveïdors de sistemes d'IA d'alt risc i els tercers que subministrin eines, serveis, components o processos que s'utilitzin o s'integrin en els sistemes d'IA d'alt risc, a fi de facilitar la cooperació al llarg de la cadena de valor. Quan elabori aquestes clàusules contractuals tipus de caràcter voluntari, la Comissió també ha de tenir en compte els possibles requisits contractuals aplicables en determinats sectors o models de negoci.

A Catalunya escau destacar que l'any 2022 l'Ajuntament de Barcelona va aprovar el *Protocol de definició de metodologies de treball i protocols per a la implementació de sistemes algorítmics*, que té per objectiu anticipar un marc normatiu, generar un marc de governança

48. Jordi TORRES, *Intel·ligència artificial explicada als humans*, p. 127.

i d'òrgans de supervisió, i introduir a cada fase de creació d'algoritmes totes les salvaguardes de drets fonamentals. De l'experiència de Barcelona és especialment interessant la previsió que conté quant als estudis d'impacte algorítmic amb caràcter previ a la licitació.

4.3.5. *La governança de la intel·ligència artificial: vers una agència catalana d'intel·ligència artificial*

Una de les novetats del Reglament Europeu de la Intel·ligència Artificial rau en el sistema de governança pública, amb la creació d'organismes europeus i autoritats competents dels estats membres amb importants funcions reguladores, de coordinació i també en matèria d'exercici de les potestats de control i sancionadores. En aquest sentit, en l'àmbit europeu ja s'ha creat l'Oficina Europea d'Intel·ligència Artificial mitjançant la Decisió de la Comissió Europea del 24 de gener de 2024 (C/2024/390), publicada al DOUE número 1459, del 14 de febrer de 2024.

L'article 70.1 RIA preveu que «Cada Estat membre establirà o designarà almenys una autoritat notificadora i almenys una autoritat de vigilància del mercat com a autoritats nacionals competents als efectes del present Reglament». És evident que la dicció literal del precepte deixa explícitament oberta la possibilitat que es designin diverses autoritats notificadores i de vigilància del mercat com a autoritats competents, sens perjudici del punt de contacte únic que exigeix l'apartat segon del mateix precepte («Els estats membres designaran una autoritat de vigilància del mercat que actuï com a punt de contacte únic per al present Reglament i notificaran a la Comissió la identitat d'aquest punt. La Comissió posarà a disposició del públic la llista de punts de contacte únics»).

De moment, però, només s'ha constituït l'Agència Espanyola de Supervisió de la Intel·ligència Artificial (AESIA), creada en virtut de la disposició addicional setena de la Llei 28/2022, del 21 de desembre, de foment de l'ecosistema d'empreses emergents, que la configura com un organisme públic amb personalitat jurídica pública i amb potestats administratives inspectora i sancionadora en relació amb l'ús segur i fiable dels sistemes d'IA.

Segons el que resulta de la disposició final primera de la Llei 28/2022, relativa als títols competencials, la disposició addicional setena, per la qual es crea l'AESIA, es troba englobada en el conjunt de disposicions que són únicament d'aplicació en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat i en el seu sector públic institucional.

El funcionament de l'AESIA s'estableix en el Reial decret 729/2023, del 22 d'agost, pel qual s'aprova l'Estatut de l'AESIA, que queda finalment adscrita al Ministeri d'Assumptes Econòmics i Transformació Digital, a través de la Secretaria d'Estat de Digitalització i Intel·ligència Artificial.

Per bé que en el moment actual la Generalitat de Catalunya ja compta amb la Comissió d'Intel·ligència Artificial, creada per l'Acord de Govern GOV/45/2024, del 27 de febrer, pel qual es crea la Comissió d'Intel·ligència Artificial i s'estableixen mesures en matèria d'IA, d'acord amb el que resulta de l'article 70.1 RIA i amb el marc vigent de distribució competencial, sens perjudici del punt de contacte únic que exigeix l'apartat segon del mateix precepte, ens trobem davant la possibilitat que Catalunya pugui assumir la creació d'una

autoritat de vigilància del mercat en el marc de les potestats atribuïdes pel RIA a aquestes autoritats competents.

5. UNA PROPOSTA DE REORGANITZACIÓ ADMINISTRATIVA

En el món corporatiu i també en la política, quan els esdeveniments sobrepassen les organitzacions, en moments crítics, és usual que s'abordin canvis importants, fenomen que en el món anglosaxó es coneix com a *reshuffle* ('reorganització'), *government reshuffle* ('reorganització administrativa') o *Cabinet reshuffle* ('reorganització del govern').

Un breu repàs dels darrers deu anys en el camp d'investigació de la IA mostra que en períodes breus de només sis mesos es poden produir canvis molt substancials, fins i tot no imaginables pocs mesos abans. I el mateix es podria predicar de la neurociència o fins i tot de la possible combinació entre IA, neurociència i *nudging*. Això significa que aquestes tecnologies avancen a un ritme vertiginós i que l'actuació administrativa ha de poder disposar d'instruments útils i tempestius per a adequar-se al ritme en què està avançant la tecnologia.

Si pensem en uns sistemes d'IA que puguin gestionar interfícies connectades amb la ment o que, mercès a les seves altíssimes capacitats de supercomputació, facin que ens acabem acostumant a un *nudging* a la carta, individualitzat, específic i diferenciat per a cada persona, o bé, per exemple, en la lluita entre sistemes d'IA oposats en funció dels interessos dels seus propietaris, les conseqüències són inimaginables. Però les hem d'afrontar.

Consegüentment, hi ha dues variables —la complexitat tecnicouridica i el temps— que han de ser abordades des d'una perspectiva totalment diferent de l'actual. Dit en altres paraules: si la tecnologia fa coses molt diferents o impensables fins fa poc, l'Administració ha de poder plantejar-se noves formes d'actuació complementàries de les vigents i que li permetin un abordatge real d'aquests reptes.

Cal tenir en compte que l'Administració també disposarà d'aquestes noves tecnologies i els seus beneficis en termes de reducció de terminis i optimització de recursos, amb la qual cosa, sobretot per l'impacte de la IA, s'haurà de fer una àmplia *government reshuffle* a les organitzacions administratives, és a dir, una reorganització de funcions, òrgans i efectius.

Les potencialitats de la IA fan que aquesta reorganització sigui inevitable perquè, en la mesura que la digitalització, el *big data* i la tecnologia ho permetin, s'anirà incrementant —gairebé a cost zero— el nombre d'actuacions administratives proactives, utilitzant sistemes algorítmics que eventualment puguin operar també amb *nudging* i en els successius camps que vagi obrint la investigació de la neurociència. En aquest sentit, hem de plantejar-nos un futur en què la IA o la neurociència esdevinguin prestacions de servei públic. De fet, el mateix RIA ja preveu amb tota naturalitat la creació «d'entorns controlats de proves» o «*sandboxes*». Totes aquestes variables requeriran una organització i uns equips ben diferents dels que tenim actualment.

Més enllà dels canvis organitzatius i en matèria de funció pública que esdevinguin necessaris en els propers temps, crec que ara mateix pot ser més útil començar la reorganització a partir dels òrgans de control de la bona administració, per tal de poder reaccionar ràpidament als reptes que presenten les noves tecnologies.

Evidentment, ja hem dit que l'article 70.1 RIA permet clarament que, sens perjudici del punt de contacte únic estatal, Catalunya disposi de la seva pròpia autoritat de vigilància en matèria d'IA, però ens hem de plantejar nous mecanismes de resposta a les inquietants advertències que fa el mateix preàmbul del RIA respecte dels drets fonamentals, les llibertats, la separació de poders i la democràcia.

En aquest sentit, fa una dècada ja s'havia identificat un sistema de tutela no jurisdiccional de la bona administració⁴⁹ que incloïa un seguit d'òrgans i institucions independents (Síndic de Greuges, Sindicatura de Comptes, Oficina Antifrau, etc.) que, sense tenir cap relació entre si, acabaven conformant una autèntica xarxa no formalitzada de control institucional de la bona administració. En aquest sistema institucional també s'hi poden incloure òrgans no jurisdictionals que resolguin recursos en matèria tributària (tribunals econòmics administratius regionals i central), així com d'altres que resolguin reclamacions específiques de la seva regulació, com el Tribunal Català de Contractes o la GAIP, entre molts d'altres.

En el moment actual seria molt convenient analitzar totes les institucions que compleixen funcions de control i garantia de la bona administració, cadascuna des d'una òptica diversa, i plantejar-se la creació d'un sistema institucionalitzat de garantia precontenciosa de la bona administració.

No en va, aquest punt ha suscitat l'interès del professor Juli Ponce en el seu manifest *La millora de la gestió pública a Catalunya fonamentada en el dret a una bona administració que ens dugui cap a un bon govern*,⁵⁰ on afirma el següent:

26. En aquest sistema d'integritat, bon govern i bona administració, en referència a aquesta última, hauria de precisar-se la «jungla» d'òrgans amb competència per a ser els garants de la bona administració, introduint les modificacions normatives precises i potenciant la seva col·laboració i coordinació en aquest àmbit.

En aquesta mateixa línia, el dictamen de la FRA *Construir correctament el futur de la intel·ligència artificial i els drets fonamentals* (2021) assenyala que la UE i els estats membres han d'utilitzar millor les estructures proposades pels experts i ja existents per a protegir els drets fonamentals en el moment d'utilitzar la IA, incloent-hi els responsables de protecció de dades, els organismes d'igualtat, les institucions nacionals de drets humans, els *ombudspersons* i els organismes de protecció de consumidors.

Així doncs, i sens perjudici d'una possible modificació constitucional i legal del sistema jurisdiccional i en especial de la jurisdicció contenciosa administrativa, en vista de la progressiva tecnificació de l'activitat administrativa crec que és pertinent d'exportar amb caràcter més general el que constitueix un model de cert èxit experimentat a partir de la creació d'òrgans no jurisdictionals especialitzats amb composició, organització i personalitat jurídica independents de l'administració activa, com hem vist en sectors de legislació específica.

49. Francesc MANCILLA MUNTADA, *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració*, p. 708.

50. Juli PONCE SOLÉ, «La millora de la gestió pública a Catalunya fonamentada en el dret a una bona administració que ens dugui cap a un bon govern», abril 2024, disponible en línia a <https://drive.google.com/file/d/1jIvZ6pldsT1JkopwHyMPmT8NUaYuMUg/view> (última consulta: 29 juliol 2024).

A més d'aquest disseny institucional, que es podria articular en òrgans de composició especialitzada i mecanismes de provisió independents, els nous temps que ens esperen arran de les tècniques i tecnologies disruptives requereixen que actuem de manera diferent.

Amb aquest sistema es podria gaudir de la presència d'aquests òrgans especialitzats de control durant tot el procediment administratiu i també en la part final, és a dir, es podria garantir el dret a una bona administració a través de l'exercici de potestats *resolutòries* al final del procediment, però també mitjançant l'exercici de potestats *indicatives* durant la seva tramitació, la qual cosa resoldria, a més de les qüestions complexes, moltes altres que en la pràctica fan trontollar molts ens locals, sovint mancats de personal suficient i preparat per tal d'abordar problemàtiques jurídiques de primer ordre.⁵¹

En definitiva, es podrien crear i, si escau, reorientar òrgans especialitzats que actuïn durant tota la tramitació dels procediments administratius, que admetin la mediació, que garanteixin una resposta especialitzada i ràpida als problemes que se susciten. I per tal que aquests òrgans puguin actuar de manera immediata, caldrà articular nous drets subjectius i nous catàlegs de competències en les seves regulacions. Cal, doncs, una nova *arquitectura* del control administratiu sobre les decisions públiques.

Aquesta nova arquitectura institucional de tutela de la bona administració es podria combinar amb la creació d'una fiscalia o sindicatura de drets fonamentals que intervingués d'ofici davant dels òrgans de garantia precontenciosa sempre que hi hagués afectació de drets fonamentals, de manera que n'assegurés la tutela i possibilités l'exercici pertinent i tempestiu dels interessats dels procediments jurisdiccionals preferents i sumaris de protecció de drets fonamentals. Així, s'establiria un vincle entre el control administratiu i el posterior control jurisdiccional i s'asseguraria la màxima diligència i rigor en la defensa i garantia dels drets fonamentals des del primer estadi, vista la greu afectació que poden sofrir arran de les tecnologies disruptives.

En conclusió, podem afirmar que, davant d'aquests reptes disruptius derivats de la nova revolució tecnològica de la IA i els avenços de la neurociència, la resposta jurídica ha de ser necessàriament complexa i sofisticada, però també ha de poder ser diferent, és a dir, si l'entorn canvia de manera tan substancial, els juristes hem d'actuar amb tècniques i perspectives innovadores i que, sobretot, permetin que el dret compleixi la seva funció d'articular els principis basilars de cada societat, sempre amb ple respecte de l'estat de dret, els valors democràtics i els principis constitucionals.

51. En aquesta línia, podria resultar de gran interès l'anàlisi crítica relativa al sistema actual de recursos administratius, així com els casos més recents en matèria contractual, on sí que funcionen de manera satisfactòria, i les interessants propostes efectuades pel professor José María BAÑO LEÓN, «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español».

6. CONCLUSIONS: D'UN DRET ADMINISTRATIU SOFISTICAT A UN DRET CONSTITUCIONAL PRIMARI

A mesura que, com a societat, hem anat incorporant noves tecnologies, el dret administratiu ha anat gestionant aquests nous elements de complexitat per tal de garantir els drets dels ciutadans davant les immunitats del poder. De les tres tecnologies disruptives que hem analitzat en aquest treball, la que pot esdevenir cabdal és la IA, ja que pot catalitzar les dues restants, és a dir, el *nudging* i les aplicacions de la neurociència.

El nou RIA ha utilitzat una estratègia normativa clàssica en el dret administratiu especial: es regula una matèria i s'hi introdueix un organisme independent de garantia. Així es fa, per exemple, en l'àmbit de la protecció de dades personals, en la legislació de transparència, però també en molts sectors que anteriorment havien format part de monopolis estatals.

La combinació d'aquesta estratègia normativa, amb el control administratiu *ex ante* —que no és altra cosa que les autoritzacions «de tota la vida», com les coneixíem abans de la Directiva 123/2006/CE (Directiva «Bolkestein») — i *ex post*, i l'ulterior control judicial comú a totes les matèries, certament dona unes certes garanties en els diversos sectors en què s'ha anat regulant.

Ara bé, la lectura del RIA suscita una dicotomia inquietant, atès que les enormes preocupacions que s'esmenten en el seu extens preàmbul no es corresponen amb les escasses mesures jurídiques que conté el seu articulat.

En qualsevol cas, i per més que es creïn nous conceptes jurídics indeterminats i que els nous organismes de control emprin tècniques jurídiques molt sofisticades, no crec que puguin resoldre efectivament el dilema a què ens enfronta l'expansió de la IA: és l'eterna qüestió, gens sofisticada i sí primària, de com es controla el poder i on se situa la sobirania. Ens hem de plantejar qui pren les decisions, com les pren, com les coneixem i com podem controlar-les. És, doncs, el paradigma clàssic del dret constitucional primari, que té una incidència clara en l'estructura constitucional del poder i la forma de govern.

Situats en aquest paradigma constitucional, si realment el legislador europeu estava preocupat per l'estat de dret, la democràcia i els drets fonamentals, i volia una IA fiable i centrada en la persona, resulta incongruent que no s'hagi emprès cap modificació del dret primari ni de cap norma constitucional estatal.

Dit això, assenyalarem tres qüestions que es podrien abordar en el futur:

a) Pel que fa a la transparència, a escala europea el RIA hauria de contenir un reconeixement explícit de les obligacions de transparència envers la població i un dret d'accés específic, per la qual cosa caldria desenvolupar l'article 42 de la CDFUE en l'àmbit de la IA per tal que qualsevol ciutadà pugui obtenir la tutela administrativa i jurisdiccional per tal d'accedir a la informació sobre els sistemes d'IA.

En l'àmbit estatal, caldria elevar l'estatus del dret d'accés a la informació pública per tal que fos reconegut com a dret fonamental, a banda de plantejar una regulació específica per a la IA.

Tant en l'àmbit europeu com en l'estatal i l'autonòmic, no s'ha de perdre de vista la possibilitat d'incrementar els estàndards de transparència mitjançant normes de *soft law* i car-

tes de serveis. En aquest sentit, l'exemple del *Protocol de definició de metodologies de treball i protocols per a la implementació de sistemes algorítmics* aprovat l'any 2022 per l'Ajuntament de Barcelona és significatiu.

En definitiva, s'hauria de constitucionalitzar el dret a l'explicabilitat de les decisions preses per sistemes d'IA i la seva garantia consubstancial: el dret a una decisió (administrativa o empresarial, segons si l'àmbit és públic o privat) explicable i amb el dret a obtenir una actuació humana alternativa sobre la base dels mateixos fets i pressupòsits.

A més, de manera paral·lela, es podria instituir en el dret públic una garantia consistent a crear el dret subjectiu a una *arquitectura decisional* humana, és a dir, alternativa a la utilització de sistemes algorítmics.

b) Pel que fa a la dignitat, la intimitat, la llibertat i la igualtat, tots ells drets fonamentals reconeguts explícitament en tots els catàlegs de drets constitucionals i presents com a principis generals de la comunitat de dret que conforma la UE, caldria avançar en l'eficàcia d'aquests drets fonamentals enfront de tercers, és a dir, seguint la doctrina de la *Drittwirkung* (efecte de tercers),⁵² amb un sistema de tutela institucional i jurisdiccional ràpid i eficaç, amb inversió de la càrrega de la prova quan sigui necessari, i amb la previsió de mesures cautelars adequades.

En aquest sentit, trobem a faltar en el RIA una regulació específica dels drets subjectius de la ciutadania, com sí que els recull el Reglament (UE 2016/679) general de protecció de dades, l'article 22 del qual —una línia que s'ha de seguir— estableix el dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en un procés automatitzat. El mateix podríem dir dels *nudges* o de certs sistemes d'IA.

És particularment preocupant la intersecció entre IA, neurociència i *nudging*, que pot comportar conseqüències inimaginables, per la qual cosa tal vegada s'hauria de pensar en el dret a continuar mantenint l'essència de l'ésser humà i a no ser interferits per interfícies ni per sistemes d'IA.

c) En tercer lloc, caldrà avaluar si les estructures constitucionals de garantia democràtica, de l'estat de dret, dels drets fonamentals i de la separació de poders, són vulnerables davant l'aparició de macroplataformes multinacionals en línia que monopolitzin les tecnologies d'IA en sentit propi i d'altres que hi siguin connexes.⁵³

52. Es poden trobar diferents traduccions a aquest terme. Per exemple, «eficàcia inter privados» (María Paz García Rubio, «La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», a Libro homenaje a Ildenfonso Sánchez Mera, vol. 1, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002]). I, en un sentit més conceptual, podríem trobar el seu equivalent en l'extensió a tercers de les *state actions* del dret constitucional nord-americà.

53. Són gran interès les reflexions del professor Esteve Pardo, que traduïm directament al català: «Disposem d'un dret garantista enfront del poder públic més estès, el dret administratiu, però hem de reconstruir-lo o reorientar-lo per a establir un quadre de garanties enfront de poders privats i per a garantir l'atenció a l'interès general que suposadament feien valer els poders públics» (José ESTEVE PARDO, *El camino a la desigualdad: Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 148).

En aquest punt, escau portar a col·lació la interrelació entre mercat i democràcia, ja que, com sosté Tomás de la Quadra-Salcedo,⁵⁴ «[e]n els orígens de la *Sherman Act* dels Estats Units hi havia no només les lluites contra els monopolis, sinó també la garantia de la pròpia democràcia», és a dir, que «una activitat econòmica controlada i dominada per uns pocs, acaba afectant la qualitat de la democràcia». A això hi podríem afegir la mateixa idea de sobirania i de poder legislatiu, ja que, una vegada aquestes grans corporacions s'ensenyoreixin d'un determinat sector econòmic, podrien dictar-nos les seves pròpies normes a través de la programació informàtica i els sistemes algorítmics.

La història demostra que cada vegada que s'ha produït un canvi tecnològic i s'ha generat un nou poder, sempre ha estat utilitzat, per la qual cosa és molt possible que els perills dels quals ens alerta l'extens preàmbul del RIA probablement s'acabin materialitzant.

Com a societats humanes constituïdes en el marc de l'estat de dret i del reconeixement de la dignitat inalienable de la persona i els drets humans, ens correspon d'escatir la resposta constitucional adient a aquestes tecnologies disruptives, assegurant així que les successives tècniques administratives no només siguin sofisticades sinó plenament coherents amb l'estructura i el sistema constitucional de valors i drets fonamentals.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARELLANO TOLEDO, Wilma. «Los neuroderechos y su regulación». *Inteligencia Artificial*, vol. 27, núm. 73 (2024), p. 4-13.
- AUTORITAT CATALANA DE PROTECCIÓ DE DADES [APDCAT]. *Informe sobre Intel·ligència Artificial. Decisions Automatitzades a Catalunya*. Barcelona: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions, 2020. Disponible en línia a: https://apdcat.gencat.cat/ca/documentacio/intel·ligencia_artificial/index.html.
- BERMEJO LATRE, José Luis. «La aplicación de la inteligencia artificial en la actividad formal e informal de la Administración». A: *XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* [en línia]. Vigo: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2024, <https://congresoaepeavigo2024.es/ponencias/>.
- BOIX PALOP, Andrés. «Transparencia en la utilización de la inteligencia artificial por parte de la Administración». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 100, p. 90-105. Disponible en línia a: <https://producciocientifica.uv.es/documentos/636ef5c99d-03b712f2200d86?lang=ca>.
- CAMPOS ACUÑA, Concepción. «Las 15 claves del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (Ai Act)». *Diario La Ley*, núm. 13390 (2024).
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Òscar. «La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial». *Revista d'Internet, Dret i Política*, núm. 30 (març 2020).
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. «Com obrir les caixes negres de les administracions públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58 (2019), p. 13-28.

54. Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», p. 46.

- COTINO HUESO, Lorenzo; CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (ed.). *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*. València: Tirant lo Blanc, 2022.
- FRA [Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea]. *Construir correctament el futur. La intel·ligència artificial i els drets fonamentals*. 2021. Disponible en línia a: <https://fra.europa.eu/es/publication/2021/construir-correctament-el-futur-la-intel·ligencia-artificial-i-els-drets>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. 17a ed. Madrid: Civitas, 2020.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. *Estratègia d'Intel·ligència Artificial de Catalunya — Catalonia.AI*. Disponible en línia a: <https://politiquesdigitals.gencat.cat/ca/economia/catalonia-ai/index.html>.
- GÓMEZ DÍAZ, Ana Belén. «¿Para qué sirve la buena administración? Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Revista de Administración Pública*, núm. 223 (gener-abril 2024), p. 181-214.
- JIMÉNEZ ARANDIA, Pablo. *Transparència algorítmica al sector públic*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2023 (Govern Obert; 9). Disponible en línia a: <https://governobert.gencat.cat/ca/que-es/recursos-i-publicacions/colleccio-govern-obert/vol-9-transparencia-algoritmica/>.
- MANCILLA MUNTADA, Francesc. «Breves reflexiones sobre la buena administración y el buen gobierno». *Diario La Ley*, núm. 9689 (4 setembre 2020).
- MANCILLA MUNTADA, Francesc. *La recepció a Catalunya del dret a una bona administració: governança i bon govern*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2014 (Institut d'Estudis Autonòmics; 89).
- MURAYAMA, H.; TAKAGI, Y.; TSUDA, H.; KATO, Y. «Applying nudge to public health policy: practical examples and tips for designing nudge interventions». *International Journal of Environmental Research and Public Health*, vol. 20, núm. 5 (23 febrer 2023), p. 3962. DOI: 10.3390/ijerph20053962. PMID: 36900972; PMCID: PMC10002044. Disponible en línia a: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10002044/>.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa. «Inteligencia artificial y transparencia». *Diario La Ley* [Wolters Kluwer], núm. 6886 (2020). Disponible en línia a: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2OQW_CMAy-Ffw25TEJpYRocfCk9TmiCanc38dpIIRmJU8i_nwdYerKf9PnZ10KpDnRn8FTf3lftT6ubvco1xFAvMKRCinHMoFcfphG1Cg0X9H00sN3_G7fQgCNoFZO11FWZODL6E2VoVJ-7j7YiLm5BdDB2mZ6azFvpBS20avWs3aqGUBYBvN1FgUrOb5k8RP_lMmMz8hROBX-C4XYeKJPBrZQRvXmH_vL6grzBI0cvg_vDjJeo9MB_QU7OuFP6W3iRT6AAAAWKE.
- ORTEGA LOZANO, R.; MONASTERIO ASTOBIZA, A.; RODRÍGUEZ-ARIAS, D. «La ética de los nudges sanitarios: una discusión sobre su aceptabilidad en salud pública». *Revista Española de Salud Pública*, núm. 96 (5 octubre 2022).
- PONCE SOLÉ, Juli; VILLORIA MENDIETA, Manuel (dir.). *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación 2023: «Nudges» (acicates) y aportaciones conductuales para la mejora de las decisiones, con especial atención al mundo local*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.
- PONCE SOLÉ, Juli. «Inteligencia artificial y (buena) gestión pública: sistemas algorítmicos usados en el sector público y control judicial». *Revista Gobernanza*, núm. 52 (2023). Disponible en línia a: <https://www.aigob.org/2023/06/08/inteligencia-artificial-y-buena-gestion-publica-sistemas-algoritmicos-usados-en-el-sector-publico-y-control-judicial/>.
- PONCE SOLÉ, Juli (dir.). *Acicates («nudges»), buen gobierno y buena administración: Aportaciones de las ciencias conductuales, «nudging» y sector público y privado*. Madrid: Marcial Pons, 2022.

- PONCE SOLÉ, Juli. *Manual de fonaments del dret administratiu i de la gestió pública*. 2a ed. València: Tirant lo Blanch, 2021.
- PONCE SOLÉ, Juli. «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». A: *La Administración al día* [web]. Madrid: INAP, 2019, <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>.
- PONCE SOLÉ, Juli. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y el ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. «Inteligencia artificial, administraciones públicas y derecho. Una visión comparada de un derecho en construcción». A: *XVIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* [en línea]. Vigo: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2024. Disponible en línea a: <https://congresoaeprdavigo2024.es/ponencias/>.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital». A: QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. *Sociedad digital y derecho*. Madrid: BOE, 2018, p. 21-236. Disponible en línea a: <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/ae6f348c-4b40-4c7e-ab2b-33f6028e985f>.
- RIDAO, Joan. *Constitutionalismes. Una immersió ràpida*. Barcelona: Tibidabo, 2024.
- SOTO BERNABEU, Laura. «La importancia de la transparencia algorítmica en el uso de la inteligencia artificial por la Administración tributaria». *Crónica Tributaria*, núm. 179 (2021), p. 93-129.
- SUNSTEIN, Cass. «Governing by algorithm? No noise and (potentially) less bias». *Duke Law Review*, 2023.
- THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven (CT): Yale University Press, 2008.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores. «Lección 7. Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas». A: *Manual de derecho administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Público: Teoría y Método, 2023, p. 175-199.
- VESTRI, Gabriele. «La Unión Europea estrena el Reglamento de inteligencia artificial (RIA)». *La Ley*, núm. 13346 (2024).
- VESTRI, Gabriele. «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica, una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56 (2021), p. 368-398.

ELS RISCOS PER A LA PRIVACITAT EN UN ENTORN TECNOLÒGIC GENERATIU. UN CAS D'ÚS: LES CIUTATS INTEL·LIGENTS (*SMART CITIES*)¹

Xavier Urios Aparisi
Cap de l'Assessoria Jurídica
Autoritat Catalana de Protecció de Dades

Resum

En aquests moments ens trobem en l'anomenada *revolució industrial 5.0*, caracteritzada per la relació simbiòtica entre humans i màquines per a augmentar les capacitats de les persones i millorar-ne les condicions de vida, incloent-hi les condicions de treball.

Ja no es tracta de l'internet de les coses o de l'ús de les dades per a millorar els processos de fabricació i decisió, sinó que estem anant molt més enllà, perquè la implantació de sistemes d'intel·ligència artificial i la compartició de dades estan canviant de manera significativa els processos de decisió humana i, alhora, els riscos per a la privacitat s'han incrementat substancialment.

En aquest article analitzarem el concepte de *dada personal* des del punt de vista de la normativa de protecció de dades, que el configura d'una manera àmplia amb la voluntat de protegir la persona dels riscos d'identificabilitat que afectin la seva privacitat com a conseqüència de la implementació massiva de les tecnologies disruptives i, en particular, dels sistemes d'intel·ligència artificial.

En la part final d'aquest article analitzarem un cas d'ús: el paper de la protecció de dades en el context de les ciutats intel·ligents (*smart cities*). Avaluarem la complexitat que el tractament de dades implica en aquests entorns i els aspectes que cal considerar per a salvaguardar la privacitat de les persones.

Paraules clau: protecció de dades, intel·ligència artificial, ciutats intel·ligents, Administració.

LOS RIESGOS PARA LA PRIVACIDAD EN UN ENTORNO TECNOLÓGICO GENERATIVO. UN CASO DE USO: LAS CIUDADES INTELIGENTES (*SMART CITIES*)

Resumen

En estos momentos nos encontramos en la llamada *revolución industrial 5.0*, caracterizada por la relación simbiótica entre humanos y máquinas para aumentar las capacidades de las personas y mejorar sus condiciones de vida, incluyendo las condiciones de trabajo.

1. Citació recomanada: URIOS APARISI, Xavier (2024). «Els riscos a la privacitat en un entorn tecnològic generatiu. Un cas d'ús: les ciutats intel·ligents (*smart cities*)». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 83-118.

Ya no se trata del internet de las cosas o del uso de los datos para mejorar los procesos de fabricación y decisión, sino que estamos yendo mucho más allá, puesto que la implantación de sistemas de inteligencia artificial y la compartición de datos están cambiando de manera significativa los procesos de decisión humana y, al mismo tiempo, los riesgos para la privacidad se han incrementado sustancialmente.

En este artículo analizaremos el concepto de *dato personal* desde el punto de vista de la normativa de protección de datos, que lo configura de una manera amplia con la voluntad de proteger a la persona de los riesgos de identificabilidad que afecten a su privacidad como consecuencia de la implementación masiva de las tecnologías disruptivas y, en particular, de los sistemas de inteligencia artificial.

En la parte final de este artículo analizaremos un caso de uso: el papel de la protección de datos en el contexto de las ciudades inteligentes (*smart cities*). Evaluaremos la complejidad que el tratamiento de datos implica en estos entornos y los extremos a considerar para salvaguardar la privacidad de las personas.

Palabras clave: protección de datos, inteligencia artificial, ciudades inteligentes, Administración.

PRIVACY RISKS IN DISRUPTIVE TECHNOLOGIES ENVIRONMENT. A USE CASE: SMART CITIES

Abstract

At the moment, we are in the so-called *industrial revolution 5.0*, characterized by the symbiotic relationship between humans and machines to increase people's capacities and improve people's living conditions, including working conditions.

It is no longer about the Internet of Things, or the use of data to improve manufacturing and decision-making processes, but we are going much further, as the implementation of artificial intelligence systems and data sharing are significantly changing human decision-making processes and, in the same way, Privacy risks have increased substantially.

In this article we will analyse the concept of *personal data* from the point of view of data protection regulations, which configure it in a broad way, with the aim of protecting the individual from the risks of identifiability that affect their privacy, as a result of the massive implementation of disruptive technologies and, in particular, artificial intelligence systems.

In the final part of this article we will analyse a use case: the role of data protection in the context of smart cities, assessing the complexity that data processing involves in these environments, and the extremes to be considered, to safeguard people's privacy.

Keywords: data protection, artificial intelligence, smart cities, Administration.

Sumari: 1. Introducció; 2. Concepte de *dada personal* i identificabilitat de la persona; 3. La dada personal com un actiu amb valor econòmic; 4. L'exclusió del consentiment com a base legitimadora en l'àmbit de les administracions públiques; 5. El dret fonamental a la protecció de dades no és un dret absolut. Relació amb el Reglament d'intel·ligència artificial; 6. El tractament de dades al centre del control i la protecció de la privacitat; 7. Els riscos derivats de la utilització de sistemes d'intel·ligència artificial; 7.1. Diferenciació entre els sistemes d'intel·ligència artificial i l'actuació automatitzada; 7.2. Riscos dels sistemes d'intel·ligència artificial; 7.2.1. Opacitat en la presa de decisions (caixes negres); 7.2.2. Discriminació algorítmica i estúpidesa artificial; 7.2.3. Predictibilitat preventiva; 7.2.4. Precaució

algorítmica; 7.2.5. Reserva d'humanitat (ètica); 7.2.6. Riscos de vulneració de la normativa de protecció de dades; 7.2.7. Riscos de seguretat; 7.3. Posicionament de les autoritats i institucions públiques; 7.3.1. Informe de la relatora especial sobre el dret a la privacitat, del Comissionat de Drets Humans de les Nacions Unides, del 30 d'agost de 2023. Principis de transparència i explicabilitat en el processament de dades personals en la intel·ligència artificial; 7.3.2. Resolució del Parlament Europeu del 14 de març de 2017, sobre les implicacions de les macrodades en els drets fonamentals: privacitat, protecció de dades, no-discriminació, seguretat i aplicació de la llei; 7.3.3. L'estratègia europea d'intel·ligència artificial. Els set principis de la intel·ligència artificial; 7.4. El Reglament d'intel·ligència artificial: els sistemes d'alt risc; 8. Un cas concret: el paper de la protecció de dades en el context de les ciutats intel·ligents (*smart cities*); 8.1. Concepte de *ciutat intel·ligent* i presa de decisions; 8.2. Les fonts de dades; 8.3. La titularitat del dret a la protecció de dades; 8.4. El responsable del tractament i la responsabilitat proactiva; 8.5. La privacitat des del disseny i per defecte; 8.6. Les bases legitimadores del tractament: compliment d'una obligació legal o d'una missió d'interès públic com a legitimadora de l'actuació de les administracions públiques; 8.7. El tractament per a finalitats diferents: el test de compatibilitat; 8.8. Un problema addicional: l'intercanvi intersectorial de dades (*cross-sectorial data sharing*); 8.9. Les ciutats intel·ligents des de la vessant tecnològica: plataforma de ciutat intel·ligent; 8.10. El document de treball sobre ciutats intel·ligents del Grup de Berlín; 8.10.1. Responsabilitat i govern; 8.10.2. Imparcialitat; 8.10.3. Minimització de dades; 8.10.4. Limitació de la finalitat; 8.10.5. Integritat i confidencialitat; 8.10.6. Dret a ser informat; 8.10.7. Drets individuals; 9. Conclusions; 10. Referències.

1. INTRODUCCIÓ

L'objectiu d'aquest treball és analitzar els riscos per a la privacitat de les persones, que avui, arran de la irrupció de les tecnologies disruptives, s'han incrementat substancialment.

El concepte de *noves tecnologies*, relacionat tradicionalment amb les innovacions tecnològiques, ha estat superat pel concepte de *tecnologies disruptives*. Com indica Piñar Mañas² (la traducció és nostra):

El disruptiu és el que produeix disrupció, que, segons el diccionari de la RAE, és «trencament o interrupció brusca» (com recorda el mateix diccionari, deriva de l'anglès *disruption*, i aquest, del llatí *disrupti*, -ōnis, variació de *dirupti*, -ōnis, «trencament, fractura»). La innovació tecnològica (ja no té sentit parlar de «noves tecnologies», ja que van deixar de ser noves fa temps) suposa avenços inqüestionables per a la societat, però alhora pot tancar grans reptes, si no riscos o veritables amenaces, per al dret en general i certs drets fonamentals en particular. Va ser Clayton M. Christensen (1997) qui primer va utilitzar l'expressió *disruptive* el 1997 pel que fa a tecnologies que exigien un canvi radical respecte al passat per a començar una nova etapa gairebé des de zero. Es tractava de tecnologies d'evolució no gradual, sinó «rupturista», a les quals el dret ha de fer front, ja que formen part de la realitat vital de l'ésser humà avui. I ho faran en el futur, que és, senzillament, imprevisible.

La intel·ligència artificial (IA), màxim exponent de les tecnologies disruptives, fomenta els seus processos de decisió en l'aprenentatge i el tractament de dades. Per aquesta

2. José Luis PIÑAR MAÑAS, «Derecho, ética e innovación tecnológica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195 (2018), secció «Estudios».

raó, les tecnologies disruptives més conegudes, com la IA i el big data, tenen per objecte millorar les capacitats de les persones i les seves condicions de vida i de treball. Els seus processos de decisió se centren en les dades que tracten i, per aquesta raó, si són dades personals, el compliment de la normativa de protecció de dades és un paràmetre que s'ha de considerar.

2. CONCEPTE DE *DADA PERSONAL* I IDENTIFICABILITAT DE LA PERSONA

Això ens obliga a parlar prèviament del concepte de *dada personal*, ja que moltes vegades els ciutadans no som conscients que es tracta d'un concepte molt ampli i, al mateix temps, no ens adonem dels riscos per a la nostra privacitat que es deriven de la possibilitat de ser identificats partint de dades que, aparentment, no ho haurien de permetre.

Avui en dia, el *big data*³ i la IA⁴ han canviat les regles del joc. Es tracta de tecnologies diferents però que són interdependents, ja que la combinació de les dues fa que la segona desplegui la seva potencialitat al màxim, no tan sols quant als resultats de sortida, sinó també quant a la possibilitat d'identificar i perfilar les persones.

Com indica Valero Torrijo, ens trobem davant del següent estat evolutiu de la innovació tecnològica:⁵

Doncs bé, certament, aprofitant les possibilitats del *big data*, però, a més, la capacitat d'aprenentatge autònom que permet la tecnologia actual, ens trobem davant d'un canvi qualitatiu molt destacat, ja que permet en molts casos fer el salt des de la simple anàlisi a la potencial decisió sense intervenció directa d'una persona humana, i fins i tot a la formulació de previsions (Tinholt *et al.*, 2017), amb la capacitat addicional de reconfiguració dels criteris si es detectés algun tipus d'error o desviació. No es tracta, doncs, de noves solucions als problemes actuals, sinó, per contra, de noves metodologies (Verhulst i Young, 2017) que permeten afrontar la presa de decisions des de paràmetres més refinats i, almenys potencialment, també més precisos, però també més invasius.

Tornant al concepte de *dada personal*, l'article 4.1 del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament i del Consell, del 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de les dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (en endavant, RGPD), defineix les dades personals com:

3. El big data és un concepte que descriu un gran volum de dades que creix de manera exponencial amb el pas del temps. En poques paraules, és un conjunt de dades tan gran i complex que cap de les eines tradicionals de dades és capaç d'emmagatzemar-les o processar-les de manera eficient.

4. Sistema d'IA (article 3, apartat 1, del RIA): sistema basat en una màquina que està dissenyat per a funcionar amb diferents nivells d'autonomia i que pot mostrar capacitat d'adaptació després del desplegament, i que, per a objectius explícits o implícits, infereix de la informació d'entrada que rep la manera de generar resultats de sortida, com prediccions, continguts, recomanacions o decisions, que poden influir en entorns físics o virtuals.

5. Julián VALERO TORRIJO, «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58 (2019); la traducció és nostra.

[...] qualsevol informació sobre una persona física identificada o identificable (l'interessat). S'ha de considerar persona física identificable qualsevol persona la identitat de la qual es pot determinar, directament o indirectament, en particular mitjançant un identificador, com, per exemple, un nom, un número d'identificació, dades de localització, un identificador en línia o un o diversos elements propis de la identitat física, fisiològica, genètica, psíquica, econòmica, cultural o social [...].⁶

Hem de tenir en compte que l'element determinant és la «identificabilitat» d'una persona i que, des del moment en què en un context determinat puguem vincular qualsevol informació a una persona, estarem tractant dades.

Aquesta identificabilitat va ser tractada pel Grup de protecció de les persones pel que fa al tractament de les dades personals, creat per l'article 29 de la Directiva 95/46/CE, que en el Dictamen 4/2007, sobre el concepte de *dades personals*, adoptat el 20 de juny (document WP 136), ja va recordar que és possible parlar de l'existència de dades personals fins i tot en supòsits en què no es té una identificació singularitzada de l'interessat, i va indicar:

[...] convé assenyalar que si bé la identificació a través del nom i els cognoms és a la pràctica la més habitual, aquesta informació pot no ser necessària en tots els casos per a identificar una persona. Així pot succeir quan s'utilitzen altres «identificadors» per a singularitzar algú. Efectivament, els fitxers informatitzats de dades personals solen assignar un identificador únic a les persones registrades per a evitar tota confusió entre dues persones incloses en el fitxer. També a internet, les eines de control del trànsit permeten identificar amb facilitat el comportament d'una màquina i, per tant, el de l'usuari que es troba al darrere. Així doncs, s'uneixen les diferents peces que componen la personalitat de l'individu per tal d'atribuir-li determinades decisions. Sense ni tan sols sol·licitar el nom i la direcció de la persona, és possible incloure-la en una categoria sobre la base de criteris socioeconòmics, psicològics, filosòfics o d'un altre tipus, i atribuir-li determinades decisions, ja que el punt de contacte de l'individu (un ordinador) fa innecessari conèixer la seva identitat en sentit estricte. En altres paraules, la possibilitat d'identificar una persona ja no equival necessàriament a la capacitat de poder arribar a conèixer-ne el nom i els cognoms. La definició de *dades personals* reflecteix aquest fet. [...] Les autoritats nacionals de protecció de dades s'han enfrontat a casos en què el responsable del tractament sostenia que només s'havien tractat informacions disperses, sense referències a noms o altres identificadors directes, i advocava perquè les dades no es consideressin com a personals i no estiguessin subjectes a les normes de protecció de les dades. I, tanmateix, el tractament d'aquesta informació només cobrava sentit si permetia la identificació d'individus concrets i el seu tractament d'una manera determinada. En aquests casos, en què la finalitat del tractament implica la identificació de persones, es pot assumir que el responsable del tractament o qualsevol altra persona implicada té o pot tenir mitjans que «puguin ser raonablement utilitzats» per a identificar l'interessat. De fet, sostenir que les persones físiques no són identificables, quan la finalitat del tractament és precisament identificar-les, seria una contradicció flagrant. Per tant, cal considerar que la informació es refereix a persones físiques identificables i el tractament ha d'estar subjecte a les normes de protecció de dades.

6. Totes les traduccions de normativa comunitària són nostres.

Aquest dictamen analitza la possibilitat d'identificar la persona des del punt de vista dels mitjans que raonablement es puguin utilitzar, fet que s'ha de connectar amb la tecnologia aplicable o disponible i que s'ha de configurar com una prova dinàmica, per la qual cosa s'ha de tenir en compte el grau d'avenç tecnològic en el moment del tractament i el seu possible desenvolupament en el període durant el qual es conservaran les dades. Pot ser que la identificació no sigui factible amb el conjunt dels mitjans que puguin ser utilitzats raonablement en el moment en què es fa el tractament i, en aquest sentit, si es preveu que les dades es conservin durant un mes, és raonable que en aquest període no sigui factible arribar a la identificació durant el «cicle de vida» de la dada i, consegüentment, la dada no pugui ser considerada dada personal. Ara bé, si el període de conservació previst és molt més gran —per exemple, deu anys—, és possible que el transcurs del temps i l'evolució de la tecnologia facin possible aquesta identificació. Aquest aspecte ha de ser valorat pel responsable del tractament i, doncs, els sistemes de tractament han de ser capaços d'adaptar-se als progressos tecnològics a mesura que es produeixin i que s'introdueixin les mesures tècniques i organitzatives apropiades quan sigui l'hora, per a evitar aquesta identificació.

Pel que fa a la raonabilitat quant als mitjans utilitzables per a la identificació, Romeo Casabona indica que es tracta d'una qüestió casuística que s'ha de determinar en relació amb els mitjans que s'han d'utilitzar i el temps i l'activitat que impliqui, i s'ha de marcar el límit del que és raonable quan comença la desproporció. Desproporció que planteja igualment problemes perquè ha d'estar vinculada a un factor que serveixi de comparació i que també s'ha de relacionar amb la finalitat perseguida per a identificar la persona.⁷

Aquest criteri d'identificabilitat ha estat incorporat al considerant 26 de l'RGPD.⁸

En aquest sentit, com a primera reflexió, a ningú se li escapa que els avenços tecnològics i l'aplicació massiva de la IA fan avui en dia molt més factible que dades aparentment anònimes, degudament interrelacionades i contextualitzades, puguin acabar identificant una persona.⁹

7. Carlos María ROMERO CASABONA, «Definiciones: persona identificada o identificable, el afectado o interesado y el procedimiento de disociación en la protección de datos de carácter personal», a *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, Madrid, Civitas, 2010.

8. Els principis de la protecció de dades s'apliquen a tota la informació relativa a una persona física identificada o identificable. Les dades personals pseudonimitzades, que es podrien atribuir a una persona física utilitzant informació addicional, s'han de considerar informació sobre una persona física identificable. Per a determinar si una persona física és identificable, cal tenir en compte tots els mitjans que raonablement pot utilitzar el responsable del tractament o qualsevol altra persona per a identificar directament o indirectament la persona física, com, per exemple, la singularització. Per a determinar si hi ha una probabilitat raonable que s'utilitzin mitjans per a identificar una persona física, cal considerar-ne tots els factors objectius, com els costos i el temps necessaris per a la identificació, tenint en compte tant la tecnologia disponible en el moment del tractament com els avenços tecnològics. Per tant, els principis de protecció de dades no s'apliquen a la informació anònima, és a dir, a la informació que no té relació amb una persona física identificada o identificable, ni a les dades convertides en anònimes de manera que l'interessat no sigui identificable o deixi de ser-ho. En conseqüència, aquest reglament no afecta el tractament d'aquesta informació anònima, fins i tot amb finalitats estadístiques o de recerca.

9. És el cas, per exemple, de la recollida de l'iris de les persones a canvi de bitcoins, que va sortir recentment a la premsa, per part de l'empresa Worldcoin (Tools for Humanity), que pretenia justificar aquesta recollida en el fet que l'iris no configurava una dada personal com a tal, ja que es convertia en un codi alfa-

A més, cal tenir present si aquest tractament implica categories especials de dades, que es troben recollides en l'article 9 de l'RGPD, sota la regla general de prohibició del tractament, llevat que concorri algun dels supòsits habilitadors de l'apartat 2 d'aquest mateix article 9.

L'apartat 1 indica:

Es prohibeix el tractament de dades personals que revelin l'origen ètnic o racial, les opinions polítiques, les conviccions religioses o filosòfiques o l'afiliació sindical, i el tractament de dades genètiques, dades biomètriques destinades a identificar de manera unívoca una persona física, dades relatives a la salut o dades relatives a la vida sexual o l'orientació sexual d'una persona física.

En els casos en què es troben afectades categories especials de dades, els requeriments legals per al seu tractament, òbviament, són superiors.

3. LA DADA PERSONAL COM UN ACTIU AMB VALOR ECONÒMIC

A més, avui en dia les dades personals són una font d'informació molt valuosa no tan sols per a les administracions públiques,¹⁰ sinó també per a les empreses, ja que permeten perfilar els consumidors i usuaris a l'efecte de poder oferir-los determinats productes i serveis en funció de les condicions socioeconòmiques, les preferències personals, la salut i, fins i tot, les opinions polítiques que es puguin derivar de l'anàlisi i el tractament de les dades personals.

Aquesta realitat és perceptible en àmbits com els mitjans de comunicació (accés a diaris digitals, per exemple), l'accés a determinades xarxes socials o el registre als webs d'empreses per a rebre ofertes comercials. En els dos primers casos, recentment s'ha implementat l'opció de pagar per a accedir als continguts o les xarxes i, en cas que no vulguis pagar, donar el teu consentiment per al tractament de les dades de caràcter personal (l'anomenat *consent or pay*).

Això ens permet fer una primera aproximació al consentiment com a base legitimadora del tractament de dades i, en aquests casos en concret, l'adequació o no a la normativa de protecció de dades de l'alternativa donada al consumidor per a accedir a determinats béns, serveis o aplicacions, de pagar per l'accés o consentir.

numèric que no permetia reidentificar la persona. Al marge d'altres consideracions sobre la certesa o no d'aquesta afirmació, com que l'iris és una dada de caràcter especial, com a dada biomètrica, de caràcter permanent, no es pot garantir que en el futur aquesta identificació no sigui tecnològicament possible. En aquests moments, sembla que l'empresa afectada ha decidit suspendre les seves activitats de tractament a tot Europa arran dels requeriments derivats de l'RGPD.

10. Un dels grans reptes que tenen actualment les administracions públiques és la prestació de serveis proactius, que es defineixen en l'article 31 del Decret 76/2020, del 4 d'agost:

[...] s'entén per *servei proactiu i personalitzat* el servei digital que té per finalitat informar les persones, de manera predictiva i anticipada, sobre els serveis públics als quals poden accedir. Els serveis proactius i personalitzats es presten sobre la base de la informació obtinguda i elaborada pels subjectes relacionats a l'article 2 d'aquest decret, garantint la protecció de dades personals i el conjunt dels drets i les llibertats que els són propis, especialment pel que fa al principi de transparència i a la definició de les garanties adequada al disseny dels serveis.

Cal recordar que aquest consentiment, sovint donat de manera irreflexiva pel titular de les dades, sense analitzar les condicions generals del tractament que porta implícit, suposa la incorporació en el teu equip informàtic o dispositiu d'unes galetes o *cookies* analítiques que permeten extreure informació personal de les consultes i navegacions que fas a internet i que es troben vinculades a una determinada direcció IP (*internet protocol*) o a una direcció MAC com a identificador generalment fix i unívoc de tot dispositiu mòbil, usat en les comunicacions entre els diferents elements d'una xarxa. Aquests direccions són dades personals perquè permeten identificar el seu titular.¹¹

El *consent or pay* s'ha imposat d'una manera massiva a partir de l'any 2023 arran de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea del 4 de juliol de 2023, dictada en l'assumpte C-252/21 contra Meta Platforms Inc., anteriorment Facebook Inc.

Aquesta sentència va tractar diferents qüestions prejudicials plantejades i, en termes globals, va declarar il·legal el tractament de dades que feia aquesta empresa. No obstant això, en una de les qüestions es van plantejar les condicions d'accés al contingut que oferia aquesta plataforma i la Sentència es va pronunciar en els termes següents:

(150) Así pues, en el marco del proceso contractual, esos usuarios deben disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea, lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos.

Fixem-nos que el plantejament de l'opció es feia des de la protecció dels usuaris, però la davallada d'ingressos que va patir Meta la va portar a introduir la regla del *consent or pay*. Regla que, com ja hem dit, ha estat massivament implantada per altres plataformes i prestadors de serveis digitals.

Aquesta actuació abusiva ha justificat que el Comitè Europeu de Protecció de Dades (íntegrat per les autoritats nacionals de protecció de dades de la Unió Europea i que ha substituït l'anomenat Grup de Treball de l'Article 29) aprovés el 17 d'abril de 2024 el Dictamen 08/2024, sobre el consentiment vàlid en el context dels models de consentiment o pagament implementats per les grans plataformes en línia.

Aquest dictamen indica que l'oferta de (només) una alternativa de pagament en el servei que inclogui el tractament de dades amb finalitats de publicitat basada en el comportament, no hauria de ser la via predeterminada per als controladors. A l'hora de desenvolupar l'alternativa a la versió del servei amb publicitat basada en el comportament, considera que

11. És el cas de les tecnologies de seguiment wifi, en relació amb les quals l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, l'Autoritat Basca de Protecció de Dades, el Consell de Transparència i Protecció de Dades d'Andalusia i l'Agència Espanyola de Protecció de Dades han elaborat orientacions específiques per als responsables del tractament a l'hora d'abordar els tractaments de dades amb tecnologia de seguiment wifi o *wifi tracking*. El document analitza les implicacions d'aquesta tecnologia, identifica els principals riscos i ofereix una sèrie de recomanacions per a un ús responsable i compatible amb la normativa de protecció de dades.

les grans plataformes en línia haurien de valorar oferir als interessats una «alternativa equivalent» que no impliqui el pagament d'una taxa. Si els responsables opten per cobrar una tarifa per a accedir a l'«alternativa equivalent», haurien de considerar oferir també una altra alternativa, gratuïta, sense publicitat basada en el comportament, per exemple amb una forma de publicitat que impliqui el tractament de menys dades personals (o cap). Aquest és un factor especialment important en l'avaluació de certs criteris per al consentiment vàlid segons l'RGPD. En la majoria dels casos, el fet que el responsable ofereixi una altra alternativa sense publicitat basada en el comportament, de manera gratuïta, tindrà un impacte substancial en l'avaluació de la validesa del consentiment, en particular pel que fa a l'aspecte perjudicial.

El Comitè Europeu de Protecció de Dades recorda els requisits de l'RGPD per a poder considerar que el consentiment és vàlid. En primer lloc, quant al fet que el consentiment ha de ser «donat lliurement», indica que per tal d'evitar perjudicis que excloguin el consentiment lliure, no pot ser que el preu o la taxa imposada inhibeixi efectivament l'interessat de fer una elecció lliure. A més, es pot produir un perjudici quan el fet de no pagar el pugui portar a l'exclusió del servei, especialment en els casos en què el servei té un paper destacat o és decisiu per a la participació de la persona en la vida social o l'accés a xarxes professionals.

Un altre element que es tracta és el relatiu a l'existència o no d'un desequilibri de poder entre l'interessat i el responsable. Entre els factors que s'han d'avaluar hi ha la posició de la gran plataforma en línia en el mercat, l'existència d'efectes de bloqueig o xarxa, la mesura en què l'interessat confia en el servei i l'audiència principal del servei.

Un criteri que igualment s'ha d'avaluar quant a considerar si el consentiment és «lliure» és si, davant la negativa a pagar o consentir, es dona una alternativa equivalent. En aquest punt, una «alternativa equivalent» es refereix a una versió alternativa del servei que ofereix el mateix responsable del tractament que no implica el consentiment per al tractament de dades personals amb finalitats de publicitat conductual.

A més, el Dictamen recorda que les dades personals no es poden considerar com una mercaderia negociable i que els responsables del tractament han de tenir en compte la necessitat d'evitar que el dret fonamental a la protecció de dades es transformi en una característica que els interessats han de pagar per a gaudir-ne. Per aquesta raó, considera que els responsables han d'avaluar, cas per cas, tant si una tarifa és adequada com quina quantitat és adequada en les circumstàncies donades, tenint en compte les possibles alternatives a la publicitat basada en comportaments que impliquen el tractament de menys dades personals, així com la posició dels interessats.

Una altra condició del consentiment és la granularitat, que implica que quan es presenta a l'interessat un model de «consentiment o pagament», hauria de ser lliure d'escollir quina finalitat del tractament accepta, en lloc d'enfrontar-se a una sol·licitud de consentiment que agrupa diverses finalitats.

El consentiment vàlid també ha de ser «específic», és a dir, donat per a una o més finalitats específiques, i ha d'equivaler a una indicació inequívoca de desitjos: en els models de «consentiment o pagament» és especialment important que els responsables del tractament dissenyin atentament com es demana als interessats que donin el seu consentiment, per tal que els usuaris no hagin d'estar subjectes a patrons de disseny enganyosos.

A més, perquè el consentiment sigui «informat», el procés d'informació construït pels responsables del tractament ha de permetre als interessats tenir una comprensió completa i clara del valor, l'abast i les conseqüències de les seves possibles eleccions, tenint en compte la complexitat de les activitats de tractament relacionades amb la publicitat basada en comportaments.

D'igual manera, el Dictamen també proporciona aclariments sobre la retirada del consentiment i aconsella als responsables que avaluïn acuradament la freqüència amb què s'ha de «renovar» el consentiment.

Aquest Dictamen 8/2024 permet apreciar com les autoritats de control en matèria de protecció de dades reaccionen davant de situacions que es poden considerar abusives, com ara posar en perill la llibertat d'elecció efectiva de la persona a l'hora de donar el consentiment, que, com a regla general, és la que serveix en l'àmbit privat per a fonamentar el tractament de dades.

En aquest sentit, una segona conclusió a la qual podríem arribar és que el consentiment, com a base jurídica habilitadora per al tractament de dades, no és un supòsit que permeti tractar les dades sense cap tipus de condicionant, sinó que ha de ser un consentiment vàlid en els termes de l'RGPD.¹²

4. L'EXCLUSIÓ DEL CONSENTIMENT COM A BASE LEGITIMADORA EN L'ÀMBIT DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

Ja hem indicat que el consentiment és la base habilitadora usual en l'àmbit de les relacions privades, però aquest no és el cas del funcionament de les administracions públiques.

Existeixen àmbits, com el de les relacions laborals o el de les relacions juridicoadministratives, en què la posició de desigualtat entre les parts exclou que el consentiment pugui ser considerat com a lliure, fet que determina que no sigui vàlid.

El considerant 43 de l'RGPD ho exposa d'una manera molt clara:

Per a garantir que el consentiment s'ha donat lliurement, aquest no ha de constituir un fonament jurídic vàlid per al tractament de dades de caràcter personal en un cas concret en què hi ha un desequilibri clar entre l'interessat i el responsable del tractament, en particular si el responsable esmentat és una autoritat pública i, per tant, és improbable que el consentiment s'hagi donat lliurement en totes les circumstàncies d'aquesta situació particular. Es presumeix que el consentiment no s'ha donat lliurement quan no permet autoritzar per separat les diferents operacions de tractament de dades personals, tot i ser adequat en el cas concret, o quan el compliment d'un contracte, inclosa la prestació d'un servei, depèn del consentiment, fins i tot si no és necessari per a dit compliment.

12. Article 4.11 de l'RGPD. «Consentiment de l'interessat»: qualsevol manifestació de voluntat lliure, específica, informada i inequívoca per la qual l'interessat accepta, mitjançant una declaració o una acció afirmativa clara, el tractament de dades personals que l'afecten».

Igualment, el consentiment s'ha rebutjat com a base legitimadora de la utilització de les dades biomètriques per al control horari en l'àmbit laboral, atenent a la situació de desigualtat que es produeix entre l'empresari i el treballador.

5. EL DRET FONAMENTAL A LA PROTECCIÓ DE DADES NO ÉS UN DRET ABSOLUT. RELACIÓ AMB EL REGLAMENT D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL

Una tercera consideració seria que, si bé el dret a la protecció de dades és un dret fonamental, com indica el considerant 4 de l'RGPD, no és un dret absolut, sinó que s'ha de conciliar amb altres drets fonamentals i s'ha de mantenir-ne l'equilibri, d'acord amb el principi de proporcionalitat.¹³

I aquest és probablement el major repte davant el qual ens trobem actualment, ja que no és fàcil conciliar la protecció de dades amb l'increïble desenvolupament tecnològic present avui en dia, com a conseqüència de l'auge i l'ús cada vegada més freqüent dels sistemes d'IA. I, com més dades, més tractament d'aquestes, i més riscos per a la privacitat.

El passat 12 de juliol de 2024 es va publicar el Reglament 2024/1689, en matèria d'intel·ligència artificial (d'ara endavant, RIA), que es planteja com una norma que pretén establir un marc legislatiu que preservi els valors essencials de la Unió Europea (d'ara endavant, UE) sense restringir la competitivitat europea, conciliant la llibertat empresarial i el progrés tecnològic amb el respecte als drets fonamentals i la seguretat dels sistemes d'IA.

El RIA és una norma que, a diferència de l'RGPD, no pretén establir drets dels ciutadans ni està dirigit als usuaris finals dels sistemes d'IA. El RIA regula les condicions d'entrada dels sistemes d'IA al mercat econòmic de la UE. Per això, els proveïdors, els distribuïdors i els responsables del desplegament de tercers països han de complir unes obligacions per a poder introduir-se a la UE. Aquest enfocament integral i preventiu del RIA aspira a produir el conegut com a «efecte Brussel·les», ja aconseguit en matèria de protecció de dades, tot instaurant estàndards mundials. Per tant, tot i que és una normativa de l'àmbit de la UE, produeix, inevitablement, efectes extramurs d'aquest territori. Fins ara la majoria de països de fora de la UE o bé han apostat per seguir el model de les regulacions sectorials o autoregulacions del sector privat, o bé han adoptat una posició que podríem catalogar de *laissez-faire*.

En aquest sentit, el RIA té com a objectiu, d'acord amb el seu article 1.1:

[...] millorar el funcionament del mercat interior i promoure l'adopció d'una intel·ligència artificial (IA) centrada en l'ésser humà i fiable, garantint al mateix temps un elevat nivell de protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals consagrats en la Carta, inclosos la democràcia, l'estat de dret i la protecció del medi ambient, enfront dels efectes perjudicials dels sistemes d'IA (en endavant, «sistemes d'IA») a la Unió, així com donar suport a la innovació.

13. El tractament de dades personals ha d'estar concebut per a servir la humanitat. El dret a la protecció de les dades personals no és un dret absolut, sinó que s'ha de considerar en relació amb la seva funció en la societat i ha de mantenir l'equilibri amb altres drets fonamentals, d'acord amb el principi de proporcionalitat. Aquest reglament respecta tots els drets fonamentals i observa les llibertats i els principis reconeguts en la Carta tal com es consagren en els tractats.

En aquest punt, és important destacar que el RIA no desplaça l'RGPD, sinó que es produeix una situació d'intersecció. Tal com indica el considerant 10 del RIA:

El dret fonamental a la protecció de les dades personals està garantit, en particular, pels reglaments (UE) 2016/679 i (UE) 2018/1725 del Parlament Europeu i del Consell i per la Directiva (UE) 2016/680 del Parlament Europeu i del Consell. A més, la Directiva 2002/58/CE del Parlament Europeu i del Consell protegeix la vida privada i la confidencialitat de les comunicacions, també establint condicions per a qualsevol emmagatzematge de dades personals i no personals en els equips terminals, i l'accés des d'aquests. Aquests actes legislatius de la Unió constitueixen la base per a un tractament de dades sostenible i responsable, també quan els conjunts de dades continguin una combinació de dades personals i no personals. El present reglament no pretén afectar l'aplicació del dret de la Unió vigent que regula el tractament de dades personals, incloses les funcions i competències de les autoritats de supervisió independents competents per a vigilar el compliment d'aquests instruments. Tampoc no afecta les obligacions dels proveïdors i els responsables del desplegament de sistemes d'IA en el seu paper de responsables o encarregats del tractament de dades derivades del dret de la Unió o nacional en matèria de protecció de dades personals en la mesura que el disseny, el desenvolupament o l'ús de sistemes d'IA impliquin el tractament de dades personals. També convé aclarir que els interessats continuen gaudint de tots els drets i les garanties que els confereix aquest dret de la Unió, inclosos els drets relacionats amb les decisions individuals totalment automatitzades, com l'elaboració de perfils. Unes normes harmonitzades per a la introducció en el mercat, la posada en servei i la utilització de sistemes d'IA establertes en virtut del present reglament han de facilitar l'aplicació efectiva i permetre l'exercici dels drets i altres vies de recurs dels interessats garantits pel dret de la Unió en matèria de protecció de dades personals, així com d'altres drets fonamentals.

Si bé la traducció és nostra, hem reproduït literalment aquest considerant perquè és important destacar que la normativa d'IA no desplaça en cap cas la normativa de protecció de dades i, com veurem, atribueix un paper rellevant als sistemes d'IA d'alt risc.

6. EL TRACTAMENT DE DADES AL CENTRE DEL CONTROL I LA PROTECCIÓ DE LA PRIVACITAT

Abans ens hem referit a les dades de caràcter personal, però també ens hem de referir al tractament de dades com l'eix vertebrador del sistema de protecció de la privacitat de les persones.

L'RGPD defineix el tractament de dades com:

[...] qualsevol operació o conjunt d'operacions realitzades sobre dades personals o conjunts de dades personals, ja sigui per procediments automatitzats o no, com la recollida, el registre, l'organització, l'estructuració, la conservació, l'adaptació o la modificació, l'extracció, la consulta, la utilització, la comunicació per transmissió, difusió o qualsevol altra forma d'habilitació d'accés, acarament o interconnexió, limitació, supressió o destrucció.

Aquest tractament i la manera en què es duu a terme són essencials a l'hora d'analitzar si es compleix la normativa de protecció de dades.

A tall d'exemple, el tractament de la imatge i la veu de les persones físiques ha generat un debat molt intens. La veu, per exemple, és una dada molt valuosa perquè permet derivar l'estat d'ànim de la persona i altres dades com ara el nivell social. En qualsevol cas, la imatge i la veu de les persones físiques, en principi, d'acord amb l'RGPD no han de considerar-se categories especials de dades. En aquest sentit, l'article 4.14 de l'RGPD estableix què són dades biomètriques:

[...] dades personals obtingudes a partir d'un tractament tècnic específic, relatives a les característiques físiques, fisiològiques o conductuals d'una persona física, que permeten o confirmen la identificació única d'aquesta persona, com ara imatges facials o dades dactiloscòpiques.

Però el considerant 51 especifica:

El tractament de fotografies no s'ha de considerar sistemàticament tractament de categories especials de dades personals, ja que únicament s'inclouen en la definició de dades biomètriques si, quan es tracten amb mitjans tècnics específics, permeten la identificació o l'autenticació unívocues d'una persona física.

Per tant, es considera que la imatge i la veu únicament són dades biomètriques quan s'apliquin mitjans tècnics que permetin la identificació o l'autenticació unívoca d'una persona física.

En aquest sentit, escau tenir en consideració els punts 10 i 12 de les Directrius 05/2022 sobre l'ús de la tecnologia de reconeixement facial en l'àmbit de l'aplicació de la llei, del Comitè Europeu de Protecció de Dades, aprovades el 26 d'abril de 2023, que posen de manifest la diferència entre la identificació (destinada a verificar que una persona és qui diu ser) i l'autenticació (destinada a trobar una persona entre un grup d'individus dins d'una àrea concreta, una imatge o una base de dades) per a concloure que:

Tot i que ambdues funcions —autenticació i identificació— són diferents, totes dues es relacionen amb el tractament de dades biomètriques relacionades amb una persona física identificada o identificable i, per tant, constitueixen un tractament de dades personals i, més concretament, un tractament de categories especials de dades personals.

El tractament de les imatges de les persones ha generat una àmplia controvèrsia, sobretot si es tracta de dades biomètriques. En aquest punt, hi ha iniciatives que han permès contrastar la possibilitat d'identificar una persona partint de la seva imatge captada a la via pública, més el tractament d'altres dades públiques.

Es pot destacar la feina feta per l'Autoritat de Control de França, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), que el 2022 va publicar la seva posició respecte a la utilització de les denominades *càmeres intel·ligents* o *càmeres augmentades* en espais públics.

Les *càmeres intel·ligents* o *augmentades* són càmeres que duen acoblat un programari de tractament d'imatges automatitzat, que analitza les persones per tal de deduir-ne informació i dades personals (a més de filmar-les). Permeten, per exemple, comptar automàticament el nombre de persones que hi ha en un lloc, analitzar algunes de les seves característiques (vestimenta, ús de mascareta, etc.) i fins i tot identificar determinats comportaments (abandonament d'equipatge, violació, etc.),

En el seu comunicat, la CNIL demana fer una reflexió general sobre l'ús d'aquestes eines en espais públics, independentment de la base de legitimació esgrimida.

Pel que fa al seu ús per autoritats públiques per a la detecció i persecució de delictes, destaca que, avui, no hi ha cap normativa que autoritzi les autoritats franceses a recórrer a aquest tipus de dispositius.

No obstant això, indica que certs usos d'aquestes podrien arribar a ser legítims. És el pas, per exemple, del comptatge de vianants, cotxes o ciclistes a la via pública, l'adaptació de les capacitats del transport públic en funció del seu ús, la seva utilització per a analitzar el consum energètic d'un edifici, etc.

A més, destaca que amb aquests dispositius generalment no és possible que les persones exerceixin els drets que els atorga l'RGPD, com ara el dret a oposar-se a ser analitzades per la càmera. Per això, indica que aquests usos «només seran lícits quan hagin estat autoritzats per les autoritats públiques», les quals prèviament «han d'adoptar un text (reglamentari o legislatiu) per a deixar sense efecte el dret d'oposició».

D'altra banda, la CNIL confirma que quan aquestes eines siguin utilitzades únicament per a produir estadístiques (compostes per dades anònimes), el seu ús està permès sense autorització prèvia. Aquest seria el cas, per exemple, d'un dispositiu que permetés calcular les aglomeracions al metro i així mostrar als viatgers els trens que circulen amb menys passatgers.

Com a resum, hem de tenir present que, des del punt de vista de la normativa de protecció de dades, la imatge és un dels actius més rellevants, no tan sols perquè ens ubica com a individus dins d'una societat, sinó també perquè les condicions de captació de la imatge (p. ex., la localització) i l'anàlisi de la imatge en si mateixa traslladen informació sobre la nostra persona, i avui en dia aquesta imatge, amb l'associació d'altres dades personals, pot portar a una identificació perfecta de la nostra persona.

7. ELS RISCOS DERIVATS DE LA UTILITZACIÓ DE SISTEMES D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL

7.1. DIFERENCIACIÓ ENTRE ELS SISTEMES D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL I L'ACTUACIÓ AUTOMATITZADA

Prèviament hem avançat que, quan parlem d'IA, els riscos per a la nostra privacitat s'incrementen exponencialment. Però abans d'enumerar aquests riscos hem de diferenciar els sistemes d'IA del que és l'actuació automatitzada.

No sempre s'utilitza IA (en els termes de la definició del RIA) quan en la descripció d'un producte o servei s'incorpora el concepte d'IA. I això respon al fet que a vegades es fa

simplement com a estratègia de màrqueting. Tanmateix, amb el RIA en vigor, l'aplicació de les obligacions establertes en aquesta norma ens podria portar a confusió.

Per tant, hem de ser rigorosos en totes les anàlisis i un dels primers passos ha de ser determinar si realment estem davant d'un sistema d'IA o només davant d'una mera automatització d'un procés. González Cabanes i Díaz Díaz defineixen la IA com la disciplina que intenta replicar i desenvolupar la intel·ligència natural, d'humans i éssers vius, mitjançant ordinadors o màquines.¹⁴ En aquest sentit, la IA no és humana però està dissenyada per humans, amb els riscos que es poden derivar de la programació o el disseny que es dugui a terme.

Un altre punt important que les entitats han de tenir en compte és com s'han d'integrar (com encaixen) els rols de l'RGPD (responsable i encarregat del tractament) amb els definits en el RIA (proveïdor i responsable del desplegament).

Només així es podran definir les obligacions que corresponen a cadascun i com s'han d'integrar en complir-les. Pensem, per exemple, en la protecció de dades des del disseny o el principi de responsabilitat proactiva.

De la mateixa manera, quan ens trobem en l'àmbit del dret administratiu, l'actuació automatitzada és l'actuació administrativa automatitzada a què fa referència l'article 41 de la Llei 40/2015, del 3 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.¹⁵

En versions prèvies a l'aprovació del RIA s'inclouïa en el seu àmbit d'aplicació l'automatització de processos, però en la versió aprovada definitivament s'ha deixat fora de la seva regulació, tal com indica el considerant 12.¹⁶

14. F. GONZÁLEZ CABANES i N. DÍAZ DÍAZ, «¿Qué es la inteligencia artificial?», a F. L. PÉREZ GUERRERO (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios*, València, Tirant Lo Blanch, 2023.

15. **Article 41**

1. S'entén per actuació administrativa automatitzada qualsevol acte o actuació realitzada íntegrament a través de mitjans electrònics per una administració pública en el marc d'un procediment administratiu i en la qual no hagi intervingut de manera directa un empleat públic.

2. En cas d'actuació administrativa automatitzada, s'haurà d'establir prèviament l'òrgan o els òrgans competents, segons els casos, per a la definició de les especificacions, la programació, el manteniment, la supervisió i el control de qualitat i, si escau, l'auditoria del sistema d'informació i del seu codi font. Així mateix, s'haurà d'indicar l'òrgan que ha de ser considerat responsable a l'efecte de la impugnació.

16.

S'ha de definir amb claredat el concepte de *sistema d'IA* en el present reglament i harmonitzar-lo estretament amb els treballs de les organitzacions internacionals que s'ocupen de la IA, a fi de garantir la seguretat jurídica i facilitar la convergència a escala internacional i una àmplia acceptació, alhora que es preveu la flexibilitat necessària per a donar cabuda als ràpids avenços tecnològics en aquest àmbit. A més, la definició s'ha de basar en les principals característiques dels sistemes d'IA que els distingeixen, des dels sistemes de programari o els plantejaments de programació tradicionals i més senzills, i no ha d'incloure els sistemes basats en les normes definides únicament per persones físiques per a executar automàticament operacions. Una característica principal dels sistemes d'IA és la seva capacitat d'inferència. Aquesta capacitat d'inferència es refereix al procés d'obtenció de resultats de sortida, com prediccions, continguts, recomanacions o decisions, que pot influir en entorns físics i virtuals, i a la capacitat dels sistemes d'IA per a deduir models o algorismes, o ambdós, a partir d'informació d'entrada o dades. Les tècniques que permeten la inferència en construir un sistema d'IA inclouen estratègies d'aprenentatge automàtic que aprenen de les dades, com assolir determinats objectius i estratègies basades en la lògica i el coneixement que infereixen a partir de coneixements codificats o

En resum, quan parlem de sistemes d'IA, hem de ser estrictes i, sens perjudici del control que es pot exercir en relació amb qualsevol decisió basada en una màquina o sistema, hem de diferenciar-los.

7.2. RISCOS DELS SISTEMES D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL

Com he dit abans, quan parlem d'IA, els riscos en relació amb la protecció de dades augmenten. Els riscos que es poden destacar són els que s'exposen a continuació.

7.2.1. *Opacitat en la presa de decisions (caixes negres)*

Abans ens hem referit a la necessària justificació que ha d'acompanyar una decisió administrativa. Quan aquesta prové d'un sistema d'IA, cal avaluar si la programació o el funcionament de l'algoritme és correcte. Aspecte tecnològic, en termes de prova tecnològica, planteja una gran complexitat.

Autors com Ponce Solé han analitzat la problemàtica del control de les decisions i l'opacitat de la IA.

7.2.2. *Discriminació algorítmica i estúpidesa artificial*

S'indica igualment que els processos de configuració de l'algoritme, en funció del disseny i les condicions de recollida de les dades, plantegen biaixos que posteriorment, amb la posada en funcionament del sistema, poden generar discriminacions o resultats arbitraris, fins i tot absurds.

En aquest sentit, es poden produir resultats esbiaixats i sortides d'IA distorsionades que perjudiquin el destinatari de la decisió, derivades d'errors en el tractament de la informació, al marge que també es poden produir problemes ètics o de discriminació.

Fins i tot, els sistemes d'IA poden arribar a fabricar fortuïtament informació, que pot suposar problemes seriosos si no es fa una supervisió humana acurada (és la coneguda al·lucinació de la màquina), ja que pot produir informació de poca qualitat i derivar en una manca de confiança en els sistemes.

d'una representació simbòlica de la tasca que s'ha de resoldre. La capacitat d'inferència d'un sistema d'IA transcendeix el tractament bàsic de dades, en permetre l'aprenentatge, el raonament o la modelització. El terme *basat en una màquina* es refereix al fet que els sistemes d'IA s'executen en màquines. La referència a objectius explícits o implícits subratlla que els sistemes d'IA poden funcionar d'acord amb objectius definits explícits o a objectius implícits.

7.2.3. *Predictibilitat preventiva*

Un dels grans reptes o límits el trobem en la predictibilitat preventiva, la possibilitat dels sistemes d'IA d'interpretar o deduir conductes futures, que podria afectar de manera significativa la llibertat de l'individu.

El RIA es preocupa d'aquest punt i en l'article 5.1 prohibeix una sèrie de pràctiques d'IA. En concret, quant a la predictibilitat preventiva, la lletra *d* prohibeix la introducció de la IA en el mercat, la seva posada en servei per a aquest fi específic o l'ús d'un sistema d'IA per fer avaluacions de riscos de persones físiques a fi de valorar o predir el risc que una persona física cometi un delictes.¹⁷

7.2.4. *Precaució algorítmica*

Un dels principis bàsics a l'hora de prendre decisions, sobretot en l'àmbit del dret administratiu, és el principi de precaució, que determina que, davant de la possibilitat que una actuació pugui produir un dany, en relació igualment amb el principi de proporcionalitat, no s'ha d'adoptar una determinada mesura.

Aquest principi, plenament integrable en els processos de decisió humana i en la discrecionalitat de la decisió, no és fàcilment traslladable a l'entorn de la IA, que, en principi, no pensa.

Autors com Ponce Solé s'han pronunciat respecte a aquesta qüestió en els termes següents¹⁸ (la traducció és nostra):

En tot cas, en espera de poder avançar, potser, en un dilema que ha ocupat brillants ments durant segles i aplicant aquí, més que les metàfores de la física newtoniana, les pròpies de la física quàntica de la nostra època, la *incertesa* que envolta encara la possibilitat de replicar una consciència humana i una empatia emocional equivalent en la IA ens porta a proposar l'aplicació jurídica del *principi de precaució* per a prevenir els greus riscos amb què ens enfrontem (màquines adoptant decisions automatitzades discrecionals que han d'implicar drets d'humans).

17. Altres sistemes d'IA que es prohibeixen en l'article 5 són els que tinguin per objecte alterar de manera substancial el comportament d'una persona o un col·lectiu; explotar vulnerabilitats de les persones o col·lectius derivades de la seva edat o discapacitat, situació social o econòmica específica; classificar les persones per raó del seu comportament social, característiques personals o personalitat, conegudes, inferides o predites; crear o ampliar les bases de dades de reconeixement facial mitjançant l'extracció no selectiva d'imatges facials d'internet o de circuits tancats de televisió; usar sistemes per a inferir les emocions d'una persona física en el lloc de treball o en centres educatius, o determinats sistemes d'identificació i categorització biomètrica.

18. Juli PONCE SOLÉ, «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), núm. 50 (gener 2019).

7.2.5. *Reserva d'humanitat (ètica)*

En connexió amb això anterior, ha d'avaluar-se igualment la vessant ètica de la decisió, és a dir, fins a quin punt es poden introduir aquests aspectes en les decisions que s'han de prendre, com a mesura de protecció dels individus davant decisions adoptades per sistemes d'IA.

7.2.6. *Riscos de vulneració de la normativa de protecció de dades*

Els sistemes d'IA poden suposar riscos per a la privacitat, ja que processen i analitzen dades personals sense el consentiment i les salvaguardes suficients o, en general, sense l'existència de bases legitimadores que habiliten la recollida i el tractament. A més, els resultats de sortida dels sistemes d'IA generativa i els models d'IA poden arribar a identificar individus combinant múltiples fonts de dades.

7.2.7. *Riscos de seguretat*

Finalment, no es pot deixar de banda la seguretat, això és, la possibilitat que els sistemes d'IA siguin objecte d'atacs per a prendre el control dels sistemes informàtics, revelar informació sensible o provocar un mal funcionament. Pensem, per exemple, en la possibilitat que els ciberatacants manipulin conjunts de dades d'informació, explotant vulnerabilitats informàtiques, que determinin que els resultats de sortida dels sistemes d'IA no siguin verços.

7.3. POSICIONAMENT DE LES AUTORITATS I INSTITUCIONS PÚBLIQUES

Són moltes les autoritats i institucions públiques i privades que han manifestat la seva preocupació pels sistemes d'IA. En aquest punt, podem destacar tres posicionaments, que exposem a continuació.

7.3.1. *Informe de la relatora especial sobre el dret a la privacitat, del Comissionat de Drets Humans de les Nacions Unides, del 30 d'agost de 2023. Principis de transparència i explicabilitat en el processament de dades personals a través de la intel·ligència artificial*

En aquest informe, la relatora especial sobre el dret a la privacitat, Ana Brian Nougrères, accentua la importància dels principis de transparència i explicabilitat en el processament de dades personals a través d'IA.

L'omnipresència de la IA en totes les activitats i la presa de decisions sobre les persones a partir de l'ús d'aquesta, obliguen a analitzar aquest tema i a adoptar mesures perquè l'ús de la IA sigui ètic, responsable i respectuós amb els drets humans.

Això anterior és rellevant perquè la transparència i l'explicabilitat no només ajuden a generar confiança i fiabilitat en la IA, sinó que contribueixen a protegir els drets humans. Mitjançant aquests principis, d'una banda, s'informa a través les persones de manera oportuna, completa, senzilla i clara sobre aspectes bàsics respecte a l'ús de la seva informació personal en processos o projectes d'IA i les seves conseqüències; d'altra banda, s'exigeix que les persones afectades per la IA coneguin els motius concrets que van donar origen a aquesta afectació. Amb això, la persona podrà exercir els seus drets, com, per exemple, el dret al procés degut i el de defensa davant les decisions adoptades mitjançant eines o tecnologies d'IA.

7.3.2. *Resolució del Parlament Europeu del 14 de març de 2017, sobre les implicacions de les macrodades en els drets fonamentals: privacitat, protecció de dades, no-discriminació, seguretat i aplicació de la llei*

El Parlament Europeu també s'ha preocupat per la protecció dels drets fonamentals arran de les implicacions i els riscos que es deriven de la recollida, l'anàlisi i l'acumulació que es repeteix de grans quantitats de dades, incloent-hi dades personals, des d'una varietat de fonts, que són objecte de processament automàtic per algoritmes informàtics i impliquen tècniques de processament de dades que utilitzen dades tant les emmagatzemades com les fluides per a generar certes correlacions, tendències i patrons.

El Parlament Europeu és conscient que el progrés de tecnologies de la comunicació, l'ús de mecanismes electrònics amb sistemes de localització, els ginys (*gadgets*) de control, els mitjans de comunicació socials, les interaccions de webs i les xarxes, incloent-hi mecanismes que comuniquen informació sense interferència humana, han conduït al desenvolupament de sistemes de dades massius, sempre creixents, que, a través de tècniques de processament avançades i analítiques, proporcionen informació sense precedents del comportament humà i la vida privada de les persones.

Al mateix temps, s'és conscient que l'analítica de dades genera plusvàlues molt positives i oportunitats per als ciutadans en àrees com l'assistència sanitària, la batalla contra el canvi climàtic, la reducció del consum energètic, la millora de la seguretat en el transport, la possibilitat d'establir ciutats intel·ligents, per tal d'incrementar l'optimització i l'eficiència de les empreses i contribuir a millorar les condicions laborals i a detectar i lluitar contra el frau; i que les macrodades poden oferir un avantatge competitiu per als processos de presa de decisions de les empreses europees, alhora que el sector públic pot beneficiar-se d'una major eficàcia gràcies a un millor coneixement dels diferents nivells de desenvolupament socioeconòmic.

A partir d'aquesta aproximació, on s'ha de conciliar el potencial que el tractament massiu de les dades implica, s'és igualment conscient dels riscos que comporta i, dintre de les consideracions generals que fa, la primera indica:

[...] els ciutadans, els sectors públic i privat, el món acadèmic i la comunitat científica només podran aprofitar plenament les perspectives i oportunitats que brinden les macrodades si la confiança pública en aquestes tecnologies es garanteix mitjançant l'estricta obser-

vança dels drets fonamentals i el compliment de la legislació vigent de la Unió en matèria de protecció de dades, així com la seguretat jurídica en relació amb totes les parts interessades; posa en relleu que el tractament de les dades personals només pot fer-se de conformitat amb algun dels fonaments jurídics recollits a l'article 6 del Reglament (UE) 2016/679; considera fonamental que la transparència i la correcta informació al públic afectat són fonamentals per generar la confiança de l'opinió pública i la protecció dels drets individuals.

I afegeix en la consideració cinquena:

[...] el Dret de la Unió sobre la protecció de la privacitat i les dades personals, el dret a la igualtat i a la no-discriminació, el dret de les persones a rebre informació sobre la lògica que subjau en relació amb la presa de decisions automatitzada i l'elaboració de perfils i el dret a interposar un recurs per via judicial, són aplicables al tractament de dades fins i tot quan aquest tractament estigui precedit de tècniques de pseudonimització o, en qualsevol cas, quan l'ús de dades no personals pugui repercutir en la vida privada de les persones o en altres drets i llibertats, la qual cosa conduiria a estigmatitzar grups complets de la població.

7.3.3. *L'estratègia europea d'intel·ligència artificial. Els set principis de la intel·ligència artificial*

En el marc de la política comunitària, s'han aprovat diferents documents que tenen per objecte impulsar la implementació dels sistemes d'IA i, al mateix temps, establir condicionants que permetin salvaguardar els drets de les persones.

Dins d'aquests documents es pot destacar l'elaborat per un grup independent d'experts d'alt nivell sobre IA, que es va crear per la Comissió Europea el juny del 2018 i que, després de diferents esborranys i sense que suposi un posicionament de la Comissió Europea, va aprovar les *Directrices ètiques para una IA fiable*. En aquest document, sense que es configuri com una llista exhaustiva, es destaquen els següents:

a) Acció i supervisió humana: els sistemes d'IA han de permetre societats equitatives que donin suport a l'acció humana i els drets fonamentals, i no han de disminuir, limitar o desviar l'autonomia humana. Ha de ser supervisada per éssers humans, amb les mesures de contingència apropiades.

b) Solidesa i seguretat: la IA fiable requereix que els algoritmes siguin prou segurs i sòlids per afrontar errors o inconsistències durant totes les fases del cicle de vida dels sistemes d'IA. Els sistemes han de ser resistents i resilents davant eventuais intents de manipulacions o de hackeig i han de dotar-se de plans de contingència.

c) Gestió de la privacitat i de les dades: els ciutadans han de tenir un control total sobre les seves pròpies dades. Les dades que els concerneixen no es poden utilitzar per a perjudicar-los ni discriminar-los. S'ha de garantir la privacitat de les dades dels ciutadans en tot el cicle vital de la IA.

d) Transparència: s'ha de garantir la traçabilitat dels sistemes d'IA. Ha de ser transparent, la qual cosa significa que s'ha de poder reconstruir com i per què es comporta d'una

determinada manera, i els qui interactuïn amb aquests sistemes han de saber que es tracta d'IA, així com quines persones en són les responsables.

e) Diversitat, no-discriminació i equitat: els sistemes d'IA han de considerar tota la gamma d'habilitats i requisits humans, i han de garantir adequadament l'accessibilitat. S'ha de tenir en compte la diversitat social des del seu desenvolupament per a garantir que els algoritmes en què es basi no tinguin biaixos discriminatoris directes o indirectes.

f) Benestar social i ambiental: els sistemes d'IA i el desenvolupament tecnològic en general s'han d'utilitzar per a millorar el canvi social positiu, la sostenibilitat mediambiental i la responsabilitat ecològica.

g) Rendició de comptes: s'han d'establir mecanismes per a garantir la responsabilitat i la rendició de comptes dels sistemes d'IA i els seus resultats davant d'auditors externs i interns.

7.4. EL REGLAMENT D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL: ELS SISTEMES D'ALT RISC

Pel que fa al RIA i la regulació dels sistemes d'IA, s'ha de prestar una atenció especial als sistemes d'alt risc, regulats en l'article 6.

Un sistema d'IA es considera d'alt risc quan està destinat a ser utilitzat com a component de seguretat d'un producte que entri en l'àmbit d'aplicació dels actes legislatius d'harmonització de la Unió o que el producte del qual el sistema d'IA sigui component de seguretat, o el propi sistema d'IA com a producte, hagi de sotmetre's a una avaluació de conformitat de tercers per a la seva introducció en el mercat o la seva posada en servei d'acord amb els actes legislatius d'harmonització de la UE.

A més, l'annex 3 enumera els sistemes que, en tot cas, han de ser considerats d'alt risc i que tenen relació directa amb el funcionament de les administracions públiques. Sense ànim de ser exhaustiu, és el cas dels sistemes relacionats amb la biometria, adreçats a la identificació, però també a la categorització i, fins i tot, al reconeixement d'emocions. Però també els que gestionen infraestructures crítiques, relatius a l'educació i la formació professional; la feina, la direcció de treballadors i l'accés al treball independent; l'accés a serveis privats essencials i públics, l'aplicació de lleis; la migració, asil i frontera, o l'administració de processos de justícia i democràtics.

En relació amb aquests sistemes d'alt risc, l'article 27 del RIA imposa que, prèviament al seu desplegament, s'ha de fer una avaluació d'impacte del dret fonamental.¹⁹

19.

Abans de desenvolupar un dels sistemes d'IA d'alt risc a què es refereix l'article 6, apartat 2, amb excepció dels sistemes d'IA d'alt risc destinats a ser utilitzats en l'àmbit enumerat a l'annex III, punt 2, els responsables del desenvolupament que siguin organismes de dret públic, o entitats privades que presten serveis públics, i els responsable del desenvolupament de sistemes d'IA d'alt risc a què es refereix l'annex III, punt 5, lletres *b* i *c*, duran a terme una avaluació de l'impacte que la utilització d'aquests sistemes pot tenir en els drets fonamentals. Amb aquesta finalitat, els responsables del desenvolupament duran a terme una avaluació que consistirà en: *a*) una descripció dels processos del responsable del desplegament en els quals s'utilitzarà el sistema d'IA d'alt risc en consonància amb la seva finalitat prevista; *b*) una descripció del període durant el qual es preveu utilitzar cada sistema

Però, a més, l'article 77 del RIA atribueix de manera expressa a les autoritats de control en matèria de drets fonamentals (entre les quals es troben les autoritats de control en matèria de protecció de dades), unes facultats específiques en relació amb el control dels sistemes d'IA d'alt risc.

En concret:

Article 77

Poders de les autoritats encarregades de protegir els drets fonamentals

1. Les autoritats o organismes públics nacionals encarregats de supervisar o fer respectar les obligacions considerades en el dret de la Unió en matèria de protecció dels drets fonamentals, inclòs el dret a la no-discriminació, pel que fa a l'ús de sistemes d'IA d'alt risc esmentats en l'annex III, tindran la facultat de sol·licitar qualsevol documentació creada o conservada d'acord amb el present reglament i d'accedir-hi, en un llenguatge i format accessibles, quan l'accés a aquesta documentació sigui necessari per al compliment efectiu dels seus mandats, dins dels límits de la seva jurisdicció. L'autoritat o organisme públic pertinent informarà sobre qualsevol sol·licitud d'aquest tipus a l'autoritat de vigilància del mercat de l'estat membre que correspongui.

Un dels reptes serà com s'articulen les competències de les autoritats de control en matèria de protecció de dades, derivades del RIA, amb les competències que els atribueix l'RGPD, quant a la salvaguarda dels drets fonamentals dels ciutadans i el dret que l'article 22 de l'RGPD reconeix a no ser objecte d'una decisió automatitzada, sense un consentiment explícit.²⁰

En aquest punt, recentment el Comitè Europeu de Protecció de Dades ha aprovat la Declaració 3/2024, del 16 de juliol, sobre el paper de les autoritats de control en matèria de protecció de dades, en el marc del RIA, en el qual s'analitza el paper rellevant que aquestes autoritats han de desenvolupar per a defensar la privacitat davant l'expansió dels sistemes d'IA.

d'IA d'alt risc i la freqüència amb què està previst utilitzar-lo; c) les categories de persones físiques i col·lectius que puguin veure's afectats per la seva utilització en el context específic; d) els riscos de perjudici específics que puguin afectar les categories de persones físiques i col·lectius determinades d'acord amb la lletra c del present apartat, tenint en compte la informació facilitada pel proveïdor d'acord amb l'article 13; e) una descripció de l'aplicació de mesures de supervisió humana, d'acord amb les instruccions d'ús; f) les mesures que s'han d'adoptar en el cas que aquests riscos es materialitzin, inclosos els acords de governança interna i els mecanismes de reclamació.

20. Article 22.1 de l'RGPD: «Qualsevol interessat té dret a no ser objecte d'una decisió basada únicament en el tractament automatitzat, inclosa l'elaboració de perfils, que produeixi efectes jurídics que l'afectin o que l'afectin significativament de manera similar».

8. UN CAS CONCRET: EL PAPER DE LA PROTECCIÓ DE DADES EN EL CONTEXT DE LES CIUTATS INTEL·LIGENTS (*SMART CITIES*)

8.1. CONCEPTE DE *CIUTAT INTEL·LIGENT* I PRESA DE DECISIONS

Les ciutats intel·ligents són una realitat cada vegada més present avui en dia i es presenten com un model de gestió eficient de les ciutats i dels serveis que aquestes ofereixen.

La base sobre la qual es fonamenten les ciutats intel·ligents és mirar cap al ciutadà des del punt de vista de millorar les seves condicions de vida i satisfer les seves necessitats. Però, evidentment, en funció de com es faci aquesta aproximació, la seva privacitat es pot veure compromesa.

Una ciutat intel·ligent es basa en els usos de tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) per a augmentar l'eficiència operacional, millorar la qualitat dels serveis governamentals i, consegüentment, la qualitat de vida dels seus habitants, optimitzant la gestió dels recursos.

Però la definició de *smart city* va més enllà de l'ús de les tecnologies digitals: també cerca l'eficiència des del punt de vista energètic, l'ús de fonts d'energia renovables integrades, l'aposta per nous mitjans de mobilitat urbana més intel·ligents i sostenibles, així com la millora del subministrament d'aigua i de les instal·lacions d'eliminació de residus per a fer front als reptes econòmics, socials i mediambientals de la ciutat, i fins i tot per a detectar delictes.

Al mateix temps, com indica Font i Llovet, «*smart* s'associa amb la capacitat que tingui una ciutat de crear *més benestar per a la seva ciutadania*, no només a través de la millora dels serveis públics, sinó també, entre altres elements, a través de la implicació de la ciutadania en la presa de decisions».²¹

La gestió es basa en la presa de decisions, i aquestes decisions es fonamenten en dades recollides mitjançant sensors fiables. Com més dades es recullen i es tracten, més fiables són les decisions que s'adopten.

Les decisions que s'adopten han de ser explicables i, quan parlem de decisions basades en sistemes d'IA, es plantegen problemes des del punt de vista de l'ètica i la justícia. Com indica Alemany Garcías:

[...] muchos modelos de IA, como las redes neuronales profundas, son difíciles de interpretar y explicar. Esto plantea la cuestión de cómo tomar decisiones basadas en sistemas de funcionamiento interno que son oscuros. Los individuos tienen el derecho de entender por qué se toman ciertas decisiones automáticas que les afectan. La carencia de explicación en los sistemas de IA puede ser problemática desde una perspectiva ética y legal.²²

Aquesta fiabilitat ha d'interpretar-se des del punt de vista dels sensors que recullen aquestes dades, però sobretot a través del tractament d'aquestes dades, cosa que ens portarà necessàriament a parlar del compliment de la normativa de protecció de dades. És evident que

21. Tomàs FONT I LLOVET, «La ciudad inteligente como actor global», *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, núm.1 (2021); la traducció és nostra.

22. Juan ALEMANY GARCÍAS, «Inteligencia artificial y administración. Nuevos retos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 233 (2024), secció «Estudios».

el valor d'una ciutat intel·ligent no radica en la informació de què disposen, sinó del que fan amb aquesta informació.

En aquest sentit, si la base sobre la qual es fonamenten les ciutats intel·ligents és mirar cap al ciutadà des del punt de vista de la millora de les seves condicions de vida, també és important tenir present que, segons com es faci aquesta aproximació al ciutadà, la seva privacitat es pot veure compromesa.

8.2. LES FONTS DE DADES

Són diferents les fonts de les quals es poden extreure dades:

— Internet de les coses (IoT, de l'anglès *internet of things*): mecanismes ubicats a les ciutats que inclouen sensors que recullen en temps real informació sobre condicions mediamambientals, usos d'energia, actuacions en infraestructures i més.

— Càmeres de vigilància ubicades estratègicament per a controlar espais públics, la intensitat del trànsit o la seguretat.

— Mòbils i aplicacions: cada vegada és més freqüent la utilització de telèfons intel·ligents i aplicacions mòbils com a fonts de dades, ja sigui mitjançant dades de localitzacions, ja sigui mitjançant patrons d'ús i comportaments d'usuaris, que poden proporcionar informació sobre la mobilitat a la ciutat, però també sobre les preferències dels seus habitants.

— Plataformes de mitjans de comunicació socials: es poden utilitzar igualment com a dipòsits dinàmics de continguts relatius a sentiments en temps real, opinions públiques o tendències dels usuaris d'un determinat territori.

— Plataformes de dades obertes de les administracions públiques: són una altra font d'informació que aporta dades relacionades amb els serveis públics, com el transport o la planificació urbanística, les quals esdevenen immediatament accessibles al públic.

Aquesta llista no és tancada, ja que els avenços tecnològics fan incrementar contínuament les fonts de dades i, en aquest sentit, per exemple, les dades recollides per dispositius que utilitzen les persones per a controlar els aspectes bàsics de la seva salut o la seva activitat poden ser igualment útils per a tractar iniciatives de salut pública o patrons d'estil de vida.

En una primera aproximació, hauríem de partir de la base que aquestes fonts no tracten dades de caràcter personal, però es tracta d'una afirmació que no necessàriament respon a la realitat (sobretot quan es tracta de dades recollides de fonts privades) i, d'altra banda, relacionant-ho amb el risc d'identificabilitat tractat abans, cada vegada és més difícil defensar el nostre anonimat en unes ciutats tan interconnectades.

En qualsevol cas, la quantitat d'informació que es tracta no és assumible per mitjans humans, cosa que obliga a la introducció de les eines tecnològiques. Així ho indica Mellado Ruiz:

[...] l'explotació de la ingent quantitat d'informació generada contínuament per la ciutat intel·ligent només es pot dur a terme realment mitjançant algoritmes o mitjançant la utilització de la intel·ligència artificial. I aquí resideix realment el gran repte de modernització tecnolò-

gica de les administracions públiques, des de la necessitat d'un autèntic canvi de paradigma en relació amb el personal, les funcions i les estructures necessàries per a la seva assumpció.²³

8.3. LA TITULARITAT DEL DRET A LA PROTECCIÓ DE DADES

Com ja hem dit, una de les grans preocupacions pel que fa al tractament de dades en l'entorn de les ciutats intel·ligents està relacionada amb la propietat de les dades i la privacitat dels ciutadans.

En aquest sentit, cal destacar el posicionament del Tribunal Constitucional quant al dret del titular de les dades a gaudir d'un efectiu poder de disposició i control de les dades.

La Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 292/2000 va aprofundir en el dret a la protecció de dades personals en els termes següents:

[...] el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esas posesiones y usos.

[...] resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios.

En definitiva, el dret a la protecció de dades i les seves garanties s'estenen als usos als quals se sotmeten les dades. És evident que un tractament de dades que tingui per objecte controlar predictiblement la gestió del trànsit o la infraestructura d'energia i gestió de residus sota els paràmetres d'eficiència i optimització, suposa convertir les ciutats en centres de connectivitat i innovació.

Però, com més connectivitat, més s'incrementen els riscos per a la privacitat, fet que porta els ciutadans i els poders públics a una intersecció entre la protecció de les dades personals i la transformació digital basada en la innovació.

23. LORENZO MELLADO RUIZ, «Smart cities: aproximación a sus posibilidades de desarrollo», *La Administración práctica* (Aranzadi), núm. 7 (2024), secció «Análisis Doctrinal».

8.4. EL RESPONSABLE DEL TRACTAMENT I LA RESPONSABILITAT PROACTIVA

Un concepte que ha de tenir-se igualment present en matèria de protecció de dades és el de *responsable del tractament*.

El responsable del tractament o responsable és «la persona física o jurídica, autoritat pública, servei o qualsevol altre organisme que, sol o juntament amb d'altres, determina les finalitats i els mitjans del tractament» (art. 4.7 de l'RGPD).

Responsable del tractament que, en l'àmbit de les ciutats intel·ligents, és ordinàriament el gestor del sistema o servei que pren les decisions en l'àmbit de la prestació corresponent.

En l'àmbit de la protecció de dades, el responsable del tractament és una peça fonamental al voltant de la qual s'articula el compliment de les obligacions que imposa la normativa de protecció de dades (*accountability*). És l'anomenada *responsabilitat proactiva* a què fa referència l'article 5.2 de l'RGPD quan indica que el responsable del tractament és responsable del compliment del que disposa l'apartat 1 («els principis del tractament») i ha de tenir la capacitat per a demostrar-ho.

8.5. LA PRIVACITAT DES DEL DISSENY I PER DEFECTE

La valoració per part del responsable del tractament és una avaluació jurídica, però també tecnològica, fet que implica l'aplicació del principi de la privacitat des del disseny i per defecte, regulada en l'article 25 de l'RGPD. El terme *privacitat des del disseny* no significa res més que «la protecció de dades a través del disseny de tecnologia». Darrere d'aquesta afirmació es troba la convicció que la protecció de dades en procediments de tractament de dades es troba més garantida quan s'integra des del primer moment, des de la fase inicial de creació d'aquesta tecnologia.

A més, la privacitat per defecte suposa que el responsable del tractament ha d'aplicar les mesures tècniques i organitzatives adequades amb la intenció de garantir que, per defecte, únicament es tracten les dades personals necessàries per a cadascuna de les finalitats específiques del tractament. Aquesta obligació s'aplica a la quantitat de dades personals recollides, a l'abast del tractament, al termini de conservació i a l'accessibilitat de les dades.

Així s'exposa en el considerant 78 de l'RGPD:

La protecció dels drets i les llibertats de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals exigeix que s'adoptin les mesures tècniques i organitzatives adequades amb la finalitat de garantir que es compleixen els requisits d'aquest reglament. Per tal de poder demostrar la conformitat amb aquest reglament, el responsable del tractament ha d'adoptar polítiques internes i aplicar mesures que compleixin en particular els principis de protecció de dades des del disseny i per defecte. Aquestes mesures poden consistir, entre d'altres, a reduir al màxim el tractament de dades personals, pseudonimitzar al més aviat possible les dades personals, donar transparència a les funcions i el tractament de dades personals, permetre als interessats supervisar el tractament de dades i al responsable del tractament, crear i millorar elements de seguretat. Cal encoratjar els productors de les aplicacions, dels productes i dels serveis basats en el

tractament de dades personals perquè tinguin en compte el dret a la protecció de dades quan els desenvolupen, dissenyen, seleccionen i usen i que s'assegurin amb la deguda atenció a l'estat de la tècnica, que els responsables i els encarregats del tractament estan en condicions de complir les seves obligacions en matèria de protecció de dades. Els principis de la protecció de dades des del disseny i per defecte també s'han de tenir en compte en el context dels contractes públics.

En qualsevol cas, la normativa que regula la protecció de dades des del disseny i per defecte no determina quines mesures tècniques i organitzatives concretes cal implementar. La determinació de les mesures necessàries ha de ser el resultat d'una anàlisi prèvia feta pel responsable del tractament i, per extensió, pels desenvolupadors de les solucions tecnològiques que ha d'emprar el responsable del tractament.

En l'àmbit de les ciutats intel·ligents, s'ha arribat a reivindicar l'aplicació de la «inclusió per disseny i per defecte»,²⁴ que, en paraules del seu autor,

[...] quan una innovació de qualsevol tipus pugui afectar directament o indirectament la qualitat de vida de persones amb discapacitat, s'exigirà en tot cas que, des del mateix moment en què es comenci a dissenyar, es garanteixi que no generarà cap tipus d'exclusió per a aquelles, i que si hi ha diverses solucions possibles, s'optarà sempre per la més inclusiva.

8.6. LES BASES LEGITIMADORES DEL TRACTAMENT: COMPLIMENT D'UNA OBLIGACIÓ LEGAL O D'UNA MISSIÓ D'INTERÈS PÚBLIC COM A LEGITIMADORA DE L'ACTUACIÓ DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

Un dels errors que acostumen a cometre els responsables del tractament és considerar que no es tracta de dades de caràcter personal i, per contra, com hem vist, el concepte ampli de *dades personals* produeix que aquesta afirmació, moltes vegades, no sigui veritat.

Ni que sigui en el moment de la recollida de les dades, aquestes dades són personals, sens perjudici que es puguin sotmetre, per al seu tractament, a un procediment d'anonimització o pseudoanonimització.

En aquest sentit, no hem de perdre de vista el compliment de dos aspectes relatius al tractament de dades: l'existència d'una base legitimadora i el respecte dels principis en matèria de protecció de dades.

Pel que fa a les bases legitimadores, ja ens hem referit al consentiment com a base del tractament, però hem vist que en el cas de les relacions entre els ciutadans i l'Administració no pot ser considerat com a vàlid.

Per aquesta raó, hem d'analitzar quines són les bases jurídiques que han de permetre el tractament de dades personals i, prèviament a l'anàlisi, no podem oblidar que, quan parlem de ciutats intel·ligents, estem parlant de municipi, de poders públics o d'actuació dels governants.

Des del punt de vista de la protecció de dades, això significa que els estrategues polítics, quan gestionen les ciutats intel·ligents, han de gestionar la complexitat en el govern de

24. José Luis PIÑAR MAÑAS, «Derecho, ética e innovación tecnológica» (la traducció és nostra).

les dades respectant la privacitat dels ciutadans, complint amb la transparència i, en general, aplicant i complint les previsions legals.

Abans de parlar de les previsions legals en matèria de protecció de dades, cal recordar que, en l'àmbit del dret administratiu, el control de les decisions adoptades es fa al voltant de la motivació o justificació de les decisions, i quan parlem de decisions adoptades prenent com a base el tractament de dades, hem de ser capaços de justificar que aquest, que ha conduït a una determinada decisió, ha estat idoni o adequat. I això s'ha de fer des del dret administratiu en sentit estricte, és a dir, ens hem de trobar en condicions d'explicar una determinada decisió que s'ha d'enfocar des del punt de vista de la motivació de l'acte administratiu, i no del dret fonamental a la protecció de dades, sens perjudici que aquest sigui un paràmetre que, en el marc general de la decisió, també hagi de ser valorat.

Tal com hem dit, l'aproximació a la qüestió des del punt de vista de la protecció de dades és prèvia, ja que suposa parlar de bases legals per al tractament de dades i, posteriorment, dels principis i regles sobre la protecció de les persones físiques quant al processament de les seves dades personals.

L'article 6.1 de l'RGPD estableix que el tractament és lícit si és necessari per al compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament (6.1c) o bé és necessari per al compliment d'una missió duta a terme en interès públic (6.1e). L'article 6.3 estableix que la base del tractament indicat en les lletres *c* i *e* de l'apartat 1 ha de ser establerta pel dret de la Unió o pel dret dels estats membres que s'apliqui al responsable del tractament.

Els subapartats *c* i *e* de l'article 6.1 de l'RGPD són les bases legitimadores que habitualment permeten a les administracions públiques el tractament de dades personals.

Respecte a aquesta qüestió, el segon paràgraf de l'article 6.3 de l'RGPD estableix:

La finalitat del tractament s'ha de determinar en aquesta base jurídica o bé, pel que fa al tractament a què es refereix l'apartat 1, lletra *e*, ha de ser necessària per al compliment d'una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics conferits al responsable del tractament. Aquesta base jurídica pot contenir disposicions específiques per a adaptar l'aplicació de les normes d'aquest reglament, entre les quals: les condicions generals que regeixen la licitud del tractament efectuat pel responsable; els tipus de dades objecte de tractament; els interessats afectats; les entitats a les quals es poden comunicar dades personals i les finalitats d'aquesta comunicació; la limitació de la finalitat; els terminis de conservació de les dades, així com les operacions i els procediments del tractament, incloses les mesures per a garantir un tractament lícit i equitatiu, com les relatives a altres situacions específiques de tractament d'acord amb el capítol IX. El dret de la Unió o dels estats membres ha de complir un objectiu d'interès públic i ha de ser proporcional a la finalitat legítima perseguida.

Sobre això, el considerant 45 de l'RGPD assenyala:

Si s'efectua en compliment d'una obligació legal aplicable al responsable del tractament, o si és necessari per a complir una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics, el tractament ha de tenir una base en el dret de la Unió o dels estats membres. Aquest reglament no requereix que cada tractament individual es regeixi per una norma específica. Una mateixa norma pot ser suficient com a base per a diverses operacions de tractament de dades basades en una obligació legal aplicable al responsable del tractament, o si

el tractament és necessari per complir una missió realitzada en interès públic o en l'exercici de poders públics. La finalitat del tractament també s'ha de determinar en virtut del dret de la Unió o dels estats membres. A més, aquesta norma pot especificar les condicions generals d'aquest reglament que regeixen la licitud del tractament de dades personals, establir especificacions per a determinar el responsable del tractament, el tipus de dades personals objecte de tractament, els interessats afectats, les entitats a les quals es poden comunicar les dades personals, les limitacions de la finalitat, el termini de conservació de les dades i altres mesures per a garantir un tractament lícit i lleial. També s'ha de determinar, en virtut del dret de la Unió o dels estats membres, si el responsable del tractament que du a terme una missió en interès públic o en l'exercici de poders públics ha de ser una autoritat pública o una altra persona física o jurídica de dret públic, o, quan s'ha de fer en interès públic, incloses les finalitats sanitàries com la salut pública i la protecció social i també la gestió dels serveis de sanitat de dret privat, com ara una associació professional.

A més, com ha posat de manifest reiterada jurisprudència (per totes, vegeu la STC 39/2016, del 3 de març), per tal de comprovar si una mesura restrictiva d'un dret fonamental respecta el principi de proporcionalitat, cal que compleixi tres requisits: que sigui susceptible d'aconseguir l'objectiu proposat (judici d'idoneïtat); que sigui necessària, en el sentit que no n'existeixi una altra de més moderada per a la consecució d'aquest propòsit amb la mateixa eficàcia (judici de necessitat), i, finalment, que sigui ponderada o equilibrada, és a dir, que se'n derivin més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o valors en conflicte (judici de proporcionalitat en sentit estricte), és a dir, si la ingerència produïda per dita mesura en el titular del dret objecte de restricció és la mínima per a assolir el fi legítim pretès amb la seva adopció.

En resum, això ens portarà a analitzar prèviament el marc normatiu de gestió de l'activitat corresponent, que atribueix al responsable del tractament la competència per a actuar, en el marc de les previsions legals, i que actuarà com a base legitimadora (la normativa de trànsit, la normativa de gestió de residus, la normativa de videovigilància...) per a aplicar posteriorment els principis i les regles en matèria de protecció de dades.

8.7. EL TRACTAMENT PER A FINALITATS DIFERENTS: EL TEST DE COMPATIBILITAT

Un dels principis que ha de respectar-se en el tractament de dades és el de finalitat. D'acord amb aquest principi, les dades han d'utilitzar-se per a la finalitat per a la qual van ser recollides inicialment, i no per a finalitats diferents. En l'àmbit de les ciutats intel·ligents, ens podem trobar amb dades que es volen utilitzar per a finalitats diferents a les previstes inicialment en el moment de la recollida.

Això obliga a aplicar la previsió de l'article 6.4 de l'RGPD, coneguda pel test de compatibilitat, en els termes següents:

4. Quan el tractament per a una finalitat diferent d'aquella per a la qual es van recollir les dades personals no està basat en el consentiment de l'interessat, o en el dret de la Unió o dels estats membres, que constitueix una mesura necessària i proporcional en una societat

democràtica per a salvaguardar els objectius esmentats en l'article 23, apartat 1, el responsable del tractament, amb l'objecte de determinar si el tractament amb una altra finalitat és compatible amb la finalitat per a la qual es van recollir inicialment les dades personals, ha de tenir en compte, entre d'altres:

- a) Qualsevol relació entre les finalitats per a les quals s'han recollit les dades personals i les finalitats del tractament posterior previst.
- b) El context en què s'han recollit les dades personals, en particular respecte de la relació entre els interessats i el responsable del tractament.
- c) La naturalesa de les dades personals, en especial quan es tracten categories especials de dades personals, de conformitat amb l'article 9, o dades personals relatives a condemnes i infraccions penals, de conformitat amb l'article 10.
- d) Les possibles conseqüències per als interessats del tractament posterior previst.
- e) L'existència de les garanties adequades, que poden incloure el xifrat o la pseudonimització.

Cal recordar que aquest test de compatibilitat no és aplicable quan la base legitimadora és el consentiment de l'interessat.

8.8. UN PROBLEMA ADDICIONAL: L'INTERCANVI INTERSECTORIAL DE DADES (*CROSS-SECTORIAL DATA SHARING*)

En el cas de les ciutats intel·ligents, ens trobem amb una dificultat afegida, la freqüent utilització de l'intercanvi intersectorial de dades (compartició de dades entre els diferents gestors de serveis), el qual s'ha considerat vital per al desenvolupament amb èxit de les ciutats intel·ligents i necessari per a proporcionar solucions eficients als problemes que es puguin crear dins de les ciutats. Aquesta compartició de dades afavoreix la col·laboració de les autoritats afectades i la presa de decisions amb més informació.²⁵

Però, evidentment, implica problemes addicionals, com poden ser la integració de les dades, la governança i la seguretat d'aquestes, la interoperabilitat; però també el rol dels subjectes que hi intervenen, en trobar-se afectades diferents prestacions o serveis, cadascuna de les quals està sota el control del corresponent responsable del tractament, sens perjudici que, en funció del cas, pugui existir la figura del corresponsable del tractament, definida en l'article 26 de l'RGPD.²⁶

25. Aaron JOYCE i Vahid JAVIDROOZI, «Smart city development: Data sharing vs. data protection legislations», *Cities*, núm. 148 (2024).

26. Quan dos o més responsables determinen conjuntament els objectius i els mitjans del tractament, se'ls considera corresponsables del tractament. Els corresponsables han de determinar de manera transparent i de mutu acord les seves responsabilitats respectives, en el compliment de les obligacions imposades per aquest reglament, en particular pel que fa a l'exercici dels drets de l'interessat i a les seves obligacions de subministrament d'informació a què es refereixen els articles 13 i 14, atès que les responsabilitats dels corresponsables es regeixin pel dret de la Unió o dels estats membres. Aquest acord pot designar un punt de contacte per als interessats.

En resum, l'intercanvi intersectorial de dades, en termes de privacitat, pot ser un problema addicional a l'hora de comprovar el compliment de la normativa de protecció de dades i el respecte a la privacitat.

8.9. LES CIUTATS INTEL·LIGENTS DES DE LA VESSANT TECNOLÒGICA: PLATAFORMA DE CIUTAT INTEL·LIGENT

A l'hora de configurar una ciutat intel·ligent, es pot fer una aproximació també des del punt de vista dels requeriments tecnològics que són exigibles. En aquest àmbit, es pot destacar la norma d'estandardització UNE 178104:2017, aprovada l'any 2017 per l'Associació Espanyola de Normalització amb el títol «Sistemas integrales de gestión de la ciudad inteligente. Requisitos de interoperabilidad para una plataforma de ciudad inteligente».

Aquesta norma indica que aspira a:

- Identificar les capacitats que ha de tenir una plataforma de ciutat.
- Estructurar les funcionalitats/capacitats en un model congruent de capes.
- Identificar els components i mòduls necessaris per a dotar la ciutat amb les funcionalitats exigides i que els posen en el model de capes.
- Descriure els requisits que han de complir aquests components pel que fa a la interoperabilitat, disponibilitat, actuació i seguretat.

Aquestes normes tècniques d'estandardització es configuren com un *soft law*, ja que són aprovades, en definitiva, per una entitat privada de base associativa, aliena estrictament a l'exercici de les funcions públiques. Com indica Velasco Rico:²⁷

Com se sap, les normes UNE són de compliment voluntari, encara que les administracions i la legislació sectorial puguin exigir la seva observança en determinats supòsits (per exemple, en l'àmbit de la contractació pública, es pot requerir el seu compliment en el plec de prescripcions tècniques). En aquest cas, veiem que les administracions, que podrien regular la matèria exercint les seves potestats (normatives, de foment, de policia, etc.), prefereixen col·laborar amb el sector privat per a generar cànons no vinculants que provenguin d'un consens comú entre tots els actors rellevants per als projectes de ciutat intel·ligent. Aquestes pautes seran principalment aplicades pels municipis i les àrees metropolitanes, atès que les matèries i els instruments objecte de regulació són de la seva competència. Aquesta forma de producció de normes de caràcter tècnic comporta la plasmació de «nous paradigmes entre el públic i el privat». Això és una mostra més de la interrelació entre l'esfera pública i la iniciativa privada en el nou escenari de la ciutat intel·ligent.

En qualsevol cas, la mateixa norma UNE afegeix que no és objecte d'aquest document definir els protocols concrets de comunicació, els tipus de bases de dades, les solucions

27. Clara VELASCO RICO, «La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control», *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), núm. 50 (gener 2019); la traducció és nostra.

tècniques concretes dels components de la plataforma, o la semàntica associada a l'intercanvi d'informació, si bé es donen algunes indicacions per a permetre la compatibilitat d'aplicacions i permetre l'operació i el desenvolupament dels serveis ciutadans per entitats diferents dels desenvolupadors de les plataformes.

En resum, la normativa de protecció de dades, tot i la rellevància que té, no és objecte d'anàlisi en la reglamentació tècnica referida (més enllà d'algunes indicacions), ni tracta el procediment de recollida de les dades des de la vessant de les solucions tecnològiques que s'han d'adoptar. Això suposaria, si no s'implementa aquesta anàlisi en la fase de recollida, una vulneració del principi de la privacitat des del disseny.

8.10. EL DOCUMENT DE TREBALL SOBRE CIUTATS INTEL·LIGENTS DEL GRUP DE BERLÍN

En l'anàlisi de la protecció de dades en l'àmbit de les ciutats intel·ligents, podem destacar el document de treball de l'anomenat Grup de Berlín.

El Grup Internacional de Treball sobre la Protecció de Dades en les Telecomunicacions (International Working Group on Data Protection in Technology, IWGDPT) es va constituir l'any 1983 en el marc de l'Assemblea Global de Privacitat (Global Privacy Assembly, GPA), organització de caire mundial que aglutina, entre d'altres, les autoritats de control en matèria de protecció de dades dels diferents hemisferis. L'IWGDPT està liderat per la secretaria de l'entitat, que, des de la seva constitució, ha estat assumida per l'autoritat de protecció de dades de Berlín.

Aquest grup s'ha centrat en la protecció de les dades i la intimitat relacionada amb les qüestions de la tecnologia de la informació en un sentit ampli, amb una atenció especial als desenvolupaments relacionats amb internet, i ha elaborat documents de treball rellevants en l'anàlisi d'aquestes matèries.

Pel que fa a les ciutats intel·ligents, el 29 i 30 de novembre de 2022 es va adoptar el document de treball sobre les ciutats intel·ligents que analitza els problemes que es poden presentar en matèria de protecció de dades i el respecte del principi d'intimitat en cadascuna de les etapes d'ús de les dades en aquest context (recollida, tractament i decisió), i que formula unes recomanacions que caldria seguir per a una implantació adequada, en termes de privacitat, de les ciutats intel·ligents, aplicant el principi de privacitat des del disseny i per defecte.

En aquest sentit, aquest document de treball destaca una sèrie de passos que els responsables del tractament haurien de tenir presents en cadascuna de les etapes.

8.10.1. Responsabilitat i govern

Un primer pas seria aconseguir i demostrar conformitat amb tots els principis de protecció de dades i protecció dels drets individuals abans de l'inici de qualsevol processament. En aquest sentit, les ciutats i els seus gestors han d'assegurar que es faci una avaluació de responsabilitat i de govern rigorosa, incloent-hi les avaluacions d'impacte de la protecció de dades quan siguin pertinents.

Una de les qüestions clau, tal com hem anat destacant en aquest article, és especificar si el processament es refereix a individus identificables. En aquest sentit, la identificabilitat ha de ser considerada en relació amb un processament de dades específic, però també com a conseqüència de processaments associats.

A tall d'exemple, això suposa valorar si quan s'instal·len sensors per a mesurar la concurrència en un lloc públic, aquests recullen dades que permeten identificar directament les persones o si aquesta tecnologia, combinada amb una altra que estigui operativa al mateix lloc públic (per exemple, càmeres de circuit tancat), podria permetre la identificació indirecta d'individus.

8.10.2. *Imparcialitat*

Les aplicacions de les ciutats intel·ligents sempre haurien d'estar inspirades per la imparcialitat. Les dades de baixa qualitat o les que no reflecteixen la varietat dels grups de població poden conduir a decisions injustes o discriminatòries.

Adicionalment, s'han d'establir mecanismes de transparència apropiats per a informar els individus del processament i adoptar mesures tècniques i d'organització per a assegurar que l'establiment de pràctiques de garantia de la intimitat des del primer moment de la recollida de les dades forma part de les obligacions del responsable.

8.10.3. *Minimització de dades*

L'aplicació del principi de minimització de dades permet assegurar que els responsables només recullen dades que són pertinents, adequades i necessàries per a un propòsit específic i legítim. En un context de ciutat intel·ligent el propòsit és, moltes vegades, entendre tendències, per exemple, l'assistència als llocs públics o la densitat de trànsit, fet que es pot verificar sense tractar dades personals, a distància (l'anomenat *bird's eye view*).

A tall d'exemple, la utilització d'imatges captades per les autoritats públiques des de drons, pràctica cada vegada més estesa, pot ser invasiva de la privacitat, segons com es faci.

8.10.4. *Limitació de la finalitat*

Les ciutats tenen múltiples papers en les vides dels seus ciutadans, i van des de la gestió del trànsit fins a la seguretat pública, el control d'emissions i la gestió de residus (per a esmentar les més rellevants). Els sistemes tècnics de tractament de dades haurien de reflectir de manera diferenciada les finalitats per a les quals les dades són recollides i haurien de separar igualment les activitats de tractament, per a garantir que les dades recollides no són utilitzades per a una finalitat diferent, sense que es faci una avaluació prèvia, documentada i fonamentada en una base legal (com podria ser el test de compatibilitat de l'article 6.4 de l'RGPD, del qual abans hem tractat).

8.10.5. *Integritat i confidencialitat*

L'expansió de les activitats de processament a les ciutats ha suposat un increment molt significatiu dels punts de recollida, del volum de dades tractades i de les necessitats d'emmagatzematge d'aquestes dades, i tot això representa desafiaments nous per a mantenir la integritat i la confidencialitat de les dades personals, amb els consegüents riscos en termes de seguretat.

Aquesta vessant és especialment rellevant atenent a l'increment substancial dels cibertacs que s'ha produït, partint de la base del caràcter avaluable econòmicament de les dades no tan sols sota el paràmetre del rescat que poden exigir els ciberdelinqüents per a alliberar-les, sinó també pel valor intrínsec que poden tenir (pensem, per exemple, en la importància, en termes econòmics, dels resultats en la fase final d'una determinada investigació mèdica).

8.10.6. *Dret a ser informat*

La transparència del processament és un desafiament especialment rellevant per a les ciutats intel·ligents. La fase de recollida de dades sovint és passiva, ja que l'individu no és conscient que es produeix, ni n'és informat prèviament. Per aquesta raó i per la manca de transparència que es pot donar en el moment de la recollida, el titular de les dades pot perdre el control d'aquestes, fet que pot venir acompanyat de la pèrdua de confiança en la ciutat i en les institucions per a tractar les dades personals de manera transparent.

8.10.7. *Drets individuals*

Els drets dels titulars de les dades també comporten la garantia d'exercici dels drets que la normativa de protecció de dades els reconeix. En aquest sentit, és responsabilitat de les ciutats intel·ligents (els corresponents responsables del tractament) garantir els drets d'accés a les dades, d'oposició al tractament, de rectificació d'errors objectius i de supressió de dades. En el cas de les ciutats intel·ligents, l'existència de processaments múltiples i el *cross-sectorial data sharing* fan especialment rellevant l'establiment de procediments clars i accessibles per a exercir aquests drets.

9. CONCLUSIONS

Les tecnologies disruptives, enteses com les que suposen un canvi radical respecte al passat, s'han integrat en la realitat quotidiana de les persones. El big data i la IA es poden considerar la màxima expressió d'aquest canvi i, tot i les seves diferències, totes dues es fonamenten en el tractament de les dades, personals o no.

En qualsevol cas, la implantació d'aquestes tecnologies ha comportat un increment notable dels riscos per a la protecció de la privacitat de les persones i, d'altra banda, poden derivar en la pèrdua, per part del titular de les dades, del control de la seva privacitat.

No es pot oblidar que el concepte de *dada personal* com la que identifica o fa identificables les persones és un actiu amb valor econòmic que permet a les empreses singularitzar l'oferta dels seus béns i serveis en funció del perfil del consumidor o usuari. De la mateixa manera, la dada personal també és una font d'informació molt valuosa per a les administracions públiques a l'hora de gestionar els serveis públics i prendre decisions en el marc del dret administratiu.

La normativa de protecció de dades garanteix que el tractament de dades estigui emparat per una base legitimadora que, en el cas de les administracions públiques, és habitualment el compliment d'una missió d'interès públic, però també imposa el respecte dels principis en matèria de protecció de dades, com la minimització i la privacitat des del disseny i per defecte.

Al mateix temps, la normativa d'IA aprovada recentment introdueix un marc complementari de control de les decisions basades en aquesta tecnologia, que no exclou la protecció de la privacitat ni l'aplicació de la normativa de protecció de dades quan es tractin dades personals.

Els riscos derivats de la utilització dels sistemes d'IA són igualment un paràmetre que cal considerar a l'hora d'incorporar aquests sistemes als processos de decisió humana o d'avaluar els resultats de sortida d'aquests sistemes, com prediccions, continguts, recomanacions o decisions, que poden influir en entorns físics o virtuals.

Aquests riscos han justificat el posicionament de les autoritats públiques i d'institucions públiques i privades en relació amb l'ús d'aquestes tecnologies, la majoria de les quals han compartit la seva preocupació en relació amb la transparència i l'explicabilitat que ha de derivar-se del processament de dades personals que duguin a terme aquestes tecnologies.

Finalment, s'analitza el paper de la protecció de dades en el context de les ciutats intel·ligents, articulada com a model de gestió eficient de les ciutats i dels serveis que ofereixen. Les ciutats intel·ligents se centren en la millora de les condicions de vida de les persones i parteixen de la informació que tracten a l'hora de prendre decisions.

Les fonts de les quals les ciutats intel·ligents extreuen dades configuren una gran quantitat d'informació, a vegades intercanviada sectorialment, que és tractada mitjançant algorismes i sistemes d'IA que obliguen a considerar els riscos que, amb caràcter general, es prediquen d'aquests tractaments.

Per aquesta raó, quan la informació són dades personals que identifiquen o permeten identificar la persona, s'han de complir les previsions de la normativa de protecció de dades, addicionalment a les derivades dels components tecnològics que s'estableixin per a garantir una gestió eficient dels processos de decisió.

10. REFERÈNCIES

- ALEMANY GARCÍAS, Juan. «Inteligencia artificial y administración. Nuevos retos del sector público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 233 (2024), secció «Estudios».
- FONT I LLOVET, Tomàs. «La ciudad inteligente como actor global». *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, núm. 1 (2021).
- GONZÁLEZ CABANES, F.; DÍAZ DÍAZ, N. «¿Qué es la inteligencia artificial?». A: PÉREZ GUERRERO, F. L. (coord.). *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios*. València: Tirant Lo Blanch, 2023.

- JOYCE, Aaron; JAVIDROOZI, Vahid. «Smart city development: Data sharing vs. data protection legislations». *Cities*, núm. 148 (2024). Disponible a: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0264275124000738?via%3Dihub>
- MELLADO RUIZ, Lorenzo. «*Smart cities*: aproximación a sus posibilidades de desarrollo». *La Administración Práctica* [Aranzadi], núm. 7 (2024), sección «Análisis Doctrinal».
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. «Derecho, ética e innovación tecnológica». *Revista Española de Derecho Administrativo* [Civitas], núm. 195 (2018).
- PONCE SOLÉ, Juli. «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico». *Revista General de Derecho Administrativo* [Iustel], núm. 50 (gener 2019).
- ROMEO CASABONA, Carlos María. «Definiciones: persona identificada o identificable, el afectado o interesado y el procedimiento de disociación en la protección de datos de carácter personal». A: *Estudios y comentarios legislativos. Comentario a la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*. Madrid: Civitas, 2010.
- VALERO TORRIJO, Julián. «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58 (2019).
- VELASCO RICO, Clara. «La ciudad inteligente: entre la transparencia y el control». *Revista General de Derecho Administrativo* [Iustel], núm. 50 (gener 2019).

L'ACTUACIÓ DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES PER A PROTEGIR ELS MENORS EN L'ENTORN EDUCATIU DAVANT LES NOVES TECNOLOGIES¹

Lorena Elvira Ayuso
*Cap del Gabinet Tècnic del Departament d'Educació
Generalitat de Catalunya*

Resum

L'article té per objecte analitzar la normativa internacional, estatal i catalana aplicable en la incorporació de les noves tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) en la provisió del servei educatiu no universitari.

S'estudia l'evolució d'aquesta normativa arran de l'acceleració de l'ús de les noves tecnologies a les aules durant la pandèmia de la COVID-19 i la postpandèmia, i dels impactes nocius que han anat revelant-se per a la salut i el benestar de les persones, en especial per als menors d'edat.

La proposta emfatitza l'obligació de les administracions públiques de respectar l'interès superior del menor en totes les seves actuacions, així com de garantir el respecte dels drets fonamentals a l'educació, a l'honor, a la intimitat, a la pròpia imatge i a la protecció de les dades personals en l'ensenyament de la competència digital i en l'ús dels dispositius digitals als centres educatius.

Paraules clau: educació no universitària, educació digital, menors, tecnologies de la informació i la comunicació, competència digital, administracions educatives.

LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA PROTEGER A LOS MENORES EN EL ENTORNO EDUCATIVO ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Resumen

El artículo tiene por objeto analizar la normativa internacional, estatal y catalana aplicable a la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la provisión del servicio educativo no universitario.

Se estudia la evolución de esta normativa a raíz de la aceleración del uso de las nuevas tecnologías en las aulas durante la pandemia de COVID-19 y la postpandemia, y de los impactos

1. Citació recomanada: ELVIRA AYUSO, Lorena (2024). «L'actuació de les administracions públiques per protegir als menors en l'entorn educatiu davant les noves tecnologies». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 119-139.

nocivos que han ido revelándose para la salud y el bienestar de las personas, en especial para los menores de edad.

La propuesta enfatiza la obligación de las administraciones públicas de respetar el interés superior del menor en todas sus actuaciones, así como garantizar el respeto de los derechos fundamentales a la educación, al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de los datos personales en la enseñanza de la competencia digital y en el uso de los dispositivos digitales en los centros educativos.

Palabras clave: educación no universitaria, educación digital, menores, tecnologías de la información y la comunicación, competencia digital, administraciones educativas.

THE ACTION OF PUBLIC ADMINISTRATIONS TO PROTECT MINORS IN THE EDUCATIONAL ENVIRONMENT IN FRONT OF THE NEW TECHNOLOGIES

Summary

The purpose of the article is to analyse the international, state and Catalan regulations applicable to the incorporation of new information and communication technologies in the provision of non-university educational services.

It studies the evolution of this regulation following the acceleration of the use of new technologies in classrooms during the covid-19 pandemic and post-pandemic, as well as the harmful impacts that have been revealed for the health and well-being of people, especially minors.

The proposal emphasizes the obligation of public administrations to respect the best interests of the minor in all their actions. In addition, it highlights the responsibility of public administrations to guarantee respect for the fundamental rights to education, to honour, to privacy, to one's own image and the protection of personal data in the teaching of digital competence as well as in the use of digital devices in educational centres.

Keywords: non-university education, digital education, minors, information and communication technologies, digital competence, educational administrations.

Sumari: 1. Introducció; 2. Administració digital; 3. Incorporació de les noves tecnologies en l'àmbit educatiu no universitari; 3.1. Servei públic d'educació no universitari; 3.2. Normativa educativa; 3.3. Competència digital; 4. La protecció dels menors per part de les administracions educatives; 4.1. Alertes; 4.2. Reflexions; 4.3. Principi de l'interès superior del menor; 5. Propostes; 6. Conclusions; 7. Referències.

1. INTRODUCCIÓ

Les noves tecnologies de la informació i la comunicació (en endavant, TIC) van entrar a les vides de les persones de moltes generacions de manera gradual. Aquestes generacions van estudiar a l'escola i a la universitat sense cap tipus de dispositiu digital. En molts casos, va ser en l'àmbit laboral on van haver de fer un esforç per a adaptar-se i familiaritzar-se amb els ordinadors personals i amb internet. Les xarxes socials van arribar després, quan ja havien transitat

a la vida adulta i havien tingut l'oportunitat d'aprendre, jugar, treballar i establir tot tipus de relacions personals de manera tradicional, és a dir, analògica. En canvi, per a la generació Z (els nascuts a Espanya entre els anys 1994 i 2010) i les posteriors, el món en el qual van néixer i créixer posseïa molts més elements digitals en les diferents esferes de la seva vida.

La incorporació de la tecnologia en les societats occidentals, i progressivament a la resta del món, va irrompre fa més de vint anys en forma d'ordinadors personals, telèfons mòbils, videojocs, internet, xarxes socials, etc. Van ser uns anys d'il·lusió, d'efervescència i d'un gran optimisme tecnològic. Es creia que l'era digital només podia portar progrés, benestar i un futur millor.

Això ha canviat la manera com es duen a terme nombrosos processos socials dins dels quals es troben els processos educatius, ja que la tecnologia s'ha convertit en un element de canvi que ha modificat la manera tradicional en què s'imparteixen les classes (Rodríguez Heleno *et al.*, 2023: 1768), propiciant, en paraules de Vidal *et al.* (2019: 2; traducció pròpia), «canvis profunds en els processos, productes o serveis és una tecnologia disruptiva».

Al seu torn, les administracions públiques es van sumar a un procés de digitalització progressiva de les seves pròpies organitzacions i dels béns, tràmits i serveis que prestaven. L'aprovació de lleis i plans, així com l'atribució de recursos humans, econòmics i tecnològics, van permetre grans avenços en la digitalització de les administracions públiques en cosa de tres dècades, dins de les quals també van fomentar i facilitar la incorporació de les noves tecnologies a l'aprenentatge dels alumnes a les aules. Per contra, es va reflexionar poc sobre els potencials impactes i pèrdues que podien implicar de manera individual i col·lectiva.

I és que, encara que les TIC poden facilitar l'accés a espais de qualsevol part del món, també són propícies per a situacions d'exclusió social sobre la base de l'edat de l'usuari, el nivell socioeconòmic, el gènere, les competències adquirides, l'origen o la nacionalitat, entre altres variables. En el cas dels nens, nenes i adolescents, l'exclusió dels mitjans digitals els exposa a la vulneració del dret a l'educació digital, així com al gaudi d'altres drets que requereixen participar i pertànyer a una comunitat per al seu exercici, com, per exemple, el lliure desenvolupament de la personalitat (Lebrusan *et al.*, 2022: 11; Arendt, 1962: 120).

D'altra banda, l'exposició a les TIC exposa els nens, nenes i adolescents a un conjunt de riscos que requereix que es prenguin les previsions tant per a tenir-ne cura com davant de possibles i imminents amenaces (Aliaga *et al.*, 2022: 367), per això en aquest article revisarem quin ha estat el paper de les administracions públiques educatives en aquesta entrada de les noves tecnologies en l'entorn educatiu no universitari, en què la majoria dels alumnes són menors d'edat i, per tant, posseeixen un dret que requereixen una protecció superior.

S'analitzarà el marc normatiu internacional, estatal i català aplicable en el disseny i l'aplicació d'aquestes polítiques. Finalment, es faran algunes propostes per a les administracions públiques educatives en la incorporació de les TIC als centres educatius.

2. ADMINISTRACIÓ DIGITAL

Amb l'aprovació de la Llei 30/1992, del 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), el legislador estatal

espanyol va indicar el camí que havien d'emprendre les administracions públiques en la incorporació de les noves tecnologies. Concretament, l'article 45.1 LRJPAC estableix l'impuls de l'ús i l'aplicació de les tècniques i els mitjans electrònics, informàtics i telemàtics per al desplegament de l'activitat de les administracions públiques i l'exercici de les seves competències, amb les limitacions que la Constitució i les lleis estableixen a la utilització d'aquests mitjans. Per tant, tot i que hi havia un mandat per a la proactivitat de les administracions en l'ús dels mitjans digitals, també hi havia un recordatori respecte a les restriccions que establien la norma suprema i altres lleis.

Posteriorment, l'article 1.1 de la Llei 11/2007, del 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, va establir:

Aquesta Llei reconeix el dret dels ciutadans a relacionar-se amb les administracions públiques per mitjans electrònics i regula els aspectes bàsics de la utilització de les tecnologies de la informació en l'activitat administrativa, en les relacions entre les administracions públiques, així com en les relacions dels ciutadans amb aquestes amb la finalitat de garantir els seus drets, un tractament comú davant les administracions i la validesa i eficàcia de l'activitat administrativa en condicions de seguretat jurídica.

Segons expressa Cotino Hueso (2021: 120), la Llei 11/2007 es va convertir en un veritable salt cap endavant pel que fa a la transformació digital de les administracions públiques, atès que no només va permetre la creació de les primeres pàgines web institucionals i seues electròniques, sinó que, a més, va posar el ciutadà al centre de la gestió administrativa en impulsar els certificats de signatura electrònica, el document nacional d'identitat (DNI) electrònic i l'expedient electrònic (Ballester Espinosa, 2021: 147).

Posteriorment, es van aprovar la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (endavant, LPAC), i la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (endavant, LRJSP), que van incorporar al cor de l'ordenament jurídic espanyol el model d'administració electrònica (Martínez Gutiérrez, 2021: 214). Així, ja no hi havia una instrucció genèrica per a les administracions públiques d'estimular l'ús dels recursos digitals, sinó que s'establia que la manca d'actuació suposaria una vulneració del nou dret dels ciutadans a relacionar-se amb les administracions per mitjans electrònics.

En el seu preàmbul, la LPAC posa en valor els avenços que van suposar les dues lleis citades anteriorment i derogades per aquesta, quant a la incorporació de les noves tecnologies en les relacions administratives, la constitució del dret dels ciutadans en el seu vincle amb les administracions públiques i l'obligació de les administracions de dotar-se dels mitjans necessaris per a donar resposta a aquest dret. També disposa que la tramitació electrònica ha de constituir l'actuació habitual de les administracions i que no pot ser una forma especial de gestió dels procediments, atès que «una Administració sense paper basada en un funcionament íntegrament electrònic no només serveix millor als principis d'eficàcia i eficiència, en estalviar costos a ciutadans i a empreses, sinó que també reforça les garanties dels interessats».

Resulta rellevant examinar l'evolució de la normativa de dret administratiu respecte a la incorporació de la tecnologia en les relacions entre ciutadans i administracions, ja que la transformació digital de les administracions públiques se sosté en el dret dels ciutadans a po-

der relacionar-se amb elles de manera digital i en l'implícit que els ciutadans preferiran comunicar-se (habitualment) i fer les seves gestions amb les administracions de manera telemàtica. Tanmateix, quan aquesta relació telemàtica no pren en compte les necessitats dels diferents grups poblacionals o de les persones que es troben en situacions especials de vulnerabilitat, com poden ser, entre d'altres, les persones de la generació dels nens de la postguerra i les de la del *baby boom*, les persones immigrades, les persones amb diversitat funcional o les persones amb mitjans econòmics limitats, baix nivell sociocultural o dificultats d'accés a recursos digitals, això pot significar la vulneració dels drets constitucionals i crear situacions d'aïllament i d'exclusió social.

Per exemple, segons les dades de l'Institut Nacional d'Estadística de l'any 2023, un 11,3 % dels usuaris d'entre setze i setanta-quatre anys van declarar que no enviaven formularis emplenats a les administracions públiques a través d'internet, de manera que tenien la necessitat de presentar els documents. Entre les raons argumentades per a no fer el tràmit per via electrònica hi havia: un 11,8% perquè no hi havia servei disponible via pàgina web; un 34,6% per manca d'habilitats o de coneixements; un 19,2% per estar preocupat per la protecció i seguretat de les dades personals; un 31,4% per no disposar de signatura o certificat electrònic, o per tenir problemes amb aquests; un 62,1% perquè el va tramitar per internet una altra persona en nom seu (un gestor, un assessor fiscal, un familiar o un conegut), i un 24,8% per altres raons (INE, 2024, pàgina web).

Ara bé, quan el legislador diu «garanties dels interessats», sembla que pensi en garanties jurídiques i procedimentals, però aquestes no necessàriament van de la mà d'atencions per a facilitar la comprensió de la informació, la comunicació interpersonal o l'accés a recursos digitals. Tot i això, l'adopció de qualsevol decisió dels òrgans i ens del sector públic ha de passar per respectar el dret a una bona administració. Això, en paraules de Ponce Solé, implica tenir en compte qualsevol factor rellevant abans de prendre una decisió, entre els quals hi ha: la situació de les persones que es relacionen amb l'Administració, conèixer els seus requeriments i necessitats i actuar en conseqüència, aplicar l'equitat si cal, respectar la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la seva personalitat (Ponce Solé, 2024: 187).

En atenció a això, s'han aprovat un conjunt de normes, tant a l'Estat espanyol com en diferents comunitats autònomes, que busquen assegurar que els òrgans i ens del sector públic garanteixin el respecte dels drets humans de les persones en els seus processos de transformació digital, assegurant, a més, que es faci en condicions d'accessibilitat. Entre aquestes normes es poden esmentar: *a)* el Reial decret 1112/2018, del 7 de setembre, sobre accessibilitat dels llocs web i aplicacions per a dispositius mòbils del sector públic, l'article 5 del qual preveu que els òrgans i ens del sector públic hauran de comptar amb llocs web i aplicacions per a dispositius mòbils que siguin accessibles per a les persones usuàries, especialment per a grups vulnerables, de manera que els seus continguts siguin perceptibles, operables, comprensibles i robustos; *b)* el Reial decret 203/2021, del 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics, justament per a «garantir serveis digitals fàcilment utilitzables de manera que es pugui aconseguir que la relació de l'interessat amb l'Administració sigui fàcil, intuïtiva i efectiva quan usi el canal electrònic» i per a la millora de l'eficiència administrativa, l'increment de la transparència i la participació, i la millora de la seguretat jurídica; i, més

recentment, c) el Reial decret 193/2023, del 21 de març, pel qual es regulen les condicions bàsiques d'accessibilitat i no discriminació de les persones amb discapacitat per a l'accés i la utilització dels béns i serveis a disposició del públic, l'objecte del qual és establir una sèrie de mesures d'acció positiva i altres suports complementaris orientats a compensar els desavantatges de partida que experimenten de manera generalitzada les persones amb discapacitat (article 1).

Per la seva banda, el legislador català va aprovar la Llei 29/2010, del 3 d'agost, de l'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya, per tal de definir el model català d'Administració electrònica i el seu desenvolupament. Tenint en compte la ràpida evolució que hi ha hagut en les TIC i les diverses normatives bàsiques estatals aprovades, seria adient que s'aprovés una nova llei que incorporés la normativa bàsica i els darrers avenços tecnològics i que desplegués les obligacions de les administracions públiques catalanes i els drets i les obligacions dels ciutadans amb un sistema més garantista i més conscient de les necessitats i els mitjans disponibles dels ciutadans.

Així mateix, val a dir que aquesta transformació digital de les administracions públiques espanyoles ha estat encoratjada i sostinguda, durant anys, per les agendes digitals i els recursos econòmics europeus. Recentment, la Unió Europea ha aprovat el Programa Estratègic de la Dècada Digital per al 2030 mitjançant la Decisió 2022/2481/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 14 de desembre de 2022. Entre els objectius generals del Programa previstos en l'article 3.1, es vol destacar els que defineixen les relacions entre les administracions públiques i els ciutadans, que són els següents: la promoció d'un entorn digital centrat en l'esser humà, basat en els drets fonamentals, inclusivament, transparent i obert; el desenvolupament de les capacitats i competències digitals bàsiques i avançades; i que els serveis públics, els serveis sanitaris i els serveis assistencials també siguin accessibles en un entorn en línia fiable i segur per a tots mitjançant l'oferta de serveis i eines inclusives, eficients, interoperables i personalitzades amb alts nivells de seguretat i privacitat.

Així doncs, les administracions públiques, encara que hagin d'afrontar els reptes que suposa l'ús de les TIC, no poden oblidar que es troben al servei de les persones i que l'impuls de la transformació digital s'ha de fer d'acord amb els principis d'eficàcia i eficiència, i per a facilitar el nou dret dels ciutadans de relacionar-s'hi de manera digital, de manera que no poden convertir-se en cap moment en un obstacle per a l'accés dels serveis que ofereixen ni per al gaudi efectiu dels drets humans. Tot seguit s'analitzarà com s'han incorporat les TIC a la provisió del servei d'educació no universitari.

3. INCORPORACIÓ DE LES NOVES TECNOLOGIES EN L'ÀMBIT EDUCATIU NO UNIVERSITARI

3.1. SERVEI PÚBLIC D'EDUCACIÓ NO UNIVERSITARI

Les administracions també han integrat les noves tecnologies en la provisió de serveis públics. Analitzar aquest aspecte té una significació destacada, atès que l'eficàcia, l'eficiència i la qualitat de la provisió de serveis com l'educatiu o el sanitari té un gran impacte en els

drets de les persones, en el seu benestar i el seu desenvolupament. En el sanitari, l'adopció adequada de les TIC pot ser un element determinant per a millorar l'atenció sanitària i per a avançar en nous tractaments i noves intervencions en la lluita contra les malalties.

En l'ús dels serveis públics, les persones que els gaudeixen passen de ser únicament ciutadans a ser clients o usuaris. Aquest matís és important ja que els drets de les persones que utilitzin el servei es veuran ampliat i aniran més enllà del dret que tenen com a ciutadans, sense deixar de ser-ho.

Com a ciutadans podran participar políticament en la presa de decisions del model de servei públic que desitgen mitjançant el seu vot en les eleccions, així com en processos deliberatius que s'obrin des de les administracions públiques. De la mateixa manera, podran sol·licitar tot tipus d'informació pública mitjançant el seu dret d'accés a l'empara de la Llei estatal 19/2013, del 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (en endavant, LTAIP), i la Llei catalana 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern. Així, podran demanar informació sobre aspectes de la provisió del servei com, per exemple, el seu cost econòmic, els empleats públics responsables del servei, els informes d'avaluació que s'hagin fet, les queixes que s'hagin rebut, etc.

Com a clients o usuaris podran demanar informació sobre la situació específica de la provisió del servei que hagin rebut. La condició de clients o usuaris es conjuga amb la figura d'interessat d'un procediment, que pressuposarà el dret a sol·licitar una informació personalitzada i a interposar reclamacions i/o recursos d'acord amb els seus interessos legítims.

Ara bé, per què és rellevant analitzar la incorporació de les TIC en la provisió del servei públic d'educació no universitari? L'article 27.1 de la Constitució espanyola (en endavant, CE) reconeix a tothom el dret fonamental a l'educació. D'una banda, el reconeix com un dret fonamental relacionat amb el dret a la llibertat, on s'al·ludeix a la dignitat de la persona i al desenvolupament de la personalitat; de l'altra, el reconeix com un dret propi de l'Estat social, que reclama l'obligació del poder públic de prestar un servei cabdal a la societat. Es tracta d'un dret de naturalesa prestacional que exigeix un compromís per part de l'Estat per a proporcionar els elements necessaris que n'assegurin el gaudi. En aquest sentit, té un vessant positiu, relacionat amb l'obligació de prestar un servei públic amb tots els elements necessaris i accessoris, tot i que amb formats diferenciats en atenció al nivell d'ensenyament de què es tracti (Serrano Pérez, 2021: 115-116; Díaz Revorio, 1998: 267).

En les etapes de l'educació obligatòria no universitària els alumnes són generalment menors d'edat, tot i que hi ha persones que fan els seus estudis quan ja són majors de divuit anys. Els alumnes dels ensenyaments postobligatoris (batxillerat, cicles formatius, ensenyaments artístics, ensenyaments esportius) també solen ser menors d'edat. Per aquest motiu, en aquest article es parlarà del gran gruix d'alumnes d'aquestes fases que són menors d'edat.

Es consideren menors els infants i joves que tenen menys de divuit anys. Els menors tenen la seva capacitat d'obrar limitada i la seva representació legal recau en els seus pares o tutors. Com a clients o usuaris i part interessada, els seus drets i interessos legítims poden ser exercits pels seus representants legals.

Quant a la seva participació política, els menors d'edat són ciutadans sense dret a vot. Tot i que l'article 27.7 de la CE reconeix la intervenció dels professors, pares «i, en el seu cas, els alumnes» en el control i la gestió de tots els centres sostinguts amb fons públics,

la realitat és que la participació dels alumnes es troba força limitada als processos deliberatius i les dinàmiques del seu centre educatiu i de l'aula, que difereixen segons l'enfocament de cada centre.

L'article 27.4 de la CE estableix l'ensenyament bàsic com a obligatori i gratuït. L'educació bàsica comprèn l'educació primària i l'educació secundària obligatòria. L'existència d'ensenyaments obligatoris, doncs, compel·leix tota la població menor d'edat d'un país (del rang d'edat de sis a setze anys, a Espanya) a formar-se i, per tant, assistir als centres educatius durant un nombre d'hores diàries. Aquesta obligació atorga a les administracions públiques un poder d'actuació i una gran responsabilitat sobre tot un segment de la població en la provisió d'un servei públic.

A Catalunya, el curs 2023-2024 hi va haver més d'1.300.000 alumnes matriculats,² majoritàriament menors d'edat, i a tot l'Estat espanyol es va arribar als 8.300.000 alumnes.³

L'extensió d'aquest servei no és comparable amb la de cap altre, atesa la seva obligatorietat i la condició de clients o usuaris «captius» del servei. A Catalunya, l'article 4.2 de la Llei d'educació de Catalunya (en endavant, LEC) preveu que el Govern establirà un procediment únic d'accés als centres públics i als centres privats sostinguts amb fons públics per a garantir el dret de totes les persones a accedir a l'educació en condicions d'igualtat i el dret a l'elecció de centre. El desplegament està regulat pel Decret 11/2021, del 16 de febrer, de la programació de l'oferta educativa i del procediment d'admissió en els centres del Servei d'Educació de Catalunya. L'opció d'escollir una plaça en un centre privat sense concert només estarà a l'abast de les famílies amb un poder adquisitiu més elevat.

Per tant, tenint en compte l'obligatorietat de l'ensenyament bàsic, la condició de dret fonamental del dret a l'educació i la condició de menors dels usuaris, caldrà ser extremament cauts amb les polítiques públiques que les administracions educatives impulsin.

Els ensenyaments formals i informals respecte a les TIC i els seus usos lectius i no lectius marcaran una manera de relacionar-se dels menors amb les altres persones i tindran el potencial de limitar, ampliar o vulnerar drets individuals i col·lectius. La familiarització, l'ús, el coneixement i la mirada envers les TIC marcaran encara més les formes de vida de les futures generacions.

Tal com va escriure Hannah Arendt l'any 1958 en el seu llibre *La condició humana*, «tot allò que toca o entra en una relació estable amb la vida humana assumeix de seguida el caràcter d'una condició de l'existència humana» (Arendt, 2021: 19). Per aquest motiu, cal insistir que els aprenentatges, els valors, les visions i els exemples que els alumnes adoptin i normalitzin sobre les TIC a les aules constituïran el futur de les persones.

2. <https://educacio.gencat.cat/ca/departament/estadistiques/estadistiques-ensenyament/curs-actual/estadistica-inici-curs/>.

3. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion-fp-deportes/Documents/2024/280624-%20Avance%20estad%C3%ADstica%20de%20ense%C3%B1anzas%20no%20universitarias%202023-24.pdf>.

3.2. NORMATIVA EDUCATIVA

Com s'ha dit, l'article 27.1 de la CE reconeix el dret fonamental a l'educació. L'apartat segon del mateix article estableix que «[l]educació tindrà com a objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals».

L'Estatut d'autonomia de Catalunya (en endavant, EAC) preveu en l'article 21 els drets i deures en l'àmbit educatiu. Així, l'article 21.1 de l'EAC estableix el dret de totes les persones «a una educació de qualitat i a accedir-hi en condicions d'igualtat». L'article 44.1 de l'EAC diu que «[e]ls poders públics han de garantir la qualitat del sistema d'ensenyament i han d'impulsar una formació humana, científica i tècnica de l'alumnat basada en els valors socials d'igualtat, solidaritat, llibertat, pluralisme, responsabilitat cívica i els altres que fonamenten la convivència democràtica».

Si ens endinsem en la normativa educativa que recull les obligacions i els deures quant a les TIC, trobem la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació (en endavant, LOE), que estableix els objectius de coneixement de les TIC per a les diferents etapes educatives. Així, l'educació primària contribuirà a «desenvolupar les competències tecnològiques bàsiques i iniciar-se en la seva utilització, per a l'aprenentatge, i desenvolupar un esperit crític davant el seu funcionament i els missatges que reben i elaboren» (article 17*i* de la LOE); l'educació secundària obligatòria contribuirà a «desenvolupar destreses bàsiques en la utilització de les fonts d'informació per adquirir, amb sentit crític, nous coneixements; desenvolupar les competències tecnològiques bàsiques i avançar en una reflexió ètica sobre el seu funcionament i utilització» (article 23*e* de la LOE); el batxillerat contribuirà a «utilitzar amb solvència i responsabilitat les tecnologies de la informació i la comunicació» (article 33*g* de la LOE) i a «comprendre els elements i procediments fonamentals de la recerca i dels mètodes científics; conèixer i valorar de forma crítica la contribució de la ciència i la tecnologia en el canvi de les condicions de vida, així com afermar la sensibilitat i el respecte pel medi ambient» (article 33*j* de la LOE).

Per a fer-ho possible, l'article 110.2 de la LOE, en la seva versió original, va establir que les administracions educatives havien de promoure programes per a adequar les condicions tecnològiques del centres. I, per a concretar-ho, el legislador espanyol va afegir a la LOE l'article 111 bis, sobre tecnologies de la informació i la comunicació, mitjançant l'article únic 69 de la Llei orgànica 8/2013, del 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa, que posteriorment va ser modificat per l'article únic 57 de la Llei orgànica 3/2020, del 29 de desembre. Cada nova versió detalla més profusament quines són les obligacions de les administracions educatives quant a la incorporació de les TIC.

Així, l'apartat 5 de l'article 111 bis de la LOE preveu que les administracions educatives i els equips directius dels centres han de promoure l'ús de les TIC a l'aula com a mitjà didàctic apropiat i valuós per a portar a terme les tasques d'ensenyament i aprenentatge. L'article afegeix que les administracions educatives han de posar les condicions per a eliminar situacions de risc en la utilització inadequada de les TIC a les aules, amb una atenció especial a les situacions de violència a la xarxa.

L'apartat 6 de l'article 111 bis de la LOE atorga al Ministeri d'Educació i Formació Professional la competència per a elaborar i revisar, amb la consulta prèvia a les comu-

nitats autònomes, els marcs de referència de la competència digital per a la formació del professorat.

En l'apartat 7 de l'article 111 bis de la LOE s'estableix que les administracions públiques han de vetllar per l'accés de tots els estudiants als recursos digitals necessaris, per a garantir l'exercici del dret a l'educació de tots els nens i nenes en igualtat de condicions. La utilització de les TIC i els recursos didàctics s'hauran d'ajustar a la normativa reguladora dels serveis i la societat de la informació i dels drets de propietat intel·lectual, de manera que es conscienciï en el respecte dels drets de tercers.

Quant a la digitalització dels centres educatius, l'article 112 de la LOE estableix que correspon a les administracions educatives dotar els centres públics dels mitjans materials i humans necessaris per a oferir una educació de qualitat i garantir la igualtat d'oportunitats en l'educació. Els centres han de disposar de la infraestructura informàtica necessària per a garantir la incorporació de les tecnologies de la informació i la comunicació en els processos educatius.

L'article 157f de la LOE també preveu l'establiment de programes de reforç de l'aprenentatge de les tecnologies de la informació i la comunicació per a la millora dels aprenentatges i el suport al professorat.

En aquesta mateixa línia, la disposició addicional quarta de la Llei orgànica 3/2020, del 29 de desembre, per la qual es modifica la LOE, va canviar el redactat de l'article 83.1 de la Llei orgànica 3/2018, del 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (en endavant, LOPDP).

En aquest article el legislador promulga que el sistema educatiu ha de garantir la plena inserció de l'alumnat en la societat digital i l'aprenentatge d'un consum responsable i un ús crític i segur dels mitjans digitals i respectuosos amb la dignitat humana, la justícia social i la sostenibilitat mediambiental, els valors constitucionals, els drets fonamentals i, particularment, el respecte i la garantia de la intimitat personal i familiar i la protecció de les dades personals. També demana que es tingui en compte l'alumnat amb necessitats educatives especials en les actuacions que es duguin a terme.

L'article 83.1 de la LOPDP prossegueix amb el mandat que la competència digital s'inclogui en el desenvolupament del currículum, així com els elements relacionats amb les situacions de risc derivades de la utilització inadequada de les TIC, amb una atenció especial a les situacions de violència a la xarxa. En aquesta modificació de la Llei orgànica s'incorporen nous elements, com ara el consum responsable i crític dels mitjans digitals i el respecte a la justícia social i la sostenibilitat mediambiental (Lebrusan *et al.*, 2022: 6-7).

Per a reforçar aquesta protecció dels menors i la promoció de mesures públiques per a l'ús segur i responsable de les noves tecnologies i d'internet, la Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, de protecció integral a la infància i a l'adolescència davant la violència (en endavant, LOPIIA), incorpora el capítol VIII del títol III, «De les noves tecnologies». L'article 45.1 de la LOPIIA estableix:

Les administracions públiques han de dur a terme campanyes d'educació, sensibilització i difusió dirigides als infants i adolescents, famílies, educadors i altres professionals que treballin habitualment amb persones menors d'edat sobre l'ús segur i responsable d'Internet

i les tecnologies de la informació i la comunicació, així com sobre els riscos derivats d'un ús inadequat que puguin generar fenòmens de violència sexual contra els infants i adolescents com el ciberassetjament escolar, la ciberseducció de menors (*grooming*), la ciberviolència de gènere o el sexting, així com l'accés i el consum de pornografia entre la població menor d'edat.

En l'àmbit català, la LEC va establir la introducció de les TIC en diversos preceptes: l'article 52.2*i* estableix la capacitat del alumnes per a l'anàlisi crítica dels mitjans de comunicació i de l'ús de les noves tecnologies com a objectiu del currículum; en el mateix sentit, l'article 57.3, sobre l'educació bàsica, reforça la idea d'incorporar «de manera generalitzada les tecnologies de la informació i la comunicació en els processos d'aprenentatge» per a l'adquisició de les competències bàsiques; així, l'article 104.2*j* preveu que una de les funcions docents sigui la utilització de les TIC, «que han de conèixer i dominar com a eina metodològica».

Les actualitzacions més recents de la LOE i la LOPDP, així com la promulgació de la LOPIIA, van en la direcció de clarificar i detallar la incorporació de les noves tecnologies en l'àmbit educatiu per a fer-la més crítica, segura i responsable.

En l'àmbit català, trobem a faltar una actualització del desenvolupament legislatiu en aquest camp per part del legislador autonòmic. Així, aspectes crucials de la incorporació de les TIC als centres educatius catalans no han estat debatuts en seu parlamentària i la seva implementació s'ha portat a terme mitjançant acords de govern o instruccions administratives. Això afebleix el control democràtic d'unes polítiques públiques que poden vulnerar drets fonamentals i que consumeixen grans recursos econòmics de l'erari públic.

Per a valorar l'abast pressupostari de l'educació, val la pena tenir present que l'any 2021 la despesa pública en educació sobre el producte interior brut va ser d'un 4,2% a Catalunya, d'un 4,6% a Espanya i d'un 5% a la Unió Europea. Aquest indicador és important perquè recull l'esforç financer que fa el sector públic en educació.

3.3. COMPETÈNCIA DIGITAL

L'entrada de les TIC a les aules ha anat de la mà del posicionament de la competència digital com una competència clau per a la societat del segle XXI per part d'organismes internacionals com l'Organització de les Nacions Unides per a l'Educació, la Ciència i la Cultura (o UNESCO, de l'anglès *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) i la Unió Europea. Aquests organismes han donat suport a les administracions educatives a integrar aquesta competència en els currículums escolars.

Una de les primeres definicions de *competència digital* la trobem en la Recomanació del Parlament Europeu i el Consell del 18 de desembre de 2006 sobre les competències clau per a l'aprenentatge permanent.

La competència digital comporta l'ús segur i crític de les tecnologies de la societat de la informació per al treball, l'oci i la comunicació. Es fonamenta en la competència bàsica en matèria de TIC: l'ús d'ordinadors per a obtenir, avaluar, emmagatzemar, produir, presentar i intercanviar informació, i comunicar-se i participar en xarxes de col·laboració a través d'internet.

Recentment, el Decret 175/2022, del 27 de setembre, d'ordenació dels ensenyaments de l'educació bàsica de Catalunya, ha elaborat aquesta definició:

[L]a competència digital implica l'ús segur, saludable, sostenible, crític i responsable de les tecnologies digitals per al desenvolupament i benestar personal, per a l'aprenentatge, per a la feina, per a l'oci i per a la participació en la societat. Inclou la gestió de dispositius i aplicacions digitals (maneig, configuració, manteniment), l'alfabetització en informació i dades, la comunicació i la col·laboració, l'educació mediàtica, la creació de continguts digitals (inclosa la programació), la seguretat (inclòs el benestar digital i les competències relacionades amb la ciberseguretat), assumptes relacionats amb la ciutadania digital, la privacitat, la propietat intel·lectual, la resolució de problemes i el pensament computacional i crític.

Si revisem ambdues definicions, podem observar que a «l'ús crític i segur de les tecnologies de la societat de la informació» se li han afegit adjectius com «saludable, sostenible i responsable». Aquesta competència passa de veure's rellevant per al treball, l'oci i la comunicació, a altres àmbits de la vida com el desenvolupament i el benestar personal, l'aprenentatge, i la participació en la societat. S'introdueixen nous elements com ara la seguretat, la ciutadania digital, la privacitat, la propietat intel·lectual, la resolució de problemes i el pensament computacional i crític.

Sembla com si l'acceleració de les innovacions i la seva introducció en múltiples esferes de la vida superessin el contingut inicial de *competència digital* definida com a competència clau del segle XXI.

En aquesta línia, els marcs de referència en aquesta competència han estat, entre d'altres, el Marc Europeu per a la Competència Digital dels Educadors DigCompEdu (2017), el marc de competències per a docents en matèria de les TIC de la UNESCO (2018) i el Pla de Digitalització i Competències Digitals del Sistema Educatiu a Espanya. Catalunya va aprovar el Pla d'Educació Digital per al període 2020-2023, que es fonamentava en tres eixos: la competència digital de l'alumnat, la competència digital dels docents i la competència digital dels centres educatius. Durant els anys d'implementació es van aprovar més de tres mil estratègies digitals de centre.

Per tant, la definició i el contingut d'aquesta competència han anat evolucionant i tenen una significació crucial. Tal com constata la UNESCO en el seu informe de seguiment de l'educació en el món de l'any 2023, que porta per títol *Tecnología en la educación: ¿Una herramienta en los términos de quién?*, «els països s'enfronten a decisions crítiques sobre la gamma de competències que han d'incloure en els seus plans d'estudis, com integrar-les en assignatures, a quin nivell i com aprofitar l'experiència dels alumnes, que sovint supera la dels seus professors».

4. LA PROTECCIÓ DELS MENORS PER PART DE LES ADMINISTRACIONS EDUCATIVES

4.1. ALERTES

Les TIC han posat sobre la veu de l'opinió pública dues qüestions de caràcter social: la primera, relacionada amb la participació de les persones en els diferents espais que ofereixen

aquestes tecnologies, es tradueix en una manifestació del dret de participació que contribueix al desenvolupament de la societat de la informació; i la segona és el risc en relació amb la privadesa o l'exercici ple d'alguns drets fonamentals, com ara l'accés a la informació i la llibertat d'expressió (Lebrusan *et al.*, 2022: 2).

La pandèmia de la COVID-19 va accelerar la introducció de tot tipus de tecnologies, xarxes socials, aplicacions i diferents tipus de dispositius, d'una manera precipitada a les esferes públiques i privades dels habitants del planeta.

Les veus crítiques amb aquesta instauració forçada de les TIC en les diferents esferes de les nostres societats no van trigar a arribar. El filòsof Paul B. Preciado manté que «amb la covid-19 i una guerra a Europa, les condicions de precarietat i control s'han estès (amb fortes segmentacions de classe, gènere, raça, sexualitat i diversitat funcional) a tota la població mundial a través de les tecnologies digitals i de la biovigilància. El 2020 comença un nou règim de la informàtica de la dominació, l'era del teletreball i de la vigilància digital» (traducció pròpia).

Així mateix, el darrer informe sobre la situació dels drets humans en el món de l'organització no governamental Amnistia Internacional, de l'abril del 2024, ens alerta que «la tecnologia està facilitant una erosió generalitzada dels drets en perpetuar polítiques racistes, permetre la difusió de desinformació i restringir la llibertat d'expressió. Les grans empreses tecnològiques van ignorar o van minimitzar aquests perills, inclús en contextos de conflicte armat com els d'Etiòpia, Israel i els Territoris Palestins Ocupats, Myanmar i el Sudan». Igualment augura que «si deixem deambular lliurement els tecnodelinqüents amb les seves tecnologies fraudulentess pel salvatge oest digital, és probable que aquest tipus de violacions de drets humans augmentin l'any 2024, un any electoral històric. És el pronòstic d'un futur que ja ens ha arribat».

En l'àmbit educatiu, durant la pandèmia de la COVID-19 els centres educatius van tancar durant mesos i l'única alternativa a l'ensenyament presencial que es va considerar va ser l'ensenyament digital. Va haver-hi una gran preocupació per reduir la bretxa digital en l'ensenyament digital per a l'alumnat més vulnerable i així van sorgir alguns plans per a dotar-lo d'internet i de dispositius digitals de manera urgent en els inicis de la pandèmia.

Passats els primers mesos, les administracions educatives dels diferents països van fer grans esforços administratius, econòmics i logístics per a dotar de dispositius tecnològics els centres, els docents i, de manera parcial, l'alumnat. Els plans d'educació digital van proliferar i el finançament europeu va fluir per a l'adquisició d'aquest tipus de recursos tecnològics durant i un cop acabada la pandèmia, principalment mitjançant fons Next Generation i el Mecanisme de Recuperació i Resiliència.

Amb la nova situació d'ensenyament digital forçat, el professorat i l'alumnat va entrar de ple en un tipus d'ensenyament sense les competències digitals adequades i amb una sensibilitat i un coneixement limitats respecte als aspectes de seguretat, privacitat i ús crític del seu ús. Tot i això, l'educació digital ha donat pas a nous riscos per als nens, nenes i adolescents que utilitzen nous canals per a exercir els seus drets de comunicació, educació socialització i recreació, ja que posen en perill els seus drets fonamentals i afecten la seva integritat i el seu desenvolupament com a persona. L'exposició perllongada o sense els mecanismes de control i supervisió adequats, i més encara en el context de les mesures estatals per a afrontar els efectes de la pandèmia de la COVID-19, ha col·locat els nens en un context de més afectació,

situació que aconsella que es prenguin les previsions necessàries per a la seva cura i previsió davant d'amenaques possibles i imminents (Aliaga *et al.*, 2022: 367).

Entre aquests riscos es poden esmentar l'accés a contingut inapropiat, el ciberassetjament, l'explotació, les addiccions, el consentiment per a certes activitats o operacions, convertits en clients captius a llarg termini, o ser tractats com a productes monetitzables a través de la seva «datificació» (Agencia Española de Protección de Datos, 2024: 4).

Les veus d'alarma sobre l'ús abusiu, intensiu, poc competent i acrític d'internet van arribar d'organitzacions públiques internacionals i de la societat civil, rarament del sector industrial tecnològic. Citarem alguns informes molt significatius.

Les Nacions Unides, en la seva observació general núm. 25 (2021), relativa als drets dels infants en relació amb l'entorn digital, assenyalen:

[...] els riscos relacionats amb els continguts, els contactes, les conductes i els contractes en aquest àmbit abasten, entre altres coses, els continguts violents i sexuals, la ciberagressió i l'assetjament, els jocs d'atzar, l'explotació i el maltractament, incloses les activitats que posen en perill la vida, o la incitació a aquestes, per part, entre altres, de delinqüents o grups armats identificats com a terroristes o extremistes violents [traducció pròpia].

UNICEF Espanya, en el seu informe del 2021 sobre l'impacte de la tecnologia en l'adolescència, afirma que, tot i que l'ús problemàtic d'internet encara no és considerat una addició per la Organització Mundial de la Salut, s'està convertint en un problema de salut pública.

La Societat Catalana de Pediatria, en el seu informe del 2024 sobre salut digital a l'edat pediàtrica, afirmava que «existeix prou evidència que relaciona l'ús inadequat de la tecnologia digital amb problemes en el neuro-desenvolupament i aprenentatge, la salut física, mental, social i afectiva-sexual». D'aquesta manera, fa una crida a les institucions públiques i privades a prendre mesures urgents, ja que considera que les mesures de protecció dels menors en l'entorn digital són «clarament insuficients».

De l'adopció generalitzada d'una visió tecnològica optimista respecte a l'ús de les TIC s'ha començat a passar, per encara grups poblacionals reduïts, a una major consciència dels riscos i els potencials efectes nocius d'una competència digital inadequada i una educació digital acrítica. Aquesta nova pandèmia de l'ús inadequat de les TIC pel conjunt de la societat i, en particular, pels menors d'edat, s'està materialitzant en forma de greus problemes d'autoestima, increment de les addiccions, dificultats en el neurodesenvolupament i l'aprenentatge, baix nivell de benestar emocional, depressió i dificultats en les relacions socials i afectivosexuals.

4.2. REFLEXIONS

L'oscil·lació pendular del criteri de la societat sobre les noves tecnologies i, en concret, la inquietud dels pares i tutors sobre la irrupció intensiva de les TIC en les vides dels seus fills i filles, semblen lògiques i totalment oportunes davant del degoteig d'estudis que alerten

sobre els aspectes especialment nocius per als infants i joves. Aquesta creixent preocupació demana una reflexió profunda sobre els hàbits digitals socials i familiars, així com sobre les actuacions de les administracions educatives.

Sembla oportú preguntar-se com s'ha gestionat l'entrada accelerada dels dispositius tecnològics als centres educatius, què s'ha tingut en compte, què s'ha pensat, què s'ha debatut, què s'ha ponderat, qui hi ha participat, quins riscos s'han previst, quines mesures de protecció s'han pres.

Molt sovint, en l'exposició de la implementació d'aquestes polítiques públiques d'introducció dels dispositius tecnològics a les aules, els responsables polítics ressalten el nombre de dispositius lliurats als alumnes i als docents i el nombre de formacions que s'han impartit. Són xifres quantitatives que donen una imatge de l'esforç ingent que s'ha fet per a digitalitzar els centres i dotar el professorat i l'alumnat de recursos tecnològics, però que no ajuden a desxifrar l'ús dels dispositius, la qualitat de la formació, els resultats obtinguts en l'adquisició de la competència digital i l'impacte en altres competències bàsiques o aspectes de l'aprenentatge i la socialització dels alumnes.

També sembla adient demanar-se què han tingut en compte les administracions educatives a l'hora de pressupostar aquestes grans quantitats de recursos econòmics públics per a l'adquisició de tot tipus de dispositius tecnològics, com s'ha dissenyat i pensat aquest ús de les tecnologies d'acord amb la variable de la minoria d'edat, i quin seguiment de l'impacte s'ha fet.

Per què només quatre anys després de les enormes inversions econòmiques en tecnologia fetes a les aules s'estan qüestionant les metodologies d'aprenentatge digital i l'ús de determinades aplicacions tecnològiques?

En un breu període s'han obert apassionats debats sobre l'ús dels mòbils i altres dispositius tecnològics als centres, així com sobre la utilització massiva de les pantalles i les xarxes socials al conjunt de la societat. Es qüestiona la formació del professorat i l'acompanyament que pot fer al seu alumnat en el desembarcament massiu de les tecnologies.

A Catalunya, durant el curs escolar 2002-2003 el 59% dels docents amb coneixements sobre les TIC tenien un nivell bàsic, el 2017-2019 el 45,8 % tenien un nivell mitjà i el 2020-2021 el 51,2% també tenia un nivell mitjà. El nivell superior o avançat va passar del 6,8% el 2002-2003 al 16,3% el 2020-2021, d'acord amb l'estadística sobre l'ús i l'equipament TIC als centres educatius.⁴ Tot i els avenços en l'adquisició de coneixements per part del professorat, sembla que aquests nivells no estan en línia amb el món post-covid, fortament digitalitzat, i les seves amenaces.

Aquestes alertes i reflexions ens porten a preguntar-nos si en l'àmbit estatal i català les administracions educatives han servit amb objectivitat els interessos generals i han actuat d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la llei i al dret d'acord amb l'article 103.1 de la CE; així com si s'han observat els principis de bon govern i d'obligació dels alts càrrecs d'observar en l'exercici de les seves funcions el que disposa la CE i la resta de l'ordenament jurídic per a promoure el respecte dels drets fonamentals i de les llibertats públiques d'acord amb l'article 26.1 de la LTAIP.

4. <https://educacio.gencat.cat/ca/departament/estadistiques/equipaments-usos-tic/index.html>.

Les administracions públiques han de tenir com a nord el respecte de la dignitat, els drets fonamentals i la formació en valors democràtics, la qual cosa és consubstancial al sistema educatiu i afecta tot el procés formatiu (Jove Villares, 2021: 104).

4.3. PRINCIPI DE L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

Una pregunta essencial és en quina mesura s'ha donat compliment als instruments jurídics internacionals i nacionals que regulen els drets humans i els drets dels menors en la incorporació de la tecnologia i l'adopció de la competència digital en aquestes polítiques públiques educatives.

La Carta Universal dels Drets Humans de les Nacions Unides, la Convenció sobre els Drets de l'Infant de les Nacions Unides (en endavant, CDNIU), la Carta Europea dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, la CE, l'EAC, la LOE, la LEC, la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, el Reglament 2016/679/UE, de protecció de dades personals, la LOPDP, la LOPIIA, fan prevaldre, de manera més o menys elaborada, l'interès superior del menor en la presa de decisions tant públiques com privades. Així, l'article 3.1 de la CDNIU preveu que «en totes les accions que concerneixen l'infant, tant si són portades a terme per institucions de benestar social públiques o privades, tribunals de justícia, autoritats administratives o cossos legislatius, la consideració principal ha de ser l'interès primordial de l'infant». L'article 3.3 de la CDNIU estableix:

[...] els estats membres han d'assegurar que les institucions, els serveis i els equipaments responsables de l'atenció o la protecció dels infants compleixin les normes establertes per l'autoritat competent, especialment pel que fa a la seguretat, la salubritat, el nombre i la competència del personal, i també que hi hagi supervisió professional.

Pel que fa a l'àmbit de l'educació, l'article 29.1 de la CDNIU estableix:

[...] els estats membres convenen que l'educació de l'infant ha d'anar adreçada a: *a)* Desenvolupar tant com es pugui la personalitat, el talent i la capacitat mental i física de l'infant; *b)* Infondre en l'infant el respecte dels drets humans i les llibertats fonamentals i els principis consagrats en la Carta de les Nacions Unides; *c)* Infondre en l'infant el respecte envers els seus pares, la seva pròpia identitat cultural, llengua i valors, i envers els valors nacionals del país on viu, del país d'on podria procedir i envers les civilitzacions diferents de la seva; *d)* Preparar l'infant a una vida responsable en una societat lliure, amb esperit de comprensió, pau, tolerància, igualtat entre els sexes i amistat entre tots els pobles, grups ètnics, nacionals i religiosos i persones d'origen indígena; *e)* Infondre en l'infant el respecte a l'entorn natural.

A l'Estat espanyol, l'article 39 de la CE estableix la protecció social, econòmica i jurídica de la família i la dels drets dels infants conforme als acords internacionals. L'article 84.1 de la LOPDP determina, sobre la protecció dels menors a internet, que els pares, mares, tutors, curadors o representants legals han de procurar que els menors d'edat facin un ús

equilibrat i responsable dels dispositius digitals i dels serveis de la societat de la informació a fi de garantir el desenvolupament adequat de la seva personalitat i preservar la seva dignitat i els seus drets fonamentals.

També convé destacar l'article 92 de la LOPDP, que estableix que els centres educatius i qualsevol persona física o jurídica que dugui a terme activitats en què participin menors d'edat han de garantir la protecció de l'interès superior del menor i dels seus drets fonamentals, especialment el dret a la protecció de les dades personals, en la publicació o difusió d'aquestes a través de serveis de la societat de la informació.

Una qüestió que també se'ns planteja és en quina mesura els responsables polítics de les diferents administracions públiques han exercit el seu paper de garants dels drets de la ciutadania i, en aquest cas, dels drets especialment protegits dels menors d'edat.

Tot sembla indicar que el professorat no estava suficientment preparat per a un ensenyament digital precipitat, però quina competència digital, educació digital i coneixement normatiu tenien els responsables polítics, funcionaris i docents per a impulsar i comprendre la magnitud global dels projectes que tiraven endavant?, i què sabien sobre les estratègies de les indústries tecnològiques en la captació d'usuaris i dades personals, especialment de menors d'edat?

Els drets fonamentals a l'honor, la intimitat personal i familiar, la pròpia imatge, el secret de les comunicacions i la protecció de dades personals, recollits en l'article 18 de la CE, s'han vist exposats a la seva vulneració per la incorporació accelerada de les TIC als centres educatius i l'escassa educació digital holística dels decisors i responsables públics.

Tal com exposa Mark West (2040: 262; traducció pròpia) en el llibre *La tecnología: ¿una tragedia para la educación? Las tecnologías educativas y el cierre de las escuelas durante la época de COVID-19*, publicat per la UNESCO:

[...] potser la influència de més llarg abast de la intervenció del sector privat en educació durant la pandèmia va ser la forma en què va emmarcar l'educació, i en gran mesura, com un bé privat i comercial i com un sector madur per l'expansió de negoci i la generació de profit. Això podria, i en els ulls de molts, sovint ho va fer, posar en perill l'estatus especial de l'educació com un dret humà i un bé públic.

5. PROPOSTES

Davant la creixent preocupació sobre l'ús de les TIC a les aules, faig les propostes per al (re)disseny, la implementació, l'avaluació i la docència de la competència digital següents:

a) Sensibilitzar i formar els alts càrrecs (polítics), directius públics i directores i directores, en la complexitat i necessitat de tenir una visió multisectorial pel que fa a la implantació de les noves tecnologies als centres educatius, tenint en compte els avantatges i els riscos coneguts i potencials en un context globalitzat.

b) Donar preeminència a una educació digital holística, filosòfica i crítica *versus* una competència digital basada principalment en l'adquisició de coneixements tecnològics.

c) Garantir la supremacia dels drets dels menors en la presa de decisions públiques. Re-forçar l'ús segur de les noves tecnologies i d'internet dels menors amb sistemes d'avaluació, verificacions i controls *ex-ante* de qualsevol sistema, aplicació o xarxa social.

d) Obrir espais de participació i diàleg amb alumnat, professorat, direccions de centres, famílies, sindicats, empreses tecnològiques, diferents administracions públiques i altres *stakeholders* (parts interessades) per a analitzar i proposar un ús de les tecnologies segur i que aportí valor a l'aprenentatge.

e) Proposar el tipus d'educació, d'Administració educativa, de direcció, de docent i d'alumne basat en el respecte als drets humans. Imaginar i construir un futur que es pugui viure en l'era digital.

f) Obligar a aplicar el Reglament de protecció de dades personals i el Reglament d'intel·ligència artificial amb una interpretació pro menor d'edat en tots els casos.

g) Educar els alumnes com a ciutadans crítics i consumidors crítics en l'ús de serveis digitals i d'internet. Utilitzar el seu gran potencial per fer un món més humà.

h) Incorporar l'ètica en la presa de decisions i aconseguir que el retiment de comptes en les decisions públiques en l'àmbit educatiu sigui efectiu.

i) Preparar-se per a les possibles demandes de responsabilitat relacionades amb actuacions de les administracions educatives que hagin pogut suposar un perjudici greu en els drets dels menors d'edat.

6. CONCLUSIONS

Les TIC han generat molts canvis, reptes i oportunitats. Des del punt de vista del dret, han plantejat reptes jurídics importants que parteixen d'un mateix tronc comú: assegurar el gaudi efectiu dels drets i les llibertats fonamentals i limitar els riscos de discriminació i/o d'exclusió social que puguin provocar als grups de persones vulnerables. En aquest context, el dret a l'educació es presenta com un instrument crucial «per a la preservació i el desenvolupament del sistema constitucional democràtic» (Jove Villares, 2021: 107; traducció pròpia) en la societat actual.

Les administracions públiques havien entomat la incorporació de les TIC en la provisió i gestió de serveis públics d'una manera gradual, ateses les implicacions legals, organitzatives, procedimentals i de recursos humans, econòmics i tecnològics. La pandèmia de la COVID-19 va accelerar l'adopció de tot tipus de noves tecnologies d'una manera massiva i accelerada en totes les esferes de la vida de les persones. El confinament per causa de la pandèmia va provocar un canvi brusc, entre d'altres, en les formes de socialització, de consum, de treball i d'ensenyament.

En l'àmbit educatiu, el tancament dels centres educatius va suposar el canvi d'una educació presencial a una de digital. En el millor dels casos, les administracions educatives van proporcionar accés a internet i a dispositius digitals al seu professorat i, en alguns casos, al seu alumnat, depenent de les seves capacitats contractuals, econòmiques, tecnològiques i logístiques. L'educació digital es va adoptar com l'única forma possible de donar compliment al dret fonamental a l'educació dels nens i joves.

Quan els centres educatius van reobrir, es va continuar amb l'aposta decidida del subministrament de dispositius digitals a l'alumnat i la forta digitalització dels centres.

Les alarmes que van sorgir sobre les conseqüències per a la salut i la socialització, de l'ús excessiu i inapropiat dels dispositius digitals amb accés a internet per part dels nens i joves van qüestionar l'ús massiu de les noves tecnologies, principalment pels menors d'edat, i l'educació digital que es donava als centres educatius.

Els professors dels centres educatius es van trobar amb la necessitat d'ensenyar la competència digital als seus alumnes, però en molts casos la seva pròpia competència digital era baixa o mitjana i no tenien la formació adequada per a passar de sobte d'una educació presencial a una de digital.

Les grans quantitats de recursos públics utilitzats per a la compra de dispositius digitals i la dificultat de poder formar el professorat i l'alumnat amb la globalitat i la rapidesa que el mercat tecnològic ofereix nous productes i noves aplicacions, han obert debats sobre la conveniència de l'ús de dispositius digitals a les aules.

En aquest article s'ha plantejat si les administracions educatives han fet tot el que estava a les seves mans per a protegir els drets dels menors d'edat. El dret fonamental a l'educació, l'adquisició de la competència digital i l'interès superior del menor en qualsevol política o decisió pública han estat al centre del debat. Els equilibris, sempre delicats, entre aquests elements van saltar amb la pandèmia.

Els efectes nocius de l'ús inadequat i abús dels dispositius digitals que han estat proporcionats per les administracions educatives per a usos lectius, però que han acabat utilitzant-se per a tot tipus de fins, posen en qüestió si s'han pres totes les mesures necessàries per a protegir els menors en la provisió del dret a l'educació.

Per a concloure i seguint, de nou, Hannah Arendt, cal aturar-se a pensar sobre el que fem, ja que la manca de pensament, característica de les societats de masses, i la separació entre coneixement (científic i tecnològic) i pensament, fan urgent aquesta pausa.

7. REFERÈNCIES

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Internet seguro por defecto para la infancia y el papel de la verificación de edad*. Madrid: Gobierno de España, 2024, 49 p.
- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. *Menores, salud digital y privacidad. Estrategia y líneas de acción*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2024. Disponible en línia a: <https://www.aepd.es/guias/estrategia-menores-aepd-lineas-accion.pdf>.
- ALIAGA GUEVARA, Frisa María Antonieta. «Protección de los derechos fundamentales de los niños en la era digital». *Encuentros: Revista de Ciencias Humanas, Teoría Social y Pensamiento Crítico*, núm. extra 1 (2022), p. 364-380.
- AMNISTIA INTERNACIONAL. *La situación de los derechos humanos en el mundo: Abril de 2024*. Londres: Amnistia Internacional Ltd., 2024. Disponible en línia a: <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/7200/2024/es/>.
- ANDRADE, Belén *et al.* *Impacto de la tecnología en la adolescencia: Relaciones, riesgos y oportunidades*. Madrid: UNICEF España, 2021. Disponible en línia a: <https://www.>

- unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Informe_estatal_impacto-tecnologia-adolescencia.pdf.
- ARENDR, Hannah. *La condició humana*. Barcelona: Empúries, 2021, 365 p.
- ARENDR, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova York: Meridian Book, 1962, 552 p.
- BALLESTER ESPINOSA, Adrián. «La transformación digital forzosa en la Administración Pública: cómo la tecnología ayudará en un futuro cercano a los gobiernos en la toma de decisiones». *Telos: Cuadernos de Comunicación e Innovación*, núm. 117 (2021), p. 146-151.
- COMISSIÓ EUROPEA. *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital. 2021*. Brusel·les: Comissió Europea, 2021. Disponible en línea a: <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAjula%20Digital%202030.pdf>.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. «El derecho a la educación». *Anuario, Parlamento y Constitución*, núm. 2 (1998), p. 267-305.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. *Competència digital (CD): Educació bàsica, competències transversals*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Ensenyament, 2024. Disponible en línea a: <https://projectes.xtec.cat/nou-curriculum/wp-content/uploads/usu2072/2024/02/CD.pdf>.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. *Pla d'educació digital de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Ensenyament, 2020. Disponible en línea a: <https://educacio.gencat.cat/web/.content/home/departament/publicacions/colleccions/pla-educacio-digital/pla-educacio-digital-catalunya/pla-educacio-digital.pdf>.
- GENERALITAT DE CATALUNYA. *Competència digital docent del professorat de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Ensenyament, 2018. Disponible en línea a: https://repositori.educacio.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.12694/229/competencia_digital_docent_del_professorat_de_catalunya_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares 2023: Uso de productos TIC por las personas de 16 a 74 años*. Madrid: Instituto Nacional de Estadística, 2024. Disponible en línea a: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=39412>.
- JOVE VILLARES, Daniel. «El derecho a la educación digital en España. Regulación jurídica e importancia para la preservación del estado democrático de Derecho». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 25 (2021), p. 94-110.
- LEBRUSAN MURILLO, Irene *et al.* «La digitalización como oportunidad para el desarrollo de la ciudadanía en la infancia y la adolescencia». *Política y Sociedad*, vol. 59, núm. 3 (2022), p. 1-16.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén. «Elementos para la configuración de la administración digital». *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20 (2021), p. 212-233.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES, CONSUMO Y AGENDA 2030. *Estrategia Estatal de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia (2023-2030)*. Madrid: Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2023. Disponible en línea a: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/>

infancia-y-adolescencia/PDF/Conferencia_Sectorial/report_CERTIF_29_03_3023_ESTRATEGIA_A_CM.pdf.

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Children in the digital environment: Revised typology of risks*. París: OECD Publishing, 2021, 28 p.
- PONCE SOLÉ, July. «Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, núm. 9 (2024), p. 171-220.
- PRECIADO, Paul B. *Dysphoria mundi*. Barcelona: Anagrama, 2022, 549 p.
- REDECKER, Christine. *European Framework for the Digital Competence of Educators: DigCompEdu*. Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2017. Disponible en línea a: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC107466>.
- ROCA, G. (coord.). *Las nuevas tecnologías en niños y adolescentes: guía para educar saludablemente en una sociedad digital*. Barcelona: Hospital Sant Joan de Déu, 2015. Disponible en línea a: <https://cdn.adolescenciasema.org/wp-content/uploads/2015/06/cuaderno-faros-2015-es-TICs.pdf>.
- RODRÍGUEZ HELENO, Jessica Elizabeth *et al.* «La inclusión de la tecnología en la educación primaria para la atención de las necesidades educativas. El papel del diseño curricular y la administración escolar». *Polo del Conocimiento: Revista Científico - profesional*, vol. 8, núm. 4 (2023), p. 1765-1781.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes. «La educación digital constitucional como contenido esencial del derecho fundamental a la educación». *Revista DH/ED: Derechos Humanos y Educación*, núm. 4 (2021), p. 113-135.
- SÍNDIC DE GREUGES. *La protecció dels infants i els adolescents en l'entorn digital*. Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, 2022. Disponible en línea a: https://www.sindic.cat/site/unitFiles/9018/Informe%20xarxes%20digitals_cat_def.pdf.
- SOCIETAT CATALANA DE PEDIATRIA. *Salut digital a l'edat pediàtrica*. Barcelona: Societat Catalana de Pediatria, 2024. Disponible en línea a: <https://docs.academia.cat/noticies/3961/1/salut-digital-def-compressed.pdf>.
- UNESCO. *Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2023: Tecnología en la educación: ¿Una herramienta en los términos de quién?* París: UNESCO, 2024.
- UNESCO. *Marco de competencias de los docentes en materia de TIC*. París: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2019. Disponible en línea a: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371024>.
- UNICEF. *Policy brief 4: Digital technologies, child rights and well-being. The State of Children in the European Union 2024*. Brusel·les: UNICEF i European Union, 2024. Disponible en línea a: <https://www.unicef.org/eu/media/2586/file/Digital%20technologies%20policy%20brief.pdf>.
- VIDAL LEDO, María *et al.* «Tecnologías e innovaciones disruptivas». *Revista Cubana de Educación Médica Superior*, vol. 33, núm. 1 (2019), p. 1-13.
- WEST, Mark. *La tecnología: ¿una tragedia para la educación?: Las tecnologías educativas y el cierre de las escuelas durante la época de COVID-19*. París: UNESCO, 2023, 652 p.

MISCEL·LÀNIA

LÍMITS I ALTERNATIVES AL SISTEMA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA PER A LA PROVISIÓ DE BÉNS I SERVEIS A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES. ADQUISICIÓ DE MEDICAMENTS, SERVEIS SOCIALS I SERVEIS JURÍDICS DE REPRESENTACIÓ I DEFENSA¹

Mercè Corretja Torrents
Exdirectora general de Contractació Pública
Exdirectora del Gabinet Jurídic
Generalitat de Catalunya

Resum

La cerca de fórmules alternatives a la contractació pública per a una provisió més àgil de serveis a les administracions públiques és objecte de debat des de la transposició de les directives europees de contractació pública, que advoquen per un sistema de contractació pública més eficient, transparent, sostenible i socialment responsable. La Llei de contractes del sector públic resulta excessivament rígida i burocràtica per a poder fer front a noves necessitats i a situacions canviants, com s'ha posat en relleu en relació amb la provisió de medicaments o de serveis socials. Un altre àmbit on s'ha produït aquest debat és el dels serveis de representació i defensa jurídica a les administracions públiques —és a dir, els serveis d'advocacia— quan no es poden proveir per mitjans interns. En aquests serveis, la immediatesa, la relació de confiança entre advocat i client i la necessitat puntual de contractar serveis molt especialitzats dificulten la subjecció a procediments que responen a un sistema basat en la planificació, el predomini de criteris objectius d'adjudicació i el compliment de terminis regulars.

L'objectiu d'aquest article és fer una proposta al legislador català en aquest sentit, tenint en compte els posicionaments doctrinals i dels òrgans consultius en matèria de contractació pública, així com la jurisprudència constitucional, en especial la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 65/2024.

Paraules clau: contractació pública, directives europees de contractació pública, negocis jurídics exclusos, Llei de contractes del sector públic, provisió de serveis socials, serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques.

1. Citació recomanada: CORRETJA TORRENTS, Mercè (2024). «Límits i alternatives al sistema de contractació pública per a la provisió de béns i serveis a les administracions públiques. Adquisició de medicaments, serveis socials i serveis jurídics de representació i defensa». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 143-173.

LÍMITES Y ALTERNATIVAS AL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
PARA LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS A LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS. ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS, SERVICIOS SOCIALES
Y SERVICIOS JURÍDICOS DE REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

Resumen

La búsqueda de fórmulas alternativas a la contratación pública para una provisión más ágil de servicios a las administraciones públicas ha sido objeto de debate desde la transposición de las directivas europeas de contratación pública, que propugnan un sistema de contratación pública más eficiente, transparente, sostenible y socialmente responsable. La Ley de contratos del sector público resulta excesivamente rígida y burocrática para poder hacer frente a nuevas necesidades y a situaciones cambiantes, como se ha puesto de relieve en relación con la provisión de medicamentos o de servicios sociales. Otro ámbito donde se ha producido este debate ha sido el de los servicios de representación y defensa jurídica de las administraciones públicas —es decir, los servicios de abogacía— cuando no pueden ser provistos mediante medios internos. En estos servicios, la inmediatez, la relación de confianza entre abogado y cliente y la necesidad puntual de servicios muy especializados dificultan la sujeción a procedimientos diseñados para un sistema basado en la planificación, el predominio de criterios objetivos de adjudicación y el cumplimiento de plazos regulares.

El objetivo de este artículo es realizar una propuesta dirigida al legislador catalán en este sentido, teniendo en cuenta tanto los posicionamientos doctrinales y de los órganos consultivos expertos en contratación pública, así como también la STC 65/2024.

Palabras clave: contratación pública, directivas europeas de contratación pública, negocios jurídicos excluidos, Ley de contratos del sector público, provisión de servicios sociales, servicios jurídicos de representación y defensa de las administraciones públicas.

LIMITS AND ALTERNATIVES TO PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM
FOR PROVIDING GOODS AND SERVICES TO THE PUBLIC
ADMINISTRATIONS. PROCUREMENT OF MEDICINES,
SOCIAL SERVICES AND LEGAL SERVICES

Abstract

Since the transposition of the European Public Procurement Directives, the debate over alternative formulas to Public Procurement System, for a more agile provision of public services, has been in the centre. The European Directives advocates for a more efficient, transparent, sustainable and socially responsible system. The Spanish Public Procurement Act is too rigid and bureaucratic to be able to provide new services and demands, as the provision of medicines or social services had demonstrated. Legal services are on the same situation. Factors as the immediacy, the relationship of trust between lawyer and client, and the occasional need for very specialized services, are some of the reasons that make difficult to subject to a procedures based on planning, objective criteria awards and the execution of regular deadlines.

This article aims to make a proposal addressed to the Catalan legislator, in the frame of Public Procurement, and on the premises of doctrinal positions, the doctrine of the consultative bodies experts on Public Procurement, and taking into account the Judgement of the Constitutional Court 65/2024 as well.

Keywords: public procurement, European public procurement directives, excluded legal business, Spanish public procurement act, social services provision, legal services of public administrations.

Sumari: 1. Introducció: la provisió de béns i serveis a les administracions públiques al marge de la contractació pública; 1.1. Les alternatives a la contractació pública per a l'adquisició de medicaments en el marc de la lluita contra la COVID-19; 1.2. Els acords i concerts socials; 2. La provisió de serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques: elements per al debat; 3. Els arguments del debat sobre l'ús de procediments de contractació pública en la defensa jurídica; 3.1. La transposició del dret europeu sobre contractació pública. Els articles 10*d* de la Directiva 2014/24/UE i 11.3 i 19.2*d* de la Llei de contractes del sector públic; 3.2. Els arguments per a l'exclusió de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques de la Llei de contractes del sector públic; 3.3. Els arguments a favor de la Llei de contractes del sector públic: la subjecció de la contractació de serveis jurídics de representació i defensa a la legislació de contractes públics és potestat del legislador intern; 3.4. La necessitat d'adaptar la normativa de contractació pública a les característiques dels serveis de defensa jurídica de les administracions públiques; 4. Delimitació de la normativa bàsica en matèria de contractació pública: la Sentència del Tribunal Constitucional 65/2024, de l'11 d'abril; 4.1. La distribució constitucional i estatutària de competències en matèria de contractació pública; 4.2. La Sentència del Tribunal Constitucional 65/2024, de l'11 d'abril, i la competència bàsica estatal per a establir els límits objectius de la Llei de contractes del sector públic; 5. Reflexió final; 6. Referències

1. INTRODUCCIÓ: LA PROVISIÓ DE BÉNS I SERVEIS A LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES AL MARGE DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA

La recerca de fórmules alternatives a la contractació pública i el desplaçament d'aquesta normativa en determinats àmbits és un fenomen recurrent en les administracions públiques. Des de la transposició del paquet de directives europees de contractació pública del 2014, que advoquen per una contractació sostenible, transparent, eficient i socialment responsable, i per un ús instrumental de la contractació pública per al desenvolupament de polítiques socials, d'igualtat o mediambientals, s'ha fet més palesa la necessitat de cercar elements per a flexibilitzar i agilitar el sistema de contractació pública vigent, excessivament rígid i burocràtic, per a donar resposta a les noves demandes de serveis. Al mateix temps, el creixement dinàmic i exponencial de l'estat del benestar i del conjunt de serveis associats al desenvolupament de la vida de les persones, des del naixement fins a la mort, fa necessari també explorar fórmules de col·laboració publicoprivades, avui pràcticament inexistents, que complementin la prestació pública de serveis i coadjuvin a la creació de nous serveis i a l'ampliació dels ja existents, incorporant la innovació i la recerca a les noves demandes socials. Per a fer front a aquests nous reptes que avui té plantejats la contractació pública, s'ha obert de nou el debat sobre l'adequació dels procediments contractuals i del conjunt de prescripcions de la vigent Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), a la demanda de provisió de serveis de les administracions públiques i, sobretot, sobre els límits i la necessitat de regular especialitats o excepcions a la legislació vigent.

Aquest article té per objecte analitzar els arguments del debat actualment obert sobre la necessitat de modificar el marc legislatiu vigent en matèria de contractació pública per a introduir-hi especialitats o bé exclusions de determinats serveis, posant èmfasi en la contractació de serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques amb la finalitat de contraposar els avantatges i els inconvenients que això comporta, assenyalar els dèficits normatius actuals i, si escau, proposar modificacions en el marc legislatiu actual.

Per a centrar el debat, però, es parteix d'una breu exposició de dos àmbits en els quals s'han explorat fórmules alternatives a la contractació pública: el sanitari, amb especial referència a l'adquisició de medicaments hospitalaris, i el dels serveis socials, per als quals la normativa europea ja preveu la possibilitat de regular règims simplificats o alternatius a la contractació pública. A continuació s'aborda la problemàtica que planteja la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques amb estricta subjecció a la legislació de contractació pública, i es fa un resum dels principals elements que han centrat fins ara el debat doctrinal i dels posicionaments contraposats que existeixen en l'actualitat sobre aquesta qüestió. Finalment, es fa una referència a la STC 65/2024, de l'11 d'abril, que ha resolt el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel president del Govern de l'Estat contra determinats preceptes de la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre, per la qual es modifica la Llei foral 2/2018, del 13 d'abril, de contractes públics de Navarra, sentència que, com veurem, determina el legislador competent per a establir els negocis jurídics i serveis subjectes o exclosos de la LCSP, però també conté una interessant delimitació de les competències bàsiques estatals i, en conseqüència, de les autonòmiques en matèria de contractació pública, en el marc de les quals ens podem plantejar el marge de què disposen les comunitats autònomes per a desplegar la legislació bàsica estatal en la matèria, tenint en compte les necessitats concretes de cada administració, el principi de proporcionalitat i els diferents supòsits en què es poden requerir els serveis jurídics de representació i defensa per a una millor contractació d'aquests serveis.

D'entrada, cal assenyalar que, tot i que només han transcorregut sis anys des de l'entrada en vigor de la LCSP, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, del 26 de febrer de 2014 (en endavant, directives europees de contractació), el debat sobre els negocis jurídics i els serveis exclosos de la seva aplicació segueix ben viu. Al mateix temps, les situacions extraordinàries que s'han viscut en els darrers anys (des de la pandèmia de la COVID-19 a l'emergència per sequera, passant per la crisi energètica i la inflació causades per la Guerra d'Ucraïna) han palesat la necessitat de cercar fórmules alternatives de provisió dels serveis públics, més àgils i adaptades a demandes dinàmiques i canviants per a les quals els procediments de contractació pública resulten excessivament rígids i lents.

Hem assistit, en els darrers anys, a un increment generalitzat de la contractació d'emergència per a cobrir de manera immediata la provisió de productes, obres i serveis que requereixen actuacions ràpides i urgents per part de les administracions públiques, com, per exemple, l'adquisició de material sanitari per a fer front a la crisi de la COVID-19 (mascaretes, equips de protecció individual, medicaments) o la realització d'obres per a afrontar la sequera i garantir l'abastament d'aigua a la població. Aquest ús generalitzat ha fet palès que els procediments legalment previstos per a afrontar situacions d'extrema necessitat, fins i tot la tramitació per urgència, eren del tot insuficients i lents. Al mateix temps, però, també s'ha

evidenciat que calia compensar aquest increment de l'ús de la tramitació per emergència amb més control i transparència en la seva utilització i una millor regulació. Així ho posen en relleu tant els informes específics de fiscalització i de control per part dels òrgans que tenen constitucionalment i estatutàriament atribuïdes aquestes funcions,² com la implantació de dades obertes i de visors de dades que faciliten l'accés, la difusió i el coneixement de les dades en matèria de contractació pública.³

En la recerca de fórmules alternatives a la contractació pública per a la provisió de serveis i productes sobresurten especialment, com hem dit, dos sectors: el sanitari i el social.

1.1. LES ALTERNATIVES A LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA PER A L'ADQUISICIÓ DE MEDICAMENTS EN EL MARC DE LA LLUITA CONTRA LA COVID-19

En el sector sanitari, especialment durant la pandèmia de la COVID-19 es va fer palesa la incapacitat dels procediments contractuals per a subministrar de manera àgil, ràpida i segura els productes i serveis necessaris per a fer front a una pandèmia que tenia un origen, un abast i una evolució totalment incerts. La compra en mercats externs i sovint desconeguts, el sistema de pagament, les fiscalitzacions prèvies i posteriors, la lentitud dels procediments i la incapacitat per a incorporar la innovació de forma immediata, van ser alguns dels principals obstacles amb què es van trobar les administracions públiques. Per això l'adquisició de medicaments ha estat un dels camps on s'han explorat diverses fórmules alternatives, com exposarem.

La doctrina parteix del fet que els medicaments hospitalaris han de superar diferents filtres previs abans de ser incorporats al mercat i també al Sistema Nacional de Salut. En aquesta seqüència de procediments, l'aplicació de la LCSP comporta una càrrega o un filtre més que han de suportar les organitzacions sanitàries i això repercuteix en el seu cost (García, 2022). Si s'analitza la forma de provisió de medicaments per les comunitats autònomes, s'observen grans diferències pel que fa al seu grau de compliment de la LCSP. Així, mentre que Catalunya assoleix un 98% de compliment pel que fa a la subjecció als procediments ordinaris de la LCSP, altres comunitats autònomes no superen el 10% (Illes Balears, Galícia o Aragó) i opten per procediments no ordinaris. En aquest sentit, tot i que les estructures organitzatives de l'Administració catalana contribueixen a aquest acompliment, a parer de la doctrina la compra hospitalària de medicaments amb subjecció a la LCSP requereix un esforç desproporcionat, per la qual cosa caldria pensar en una simplificació o en la possibilitat d'emprar alternatives com el contracte mixt (García, 2022).

2. Vegeu l'*Informe de fiscalización de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 por los Ministerios del área político-administrativa del estado y sus organismos autónomos*, del Tribunal de Comptes, del 20 de desembre de 2023, i l'*Informe 32/2021, sobre la contractació administrativa derivada de la pandèmia de la Covid, exercici 2020* i l'*Informe 33/2021, sobre la contractació administrativa dels ens locals derivada de la pandèmia de la Covid, exercici 2020*, tots dos de la Sindicatura de Comptes de la Generalitat de Catalunya.

3. Per exemple, els visors de dades de la Direcció General de Contractació Pública de la Generalitat (<https://contractacio.gencat.cat/ca/difusio/publicacions/indicadors/grafics>) i altres sistemes de dades obertes.

En qualsevol cas, el ventall d'opcions que ofereix la LCSP és força ampli, ja que, a més dels procediments ordinaris, regula diferents possibilitats alternatives: des de la compra centralitzada als procediments negociats, passant per la contractació menor, la tramitació per urgència o, fins i tot, la contractació per emergència de l'article 120 de la LCSP, reservada per a situacions de catàstrofe, greu perill o que afectin la defensa nacional. El dret europeu també ha admès fórmules com el sistema *open house* (validat per la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea [STJUE] del 2 de juny de 2016, cas Dr. Falk; García Álvarez, 2022). Tots aquests procediments permeten una provisió més o menys directa o simplificada de medicaments. No obstant això, en el marc de la lluita contra la pandèmia de la COVID-19 i de manera excepcional, com veurem, s'han explorat possibilitats totalment externes a la contractació pública, com els acords d'adquisició de medicaments subjectes al dret privat (García, 2022; García *et al.*, 2020).

La primera regulació externa a la contractació pública per a l'adquisició de medicaments la trobem en la Llei balear 2/2020, del 15 d'octubre de 2020, de mesures urgents i extraordinàries per a l'impuls i la simplificació administrativa en l'àmbit de les administracions públiques de les Illes Balears per a pal·liar els efectes de la crisi ocasionada per la COVID-19. L'article 16 de la Llei determina l'exclusió dels procediments de contractació pública l'adquisició de medicaments amb preus de venda de laboratori fixats administrativament pel Sistema Nacional de Salut o amb preus de referència, atès que ja hi ha hagut una negociació prèvia amb una instància pública i una fixació administrativa del preu. Per la seva banda, els articles 17 i 18 preveuen l'adquisició hospitalària de medicaments, amb patent i genèrics, respectivament, mitjançant acords de naturalesa privada, i amb el compliment previ de determinats requisits. Aquests articles van tenir, però, poca vigència, ja que el Govern de l'Estat va sol·licitar l'obertura de negociacions intergovernamentals a l'empara de l'article 33.2 de la Llei orgànica 2/1979, del 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), prèviament a la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat, i es va assolir un acord per a la derogació dels preceptes impugnats. L'acord fou publicat al *Boletín Oficial del Estado* (BOE) del 29 de juliol de 2021 i la derogació efectiva es va dur a terme mitjançant la Llei 5/2021, del 28 de desembre, de pressupostos generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per al 2022.

En la mateixa línia, el legislador navarrès també va excloure de manera explícita de l'aplicació de la legislació bàsica en matèria de contractes els anomenats acords públics d'adquisició de medicaments mitjançant la incorporació d'una lletra *m* en l'article 7.1 de la Llei foral 2/2018, del 13 d'abril, de contractes públics de Navarra, per la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre. La lletra *m*, a més a més, afegia que aquesta exclusió es feia de conformitat amb la disposició addicional vint-i-unena de la mateixa llei (introduïda per l'apartat 6 de la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre), que regulava el règim aplicable a l'adquisició pública de medicaments i establia que els acords d'adquisició constituïen negocis privats. Com en relació amb la llei balear, el Govern de l'Estat va sol·licitar l'obertura de negociacions en virtut de l'article 33.2 de la LOTIC, i es va assolir un acord parcial (publicat al BOE del 12 de setembre de 2022) en el qual es constata que es manté la discrepància en relació amb les lletres *m* i *l* i amb l'article 65 que introdueix la disposició addicional vint-i-unena, les quals van ser objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat que ha estat resolt per la STC 65/2024, de

l'11 d'abril. Amb posterioritat a l'acord i a la interposició del recurs d'inconstitucionalitat, tant la lletra *m* com la disposició addicional vint-i-unena van ser derogades per la Llei foral 35/2022, del 28 de desembre, de pressupostos generals de Navarra per a l'any 2023, i per la Llei foral 2/2024, del 13 de març, de pressupostos generals de Navarra per a l'any 2024.

Per acabar, en aquest apartat convé fer referència també a una norma estatal, la disposició addicional setena del Reial decret llei 3/2022, de l'1 de març, que va excloure, tant de l'àmbit d'aplicació de la LCSP com de la Llei general pressupostària pel que fa al règim de pagaments a la bestreta, els acords per al subministrament de productes farmacèutics autoritzats sota qualsevol de les modalitats recollides en el Reial decret legislatiu 1/2015, del 24 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de garanties i ús racional dels medicaments i productes sanitaris per als quals existeixi una necessitat mèdica no coberta en la lluita contra la COVID-19. Aquesta disposició va tenir una vigència molt limitada, de l'1 de gener al 31 de desembre de 2022, va tenir caràcter excepcional i estava emmarcada en les mesures de lluita contra la pandèmia de la COVID-19.

En resum, tot i que hi ha hagut alguns intents, per part de legisladors autonòmics i en el marc excepcional de la lluita contra la pandèmia de la COVID-19, de regular sistemes alternatius a la contractació pública, al final observem que han optat per la derogació per a evitar la conflictivitat amb l'Estat, el qual, però, també ha apostat per excloure l'adquisició hospitalària de medicaments del sistema contractual públic, però només de manera temporal i justificada per l'excepcionalitat de la lluita contra la pandèmia de la COVID-19.

1.2. ELS ACORDS I CONCERTS SOCIALS

En un altre àmbit, el dels serveis socials i els anomenats *serveis a les persones*, els articles 74 i següents de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament i del Consell, sobre procediments de contractació pública, obren la possibilitat de regular procediments alternatius de provisió de serveis per tercers o, fins i tot, d'establir reserves de determinats serveis, que tinguin en compte tant les característiques de les persones i dels col·lectius als quals s'adrecen (vulnerabilitat, accessibilitat, assequibilitat, disponibilitat, etc.), com també la valoració de criteris de qualitat i sostenibilitat en el procediment de selecció. La LCSP es fa ressò d'aquesta opció en l'article 11.6, quan preveu l'ús de fórmules no contractuals de finançament públic mitjançant la concessió de llicències o autoritzacions a entitats que compleixin determinats requisits fixats prèviament pel poder adjudicador i respectant sempre els principis de publicitat, transparència i no discriminació, i remet posteriorment als legisladors autonòmics la concreció d'aquesta possibilitat (disposició addicional 49 de la LCSP). Així doncs, i a diferència de l'anterior, en aquest àmbit el legislador estatal bàsic habilita expressament els legisladors autonòmics per a desplegar aquesta possibilitat.

A Catalunya, la disposició addicional tercera del Decret llei 3/2016, del 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, anterior a la LCSP i, per tant, a la transposició de les directives europees de contractació pública a l'ordenament jurídic espanyol, va regular dues fórmules no contractuals per a la provisió de serveis socials: la gestió delegada i el concert social. Aquestes fórmules estan basades directament en la Directiva eu-

ropea i el seu objecte és la gestió dels serveis inclosos en l'àmbit de la Llei catalana 12/2007, de l'11 d'octubre, de serveis socials (Ciutat, 2016). El desplegament d'aquestes fórmules s'ha dut a terme mitjançant el Decret 69/2020, del 14 de juliol, d'acreditació, concert social i gestió delegada en la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública.⁴

Posteriorment, un cop aprovada la LCSP i en el desplegament de les seves previsions, diversos legisladors autonòmics han desenvolupat fórmules alternatives a la contractació pública per a la provisió de serveis socials emprant diferents denominacions com ara *acció concertada*, *concert* o *concert social*. Podem esmentar, per exemple, la Llei balear 12/2018, del 15 de novembre, de serveis a les persones en l'àmbit social a la comunitat autònoma de les Illes Balears, que regula fórmules de col·laboració publicoprivada amb entitats no lucratives del tercer sector social, com l'acció concertada i la cooperació directa, al costat d'un règim singular de contractació pública basat en la qualitat. En la mateixa línia, a finals del 2023 a Catalunya es va impulsar i sotmetre al tràmit d'informació pública un avantprojecte de llei dels instruments de provisió del sistema públic de serveis socials. D'acord amb l'article 1 de l'avantprojecte, el seu objecte és regular els instruments no contractuals de provisió del sistema públic de serveis socials de Catalunya, en què participen les entitats públiques i privades que formen part de la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública, així com crear l'Agència Pública de Serveis Socials de Catalunya com a instrument públic per a la gestió directa dels serveis socials competència del departament competent en matèria de serveis socials de l'Administració de la Generalitat.⁵

En conseqüència, es pot afirmar que en la provisió dels serveis socials s'ha produït un desplaçament progressiu de la normativa de contractació pública, que s'ha vist substituïda per fórmules alternatives més properes a la col·laboració publicoprivada. Aquest fenomen no ha passat desapercebut en la doctrina administrativa, que n'ha estudiat l'abast i les conseqüències des d'una perspectiva estrictament jurídica (Darnaculleta, 2021; Darnaculleta *et al.*, 2022).

2. LA PROVISIÓ DE SERVEIS JURÍDICS DE REPRESENTACIÓ I DEFENSA DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES: ELEMENTS PER AL DEBAT

Amb caràcter previ a l'exposició de les argumentacions a favor i en contra de la subjecció a la contractació pública de la provisió d'aquests serveis, convé fer una anàlisi sobre les seves característiques i el seu encaix en els procediments de contractació pública.

D'entrada, cal distingir entre els serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques davant dels tribunals de caràcter ordinari i davant dels de caràcter excepcional o extraordinari. Els primers inclourien la representació i la defensa processal de qualsevol administració pública en tots els litigis en què resulti demandada com a autora d'actes i disposicions administratives recurribles, i també quan actuï com a demandant (litigis entre administracions públiques, reclamacions de deutes, etc.), en tots els ordres jurisdiccionals. Aquest tipus

4. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=878037>.

5. <https://governobert.gencat.cat/ca/transparencia/normativa-i-informacio-interes-juridic/normativa/normativa-en-tramit/dso/en-tramit/avantprojecte-llei-provisio-sistema-public-serveis-socials>.

de servei el poden prestar internament els cossos especialitzats de la mateixa administració (Cos d'Advocacia de l'Estat, Cos d'Advocacia de la Generalitat de Catalunya, cossos de lletrats consistorials, altres cossos amb funcions de representació i defensa jurídica) o bé es pot resoldre mitjançant la contractació de tercers. Aquest supòsit és el que resulta aplicable a la majoria d'ajuntaments i entitats locals, així com també a les entitats del sector públic autònom i local.

En l'àmbit de l'Administració catalana, la Llei 7/1996, del 5 de juliol, d'organització dels serveis jurídics de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, atribueix al Cos d'Advocacia de la Generalitat l'assessorament en dret del Govern i de l'Administració (art. 1) i també la funció de representació i defensa de l'Administració de la Generalitat, sens perjudici, però, que excepcionalment es pugui encarregar aquesta funció a un advocat col·legiat (art. 7.2). En relació amb els organismes autònoms, les entitats de dret públic i les empreses públiques de la Generalitat, les funcions d'assessorament, representació i defensa les poden exercir els advocats de la Generalitat llevat que les entitats esmentades disposin de serveis jurídics propis, establerts per disposició legal expressa o per decret del Govern (art. 6 de la Llei 7/1996 i 34 del Decret 106/2024, de l'11 de juny, pel qual s'aprova el Reglament dels serveis jurídics de l'Administració de la Generalitat de Catalunya), i excepcionalment també es poden contractar externament amb subjecció a la legislació de contractació pública (art. 38 del Decret 106/2024).

Pel que fa al règim de contractació aplicable a aquests serveis i atès que, com veurem, l'article 11 de la LCSP no els ha exclòs de la seva aplicació, els serà aplicable la normativa vigent de contractació pública en funció de la naturalesa jurídica del subjecte contractant. D'una banda, les administracions públiques territorials i les entitats del sector públic que l'article 3.2 de la LCSP qualifica com a administració pública estan plenament subjectes a totes les disposicions de la LCSP,⁶ mentre que la resta d'entitats del sector públic hi estan subjectes de manera gradual en funció de si són o no poder adjudicador⁷ segons l'article 3.3 de la LCSP.⁸

6. Les entitats del sector públic que són Administració pública als efectes de la LCSP i que estan subjectes a totes les seves prescripcions són, a banda de les administracions públiques territorials estatal i autonòmiques, els organismes autònoms, les universitats públiques i les autoritats administratives independents; les entitats de la Seguretat Social; les diputacions forals i les juntes generals dels territoris històrics del País Basc, i els consorcis que no es financien amb ingressos de mercat.

7. L'article 3.3 de la LCSP qualifica com a poder adjudicador: les mútues col·laboradores de la Seguretat Social; les fundacions públiques que compleixin els requisits de l'article 3.1 de la LCSP; totes les entitats que no siguin ni administracions territorials ni mútues ni fundacions públiques, creades per a satisfer interessos públics que no tinguin finalitat industrial o mercantil, en què un o més poders adjudicadors financin majoritàriament la seva activitat, en controlin la gestió o nomenin la majoria dels membres dels seus òrgans de govern; les associacions constituïdes per les entitats anteriors. El seu règim de contractació és el previst en els articles 316 i següents de la LCSP, de manera que la preparació i l'adjudicació queden subjectes a les previsions de la LCSP pel que fa als contractes harmonitzats, i els efectes i l'extinció es regeixen pel dret privat. En relació amb els contractes no harmonitzats amb un valor estimat inferior a 40.000 € per a obres, concessions d'obres i concessions de serveis, o bé inferiors a 15.000 € per a serveis i subministraments, es podrà utilitzar l'adjudicació directa. Per als d'un valor estimat superior a 40.000 € però inferior a 5.350.000 € per a obres, concessions d'obres i concessions de serveis, i superior a 15.000 € però inferior a 214.000 € per a serveis i subministraments, es poden emprar tots els procediments previstos en la LCSP llevat del procediment negociat sense publicitat, que només es pot utilitzar en els casos previstos en l'article 168 de la LCSP.

8. Les entitats del sector públic que no són poder adjudicador han de subjectar la seva contractació als articles 321 i 322 de la LCSP. En aquest cas, han d'aprovar unes instruccions internes per a donar compliment als principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació

La subjecció a la LCSP de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa comporta planificar-los, d'acord amb els criteris de programació i planificació de cada administració o entitat, per tal de valorar si es porta a terme un sol contracte o diversos, o bé si es poden fer lots o no, en funció de la quantia, de l'àmbit territorial i de les especialitats que s'han de cobrir. Naturalment, el volum d'assumptes de cada administració pública o entitat serà també determinant en aquesta planificació. En l'elecció del procediment d'adjudicació caldrà tenir en compte que els serveis jurídics de representació i defensa tenen la consideració de prestació intel·lectual, per la qual cosa, d'entrada, es podrà optar entre el procediment obert ordinari, el procediment obert simplificat (tenint en compte que, en el cas que hi hagi criteris d'adjudicació avaluable segons un judici de valor, la seva ponderació no pot superar el 45% de la puntuació d'acord amb l'article 149.1*b* de la LCSP) i el procediment restringit (recordem que l'article 160.4 de la LCSP estableix que aquest procediment és especialment adequat per a serveis intel·lectuals d'una complexitat especial). D'altra banda, també es pot fer ús dels procediments negociats amb o sense publicitat, d'acord amb els articles 167 i 168 de la LCSP. En qualsevol cas, es tracta de contractes de serveis i, per tant, d'acord amb l'article 29 de la LCSP la seva durada no pot superar els cinc anys, incloent-hi les pròrrogues, ja que, d'altra banda, és un contracte que no requereix una inversió que pugui justificar el seu perllongament ni és un contracte de serveis relatiu als serveis a les persones.

Aquest límit temporal del contracte de serveis planteja un primer problema: molt sovint es desconeix la durada total del procediment judicial. Tot i que es pot fer un càlcul aproximatiu, en ocasions la durada es pot perllongar més de cinc anys i, per tant, caldrà tornar a licitar i adjudicar un nou contracte, i això pot comportar un canvi en la persona o en el despatx que porta la defensa jurídica davant dels tribunals, fet que pot afectar la relació de confiança entre client i advocat o la qualitat del servei.

En algun cas es pot optar també per la contractació menor, per raons d'urgència o si es preveu que la durada del servei serà inferior a l'any. Per exemple, en una instrucció penal és possible que inicialment s'hagi optat per una contractació menor, preveient que la instrucció serà inferior a l'any o que acabarà amb un arxivament, però posteriorment la instrucció es pot perllongar més d'un any o, contràriament al previst, pot acabar amb l'obertura d'un judici oral, i, a més, durant la fase d'instrucció s'han d'anar fent actuacions periòdiques (compareixences, escrits, recursos de súplica, etc.) i, per tant, pagaments periòdics. També les actuacions davant del Tribunal de Comptes presenten una gran incertesa pel que fa a la seva durada i si posteriorment acabaran en la jurisdicció penal o no. Un altre supòsit és, quan hi ha diverses persones investigades, que el procediment s'acabi arxivant per a algunes però, en canvi, continuï obert per a d'altres.

i adjudicació a la millor oferta, en els termes establerts en l'article 145 de la LCSP o bé, alternativament, per als contractes d'un valor estimat inferior a 40.000 € per a obres, concessions d'obres i concessions de serveis i de 15.000 € per a serveis i subministraments, es podrà emprar l'adjudicació directa i, per als d'un valor estimat superior a aquests imports, caldrà respectar les regles previstes en l'article 321.2*b* de la LCSP. En tot cas, els efectes i l'extinció es regeixen pel dret privat.

La incertesa en la durada i en l'esdevenir del procés judicial genera dificultats per a les administracions públiques a l'hora d'escollir el procediment més adequat, ja que tant la durada com el preu són molt indeterminats. Així, per exemple, en el cas que el procediment penal pugui quedar arxivat en pocs mesos, podria ser suficient una contractació menor de manera puntual; en canvi, en altres casos en què una instrucció pugui desembocar finalment en un procediment penal de gran complexitat, caldrà pensar en una adjudicació mitjançant un procediment obert, restringit o negociat, per exemple.

Des de la perspectiva de la simplificació, els sistemes de racionalització de la contractació pública, ja sigui la compra centralitzada, els sistemes dinàmics d'adquisició o la centralització de la contractació en un òrgan especialitzat, són una alternativa als procediments ordinaris. En l'àmbit de les administracions públiques catalanes existeixen actualment tres òrgans especialitzats: la Comissió Central de Subministraments, el Consorci de Serveis Universitaris de Catalunya i la Central de Compres del Món Local, gestionada per l'Associació Catalana de Municipis. Tot i la simplificació que comporta l'ús d'aquestes tècniques, cal tenir en compte també el problema de la durada, ja que, com en els procediments d'adjudicació obert o restringit, també en aquest cas els contractes no poden excedir del límit de quatre anys de durada, d'acord amb l'article 219 de la LCSP. En canvi, com a avantatge, es tracta de procediments que no comprometen el pressupost i que agiliten i simplifiquen molt el procediment mitjançant els acords marc i la contractació basada.

A banda de la durada i la indeterminació del preu, el segon problema que plantegen aquests contractes és el relacionat amb el pagament del contracte, ja que la despesa plurianual no pot superar els quatre exercicis pressupostaris, d'acord amb l'article 36.3 del text refós de la Llei de finances de Catalunya, i els procediments judicials es poden perllongar més enllà d'aquest termini.

D'altra banda, cal tenir en compte que la prestació de serveis jurídics de representació i defensa pot ser un contracte de tracte successiu en què s'hagin de fer pagaments periòdics en funció dels tràmits processals que es vagin succeint, i la planificació d'aquests pagaments pot resultar complicada perquè dependrà del progrés, habitualment irregular, del procediment judicial.

En l'àmbit privat sovint els serveis jurídics de representació i defensa es retribueixen mitjançant la modalitat de la *quota litis*, és a dir, mitjançant un acord entre advocat i client pel qual la retribució de l'advocat és un percentatge del resultat del procés, ja sigui una quantitat en diners o uns beneficis determinats. Es podria pensar, doncs, en un pagament per resultat, que, tot i que d'entrada podria semblar que no encaixa amb el concepte de *preu cert* establert en la LCSP, hi podria trobar cobertura en la mesura que el preu seria determinable o previsible en funció dels criteris establerts prèviament (Gimeno Feliú, 2023).

En tercer lloc, pot ser que la provisió del servei presenti unes característiques particulars o excepcionals que l'exclouen dels serveis ordinaris, ja sigui perquè té caràcter puntual, perquè afecta càrrecs directius o alts funcionaris (situacions de conflicte d'interès, raons d'unitat estratègica processal o relacions de confiança entre advocat i client), per raó de l'especialització (àmbits en què es requereix un coneixement especialitzat, com el dret informàtic i la ciberseguretat, el dret aeronàutic, el dret penal vinculat a l'exercici de càrrecs i funcions públiques, els procediments jurisdiccionals davant del Tribunal de Comptes, el dret inter-

nacional, etc.) o, simplement, per l'aparició d'una necessitat immediata i urgent de defensa no prevista individual o col·legiada de durada indeterminada (per exemple, diligències prèvies o actuacions reservades, procediments d'instrucció penal contra determinats funcionaris o càrrecs directius o electes, procediments judicials que poden afectar el patrimoni personal o familiar dels funcionaris o càrrecs públics o la seva esfera privada, querelles que afecten indistintament persones públiques i privades, etc.).

Un darrer element que cal analitzar, cabdal en la relació entre advocat i client, és la relació de confiança. Ara bé, aquesta relació se sol fonamentar en criteris totalment subjectius, per la qual cosa és molt difícil poder-la valorar a través de l'establiment d'uns criteris de solvència tècnica objectius i preestablerts.

Tenint en compte tots aquests factors (la durada del contracte, el caràcter plurianual de la despesa, la indeterminació del preu o la seva fixació diferida, els pagaments periòdics o a l'avançada, la possibilitat d'un pagament per resultats, l'especialització, la urgència, la possibilitat d'un conflicte d'interès, la defensa col·legiada o unitària, o, fins i tot, drets de propietat intel·lectual derivats del disseny de l'estratègia processal), tant les juntes consultives de contractació com la doctrina s'han posicionat i ofereixen diferents solucions per a la contractació d'aquests serveis per les administracions públiques.

3. ELS ARGUMENTS DEL DEBAT SOBRE L'ÚS DE PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA EN LA DEFENSA JURÍDICA

La doctrina i les juntes consultives de contractació estatal i autonòmiques mantenen posicions molt polaritzades sobre la provisió dels serveis de representació i defensa jurídica mitjançant procediments de contractació pública.

D'una banda, la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó considera totalment exclosa de la LCSP la contractació dels serveis de defensa i representació judicial. El fonament jurídic d'aquest posicionament, com veurem, és el dret europeu, del qual es fa despendre un mandat de no subjecció, de compliment obligatori per al legislador estatal. Aquest posicionament ha tingut una plasmació legislativa en la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre, de modificació de la Llei 2/2018, del 13 d'abril, de contractes públics de Navarra, que ha introduït una lletra *l* en l'article 7.1 d'aquesta llei. Tanmateix, el Tribunal Constitucional (TC), mitjançant la STC 65/2024, de l'11 d'abril, que ha resolt el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel president de l'Estat contra l'esmentada Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre, ha establert que, en tot cas, la configuració de l'àmbit objectiu de la LCSP i, per tant, la determinació de quins serveis queden subjectes a la legislació de contractació pública, corresponen al legislador estatal bàsic, de manera que la introducció d'exclusions a aquesta subjecció resta vedada als legisladors autonòmics o forals. En conseqüència, el TC ha declarat la inconstitucionalitat del precepte de la Llei navarresa que establia l'exclusió de la contractació de serveis de defensa jurídica de la legislació de contractació pública.

D'altra banda, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat i les juntes consultives de contractació de Canàries i Catalunya consideren que correspon al legislador estatal, en el moment de la transposició de les directives europees de contractació pública,

determinar l'exclusió o no d'aquests serveis de la legislació de contractació pública, sense que del dret europeu es pugui desprendre un mandat imperatiu adreçat al legislador intern en un sentit o en un altre, sinó que aquest disposa d'una facultat potestativa per a decidir, en el moment de la transposició, per quina de les dues opcions opta. Un cop presa la decisió, és obligatòria per a la resta de poders públics. Comencem per analitzar, doncs, la transposició efectuada.

3.1. LA TRANSPOSICIÓ DEL DRET EUROPEU SOBRE CONTRACTACIÓ PÚBLICA. ELS ARTICLES 10 I 11.3 I 19.2D DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE I 19.2D DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

L'article 10 de la Directiva 2014/24, del Parlament i del Consell, sobre contractes públics, estableix la llista de serveis exclosos de la contractació pública. De manera específica, la lletra *d* de l'article esmenta: *a*) els serveis d'arbitratge i de conciliació i *b*) qualsevol dels serveis jurídics següents:

i) La representació legal d'un client per un advocat en el sentit de l'article 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consell en: un arbitratge o una conciliació celebrada en un estat membre, un tercer país o davant d'una instància internacional de conciliació o arbitratge, o un procediment judicial davant dels òrgans jurisdiccionals o les autoritats públiques d'un estat membre, un tercer país o davant d'òrgans jurisdiccionals o institucions internacionals.

ii) L'assessorament jurídic prestat com a preparació d'un dels procediments esmentats en el punt *i* d'aquesta lletra o quan hi hagi una indicació concreta i una alta probabilitat que l'assumpte sobre el qual s'assessa serà objecte d'aquests procediments, sempre que l'assessorament el presti un advocat en el sentit de l'article 1 de la Directiva 77/249/CEE.

iii) Els serveis de certificació i autenticació de documents que hagin de ser prestats per un notari.

iv) Els serveis jurídics prestats per administradors, tutors o altres serveis jurídics els proveïdors dels quals siguin designats per un òrgan jurisdiccional de l'estat membre en qüestió o siguin designats per llei per a desenvolupar funcions específiques sota la seva supervisió.

v) Altres serveis jurídics que estiguin relacionats, fins i tot de manera ocasional, amb l'exercici del poder públic.

En la LCSP, el legislador estatal ha transposat parcialment aquesta exclusió, de manera que si bé ha exclòs de l'àmbit objectiu del contracte de serveis els serveis d'arbitratge i de conciliació (art. 11.3 de la LCSP), no fa cap esment, en canvi, dels serveis jurídics del segon apartat de la lletra *d* de l'article 10 de la Directiva.

Ara bé, després de definir els contractes de serveis com els que tenen per objecte les prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o les adreçades a l'obtenció d'un resultat d'una obra o un subministrament, incloent-hi aquells en els quals l'adjudicatari s'obligui a executar el servei de manera successiva i per un preu unitari, i excloent-ne els que impliquin l'exercici de l'autoritat inherent als poders públics (art. 17 de la LCSP), delimita els

contractes subjectes a la regulació harmonitzada en funció de dos paràmetres: que es tracti de contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres o concessió de serveis, i que tinguin un valor estimat igual o superior als llindars establerts en la Llei (art. 19 de la LCSP).

Tanmateix, l'article 19.2e de la LCSP exclou de la consideració de contracte harmonitzat, amb independència del seu valor estimat, els contractes que tinguin per objecte qualsevol dels serveis jurídics següents:

— La representació i defensa legal d'un client per un procurador o un advocat, ja sigui en un arbitratge o una conciliació celebrada en un estat o davant d'una instància internacional de conciliació o arbitratge, ja sigui en un procediment judicial davant dels òrgans jurisdiccionals o les autoritats públiques d'un estat o davant d'òrgans jurisdiccionals o institucions internacionals.

— L'assessorament jurídic prestat com a preparació per a un dels procediments esmentats en l'apartat anterior de la lletra e, o quan existeixi una alta probabilitat que l'assumpte sobre el qual s'assessora sigui objecte d'aquests procediments, sempre que l'assessorament el presti un advocat.

— Els serveis de certificació i autenticació de documents que hagin de ser prestats per un notari públic.

— Els serveis jurídics prestats per administradors, tutors o altres serveis jurídics els prestadors dels quals siguin designats per un òrgan jurisdiccional o siguin designats per llei per a desenvolupar funcions específiques sota la seva supervisió.

— Altres serveis jurídics que estiguin relacionats, fins i tot de manera ocasional, amb l'exercici del poder públic.

La definició d'aquests serveis jurídics és coincident amb la continguda en la lletra d de l'article 10 de la Directiva. La consideració de contractes de serveis no harmonitzats resideix en la seva manca d'interès comunitari, ja que es tracta de serveis vinculats a l'exercici de potestats públiques (la potestat jurisdiccional) i amb el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitució espanyola [CE]).

Per la seva banda, l'annex IV de la LCSP inclou els serveis jurídics diferents dels previstos en l'article 19.2e de la LCSP en el conjunt de serveis socials i altres serveis especials que estan subjectes a la regulació harmonitzada en el cas que tinguin un valor estimat igual o superior a set-cents cinquanta mil euros. A aquests serveis, atès que es tracta de prestacions de caràcter intel·lectual, també els seria aplicable el que disposa l'article 145.4 de la LCSP, en el sentit que els criteris relacionats amb la qualitat han de representar, com a mínim, el 51 % de la puntuació assignable en la valoració de les ofertes, sens perjudici del que estableix l'article 146.2a de la LCSP (és a dir, la prioritització de l'ús de percentatges o fórmules i, quan escaigui, del nomenament d'un comitè d'experts).⁹ En canvi, quan no són serveis de caràcter cultural, social, sanitari o educatiu, no els és aplicable el que disposa la disposició addicional

9. Segons l'annex IV de la LCSP, els serveis jurídics a què es refereix són els compresos en els CPV 79100000-5 a 79140000-7 i 75231100-5, que inclouen els serveis d'assessoria i representació jurídica (no judicial) i els d'assessorament i informe, així com els serveis administratius que es relacionin amb tribunals de justícia.

quaranta-setena de la LCSP sobre la possibilitat de regular un règim simplificat de contractació pública per a aquests serveis.

Finalment, cal fer esment del Reial decret llei 3/2020, de mesures urgents per a la transposició de les directives europees de contractació pública en els anomenats *sectors exclosos* i en l'àmbit de les assegurances i dels litigis fiscals, l'article 20c del qual estableix de manera expressa que a les entitats públiques que exerceixen les activitats compreses en els articles 8-14 del Reial decret llei en els sectors de l'aigua, el gas i la calefacció, l'electricitat, els serveis de transport, ports i aeroports, els serveis postals i la prospecció i extracció de petroli, gas, carbó i altres combustibles sòlids, no se'ls aplica el reial decret llei esmentat pel que fa als serveis jurídics següents:

— La representació i defensa legal d'un client per un procurador o un advocat, ja sigui en un arbitratge o en una conciliació celebrada en un estat o davant d'una instància internacional de conciliació o arbitratge, ja sigui en un procediment judicial davant dels òrgans jurisdiccionals o les autoritats públiques d'un estat o davant d'òrgans jurisdiccionals internacionals.

— L'assessorament jurídic prestat com a preparació d'algun dels procediments esmentats o quan existeixi una alta probabilitat que l'assumpte sobre el qual s'assessora sigui objecte d'aquests procediments, sempre que l'assessorament el presti un advocat.

— Els serveis de certificació i autenticació de documents que hagin de ser prestats per un notari públic.

— Els serveis jurídics prestats per administradors, tutors o altres serveis jurídics els prestadors dels quals hagin estat designats per un òrgan jurisdiccional o per la llei per a desenvolupar funcions específiques sota la supervisió d'un òrgan jurisdiccional.

— Altres serveis jurídics que estiguin relacionats, fins i tot de manera ocasional, amb l'exercici del poder públic.

En aquest cas, per tant, i a diferència de la LCSP, el legislador sí que ha optat per excloure aquests serveis de l'àmbit d'aplicació del Reial decret llei.

Per tant, en una primera conclusió es pot afirmar que la contractació de serveis jurídics de representació i defensa jurídica processal de les administracions públiques:

a) Està subjecta a la LCSP, si bé, amb independència del seu import, no té el caràcter d'harmonitzada i, per tant, no caldrà publicar l'anunci de licitació al *Diari Oficial de la Unió Europea* (DOUE), amb l'excepció dels serveis previstos en l'annex IV de la LCSP.

b) Els contractes de serveis jurídics compresos en l'annex IV de la LCSP, diferents dels previstos en l'article 19 (és a dir, els serveis d'assessoria i representació jurídica, l'assessorament i informe i els serveis administratius que es relacionin amb els tribunals de justícia), sí que poden tenir la consideració de contractes harmonitzats si el seu valor estimat és igual o superior a set-cents cinquanta mil euros i s'han de contractar amb criteris de qualitat.

c) La contractació de serveis jurídics de representació i defensa de les entitats que exerceixen activitats compreses en els articles 8-14 del Reial decret llei 3/2020 no estan subjectes a la legislació sobre sectors exclosos.

Ara bé, aquesta interpretació no és pacífica, ja que, com hem dit, un sector de la doctrina defensa l'exclusió de la contractació d'aquests serveis de la LCSP amb fonament, precisament, en la Directiva europea de contractació pública.

3.2. ELS ARGUMENTS PER A L'EXCLUSIÓ DE LA CONTRACTACIÓ DELS SERVEIS JURÍDICS DE REPRESENTACIÓ I DEFENSA DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

En contra de la interpretació anterior cal esmentar l'Informe 1/2023, del 14 de febrer, de la Junta Consultiva d'Aragó, així com els articles del professor Gimeno Feliú (Gimeno, 2023), que sostenen la no subjecció d'aquests serveis a la legislació de contractació pública per aplicació directa de la Directiva de contractació pública.

L'Informe de la Junta Consultiva d'Aragó 1/2023, del 14 de febrer, sobre la possible subjecció de la contractació dels serveis de representació i defensa en judici de les administracions públiques, així com l'assessorament previ, a les previsions de la LCSP, arriba a la conclusió que aquests serveis, que «es refereixen exclusivament als serveis prestats per advocats en qualsevol àmbit o especialitat del dret, no tenen la consideració de contracte públic» (la traducció és nostra), ja que segons la seva opinió estan exclosos de la LCSP i la seva naturalesa ha de ser la de contracte privat.

L'argumentació de l'Informe es fonamenta en el fet que la Directiva exclou aquests serveis, com hem vist, de l'àmbit d'aplicació de la normativa europea de contractació, la qual cosa comporta, a parer seu, l'exclusió d'aquesta «categoria o concepte» contractual; així, «igual que el Reial decret llei 3/2020 ha exclòs els sectors especials de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes del sector públic, ja que són categories o conceptes europeus» (la traducció és nostra), el mateix seria aplicable a la contractació dels serveis jurídics, que també constitueixen una categoria o un concepte europeu exclòs de l'aplicació.

Segons l'Informe, si el legislador espanyol hagués volgut incloure les activitats de defensa jurídica en processos jurisdiccionals en l'àmbit de la LCSP, ho hauria d'haver explicitat expressament i haver-ho justificat. La previsió de l'article 19, que configura aquesta contractació com a no harmonitzada, tal com ja hem dit, no implica que estigui subjecta a la LCSP. L'exclusió, a més, ha d'operar en tot el territori de l'Estat, ja que és conseqüència de l'aplicació de normes europees.

Aquest informe, de fet, reproduïx l'argumentació del professor Gimeno Feliú, basada en el dret europeu. Segons el seu parer, l'activitat de defensa jurídica és una activitat exclosa de la Directiva 2006/123, de serveis públics, i, per tant, no constitueix una activitat civil o mercantil. A més a més, està vinculada directament amb la protecció del dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), es basa en la relació de confiança entre advocat i client i comporta la prestació d'una activitat susceptible de ser protegida pel dret de propietat intel·lectual i, per tant, exclosa de concurrència pública. En aquest sentit, esmenta que diversos estats membres, com França, Itàlia i Alemanya, han exclòs la contractació de serveis jurídics de representació i defensa de l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes. Per aquest motiu, arriba a la conclusió que la transposició de la Directiva europea de contractació

pública no s'ha dut a terme correctament i que, per tant, cal aplicar-la directament en virtut de l'anomenat *efecte directe*, la qual cosa comporta la no subjecció dels serveis de representació i defensa processal a la normativa de contractació pública (Gimeno, 2023).

3.3. ELS ARGUMENTS A FAVOR DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC: LA SUBJECCIÓ DE LA CONTRACTACIÓ DE SERVEIS JURÍDICS DE REPRESENTACIÓ I DEFENSA A LA LEGISLACIÓ DE CONTRACTES PÚBLICS ÉS POTESTAT DEL LEGISLADOR INTERN

Enfront de la interpretació anterior, dues juntes consultives de contractació han afirmat que la subjecció de la contractació de serveis jurídics de representació i defensa a la LCSP. Es tracta de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, en els informes 4/2019, 52/2020 i 27/2023, entre d'altres, i de la Junta Consultiva del Govern de Canàries, en l'Informe 5/2022, del 31 de maig.

La Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat emet el seu Informe 4/2019 a sol·licitud de la Diputació Provincial de Guadalajara. En aquest informe, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat acaba afirmant, en primer lloc, que la contractació de serveis de defensa legal d'una administració pública no es pot considerar un contracte harmonitzat i, per tant, el seu règim jurídic ve determinat pels criteris de la comunicació interpretativa de la Comissió sobre el dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les directives europees de contractació pública (publicada al DOUE de l'1 d'agost de 2006). Per a la Junta estatal, el fet que la Directiva europea hagi exclòs els contractes de serveis de defensa legal de l'àmbit d'aplicació de la Directiva comporta que aquests serveis han de quedar exclosos de la contractació harmonitzada, sigui quin sigui el valor estimat, però això no obliga el legislador espanyol a excloure en tot cas aquests contractes de la legislació interna de contractació pública, ans al contrari: el legislador intern gaudeix de la potestat de permetre que quedin subjectes a la seva regulació sempre que quedin exclosos de la regulació harmonitzada. Distingeix, per tant, entre subjecció a la legislació de contractes públics i subjecció a la normativa sobre contractació pública harmonitzada.

En conseqüència, per a la Junta Consultiva estatal, la subjecció o no de la contractació dels serveis de defensa jurídica a la LCSP és potestativa i el legislador intern gaudeix de la possibilitat d'escollir, de manera que, sigui quina sigui l'opció escollida, no es pot considerar que sigui una transposició incorrecta de la Directiva. En el mateix sentit s'ha pronunciat el TC en la STC 68/2021, del 18 de març.

En segon lloc, pel que fa al règim jurídic aplicable a aquests serveis, l'Informe conclou que la seva contractació es pot dur a terme mitjançant qualsevol dels procediments regulats per la LCSP, si bé aconsella tenir en compte el conjunt de procediments en els quals seran necessaris aquests serveis i la quantia global del seu import, així com la durada prevista del contracte i que s'han de respectar, en la contractació, els principis de publicitat i concurrència. Cal assenyalar que, en els fonaments jurídics, l'Informe considera perfectament admissible l'ús del procediment negociat sense publicitat regulat en l'article 168*b*.1 de la LCSP, és a dir, per raons «d'imperiosa urgència», tot i que descarta l'ús del contracte menor.

No obstant això, en tercer lloc l'Informe conclou que es poden contractar serveis de defensa jurídica per a un cas concret en què es requereixi una determinada especialització o que presentin una singularitat específica, sempre que es justifiqui en l'expedient.

Per tant, en definitiva, aquest informe admet l'adjudicació directa del contracte tant mitjançant un procediment negociat sense publicitat per raons d'urgència imperativa com mitjançant una contractació menor, sense obviar, però, els procediments ordinaris regulats per la LCSP.

Aquest criteri, que d'entrada sembla bastant flexible i que permetria donar cobertura puntual a les necessitats de contractar determinats serveis de defensa jurídica especialitzats o extraordinaris basats en una relació de confiança (tot i que no resol el problema de la durada ni el dels pagaments a la bestreta o per resultats), és modificat parcialment en el posterior Informe 52/2020, en què la Junta estatal manté una posició més restrictiva en relació amb l'ús del procediment negociat sense publicitat i de la contractació menor.

L'Informe 52/2020 s'emet en relació amb una consulta de l'Ajuntament de Vila-real, el qual presenta una elevada litigiositat en matèria urbanística que requereix, en conseqüència, la contractació amb diversos lletrats del servei de defensa en judici. La consulta, en concret, fa referència a la possibilitat de contractar, de manera conjunta, els serveis de defensa lletrada a través d'un procediment negociat sense publicitat, atesa la relació *intuitu personae* entre l'advocat i el seu client, i, si això no fos possible, pregunta com es podria reflectir aquesta relació especial entre advocat i client en el plec de clàusules administratives particulars. L'entitat consultant al·lega el dret a la lliure elecció de l'advocat defensor i la relació de confiança entre advocat i client com a elements que dificulten la descripció objectiva de la qualitat esperada dels serveis que s'hagin de prestar. A favor de la seva interpretació, al·ludeix a l'Informe 4/2019, en el qual la Junta estatal afirma que si el contracte manca d'interès per als operadors econòmics d'altres estats membres, seria admissible prescindir del requisit de publicitat i limitar el nombre d'empreses a les quals es demani oferta (Informe 4/2019, p. 7).

En l'informe de resposta, la Junta estatal reitera que els contractes de serveis de defensa jurídica mai no poden estar subjectes a regulació harmonitzada, tot i que el legislador europeu ha considerat que correspon als legisladors nacionals determinar si els serveis jurídics de representació i defensa han de quedar subjectes o no a les normes d'adjudicació dels contractes públics. En conseqüència, si el legislador intern opta per establir la seva subjecció, això no es pot considerar que constitueixi una transposició incorrecta. L'Informe de resposta fa esment de la STJUE del 6 de juny de 2019, dictada amb relació a la decisió prejudicial formulada sobre la validesa de l'article 10c i d de la Directiva 2014/24/UE, i l'exclusió que regula la normativa belga de transposició de les disposicions de la Directiva 2014/24/UE respecte de determinats serveis jurídics dels procediments d'adjudicació de contractes públics.

A continuació, la Junta analitza si seria possible emprar el procediment negociat sense publicitat regulat en l'article 168b.1 de la LCSP. Parteix de la consideració d'aquest procediment com a no ordinari i, per tant, d'ús limitat, i arriba a la conclusió que aquest procediment només es podrà emprar en els supòsits recollits expressament en l'article 168 de la LCSP, per la qual cosa «aparentment, la contractació ordinària i conjunta dels serveis de defensa jurídica de la corporació no encaixaria amb cap dels supòsits enumerats en l'article 168 de la LCSP, raó per la qual no es podria admetre el recurs a aquest tipus de procediment amb caràcter general» (la traducció és nostra), i així ho afirma en la primera conclusió de l'Informe.

No obstant això, en segon lloc assenyala que aquest procediment només es podria utilitzar en supòsits excepcionals i veritablement singulars i sempre que s'hagi justificat adequadament en els supòsits enumerats en l'article 168 de la LCSP i deixant-ne constància en l'expedient, de manera que no tanca totalment la porta a aquesta possibilitat.

Pel que fa a la segona consulta que se li havia formulat, que era com es podria reflectir en els plecs dels procediments ordinaris de selecció del contractista el caràcter *intuitu personae* d'aquests contractes, la Junta estatal conclou que «[l]es normes de la LCSP aplicables amb caràcter general al contracte de serveis permeten acomodar els plecs dels contractes de serveis jurídics a les peculiaritats pròpies de la relació *intuitu personae* que s'estableix entre advocat i client» (la traducció és nostra), sense més especificacions.

I, finalment, pel que fa a la contractació menor, conclou que es podrà emprar en els supòsits i amb els límits, els requisits i les condicions establerts amb caràcter general en la LCSP.

Posteriorment, mitjançant l'Informe 27/2023, emès a sol·licitud de la Universitat Politècnica de Madrid, la Junta estatal es reafirma en la seva posició. En el seu escrit de consulta, la Universitat Politècnica de Madrid reproduïx els arguments de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern d'Aragó en el sentit que el legislador intern hauria d'haver explicat i justificat millor la subjecció dels serveis de representació i defensa judicial als procediments de la LCSP. En la seva resposta, la Junta confirma que els contractes de serveis jurídics d'assessorament i representació judicial prestats per advocats estan subjectes a la LCSP, malgrat que estiguin exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/24. Això és degut, afirma, al fet que el legislador intern ha optat, fent ús de la seva facultat de transposició, per aplicar-los el règim jurídic dels contractes no subjectes a regulació harmonitzada (art. 19 de la LCSP). D'altra banda, i reiterant el que ja havia expressat en l'Informe 52/2020, considera que la relació de confidencialitat entre advocat i client es pot reflectir en el contracte mitjançant els plecs de clàusules administratives particulars del contracte, però tampoc específica com fer-ho.

En una línia semblant s'ha manifestat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern de Canàries en l'Informe 5/2022, emès a sol·licitud de la Direcció General de Patrimoni i Contractació. D'aquest informe, però, convé destacar dues qüestions: que, en la seva argumentació, parteix de la interpretació del professor Gimeno Feliú que ja hem exposat i, en segon lloc, que qualifica de poc clars els informes de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat. El seu argument difereix del de les juntes estatals, ja que es fonamenta en el fet que, atès que la LCSP exclou els contractes de serveis de defensa legal de la regulació harmonitzada però no estableix cap normativa específica per a aquests contractes, només és possible una solució: que estiguin subjectes a la LCSP.

3.4. LA NECESSITAT D'ADAPTAR LA NORMATIVA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA A LES CARACTERÍSTIQUES DELS SERVEIS DE DEFENSA JURÍDICA DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

En aquest apartat exposarem els arguments de l'Informe 21/2023 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya, la qual, tot i que considera que aquests contractes estan subjectes a la LCSP, també desaconsella «l'aplicació sense matisos de la normativa de

contractació pública» i, per tant, considera «del tot necessari que el legislador —ja sigui l'estatal o l'autonòmic— competent en la transposició i el desplegament del dret comunitari de contractació pública reguli les especialitats necessàries, ateses les característiques distintives d'aquests serveis».

D'entrada, la junta catalana fa referència a dos precedents que reforcen el seu posicionament. El primer és el seu Informe 1/2016 (pàgina 3), en el qual va tenir ocasió d'analitzar l'efecte directe de la Directiva 2014/24/UE de contractació pública un cop finalitzat el termini per a la seva transposició sense que s'hagués dut a terme. En aquest informe va afirmar que les disposicions de la Directiva relatives a les exclusions, que determinen el seu àmbit d'aplicació objectiu, no requerien estrictament la transposició i tenien efecte directe, de manera que els *contractes públics* a què al·ludeixen quedaven fora del seu àmbit d'aplicació sense necessitat de cap actuació per part dels estats membres, i assenyalava també que «atès que aquests preceptes de la Directiva inclouen alguns serveis que el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP) no exclou del seu àmbit d'aplicació, aquests serveis continuen estant subjectes al TRLCSP —la qual cosa, evidentment, no és contrària a la Directiva—, si bé no han de tenir la consideració de contractes subjectes a regulació harmonitzada, amb independència del seu valor estimat, ja que, com s'ha dit, no hi estan subjectes d'acord amb la nova directiva».

Aquest posicionament es reitera en l'Informe 21/2023, i, precisament, és el que ha recollit el legislador estatal en la LCSP.

En segon lloc, l'Informe (pàgina 6) fa referència a la STC 68/2021, del 18 de març, ja esmentada en aquest article, per la qual s'estima parcialment el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la LCSP. Aquesta sentència apunta, en relació amb la impugnació de preceptes relatius a la delimitació i configuració dels contractes del sector públic i els seus elements essencials, que «el recurrent critica el legislador estatal per dur a terme, a través de l'art. 11 LCSP, una transposició defectuosa de les directives de contractació pública europees, en no excloure i regular els contractes que tinguin per objecte serveis jurídics [art. 19.2e LCSP]» (la traducció és nostra), però, en canvi, el TC afirma que «la regulació dels contractes que tenen per objecte la prestació de serveis jurídics obeeix als sols efectes de la seva exclusió dels contractes subjectes a regulació harmonitzada, en sintonia amb l'art. 10 d) de la Directiva 2014/24/UE» (la traducció és nostra).

L'Informe de la Junta catalana assenyalava en la pàgina 7 que els serveis jurídics que tinguin per objecte la representació legal o l'assessorament jurídic estan subjectes a la LCSP, si bé en cap cas tenen la consideració de contractes subjectes a regulació harmonitzada, i diu que aquest fet obeeix a la possibilitat deixada per la Directiva als legisladors interns, tot i que, anuncia, «al marge de la valoració que pugui fer-se d'aquesta opció, les característiques d'aquests serveis semblen abocar a la necessitat que es regulin especialitats per a aquests contractes, com més endavant s'apuntarà».

Dit això i després d'esmentar els diferents informes i pronunciaments de la Junta estatal i de les altres juntes que ja hem esmentat, en el punt IV de l'Informe s'analitzen els diferents procediments de contractació aplicables, tenint present l'especial relació de confiança entre advocat i client, i, tot fent remissió als informes de la Junta estatal, igualment s'esmenten tant els procediments ordinaris com el procediment negociat sense publicitat, sense excloure tampoc la contractació menor.

Pel que fa a les particularitats d'aquests contractes, l'Informe destaca la solvència necessària per a garantir la capacitat tècnica i la possibilitat de valorar l'experiència com a criteri d'adjudicació, i esmenta la Resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) 244/2021, del 5 de març. Pel que fa a la durada, assenyala la manca d'una disposició en la LCSP que tingui en compte la possibilitat d'adaptar la durada del contracte a les necessitats que s'han de cobrir (aspecte que constitueix un dels principals problemes per a la contractació d'aquests serveis, tal com ja hem exposat). En relació amb el pagament del preu, s'apunta, com una de les possibilitats, el pagament per resultats, que permetria que el preu consistís en un percentatge del resultat del procés (*quota litis*).

En conclusió, doncs, l'Informe, malgrat considerar correcta la transposició legislativa duta a terme en la LCSP, palesa la necessitat d'una adaptació legislativa i deixa oberta la possibilitat tant al legislador estatal com a l'autonòmic.

4. DELIMITACIÓ DE LA NORMATIVA BÀSICA EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 65/2024, DE L'11 D'ABRIL

4.1. LA DISTRIBUCIÓ CONSTITUCIONAL I ESTATUTÀRIA DE COMPETÈNCIES EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

Arribats a aquest punt, un element clau és determinar si la regulació de les necessàries especialitats que adaptin la contractació dels serveis de representació i defensa judicial de les administracions públiques correspon al legislador estatal o bé als legisladors autonòmics, d'acord amb els criteris de repartiment competencial en aquesta matèria establerts per la CE i pels estatuts d'autonomia.

Respecte a aquesta qüestió, hem de partir de l'article 149.1.18 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva per a fixar la «legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives», de manera que correspon a les comunitats autònomes el desplegament legislatiu i l'execució d'aquesta competència.

La jurisprudència constitucional ha delimitat la competència estatal bàsica tenint en compte la doble dimensió de les bases: la material i la formal. En la STC 68/2021, del 18 de març, el TC afirma:

[...] el que s'ha de considerar com a bases o legislació bàsica és el comú denominador normatiu necessari per a assegurar la unitat fonamental prevista per les normes del bloc de la constitucionalitat que estableixen la distribució de competències (STC 48/1988, del 22 de març, FJ 3). [...] un marc normatiu unitari d'aplicació a tot el territori nacional (STC 147/1991, de 4 de juliol), adreçat a assegurar els interessos generals i dotat d'estabilitat —ja que amb les bases s'atenen aspectes més estructurals que conjunturals (STC 1/1982, de 28 de gener, FJ 1)—, a partir del qual cada comunitat pugui, en defensa del seu propi interès, introduir les peculiaritats que consideri convenient dins del marc competencial que en la matèria corresponent li assigni el seu estatut [la traducció és nostra].

Pel que fa a la dimensió formal de les bases, la STC 68/2021, del 18 de març, citant sentències dels anys vuitanta (STC 80/1988, del 28 d'abril, 227/1988, del 29 de novembre, i 1/1982, del 28 de gener) confirma la idea que les bases s'han de contenir en normes amb rang de llei, atès que la finalitat essencial d'aquesta dimensió formal és:

[...] excloure la incertesa jurídica que suposaria que l'Estat pogués oposar com a norma bàsica a les comunitats autònomes qualsevol classe de precepte legal o reglamentari, al marge de quin sigui el seu rang o la seva estructura. [...] l'instrument per a establir-les és la llei. De manera que la mateixa llei pot i ha de declarar expressament el caràcter bàsic de la norma o, a falta d'això, l'ha de dotar d'una estructura que permeti inferir, directament o indirectament, però sense una dificultat especial, la seva vocació o pretensió bàsica [la traducció és nostra].

No obstant això, la STC 68/2021, del 18 de març, també reconeix que, excepcionalment, el TC ha reconegut el caràcter bàsic a regulacions no contingudes en normes amb rang de llei i, fins i tot, a actes d'execució.

Pel que fa a la noció material, el TC identifica el que és materialment bàsic en matèria de contractació pública d'acord amb dos criteris teleològics. Així, la STC 141/1993, del 22 d'abril, que va resoldre el conflicte positiu de competència interposat pel Govern basc en relació amb el Reial decret 2528/1986, del 28 de novembre, pel qual es va modificar el Reglament general de contractació de l'Estat per adaptar-lo al Reial decret legislatiu 931/1986, del 2 de maig, estableix:

[...] la normativa bàsica en matèria de contractació administrativa té, principalment, per finalitat, a banda d'altres fins d'interès general, proporcionar les garanties de publicitat, igualtat, lliure concurrència i seguretat jurídica que assegurin als ciutadans un tractament comú davant de totes les administracions públiques [la traducció és nostra].

En conseqüència, la STC considera que tots els preceptes que tendeixin a constituir «un complement necessari de la Llei de contractes per a dotar d'eficàcia pràctica els principis bàsics de la contractació administrativa» (la traducció és nostra), han de ser considerats bàsics. En canvi, segons la mateixa STC, no ho seran «les prescripcions de detall o de procediment que, sense perjudicar l'eficàcia de tals principis bàsics, puguin ser substituïdes per altres regulacions així mateix complementàries o de detall, elaborades per les comunitats autònomes amb competències per a fer-ho» (la traducció és nostra).

El segon criteri el trobem en la STC 84/2015, del 30 d'abril, que afirma que constitueixen normes materialment bàsiques les que garanteixin:

[...] la utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa [la traducció és nostra].

En conseqüència, la STC inclou, dins de la competència bàsica estatal, els criteris d'adjudicació i, en general, les regles que permetin seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa tot garantint la igualtat dels licitadors.

Aprofundint en el caràcter materialment bàsic de les normes sobre contractació pública, el TC considera que ho són les normes sobre procediment que garanteixin un tractament igual dels administrats davant de les administracions públiques (STC 68/2021, del 18 de març); la delimitació de l'àmbit objectiu i subjectiu de la legislació de contractes públics (STC 68/2021, del 18 de març); en relació amb el contracte de gestió de serveis, la definició dels contractes mitjançant els quals es pot fer aquesta gestió (STC 161/2013, del 26 de setembre); les normes sobre capacitat, solvència i classificació dels empresaris per tal d'assegurar la igualtat dels licitadors i la seguretat jurídica (STC 141/1993, de l'11 de juliol, i 331/1993, del 12 d'abril); la prohibició de pagament ajornat i les seves excepcions (STC 56/2014, del 10 d'abril); la regulació de les causes de suspensió de les classificacions (STC 331/1993, del 12 d'abril) i l'exigència de notificació de la resolució sancionadora per a procedir a la suspensió (STC 141/1993, de l'11 de juliol); les normes per a acreditar els requisits dels licitadors nacionals i estrangers (STC 84/2015, del 13 d'abril); en general, les normes que regulen la preparació, l'adjudicació, els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes (STC 68/2021, del 18 de març); els conceptes que s'han d'incloure en els plecs dels contractes (STC 141/1993, de l'11 de juliol); els procediments d'adjudicació, si bé les comunitats autònomes poden introduir novetats per a una tramitació més ràpida i eficaç (STC 237/2015, del 19 de novembre); la fixació de llindars (STC 141/1993, de l'11 de juliol); els criteris de selecció de l'oferta més avantatjosa (STC 84/2015, del 13 d'abril); en general, les previsions sobre la licitació i el contingut dels anuncis i sobre les condicions de retirada de les ofertes i fiances (STC 141/1993, de l'11 de juliol); els terminis per a la presentació de proposicions (STC 237/2015, del 19 de novembre), els requisits per a la formalització dels contractes (STC 237/2015, del 19 de novembre) i la regulació de les prerrogatives de l'Administració (STC 84/2015, del 13 d'abril).

Un tercer factor que cal considerar en la delimitació de la competència bàsica estatal és el dret de la Unió Europea. Per a Gimeno Feliú (2017), el dret de la Unió Europea forma part de les bases de la contractació pública, tot entenent que el TC assimila el contingut del que és bàsic als principis i les garanties comunitaris. En conseqüència, afirma, la comunitat autònoma té el deure d'adequar la seva competència a aquests principis i garanties quan transposi el dret europeu, tant si l'Estat ho ha fet com si no ho ha fet mitjançant la Llei de bases (citada a Aguado, 2021).

En relació amb aquesta qüestió, però, la STC 68/2021, del 18 de març, que resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel Govern d'Aragó contra diversos preceptes de la LCSP, introdueix un matís important en aquesta afirmació. Així, la STC 68/2021, del 18 de març, estableix expressament que el dret europeu, en si mateix, no constitueix un paràmetre de constitucionalitat i que les normes europees, tant les originàries com les derivades, no tenen ni rang ni força constitucional, per la qual cosa els conflictes que es produeixin amb la seva transposició s'han de resoldre únicament amb les normes de dret intern sobre repartiment constitucional i estatutari de competències. El TC conclou que l'execució del dret europeu «correspon a qui materialment tingui la competència segons les regles de dret intern, ja que no existeix una competència específica per a l'execució del dret comunitari» (la traducció és nostra) (amb cita de les STC 236/1991, del 12 de desembre, i 79/1992, del 28 de maig). I afegeix:

El fet que les directives europees siguin de compliment obligat per la totalitat d'autoritats dels estats membres i que fins i tot puguin tenir «efecte directe» no significa, com ja ha declarat el Tribunal, «que les normes estatals que les adaptin al nostre ordenament jurídic s'hagin de considerar necessàriament bàsiques» [la traducció és nostra].

Per tant, les normes imperatives contingudes en les directives europees de contractació pública són de compliment obligat per a les comunitats autònomes, que les hauran d'aplicar, però això no implica que s'hagin de considerar legislació bàsica.

Així mateix, la doctrina ha assenyalat que el repartiment competencial en matèria de contractació pública es pot enfocar des de diferents títols competencials (Aguado, 2021; Santamaria Pastor, 1992). D'acord amb aquest plantejament, hi ha diversos títols competencials que incideixen en aquesta matèria: la potestat organitzativa relativa a l'organització administrativa (sobre la qual l'Estat té competència sobre les bases del règim jurídic de les administracions públiques, d'acord amb l'article 149.1.18 de la CE), la potestat autoorganitzativa de les comunitats autònomes i el procediment administratiu comú (sobre la qual l'Estat té competència exclusiva d'acord amb l'article 149.1.18 de la CE). Segons Santamaria Pastor (1992), la competència estatal de l'article 149.1.18 de la CE en matèria de contractes i concessions administratives només comprèn les normes substantives en matèria de contractació pública relatives a les administracions públiques (amb exclusió dels poders adjudicadors que no són administracions públiques).

Pel que fa a les competències de les comunitats autònomes, per tant, caldrà tenir en compte tant la seva competència en matèria de contractació pública (si la tenen de forma específica) com també la potestat d'autoorganització i altres títols competencials que puguin tenir incidència en aquesta matèria (en relació amb el procediment administratiu o al règim jurídic de les administracions públiques). Respecte a aquesta qüestió, com veurem, les competències no són homogènies en la seva extensió.

En primer lloc, la Comunitat de Navarra té atribuïda una competència en matèria de contractació pública que l'article 49.1*d* de la Llei orgànica de reintegració i millorament del Fur de Navarra (LORAFNA) qualifica com a exclusiva en la seva totalitat i només està sotmesa als «principis essencials de la legislació bàsica de l'Estat en la matèria». El País Basc té una competència de desplegament legislatiu i execució de la legislació bàsica estatal d'acord amb l'article 11.1*b* del seu Estatut d'autonomia. A aquestes dues comunitats, el TC els ha reconegut una competència més àmplia en aquesta matèria per la seva vinculació amb la disposició addicional primera de la CE, vinculació que no tenen altres comunitats, com ara Aragó (STC 68/2021, del 18 de març, i 65/2024, de l'11 d'abril).

En el cas de la Generalitat de Catalunya, l'article 159.3*a* de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) li atribueix una competència exclusiva sobre organització i competències en matèria de contractació dels òrgans de les administracions públiques catalanes i sobre les regles d'execució, modificació i extinció dels contractes de l'Administració, en allò que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la CE, i l'article 159.3*b* de l'EAC li atribueix una competència compartida en tot allò que no és atribuït a la competència exclusiva de la Generalitat per la lletra *a*. A més a més, també té competència exclusiva en matèria d'organització, que inclou: *a*) l'estructura, la regulació dels òrgans i directius públics, el funcionament i l'arti-

culació territorial, i *b*) les diverses modalitats organitzatives i instrumentals per a l'actuació administrativa.

L'abast funcional de les competències de la Generalitat ve determinat pels articles 110 i 111 de l'EAC. En relació amb les competències exclusives, corresponen a la Generalitat, de manera íntegra, la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, si bé, d'acord amb el fonament jurídic (FJ) 59 de la STC 31/2010, del 28 de juny, aquesta exclusivitat no impedeix que l'Estat pugui intervenir en el mateix àmbit material, a l'empara dels seus títols competencials que li atribueix l'article 149.1 de la CE, en concurrència amb la Generalitat, ja sigui sobre el mateix espai físic o sobre el mateix objecte jurídic, com és el cas de la regla 18 de l'esmentat article 149.1 de la CE. Pel que fa a la competència compartida, d'acord amb la STC 31/2010, del 28 de juny, correspon a la Generalitat el desplegament de les bases que fixi l'Estat mitjançant la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva, tenint en compte que aquesta competència li ha de permetre establir polítiques pròpies.

Però, com hem dit, sobre la matèria contractual també poden concórrer altres títols competencials, atès que, en l'actualitat, la contractació pública constitueix una matèria d'una gran complexitat en la qual conflueixen diferents polítiques públiques, com ja hem dit, i, per tant, en el marc d'aquestes polítiques públiques, les comunitats autònomes tenen competències en una gran diversitat de matèries (per exemple, medi ambient, serveis socials, igualtat i polítiques de gènere, execució de la legislació laboral, promoció econòmica, defensa de la competència, etc.), que les habiliten per a intervenir en matèria de contractació pública amb l'abast que els permeti el seu títol competencial específic, ja sigui per a establir clàusules socials, ambientals, etc. en els contractes públics (Aguado, 2021; Sanmartín, 2010; Padrós, 2008) o per a regular règims simplificats o sistemes alternatius a la contractació pública en determinats àmbits (tal com reconeix el mateix legislador estatal en l'art. 11.6 de la LCSP).

4.2. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 65/2024, DE L'11 D'ABRIL, I LA COMPETÈNCIA BÀSICA ESTATAL PER A ESTABLIR ELS LÍMITS OBJECTIUS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

El TC ha tingut ocasió de pronunciar-se en dues ocasions sobre l'enquadrament competencial de la determinació de l'àmbit objectiu de la LCSP i ha afirmat, les dues vegades, que aquesta determinació és competència del legislador bàsic estatal: en la STC 68/2021, del 18 de març, i en la STC 65/2024, de l'11 d'abril. Aquesta última ha resolt el recurs d'inconstitucionalitat interposat pel president del Govern contra determinats preceptes de la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre, que ha modificat la Llei foral 2/2018, del 13 d'abril, de contractes públics.

La Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre, a la qual ja ens hem referit abans, va introduir dues modificacions en la Llei foral 2/2018, del 13 d'abril, de contractes públics de Navarra, mitjançant l'addició de les lletres *l* i *m* en l'article 7.1 d'aquesta llei. L'article 7.1 estableix els negocis jurídics que queden exclosos de l'aplicació de la norma foral per raó de la seva pròpia naturalesa i de l'existència de normativa específica. La nova lletra *l* exclou de la normativa de contractació pública els contractes de serveis jurídics, mentre que la nova lletra *m* exclou

de manera explícita de l'aplicació de la legislació bàsica en matèria de contractes els acords públics d'adquisició de medicaments, tal com preveu la nova disposició addicional vint-i-unena, la qual també és impugnada en el recurs. En relació amb la lletra *m* i la disposició addicional vint-i-unena, la STC considera que, atès que totes dues han estat derogades posteriorment, com ja hem exposat, s'ha produït una pèrdua sobrevinguda d'objecte i, per tant, declara extingit el recurs i no es pronuncia. En canvi, pel que fa a la lletra *l*, la STC 65/2024, de l'11 d'abril, en declara la inconstitucionalitat perquè considera que la matèria regulada és competència estatal.

Recordem que, com ja hem dit, la competència de la Comunitat de Navarra en matèria de contractació pública és de caràcter exclusiu en virtut de l'article 49.1*d* de la LORAFNA, si bé respectant els principis essencials de la legislació bàsica estatal en la matèria, i, per tant, és més àmplia que la de les altres comunitats autònomes. Com destaca el FJ 3 de la STC 65/2024, de l'11 d'abril, aquesta competència es formula en termes semblants a la competència que li atribueix l'article 49.1*b* de la CE en matèria de funció pública i que fou avalada per les STC 140/1990, del 20 de setembre, i 111/2014, del 26 de juny. En conseqüència, segons el TC, la competència que la LORAFNA atribueix a Navarra inclou les competències que, sobre contractes administratius, exercia Navarra en el moment de promulgar-se la LORAFNA, amb els límits que aquestes no poden afectar, en primer lloc, les competències estatals inherents a la unitat constitucional (art. 2.2 i 3.1 de la LORAFNA) i, en segon lloc, com hem dit, el respecte als principis essencials de la legislació bàsica de l'Estat en la matèria.

D'acord amb aquest plantejament, el FJ 4 analitza la nova lletra *l* introduïda per la Llei foral 17/2021, del 21 d'octubre. El TC fa una consideració prèvia: la inconstitucionalitat al·legada no deriva directament de la CE, sinó dels preceptes estatals bàsics dictats en aplicació de la CE; és, per tant, un supòsit d'inconstitucionalitat mediata. En conseqüència, la Sentència comença per recordar la noció de bases, en la seva doble dimensió, material i formal, en els termes que ja hem exposat, però amplia la possibilitat de reconèixer el caràcter bàsic no només a normes reglamentàries i actes d'execució, sinó fins i tot «a potestats administratives» (la traducció és nostra) (citant la STC 223/2000, del 21 de setembre), com a «dispensa excepcional» (la traducció és nostra).

Entrant ja en la matèria de contractació pública, el TC es remet a la delimitació de la competència bàsica estatal continguda en la seva jurisprudència (a la qual ja ens hem referit amb deteniment: STC 141/1993, del 22 d'abril, 68/2021, del 18 de març, 331/1993, del 12 d'abril, 162/2009, del 29 de juny, i 237/2015, del 19 de novembre) i conclou:

[...] tots aquells preceptes de la Llei de contractes del sector públic que directament s'encaminin a dotar d'una efectivitat pràctica els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, igualtat de tracte i no discriminació entre licitadors; integritat i eficient utilització dels fons públiques [...] han de ser raonablement considerats com a normes bàsiques [la traducció és nostra].

En la mateixa línia, seguint el criteri de la STC 141/1993, del 22 d'abril, s'exclouen de l'esfera del que és bàsic «les prescripcions d'ordre procedimental i formal, que tenen una naturalesa complementària i auxiliar i que només de manera molt incidental guarden connexió amb els principis del règim bàsic de contractació» (la traducció és nostra).

En el cas de Navarra, atès que la seva competència en matèria de contractació pública és més àmplia que la d'altres comunitats autònomes i no queda circumscrita, per tant, al desplegament de les normes bàsiques estatals en la matèria, el límit, diu la STC 65/2024, de l'11 d'abril, no serà la legislació bàsica estatal, sinó només aquelles normes en què es plasmin els principis essencials de la legislació bàsica estatal en la matèria, que és l'únic criteri que estableix l'article 49.1d de la LORAFNA per a una competència que es defineix com a exclusiva. Per tant, el cànon de constitucionalitat, en aquest cas, no serà tota la legislació bàsica estatal, sinó que d'aquesta legislació caldrà extreure els principis essencials que són els que acoten l'àmbit del legislador foral. A partir d'aquest cànon de constitucionalitat específic (només aplicable a Navarra) el TC analitza dues qüestions: si els preceptes impugnats tenen o no el caràcter de normes bàsiques i si, a més a més, constitueixen principis essencials d'aquesta regulació.

Abans d'entrar en el concepte material de *bases*, al qual ens referirem tot seguit, la STC 65/2024, de l'11 d'abril, desestima com a paràmetre de constitucionalitat l'acord parcial assolit per la Comissió de Cooperació Bilateral Estat-Comunitat de Navarra i aclareix que els acords de les comissions bilaterals no poden impedir el pronunciament del TC sobre les infraccions constitucionals que es denunciïn en el procés (invocant, com a precedents, les STC 106/2009, del 4 de maig, 79/2017, del 22 de juny, i 83/2020, del 15 de juliol), i que aquests acords no es poden erigir en paràmetre de constitucionalitat de les disposicions qüestionades en un recurs d'inconstitucionalitat (STC 217/2016, del 15 de desembre), amb la qual cosa, tot i la utilitat pràctica d'aquestes negociacions intergovernamentals, especialment per al cas que acabin amb un acord total que faci innecessari el recurs d'inconstitucionalitat, el TC aprofita l'avinentesa per a reivindicar el seu paper d'àrbitre i d'interpret suprem de la CE. En segon lloc, confirma el seu criteri anterior en el sentit que el dret comunitari no és, en si mateix, paràmetre de constitucionalitat (FJ 4C), la qual cosa té una conseqüència important per al litigi que resol, ja que el TC considera que del fet que la STJUE del 6 de juny de 2019, assumpte C-264/18, estableixi que la Directiva ha exclòs del seu àmbit d'aplicació els serveis de l'article 10d, no es desprèn un mandat per al legislador intern; l'únic que se'n desprèn és que correspon als legisladors nacionals determinar si aquests serveis s'han de sotmetre a les normes d'administració dels contractes públics. Per tant, l'exclusió de la Directiva de contractació pública europea dels serveis jurídics de representació i defensa judicial no constitueix, a parer del TC, un mandat obligatori per al legislador estatal ni té caràcter materialment bàsic, sinó que simplement el faculta per a decidir si han de quedar sotmesos o no a la legislació sobre contractació pública.

I entrant ja en el concepte de *bases materials*, la STC 65/2024, de l'11 d'abril, remet, en primer terme, a la STC 68/2021, del 18 de març, en la qual el TC ja va considerar que els articles 9.2 i 11 de la LCSP tenen un caràcter materialment bàsic pel fet que el seu objecte és delimitar l'àmbit d'aplicació de la LCSP, en aquest cas negativament: determinant les regles o condicions mínimes i comunes per tal que operi l'exclusió. Ara bé, la STC 65/2024, de l'11 d'abril, hi afegeix un segon element: comprovar si aquestes regles d'exclusió (que anteriorment ja havia qualificat com a bàsiques) són, també, un principi essencial de la normativa bàsica que ha de ser respectat per la Comunitat de Navarra. Feta aquesta anàlisi, la resposta és afirmativa, ja que considera que la «concreció de l'element objectiu de la llei és essencial per tal de garantir la igualtat i el tractament comú davant de les administracions» (la traducció és nostra).

Per tot això, la STC 65/2024, de l'11 d'abril, considera que en la norma enjudiciada concorren els dos elements necessaris perquè la Comunitat de Navarra quedi subjecta a les previsions de la legislació contractual de l'Estat, ja que la determinació dels negocis exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP no només té caràcter bàsic, sinó que, a més a més, ha de ser considerada un principi essencial de la legislació bàsica estatal.

En conseqüència, doncs, d'acord amb la jurisprudència constitucional, la contractació de serveis jurídics de representació i defensa per les administracions públiques està subjecta a la LCSP, i aquesta subjecció constitueix una norma materialment bàsica que les comunitats autònomes no poden exceptuar.

5. REFLEXIÓ FINAL

En aquest article hem exposat algunes de les dificultats que planteja la subjecció de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques a la LCSP i els diferents arguments que defensen la necessitat d'excloure aquests serveis de la LCSP o, almenys, de regular les especificitats que permetin flexibilitzar i adaptar la normativa general a aquest objecte contractual.

Ara bé, com hem vist, el TC ha considerat que la delimitació de l'àmbit objectiu de la LCSP constitueix una norma materialment bàsica i, per tant, que correspon al legislador estatal establir la subjecció a la LCSP de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques o bé establir les excepcions que corresponguin, tot exclouent, per tant, la possibilitat que el legislador autonòmic pugui establir excepcions a l'aplicació de la LCSP per a la provisió de determinats béns i serveis públics.

D'altra banda, aquesta subjecció no vulnera el dret europeu, ja que, tot i que no ve imposada per les directives europees de contractació, és una opció del legislador intern. Així, el legislador estatal ha optat per subjectar la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques a la LCSP, tot i que, atès que aquests contractes no tenen interès comunitari, els exclou de la contractació harmonitzada, amb l'excepció dels serveis jurídics de l'annex IV quan el contracte tingui un valor estimat o igual o superior als set-cents cinquanta mil euros.

Dit això, i com ja hem exposat, el ventall de procediments regulats en la LCSP pot donar suficient cobertura a la majoria de les necessitats que tenen les administracions públiques per a la contractació de serveis jurídics de representació i defensa, ja que, a banda dels procediments d'adjudicació ordinaris a les prestacions de naturalesa intel·lectual (obert, obert simplificat i restringit), també són aplicables els procediments amb negociació (amb i sense publicitat) i els procediments de racionalització tècnica (compra centralitzada, sistemes dinàmics d'adquisició, acords marc), així com els procediments d'adjudicació directa i la contractació menor, si bé, en aquests casos, amb caràcter excepcional i sempre que es justifiqui la concurrència dels requisits pertinents.

Ara bé, ens podem plantejar si existeix un marge autonòmic de regulació que, complementant o regulant amb major deteniment la legislació bàsica estatal, tal com assenyala el TC,

pugui permetre una certa adaptació de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques catalanes a la LCSP.

D'entrada, cal afirmar que, tenint presents els límits assenyalats en la STC 65/2024, de l'11 d'abril, el marge és molt escàs. Així, el TC afirma que la regulació autonòmica no pot afectar ni la llibertat d'accés a les licitacions, ni la publicitat i la transparència dels procediments, ni la igualtat de tracte i no discriminació entre licitadors, ni la integritat i la utilització eficient dels fons públics.

No obstant això, si analitzem els factors que dificulten l'encaix de la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques i que hem exposat a l'inici d'aquest article (la durada del contracte, el caràcter plurianual de la despesa, la indeterminació del preu o la seva fixació diferida, la possibilitat de pagaments periòdics o a l'avançada o d'un pagament per resultats, l'especialització i la urgència, o altres qüestions com ara la possibilitat d'un conflicte d'interès, la defensa col·legiada o unitària o, fins i tot, drets de propietat intel·lectual derivats del disseny de l'estratègia processal), es pot concloure que sí que hi ha un cert marge per al legislador autonòmic per a regular algunes d'aquestes qüestions en el desplegament de la legislació bàsica estatal.

En aquest sentit, de la mateixa manera que el Decret llei 5/2021, del 2 de febrer, pel qual s'aproven mesures urgents per a la implementació i gestió dels fons procedents del Mecanisme de Recuperació i Resiliència i del fons REACT-EU per a l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic conté determinades especialitats de contractació en el seu capítol 1, la capacitat reguladora de la Generalitat en relació amb la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa es podria desplegar en dos àmbits:

a) En la fase preparatòria del contracte. En aquest cas, respectant la legislació bàsica estatal, es podrien establir mesures de simplificació del procediment en allò que faci referència a qüestions organitzatives (unificació de tràmits per a agilitar procediments, inscripció de les empreses en registres, etc.) sobre les quals la Generalitat de Catalunya té competència exclusiva.

Així mateix, es podria desplegar l'article 145 de la LCSP per tal que entre els criteris d'adjudicació aplicables a aquests contractes s'incloguin criteris de qualitat que fomentin la igualtat de gènere, la conciliació de la vida personal, familiar i laboral, el foment de l'ocupació o altres criteris que coadjuvin a la qualitat en la contractació d'aquests serveis.

En relació amb l'article 90 de la LCSP, que estableix els diferents criteris de solvència tècnica o professional que l'òrgan de contractació pot tenir en compte per als contractes de serveis, el legislador català podria desenvolupar aquest precepte i introduir determinades especificitats per a aquest tipus de contractes.

Pel que fa a la fixació del preu, es podria desplegar l'article 309 de la LCSP per tal de reflectir en el plec de clàusules administratives el pagament de la prestació per components, per unitats de temps o per unitats d'execució.

b) En la fase d'execució del contracte, la Generalitat podria establir mesures específiques tant pel que fa als pagaments (per exemple, es podria regular el pagament per resultats o a la bestreta per a aquest tipus de contracte com a regla general, tenint en compte els criteris per a la fixació del preu) com pel que fa a la necessària inclusió de determinades condicions d'execució del contracte d'entre les previstes en l'article 202.2 de la LCSP, per exemple, les

de tipus social o de l'ocupació, així com de penalitats en cas d'incompliment, d'acord amb l'article 192 de la LCSP, i de mecanismes de control del seu compliment (informes periòdics d'avaluació, resolució d'incidències per un òrgan extern, avaluació de pròrrogues, etc.).

En conclusió, doncs, mentre el legislador estatal no modifiqui la regulació vigent, el legislador català podria desplegar la legislació bàsica estatal per tal d'adaptar la contractació dels serveis jurídics de representació i defensa de les administracions públiques i facilitar el seu encaix en la vigent LCSP.

6. REFERÈNCIES

- AGUADO CUDOLÀ, Vicenç. *La contratación pública responsable. Funciones, límites y régimen jurídico*. Barcelona: Thomson Reuters-Aranzadi i Universitat de Barcelona, 2021, p. 159-162.
- CIUTAT, Anna. «La necessitat d'un decret llei de mesures urgents en matèria de contractació pública». *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 29 de juny de 2016. <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2016/06/29/la-necessitat-dun-decret-llei-de-mesures-urgents-en-materia-de-contratacio-publica-anna-ciutat/>.
- DARNACULLETA GARDELLA, Mercè. «Les noves modalitats de gestió de serveis a les persones a la legislació de serveis socials: especial referència a l'acció concertada». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 62 (2021) p. 57-62.
- DARNACULLETA GARDELLA, Mercè; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; LEÑERO BOHÓRQUEZ, Rosario; SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo. *La colaboración público-privada en la gestión de servicios sociales*. Madrid: Marcial Pons, 2022.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. «Compra pública de medicamentos: regulación, realidad y alternativas». *Diario La Ley*, núm. 10172, 17 de novembre de 2022. www.obcp.es/noticias/compra-publica-de-medicamentos-regulacion-realidad-y-alternativas.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo; GIMENO FELIÚ, José María. *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- GIMENO FELIÚ, José María. «Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de *cuota litis*». *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 19 (2023), p. 82-99. Doi: <https://doi.org/10.24965/real.11191>.
- GIMENO FELIÚ, José María. *Análisis del marco competencial de Cataluña en el ámbito de la contratación pública. Dictamen jurídico encargado por la Dirección General de Contratación Pública*. Saragossa: Universidad de Zaragoza, 2017. www.parlament.cat/document/intrade/234119.
- PADRÓS CASTILLÓN, Xavier. «La Llei de contractes del sector públic i les competències de la Generalitat de Catalunya sobre contractació: possibilitats de desenvolupament». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6 (2008), p. 233-271.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción. «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias». A: *Estatuto de autonomía de Aragón de 2007: Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Saragossa: Gobierno de Aragón, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, José Alfonso. «Comentario al artículo 49». A: SANTAMARÍA PASTOR, José Alfonso (dir.). *Comentarios a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1992, p. 521-522.

PRUDÈNCIA O DISCRECIONALITAT A PROPÒSIT DE LES DECISIONS SOBRE L'ADMISSIÓ DELS RECURSOS D'EMPARA: TENDÈNCIA ACTUAL DE LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL¹

Berta Bernad Sorjús

*Subdirectora general de Qüestions Constitucionals
Direcció General de Drets i Assumptes Constitucionals
Gabinet Jurídic
Generalitat de Catalunya*

Resum

Aquest article té per objecte l'anàlisi de les diverses solucions que tant la doctrina com el legislador (Llei orgànica 6/2007, del 24 de maig), com fins i tot el mateix Tribunal Constitucional, han proposat per a resoldre el col·lapse a què ha de fer front aquest tribunal a l'hora de gestionar el volum ingent de recursos d'empara que li arriben i que genera, al seu torn, greus distorsions en el desenvolupament normal de les funcions que li són assignades. A partir de l'examen d'aquests solucions s'intentarà copsar quina és la tendència actual del Tribunal Constitucional quan ha de decidir sobre la inadmissió d'un nombre elevat de recursos d'empara, per a determinar si s'ha produït un augment de la facultat discrecional del Tribunal a l'hora de seleccionar què decideix o si, per contra, aquesta inadmissió és conseqüència d'una actitud de deferència amb la jurisdicció ordinària que porta el Tribunal a extremar la seva prudència en el moment de decidir sobre l'admissió del recurs d'empara interposat. Finalment, també es fa una breu referència a la relació entre el Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem, que ha estat històricament conflictiva en l'àmbit del procediment d'empara per la manca d'una delimitació clara de competències entre els dos tribunals en aquesta matèria i que ha donat lloc que el Tribunal Constitucional opti també per una autocontenció com a mecanisme d'atenuació dels conflictes existents entre els dos tribunals.

Paraules clau: Tribunal Constitucional, recurs d'empara, especial transcendència constitucional, incident de nul·litat d'actuacions, discrecionalitat, autocontenció, Tribunal Suprem.

1. Citació recomanada: BERNAD SORJÚS, Berta (2024). «Prudència o discrecionalitat a propòsit de les decisions sobre l'admissió dels recursos d'empara: tendència actual de la jurisprudència constitucional». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 175-214.

PRUDENCIA O DISCRECIONALIDAD A PROPÓSITO DE LAS DECISIONES
SOBRE LA ADMISIÓN DE LOS RECURSOS DE AMPARO: TENDENCIA
ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Resumen

Este artículo tiene por objeto el análisis de las diversas soluciones que tanto la doctrina como el legislador (Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo), como incluso el propio Tribunal Constitucional, han propuesto para resolver el colapso a que debe hacer frente este tribunal a la hora de gestionar el ingente volumen de recursos de amparo que le llegan y que genera, a su vez, graves distorsiones en el normal desarrollo de las funciones que les son asignadas. A partir del examen de estas soluciones se intentará discernir cuál es la tendencia actual del Tribunal Constitucional cuando debe decidir sobre la inadmisión del número elevado de recursos de amparo, para determinar si se ha producido un aumento de la facultad discrecional del Tribunal en el momento de seleccionar qué decide o si, por el contrario, esta inadmisión es consecuencia de una actitud de deferencia con la jurisdicción ordinaria que lleva al Tribunal a extremar su prudencia en el momento de decidir sobre la admisión del recurso de amparo interpuesto. Por último, también se hace una breve referencia a la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que ha sido históricamente conflictiva en el ámbito del procedimiento de amparo por la falta de una delimitación clara de competencias entre ambos tribunales en la misma materia y que ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional opte también por una autocontención como mecanismo de atenuación de los conflictos existentes entre ambos tribunales.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, recurso de amparo, especial trascendencia constitucional, incidente de nulidad de actuaciones, discrecionalidad, autocontención, Tribunal Supremo.

PRUDENCE OR DISCRETIONALITY IN REGARD TO ADMISSION DECISIONS OF
APPEALS FOR CONSTITUTIONAL PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS:
CURRENT TREND OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Abstract

This article aims to analyse the various solutions that both the doctrine and the legislator (Organic Law 6/2007, of May 24), as well as even the Spanish Constitutional Court itself, have proposed to resolve the collapse that must be faced by the Spanish Constitutional Court, when managing the huge volume of appeals for constitutional protection of fundamental rights that reach it and which generates, in turn, serious distortions in the normal development of the functions assigned to the Constitutional Court. From the examination of these solutions, an attempt will be made to discern what is the current trend of the Spanish Constitutional Court at the time of the decision on the inadmissibility of the high number of appeals for constitutional protection of fundamental rights that reach it to determine if there has been an increase in discretionary power of the Court when selecting what it decides or, on the contrary, this decision is a consequence of an attitude of deference to the ordinary jurisdiction that leads the Spanish Court to exercise extreme caution when deciding on the admission of the appeal for constitutional protection filed. Finally, a brief reference is also made to the relationship between the Spanish Constitutional Court and the Supreme Court, which has historically been conflictive in the field of the appeal procedure, due to the lack of a clear delimitation of powers between the two Courts and which has led to the Constitutional Court also opting for self-restraint as a mechanism to mitigate the existing conflicts between both Courts.

Keywords: Constitutional Court, appeal for constitutional protection of fundamental rights, incident of nullity of actions, discretion, self-restraint, Supreme Court.

Sumari: 1. Introducció: les paradoxes d'un recurs col·lapsat; 2. El recurs d'empara: regulació i principals característiques; 3. Solucions proposades per a acabar amb el col·lapse del Tribunal Constitucional; 3.1. Solucions doctrinals; 3.1.1. Solució radical: la supressió del recurs d'empara; 3.1.2. La reforma del Tribunal Constitucional; 3.1.3. El reforç de la protecció dels drets fonamentals en la via ordinària; 3.1.4. Creació d'una sala especial dins del Tribunal Suprem; 3.1.5. Exclusió d'alguns drets fonamentals de l'àmbit de protecció del recurs d'empara; 3.1.6. Introducció d'un procediment de *certiorari*; 3.1.7. Disminució de la possibilitat d'interposar recursos d'empara; 3.2. Solucions previstes pel legislador; 3.2.1. La transcendència constitucional especial; 3.2.1.1. Dimensió processal del requisit de la transcendència especial del recurs d'empara; 3.2.1.2. Dimensió material o substantiva del requisit de la transcendència constitucional especial del recurs d'empara; 3.2.1.3. La reforma del tràmit d'admissió del recurs d'empara; 3.2.2. L'incident de nul·litat d'actuacions; 3.3. Solucions proposades pel mateix Tribunal Constitucional; 4. Relació entre el Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem; 5. Tendència actual de la jurisprudència constitucional en relació amb el tràmit d'admissió del recurs d'empara; 5.1. Interlocutòria 427/2023, de l'11 de setembre; 5.2. Interlocutòria 150/2022, del 16 de novembre; 5.3. Interlocutòria 47/2024, del 14 de maig; 5.4. Sentència 33/2023, del 18 d'abril; 5.5. Sentència 134/2023, del 23 d'octubre. 6. Reflexió final. 7. Bibliografia.

1. INTRODUCCIÓ: LES PARADOXES D'UN RECURS COL·LAPSAT

Parlar actualment del recurs d'empara és parlar de la crònica d'un col·lapse que genera greus distorsions en el desenvolupament normal de les funcions assignades al Tribunal Constitucional (TC).

Les dades parlen per si soles i són del tot eloqüents. El web del TC publica anualment unes estadístiques jurisdiccionals que palesen una elevada concentració d'assumptes al voltant del recurs d'empara. Així, en el moment d'escriure aquest article ja es troba disponible l'avançament de les dades estadístiques corresponents a l'any 2024, en concret fins al 31 de maig,² que permeten constatar que durant els primers cinc mesos d'aquest any ja han ingressat en el TC 4.045 recursos d'empara d'un total de 4.077 assumptes. És a dir, en el que hem viscut d'aquest any, quasi el 100% dels assumptes que han arribat al TC són recursos d'empara (99,21%).

Aquestes dades no són, però, aïllades, ja que les estadístiques dels anys anteriors mostren uns resultats molt similars que il·lustren aquest sobredimensionament del recurs d'empara en relació amb la resta dels processos constitucionals dels quals coneix el TC. Així, des de l'any 2021, el nombre de recursos d'empara que arriba al TC sobrepassa els 8.000.³ D'altra banda, si

2. https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/202406_Avance_Estad%C3%ADstico_Primer_Semestre.pdf.

3. L'any 2023 es van interposar 8.059 recursos d'empara d'un total de 8.120 processos constitucionals (99,24%), mentre que l'any 2022 se'n van interposar 8.370 d'un total de 8.591 (97,42%), i l'any 2021, 8.294 d'un total de 8.370 (99,09%).

bé durant l'any 2020, l'any de la pandèmia de la COVID-19, el nombre de recursos interposats va disminuir fins als 6.515 assumptes, el cert és que en els anys anteriors les xifres estadístiques publicades pel mateix TC posen de manifest un registre elevat d'aquest tipus de recursos davant el TC, que oscil·la entre els 6.000 i els 7.000 assumptes per any al llarg de diversos anys. Si bé aquestes xifres són inferiors als 10.792 recursos que es van arribar a presentar durant l'any 2009, acrediten una persistència aclaparadora de la preponderància d'aquest tipus de processos⁴ en relació amb el total d'assumptes ingressats en els mateixos anys en el TC.⁵

A més, les dades estadístiques jurisdiccionals consultades revelen diverses paradoxes al voltant del recurs d'empara.

Així, d'una banda, tot i que aquest recurs és el procediment constitucional que més s'utilitza avui en dia davant el TC, fins al punt que es denuncia que el seu ús és, en realitat, un abús, el cert és que també és el procediment que més inadmissions acumula. En aquest sentit, per exemple, les dades estadístiques jurisdiccionals de l'any 2024 demostren que fins al 31 de maig de 2024 s'han dictat 3.253 providències d'inadmissió i hi ha 3.209 recursos que encara es troben pendents de ser admesos. Durant l'any 2023 el percentatge d'inadmissions va ser molt alt: més del 95% del total d'assumptes van ser inadmesos. Al seu torn, l'Acord del 15 de març de 2023 del Ple del Tribunal Constitucional pel qual es regula la presentació dels recursos d'empara a través de la seu electrònica afirma, en el seu preàmbul, que durant l'any 2022 van ser inadmesos, per defectes de procedibilitat, el 76% dels recursos d'empara presentats.

Per tant, com ja deia l'exposició de motius de la Llei orgànica 6/2007, del 24 de maig, per la qual es modifica la Llei orgànica 2/1979, del 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), el creixement exponencial del nombre de recursos d'empara interposats ocupa quasi tot el temps i tots els mitjans materials i personals del Tribunal. Ara bé, tenint en compte el percentatge tan elevat d'inadmissions referides al recurs d'empara, resulta paradoxal que el TC dediqui la major part del seu temps a decidir què no decideix.

D'altra banda, les dades estadístiques consultades mostren una segona paradoxa: l'elevat nombre de recursos d'empara que s'interposen contra resolucions judicials a l'empara de l'article 44 de la LOTC. Aquesta dada palesa també que la major part de la tasca revisora que porta a terme el TC fa referència a l'exercici de la funció jurisdiccional, de manera que resulta que el principal infractor dels drets fonamentals és, paradoxalment, l'encarregat de protegir-los. Així, les dades disponibles del que hem viscut del 2024 ens indiquen que en els primers cinc mesos d'aquest any 4.028 recursos d'empara tenen una procedència jurisdiccional, enfront dels 13 de procedència parlamentària i els només 4 electorals. Igualment, durant l'any 2023, 8.014 recursos d'empara tenien procedència jurisdiccional enfront dels només 19 d'origen parlamentari i 26 electorals. Les mateixes dades també ens indiquen que, en la major part dels assumptes, la darrera resolució judicial dictada en la jurisdicció ordinària era

4. L'any 2019 es van interposar 7.554 recursos d'empara; l'any 2018, 6.918; l'any 2017, 6.286; l'any 2015, 7.203; l'any 2014, 7.663; l'any 2013, 7.376; l'any 2012, 7.205; l'any 2011, 7.098, i l'any 2010, 8.947.

5. En tots els casos, la relació entre el nombre de recursos d'empara interposats i el nombre total d'assumptes davant del Tribunal Constitucional deixa un percentatge superior al 97% dels recursos d'empara del total dels assumptes ingressats en el Tribunal Constitucional.

del Tribunal Suprem (TS)⁶ i que el dret fonamental més invocat és el dret a la tutela judicial efectiva previst en l'article 24 de la Constitució espanyola (CE).⁷ Tot i així, si després atenem a la dada de les resolucions judicials que finalment són anul·lades com a conseqüència de l'estimació del recurs d'empara, constatem que, en el cas de les resolucions del TS impugnades, el nombre és molt reduït.⁸

A partir d'aquestes dades, aquest article té per objecte l'anàlisi de les diverses solucions que tant la doctrina com el legislador, com fins i tot el mateix TC, han proposat per a resoldre el col·lapse a què ha de fer front aquest tribunal a l'hora de gestionar el volum ingent de recursos d'empara que li arriben.

Especialment, es posarà èmfasi en les dues solucions previstes per la Llei orgànica 6/2007, de reforma parcial de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional i que serveixen d'inspiració per al títol d'aquest article, si són analitzades des de la perspectiva de l'operador jurídic.

Efectivament, la nova regulació continguda en la Llei orgànica 6/2007 esmentada va transformar el procés d'admissió dels recursos d'empara imposant al recurrent la càrrega de justificar la transcendència constitucional especial del cas. Aquesta modificació va comportar, segons s'explicarà, una objectivació de la configuració del recurs d'empara que va suposar una ampliació de la llibertat del Tribunal per a decidir discrecionalment quan la resolució del recurs d'empara interposat té rellevància per a la interpretació i l'aplicació de la CE. Alhora, la Llei orgànica 6/2007 esmentada va modificar l'incident de nul·litat d'actuacions tot ampliant el seu objecte a la vulneració de qualsevol dret fonamental previst en l'article 53.2 de la CE, i no només als supòsits que fins aleshores eren possibles referits als casos d'indefensió o incongruència, de manera que es reforçava així el paper de la jurisdicció ordinària com a garant habitual dels drets fonamentals i es refermava el caràcter subsidiari dels recursos d'empara, ja que s'intentava aconseguir la interposició d'un nombre menor d'aquests recursos.

Després de l'examen de les solucions previstes per la Llei orgànica 6/2007 s'intentarà copsar quina és la tendència actual del TC a l'hora de decidir sobre la inadmissió del nombre encara elevat de recursos d'empara que se segueixen interposant. Per descomptat, aquesta xifra tan elevada de recursos que encara avui en dia arriben al Tribunal ens permetrà fer una reflexió sobre la utilitat de la reforma i sobre si es pot entendre que ha complert les expectatives creades quan es va introduir ja fa disset anys. Però, a més, s'intentarà —ja veurem si és possible— analitzar quin és el motiu que fonamenta la majoria de les decisions d'inadmissió del TC. Així, es tractarà d'analitzar si el motiu de la inadmissió respon a una manca d'apreciació

6. Així, en el que hem viscut de l'any 2024 —fins al 31 de maig— s'han impugnat 2.575 resolucions del TS, mentre que durant l'any 2023 es van interposar fins a 5.124 recursos d'empara contra resolucions del TS.

7. En el que hem viscut de l'any 2024, aquest dret s'ha invocat en més de 3.000 recursos, que representen un percentatge del 84,25%, mentre que durant el 2023 aquest dret es va invocar en 6.776 recursos, que representen també un percentatge superior al 80% (84,08%).

8. Fins al mes de maig de 2024 només s'han anul·lat 8 resolucions del TS (1 sentència i 7 resolucions diverses, que poden ser interlocutòries o provisions). Per raó de la limitació temporal, encara no estan comptabilitzades les resolucions del TS anul·lades com a conseqüència de l'estimació parcial durant el mes de juliol del 2024 dels diversos recursos d'empara en els casos dels coneguts ERO d'Andalusia. L'any 2023 es van anul·lar 18 resolucions del TS (1 sentència i 17 resolucions més).

per part del TC de la transcendència especial del recurs d'empara interposat o si, per contra, com a conseqüència del seu caràcter subsidiari, és necessària una autocontenció o prudència del TC a l'hora de decidir la seva admissió. Això ens permetrà analitzar si s'ha produït un augment de la facultat discrecional del TC quan selecciona què decideix, amb el risc associat de convertir aquesta discrecionalitat en pura arbitrarietat, o si, per contra, el TC opta per ser deferent amb la jurisdicció ordinària i decideix extremar la seva prudència quan resol sobre l'admissió del recurs d'empara interposat.

Finalment, tenint en compte l'elevat nombre de recursos d'empara interposats contra resolucions dictades pel TS i el reduït nombre d'aquests recursos que són finalment estimats, s'analitzarà també quina és la relació entre el TC i el TS a propòsit de la protecció jurisdiccional dels drets fonamentals, que ja s'avança que ha estat històricament conflictiva, i per quin motiu el TC ha optat tradicionalment per una autocontenció o prudència com a mecanisme d'atenuació dels conflictes existents entre ambdós tribunals.

2. EL RECURS D'EMPARA: REGULACIÓ I PRINCIPALS CARACTERÍSTIQUES

Amb caràcter previ a l'anàlisi de les diverses solucions proposades per a resoldre l'augment desmesurat de les demandes d'empara que arriben al TC, convé recordar, molt succintament, quin és el marc normatiu del recurs d'empara i quins són els principals trets característics que delimiten la seva naturalesa i el seu règim jurídic.

Pel que fa a la seva regulació, cal referir-se, en primer lloc, a la CE, on la seva regulació es troba dispersa. D'una banda, l'article 53.2 de la CE disposa:

Qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i dels drets reconeguts en l'article 14 i en la secció primera del capítol segon davant els tribunals ordinaris per un procediment basat en els principis de preferència i sumarietat i, en el seu cas, a través del recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. Aquest darrer recurs serà aplicable a l'objecció de consciència reconeguda en l'article 30.

D'altra banda, l'article 161.1*b* de la CE atorga al TC la competència per a «conèixer dels recursos d'empara per violació dels drets i llibertats referits en l'article 53.2 CE, en els casos i la forma que la llei estableixi». I, finalment, l'article 162 de la CE indica que es troba legitimada activament per a interposar el recurs d'empara tota persona natural o jurídica que invoqui un interès legítim, a més del Defensor del Poble i del Ministeri Fiscal.

Aquestes previsions es desenvolupen, al seu torn, en el títol III (art. 41-58) de la LOTC, que disposa que són objecte del recurs d'empara les violacions de drets causats pels poders públics, per la qual cosa resten exclosos del seu objecte els actes entre particulars.

D'aquesta manera, el recurs d'empara es configura com un procediment jurisdiccional a disposició de qualsevol ciutadà per a aconseguir la tutela dels drets i les llibertats reconeguts en l'article 14 i la secció primera del capítol segon de la CE de manera subsidiària a la que poden dispensar els tribunals ordinaris. Té una doble naturalesa, tant subjectiva de protecció dels drets dels ciutadans, com objectiva d'interpretació de la CE. Així resulta ja de la primera

sentència del TC, la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 1/1981, fonament jurídic (FJ) 2.º Finalment, no constitueix una tercera instància judicial de protecció dels drets fonamentals i, a més, té caràcter subsidiari. Això significa que per a la seva interposició i admissió és necessari l'esgotament previ dels recursos judicials possibles, i també cal haver invocat prèviament i tempestivament el dret vulnerat en el procés. Per acabar, és necessari que la lesió sigui real i efectiva, i no eventual.

3. SOLUCIONS PROPOSADES PER A ACABAR AMB EL COL·LAPSE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bé a l'inici d'aquest article fèiem referència a les dades estadístiques més recents per a il·lustrar el col·lapse al voltant del nombre exagerat de recursos d'empara que arriben actualment al TC, el cert és que aquesta problemàtica es remunta ja a principis de la dècada de 1990, data en què la xifra de recursos d'empara interposats va començar a augmentar de manera desproporcionada.

És per aquest motiu que, davant aquesta situació, s'han formulat diverses propostes de reforma que podem sistematitzar segons si han estat proposades per la doctrina, pel legislador o pel mateix TC.

3.1. SOLUCIONS DOCTRINALS

La doctrina ha debatut en profunditat sobre les possibles reformes que podrien solucionar o mitigar el nombre exorbitant de demandes d'empara que arribaven al TC. Com es veurà, algunes d'aquestes propostes són procedimentals, centrades en les fases prèvies a la interposició del recurs d'empara constitucional, o bé són estructurals i alienes a la institució del recurs.

3.1.1. *Solució radical: la supressió del recurs d'empara*

Actualment, el procés d'empara per a la protecció dels drets i les llibertats fonamentals constitueix una de les principals competències atribuïdes al TC, l'exercici del

9.

La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos.

qual ha contribuït de manera decisiva, des de la seva creació, a omplir de contingut i delimitar els drets fonamentals expressats en la CE. De fet, des de la seva posada en funcionament, el TC ha acumulat un gran prestigi com a instància ordinària en la protecció dels drets fonamentals.

Tanmateix, malgrat que avui en dia hi hagi una percepció del recurs d'empara com l'instrument característic per a protegir els drets fonamentals, el cert és que hi ha qui ha proposat, com és el cas del professor González Pérez,¹⁰ suprimir-lo com a possible solució per a reduir la distorsió en el funcionament del TC que origina el nombre tan elevat de recursos que s'arriben a interposar. S'argumenta a favor d'aquesta proposta que hi ha ordenaments del nostre entorn, com els de França, Itàlia o Anglaterra, en què no existeix el recurs d'empara.¹¹ En aquest sentit, resulten molt il·lustratives les paraules del professor José Ramón Parada, a propòsit d'un qüestionari sobre la reforma de la LOTC, en què es va pronunciar de manera molt vehement a favor d'eliminar-lo.¹²

Això ens porta a preguntar-nos per què es va atribuir al TC el coneixement del recurs d'empara i si aquest procediment és un element essencial del nostre model de justícia constitucional concentrada o, per contra, podria ser eliminat.

Pel que fa a la possible compatibilitat del recurs d'empara amb el model de justícia constitucional concentrada, cal recordar que el TC respon a aquest model de control constitucional concentrat que es desenvolupa a Europa durant el període d'entreguerres, quan sorgeixen els primers tribunals constitucionals, i, més concretament, en les constitucions d'Àustria i Txecoslovàquia de 1920, que van recollir la doctrina elaborada per Hans Kelsen. Com es recordarà, el nucli de la seva construcció teòrica va ser la idea de la jerarquia o piràmide normativa, presidida per la constitució i que implica que una norma de rang inferior no pot contradir ni vulnerar el que estableixi una de rang superior. Al seu torn, la seva proposta sobre el control de les lleis es va basar en l'atribució d'aquesta funció a un òrgan *ad hoc* o tribunal especial —per això rep la qualificació de concentrat— normalment creat per la constitució i independent de la resta de poders de l'estat, a qui corresponia dur a terme un control abstracte de la constitucionalitat mitjançant l'anàlisi de la compatibilitat de dues normes, la llei i la norma constitucional, sense necessitat d'aplicar-les a un supòsit particular. Per tant, l'essència d'aquest model kelsenian de control constitucional concentrat era el control de la legislació i la depuració abstracta de l'ordenament jurídic, i el tribunal actuava com un legislador negatiu, que expulsava, amb efectes *erga omnes*, les lleis que resultaven contràries a la constitució, situada a la cúspide de la jerarquia normativa.

10. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «La reforma del Tribunal Constitucional», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83 (2006), p. 335-360.

11. A Itàlia no existeix el recurs d'empara, sinó només el mecanisme de la qüestió d'inconstitucionalitat, que condueix a l'eliminació de la norma inconstitucional i, indirectament, a la protecció de la situació particular lesionada per aquesta norma.

12.

¡Seamos, pues, realistas! Reconozcamos el fracaso y eliminemos el recurso de amparo, poniéndonos a la altura de la sensatez de franceses, italianos e ingleses, entre otros vecinos de nuestro ámbito cultural y cuya felicidad jurídica no es menor, sino mayor que la nuestra.

Per tant, arribats a aquest punt, resulta comprensible que es qüestionï si és possible introduir el recurs d'empara en el model de control concentrat de la constitucionalitat, ja que es considera que un procés que tingui com a finalitat immediata la preservació dels drets fonamentals, i no el control de les lleis i la resolució dels conflictes de competència, podria ser percebut com una aberració o traïció del model kelsenianà. És evident que la seva idea de *legislador negatiu* seria aliena al paper de defensor de drets i llibertats que la CE assigna al TC. En definitiva, es tracta d'una tècnica processal que no es correspon amb la que es considera l'essència de tot tribunal constitucional, circumscrita al control de la llei, sinó d'un element atípic del model de control concentrat que s'hauria incorporat com una competència afegida d'aquest tribunal. En aquest sentit s'han manifestat García de Enterría,¹³ Rubio Llorente¹⁴ i Cruz Villalón.¹⁵ Fins i tot Díez-Picazo va afirmar que era més fàcil ser un constitucionalista en un país sense recurs d'empara, en clara al·lusió als seus col·legues de França o Itàlia, on no existeix aquest recurs.

En qualsevol cas, el cert és que si bé un recurs d'empara no resultava consubstancial al model de justícia constitucional concentrada en la seva configuració originària, tampoc no es pot sostenir que tal recurs sigui un element atípic o incompatible amb aquest model. Per tant, acceptada la compatibilitat del recurs d'empara amb el model de justícia constitucional concentrada, existeixen unes raons que expliquen el motiu de la introducció d'aquesta via processal privilegiada com a competència del TC espanyol. (art. 161.1*b* CE).

Així, Pérez Tremps¹⁶ assenyala les raons històriques que van contribuir a la previsió del recurs d'empara: d'una banda, el precedent del Tribunal de Garanties Constitucionals establert per la Constitució del 1931, de la Segona República, que va incorporar el recurs d'empara com a competència pròpia; de l'altra, la desconfiança existent aleshores envers una judicatura escassament imbuïda de valors constitucionals, que porta a configurar el recurs d'empara com un mecanisme de garantia dels drets fonamentals en oposició a la falta de respecte i de protecció que va patir en el règim polític anterior. Precisament, en no existir un cos jurisprudencial capaç de servir de guia a la justícia ordinària en matèria de drets fonamentals, el recurs d'empara esdevenia imprescindible com a instrument d'unificació doctrinal a través del qual el TC delimitava el contingut i l'abast dels drets fonamentals en tots els àmbits de protecció i aplicació del dret. Les resolucions del recurs d'empara, com indica Manuel Aragón Reyes, complien una important funció «educadora» per a la nostra cultura jurídica i per als jutges i tribunals,

13. Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1a ed., Madrid, Civitas, 2001: «El amparo es una de las competencias del Tribunal Constitucional que contribuyen a situarlo al margen de la pureza institucional kelseniana».

14. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, p. 9-40: «El recurso de amparo no encaja fácilmente en el esquema kelseniano (al menos porque no va dirigido contra una ley) y debe su origen a la tradición histórica de cada país o simplemente a la imitación de algo ajeno».

15. PEDRO CRUZ VILLALÓN, «El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador», a *Los Procesos Constitucionales: Segundo Simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 117-122: «El recurso de amparo no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino mejor dicho una singularidad de determinados ordenamientos (Alemania, Austria, Suiza)».

16. Vegeu Pablo PÉREZ TREMPES, *El recurso de amparo*, 2a ed., València, Tirant lo Blanch, 2015.

però també legitimadora, ja que a través de l'empara els ciutadans van adquirir la convicció que els drets fonamentals eren tutelats per a tenir eficàcia directa *ex Constitutione*.

Per això, avui en dia es defensa la pertinència del recurs d'empara com un mecanisme necessari i convenient, d'existència obligada, a més, mentre no es reformi la CE, única via possible actualment per a la seva supressió, ja que de la clàusula «en el seu cas» inclosa en l'article 53.2 de la CE no es deriva la seva completa disponibilitat legislativa, això és, la llibertat del legislador per a crear o no l'empara, sinó només per a introduir-lo, com diu l'article 161.1b de la CE, «en els casos i la forma que la llei estableixi». En particular, autors com Manuel Aragón Reyes o Luis Díez-Picazo¹⁷ defensen la utilitat d'aquest recurs i la conveniència de no suprimir-lo.

3.1.2. *La reforma del Tribunal Constitucional*

Hi ha autors, com ara Vicente Gimeno,¹⁸ que han centrat les seves propostes en la reforma de l'estructura del TC i per això han proposat augmentar el nombre dels magistrats constitucionals fins a quinze, la qual cosa comportaria, al seu torn, un augment del nombre de sales fins a tres, i de les seccions, i, per tant, la multiplicació de les resolucions dictades sobre recursos d'empara.

Però es tracta d'una solució que no acaba de ser del tot convincent. En primer lloc perquè, tenint en compte que la composició del TC es defineix en la CE, suposaria la reforma d'aquesta, amb les dificultats que això suposa. A més, l'augment del nombre de magistrats produiria conseqüències no desitjades, tal com assenyala Manuel Aragón Reyes, ja que augmentaria la possibilitat de disparitat entre les resolucions. Finalment, es considera que les decisions que corresponen al Ple trigarien encara més perquè seria major el nombre de persones que haurien d'assolir una posició comuna.

3.1.3. *El reforç de la protecció dels drets fonamentals en la via ordinària*

Una altra proposta opta per reforçar la protecció dels drets fonamentals en la jurisdicció ordinària, especialment mitjançant el desenvolupament d'un procediment preferent i sumari unificat que fes més eficaç la seva protecció, de manera que no es tingués la percepció que el recurs d'empara és el mecanisme idoni per a la resolució d'aquest tipus de conflictes, cosa que accentuaria el seu caràcter extraordinari i subsidiari.

Tanmateix, aquesta solució també és rebutjada per falta d'encert i d'utilitat. D'aquesta manera, autors com Manuel Aragón Reyes o Ignacio Díez-Picazo consideren que les violacions de drets fonamentals s'acostumen a produir en el si d'un procés en curs i per això

17. Vegeu Manuel ARAGÓN REYES *et al.*, «Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4.

18. Vegeu Manuel ARAGÓN REYES *et al.*, «Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional».

resulta preferible establir especialitats processals en les lleis processals existents, com s'ha fet, per exemple, en el cas de la jurisdicció contenciosa administrativa (art. 114-122 de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contenciosa administrativa) o en el del procés civil mitjançant la possibilitat d'instar la nul·litat d'actuacions (art. 228 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjuiciament civil) o la incorporació d'un recurs extraordinari per infracció processal. En el cas del procés laboral també s'ha incorporat el procediment preferent i sumari per a la protecció de drets fonamentals (art. 177-184 de la Llei 36/2011, del 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social).

3.1.4. Creació d'una sala especial dins del Tribunal Suprem

És coneguda la proposta de Germán Fernández Farreres,¹⁹ catedràtic de dret administratiu que també va ser lletrat del TC, de limitar l'entrada de noves demandes d'empara mitjançant l'establiment de nous requisits d'admissibilitat de caràcter automàtic i la creació d'una sala especial del TS competent en el coneixement d'un recurs d'empara fonamentat en la vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva sense indefensió, imputable a qualsevol dels diversos ordres jurisdiccionals i que només seria possible una vegada esgotats tots els recursos.

Més en concret, Fernández Farreres defensa que la nova causa d'inadmissió que proposa se sumaria a les ja previstes legalment i consistiria a considerar que el recurs d'empara interposat per possible vulneració del dret a la tutela judicial efectiva no seria admissible si en la via judicial prèvia hagués existit plena unanimitat del Ministeri Fiscal o també plena unanimitat dels magistrats que haguessin conegut de l'assumpte en les diverses instàncies judicials a favor de la inexistència de la vulneració denunciada. Per a aquest catedràtic, la coincidència reiterada del Ministeri Fiscal o dels magistrats de les diverses instàncies seria un indicatiu suficientment rellevant per a pressuposar que l'assumpte no té dimensió constitucional o fins i tot que no existeix lesió i, en conseqüència, hauria de portar a una declaració d'inadmissió de la demanda formulada per manca de fonamentació. Per contra, el recurs s'admetria, de manera automàtica i reglada, si existissin sentències contradictòries en la via judicial prèvia o existís algun vot particular.

Com a complement de la introducció d'aquesta nova causa d'inadmissió, el mateix catedràtic suggereix la creació d'una sala especial o *ad hoc* en el TS a qui correspondria el coneixement dels mateixos recursos d'empara per vulneració de l'article 24 de la CE que ara arriben al TC. Aquesta intervenció del TS seria necessària per diversos motius, com, per exemple, que la protecció enfront de la vulneració de l'article 24 de la CE no sempre inclou la possibilitat de la doble instància i també perquè així es reforçaria la subsidiarietat del recurs d'empara. Amb tot, el mateix Fernández Farreres reconeix que aquesta proposta comporta una sèrie de problemes tècnics, com ara la configuració que ha de tenir aquesta nova sala del TS, respecte de la qual s'atreveix a suggerir que n'haurien de formar part nou

19. Vegeu Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma», *Documentos de Trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 58 (2004).

magistrats procedents de cadascuna de les sales actuals i que es podria renovar seguint un torn rotatori.

Això no obstant, aquesta proposta ha estat qüestionada per diversos autors que, si bé reconeixen la seva oportunitat, discrepen, però, quant el seu fonament o contingut. En aquest sentit, resulta molt interessant²⁰ la lectura del debat d'experts que recull el document de treball publicat per la Fundación Alternativa,²¹ per a conèixer l'abast de l'acceptació d'aquesta proposta. D'aquesta manera, Tomás de la Quadra Salcedo assenyala les possibles interferències que podria crear la nova sala especial del TS amb institucions que ja estan funcionant, com, per exemple, el recurs de cassació per infracció processal.

Per la seva banda, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Luis López Guerra i Rafael Fernández Montalvo consideren que la proposta no soluciona el problema, sinó que simplement el complica, ja que es trasllada del TC al TS, que també pateix una situació de col·lapse. Amb això, augmenta el risc de dilació del procediment a un període encara més gran del que acostuma a ser la seva durada habitual. A més, es considera que aquesta solució pot contribuir a augmentar la tensió entre ambdós tribunals, que ja de per si, i com veurem més endavant, mantenen una relació obertament conflictiva. Luis López Guerra s'inclina, per això, per intentar una solució que, en lloc de ser un filtre per a reduir l'entrada de recursos, sigui una via per a accelerar-ne la sortida. I Rafael Fernández Montalvo suggereix la possibilitat de difuminar el recurs d'empara constitucional o d'autorestringir-lo davant el TC, mitjançant l'adopció d'alguna de les solucions que s'han proposat. És a dir, o bé es limita als casos en què la vulneració es produeix per aplicació d'una norma legal que és inconstitucional o bé s'utilitzen criteris subjectius a l'hora d'establir la viabilitat o l'admissibilitat del recurs d'empara.

Per la seva banda, Luis Aguiar de Luque no comparteix que la nova sala del TS s'hagi d'estendre a tots els recursos d'empara previstos actualment en el nostre ordenament jurídic, ja que, tal com es constata, el problema de l'abús del recurs d'empara es planteja principalment en relació amb els que tenen com a fonament hipotètiques lesions dels drets processals de l'article 24 de la CE. Així mateix, aquest autor retreu que no existeixi cap desenvolupament legal de l'article 44 de la LOTC que permeti la regulació d'un procediment judicial específic per a analitzar en seu jurisdiccional les eventuais violacions de drets que siguin imputables «de manera immediata i directa a una acció o omissió» d'un òrgan judicial. Comparteix que la proposta de Fernández Farreres pugui portar el TS al col·lapse i per això proposa que l'atribució del nou recurs no correspongui en exclusiva al TS, sinó que també s'atribueixi a les sales civils i penals dels tribunals superiors de justícia, que no es troben tan col·lapsades i que podrien conèixer dels recursos suscitats enfront de les decisions fermes d'instàncies processals inferiors. Finalment, el mateix autor es mostra escèptic respecte a la constatació de l'existència de vots particulars en les instàncies inferiors com a pressupòsit per a admetre automàticament el recurs d'empara interposat, ja que reconeix que actualment l'existència de vots particulars en les instàncies inferiors no indica res sobre la solvència i els motius del recurs, sinó que només pot fer avinent l'existència de disputes internes —en

20. L'interès de les diverses aportacions que se sintetitzen justifica l'extensió d'aquest apartat.

21. Vegeu Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma», *Documentos de trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 58 (2004), p. 36 i seg.

cas que s'emetin— o, per contra, l'existència d'una bona «química» entre els integrants de l'òrgan judicial —en cas que no s'emetin.

Ignacio Díez-Picazo Giménez comparteix algunes de les crítiques ja formulades, com la inconveniència de traslladar el problema al TS, que ja es troba sobrecarregat, o la interacció entre els apartats 1 i 2 de l'article 24 de la CE, ja que hi ha drets fonamentals de l'article 24.2 de la CE —com pot ser el dret a l'ús dels mitjans de prova pertinents— que el TC assenyala que no es vulneren si no hi ha indefensió. Dit això, aquest autor es pronuncia obertament a favor d'un canvi radical del règim d'admissió dels recursos d'empara i, per això, d'un sistema d'admissió discrecional dels recursos d'empara sobre la base d'un *certiorari*.

Francisco Caamaño considera que la creació d'una sala especial d'empara dins el TS generarà nous conflictes entre aquesta sala i la resta de sales del mateix tribunal i servirà per a endarrerir, encara més, l'accés del ciutadà al TC. Cal destacar també la mesura alternativa que proposa, certament molt polèmica, de no motivar les decisions d'inadmissió, perquè considera que l'esforç en la motivació i la justificació del criteri d'inadmissió a vegades provoca un dany innecessari en la delimitació de l'àmbit del dret constitucional protegit.

Finalment, fa poc Tomás Ramón Fernández,²² en ocasió del seu ingrés com a acadèmic d'honor a la Reial Acadèmia Sevillana de Legislació i Jurisprudència, va qüestionar aquesta proposta de Fernández Farreres perquè li semblava excessiu afegir una altra via judicial prèvia. També ho veu innecessari i redundant, si s'han produït abans contradiccions o vots particulars, o impertinent, si les decisions judicials precedents han estat conformes.

3.1.5. Exclusió d'alguns drets fonamentals de l'àmbit de protecció del recurs d'empara

La major part dels recursos d'empara que es presenten acostumen a invocar, com a dret presumptament lesionat, el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la CE.

Paradoxalment, la causa d'aquesta situació ha estat l'excessiva generositat amb què el mateix TC ha configurat i interpretat el contingut d'aquest dret fonamental, fet que ha contribuït, a parer d'alguns, al desbordament de la jurisdicció constitucional.

Si bé pot ser discutible si inicialment la intenció del constituent era només consagrar un dret d'accés als tribunals, el cert és que el TC ha inclòs com a contingut d'aquest dret molts aspectes de dret processal. D'aquesta manera, el tribunal ha passat de configurar-lo com un dret a una prestació de l'activitat jurisdiccional que desemboqui en una decisió sobre les pretensions deduïdes, a un dret a obtenir una sentència sobre el fons fonamentada en dret, amb la qual cosa s'ha obert la possibilitat de fiscalitzar —a través de l'article 24 de la CE— la fonamentació jurídica de la sentència, primer exigint que les decisions judicials no siguin arbitràries, o irracionals, i després examinant si les decisions són motivades i si aquesta motivació és suficient o congruent.

22. Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «El recurso de amparo constitucional y el recurso de casación contencioso administrativo: la atracción fatal del *certiorari* norteamericano», *Revista de Administración Pública*, núm. 223 (2024), p. 141-168.

És per aquest motiu que alguns autors, com Jiménez Conde, han defensat l'exclusió d'aquest dret com a objecte del recurs d'empara per aconseguir, d'aquesta manera, disminuir considerablement el nombre de demandes presentades davant el TC. Sostenen que aquesta reforma seria possible gràcies a l'expressió «en el seu cas» que inclou l'article 53.2 de la CE en referir-se al recurs d'empara.

Tanmateix, aquesta proposta va ser objecte de nombroses crítiques perquè la possibilitat d'interposar recursos d'empara per la vulneració d'aquest precepte és l'única via per poder verificar que els jutges i tribunals actuen d'acord amb els drets establerts en la CE i apliquen la jurisprudència del TC. Especialment, Luis M. Díez-Picazo ha sostingut que el TC ha d'assegurar l'aplicació efectiva del cos jurisprudencial existent, perquè si no s'incloués aquest dret entre els susceptibles de ser impugnats en empara, no hi hauria cap via d'esmena a favor del ciutadà.

També s'ha proposat l'exclusió de l'article 14 de la CE del recurs d'empara, que, després de l'article 24 de la CE, és el precepte que més s'invoca com a fonament dels recursos d'empara que s'interposen davant el TC.

Finalment, cal tenir present que el TC ha ampliat el contingut d'altres drets fonamentals —especialment, dels drets de configuració legal— fins a incloure supòsits no expressament previstos en la CE, cosa que també justificaria aquesta proposta de reducció o exclusió d'alguns drets de l'àmbit del recurs d'empara. És el cas, per exemple, dels drets continguts en l'article 23 de la CE, perquè tant el dret de sufragi actiu i passiu com el dret d'accés a la funció pública en condicions d'igualtat requereixen un desenvolupament legal. Altres exemples paradigmàtics de drets de configuració legal són el dret a la llibertat sindical de l'article 28 de la CE o el principi de legalitat penal de l'article 25 de la CE, dins del contingut essencial dels quals el TC inclou algunes normes legals de desenvolupament, només a l'efecte de la seva invocació en un recurs d'empara.

En qualsevol cas, no sembla que la reducció de drets protegits sigui una mesura que hagi de ser adoptada, perquè els perjudicis ocasionats per l'exclusió d'aquests drets serien majors que la dilació existent fins ara, ja que, encara que tard, el TC acaba per conèixer de tots els drets vulnerats.

3.1.6. *Introducció d'un procediment de «certiorari»*

Manuel Aragón Reyes, entre d'altres, es pronuncia obertament a favor de la introducció d'un sistema d'admissió discrecional dels recursos d'empara davant el TC, sense una delimitació legal dels supòsits d'admissió, com si fos el procediment de *writ of certiorari* vigent als Estats Units.

Aquest sistema es basa en una concepció objectiva del recurs d'empara que en limita el coneixement del TC als casos en què s'estimi que existeix un interès objectiu per a la defensa de la CE i la concreció dels drets fonamentals. Aragón Reyes creu que aquesta solució és possible perquè no existeix un dret al recurs d'empara, sinó només un dret d'accés a la jurisdicció ordinària.

En segon lloc, el fet que en el nostre ordenament jurídic no existeixi la figura del «precedent» que contribueix a explicar la coherència del *certiorari* en el sistema nord-americà no és un obstacle, segons Aragón Reyes, per a la implantació d'aquesta via en el nostre ordenament. Sobre això, cal recordar que les sentències del TC sí que són vinculants per als jutges i tribunals ordinaris (art. 5 de la Llei orgànica 6/1985, de l'1 de juliol, del poder judicial, LOPJ), que han d'actuar d'acord amb les interpretacions que s'hi contenen, per la qual cosa sí que es pot parlar d'un precedent constitucional. De fet, la infracció d'aquesta doctrina constitucional pot fonamentar la interposició d'un recurs d'empara per vulneració de l'article 24 de la CE.

Manuel Aragón Reyes va suggerir que no calia que la reforma fos una còpia exacta del *certiorari* nord-americà i que es podia seguir el model introduït a Alemanya, on el seu TC també es trobava en una situació de saturació similar a la nostra. Però la fórmula alemanya va suposar una mitigació del model nord-americà perquè va preveure un petit residu subjectiu en contemplar l'admissió del recurs d'empara no només quan tingui rellevància constitucional, sinó també quan el perjudici que s'ocasioni sigui especialment greu per al demandant. En tot cas, correspon al demandant la càrrega d'acreditar la concurrència d'alguna d'aquestes dues condicions. Hi ha autors, com Garronera Morales, que consideren que aquest element subjectiu del recurs d'empara deriva de la CE, perquè l'article 162.1b de la CE atribueix la legitimació per a la seva interposició «a qualsevol persona natural o jurídica que invoqui un interès legítim».

Aragón Reyes va afegir un segon matís consistent a considerar que aquest sistema d'admissió discrecional només es pot establir per als casos en què el recurs d'empara és, efectivament, una via subsidiària, això és, els casos dels articles 43 i 44 de la LOTC, i no en el cas dels recursos d'empara contra actes parlamentaris previstos en l'article 42 de la LOTC. En aquest sentit, l'autor esmentat distingeix entre empires potestatives, que serien les previstes en els articles 43 i 44 de la LOTC, i empires necessàries, que serien les de l'article 42 de la LOTC, respecte de les quals caldria permetre l'admissió amb independència de la importància subjectiva o objectiva del cas concret, ja que, en cas contrari, serien actes exempts de control.

Dins d'aquesta proposta, hi ha qui suggereix (Carmona Cuenca) la seva aplicació només en els casos en què s'invoqui com a dret vulnerat la tutela judicial efectiva, que és el motiu que més saturació produeix en el Tribunal.

Enfront d'aquesta proposta, una part de la doctrina va oposar que per a excloure els casos de poca entitat no calia una reforma legislativa, perquè la legislació que aleshores estava vigent (art. 50.1c LOTC) permetia la inadmissió dels recursos que, pel fet de suposar un perjudici greu per al demandant, no justificaven una decisió sobre el fons de l'assumpte, de manera que la limitació d'assumpes que s'aconseguiria amb la reforma es podria obtenir igualment amb una aplicació més estricta d'aquest article.

3.1.7. *Disminució de la possibilitat d'interposar recursos d'empара*

Finalment, la professora Ana Espinosa Díaz²³ identifica diverses propostes que parteixen de la idea que la solució al «problema de l'empара» no passa per augmentar el nombre de recursos inadmesos, sinó per disminuir el nombre de recursos interposats, de manera que el TC eviti el tràmit d'admissió. Amb aquest objectiu es va proposar tant la limitació de la legitimació per a interposar el recurs d'empара, com la desincentivació de la seva presentació mitjançant la imposició de sancions per la formulació de recursos amb abús o temeritat.

Així, pel que fa a la limitació de la legitimació per a interposar un recurs d'empара, es planteja la possible limitació dels subjectes legitimats per a interposar-ne, que portaria, al seu entendre, a la reducció del nombre de recursos interposats.

Recordem, a aquest efecte, que segons l'article 162.1b de la LOTC, la legitimació per a la presentació d'un recurs d'empара correspon al Ministeri Fiscal, al Defensor del Poble i a tota persona, natural o jurídica, que invoqui un interès legítim.

Si s'atén a la naturalesa del recurs d'empара, no sembla que sigui viable excloure algun d'aquests subjectes de la possibilitat d'interposar un recurs d'empара. En el cas del Ministeri Fiscal, la seva legitimació deriva de la seva naturalesa i de les funcions que té atribuïdes, consistents en la promoció de l'acció de la justícia en defensa de la legalitat, dels drets dels ciutadans i de l'interès públic tutelat per la llei (art. 124 de la CE). El Defensor del Poble té per objecte la defensa dels drets compresos en el títol I de la CE (art. 54), per la qual cosa sembla lògic que tingui entre les seves funcions la interposició d'un recurs d'empара per vulneracions de drets fonamentals produïdes per un poder públic. I finalment, pel que fa als particulars, cal tenir present que el recurs d'empара és la garantia de la qual disposen enfront de possibles vulneracions dels poders públics.

Una altra via per a tractar de disminuir el nombre de demandes seria intentar desincentivar la presentació de recursos d'empара mitjançant l'establiment d'una sanció als advocats i/o procuradors que segurament en el moment de proposar als seus clients la possibilitat d'interposar un recurs d'empара ja coneixen que serà inadmes. Com a revulsiu d'aquesta mala pràctica hi ha qui va proposar la imposició, a l'empара de l'article 95.3 de la LOTC, d'una sanció pecuniària «a qui formuli un recurs d'empара amb temeritat o abús de dret».

Tanmateix, ha estat una via poc utilitzada perquè la seva exigència és molt costosa i tampoc no ajuda l'ús per la LOTC de conceptes jurídics indeterminats, com la temeritat o l'abús de dret. Com a contraproposta se suggereix l'establiment de criteris objectius i mecànics, com ara imposar la sanció a un advocat quan li siguin inadmesos x recursos en y anys. D'aquesta manera s'aconseguiria que només es presentessin recursos que tenen entitat suficient per a ser admesos i s'evitarien els que s'interposen amb l'objecte de dilatar el procediment. Finalment, quant al tipus de sanció, la proposta predominant era la que apostava per una sanció de naturalesa disciplinària, d'inhabilitació per a l'exercici de l'advocacia, amb caràcter temporal o permanent, vinculada a tots els òrgans judicials o només als superiors o exclusivament al TC.

23. Vegeu Ana ESPINOSA DÍAZ, «El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, any 2010, núm. 2.

El cert és que la majoria de la doctrina es va mostrar en contra d'aquesta mesura perquè va entendre que no seria respectuosa amb el dret a la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la CE.

3.2. SOLUCIONS PREVISTES PEL LEGISLADOR

En aquest apartat ens centrarem en l'anàlisi de la reforma operada per la Llei orgànica 6/2007, del 24 de maig, que modifica la LOTC i que canvia de manera substancial el règim jurídic del recurs d'empara mitjançant la introducció d'un nou requisit d'admissió consistent en «l'especial transcendència constitucional del recurs».

Segons la seva exposició de motius, aquesta reforma tenia per objecte «fer front a les dificultats de funcionament del Tribunal Constitucional», que es trobava afectat, principalment, pel creixement imparable de demandes d'empara fins al punt d'ocupar gairebé tot el temps i tots els mitjans materials i personals del TC. Per això, la reforma modifica el tràmit d'admissió del recurs d'empara i, a més, reforça la posició de la jurisdicció ordinària en la protecció dels drets fonamentals amb la nova configuració de l'incident de nul·litat d'actuacions.

El cert és que, malgrat la bona intenció del legislador, va ser una reforma controvertida. Així, juntament amb la incertesa jurídica derivada de la manca de definició del nou requisit introduït i la desconfiança davant l'ampli marge que va passar a tenir el TC per a seleccionar quins assumptes decidia, molts van qüestionar també, com indica Markus González Beilfuss,²⁴ que la reforma no abordés la problemàtica de la qualitat de les demandes d'empara, que, quant al fons, no plantegen problemes de vulneració de drets fonamentals, sinó de legalitat ordinària, o bé discrepàncies amb decisions judicials prèvies.

3.2.1. *La transcendència constitucional especial del recurs*

La Llei orgànica 6/2007 va modificar els articles 49 i 50 de la LOTC per a afegir un nou requisit de la demanda d'empara als ja existents:²⁵ exigir que justifiqui «l'especial transcendència constitucional del recurs» perquè sigui admesa a tràmit.²⁶ A més, l'article 50.1b de la mateixa LOTC recull una definició genèrica de la transcendència constitucional segons la qual aquesta s'ha d'apreciar atenent a «la seva importància per a la interpretació de la Constitució, per a la seva aplicació o per a la seva general eficàcia, i per a la determi-

24. Vegeu Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, «La especial transcendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107 (2016), p. 333-367.

25. Article 49.1 de la LOTC: «El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado».

26. Article 49.1 de la LOTC: 1 «[...] En todo caso, la demanda justificará la especial transcendencia constitucional del recurso».

nació del contingut i abast dels drets fonamentals», criteris que també són molt genèrics i indeterminats.

Més enllà d'aquesta definició, el cert és que la LOTC no regula de manera detallada aquest requisit, que ha estat qualificat per la doctrina com a concepte jurídic indeterminat, sense tradició en el nostre ordenament jurídic.

De fet, hi ha consens a entendre que aquesta modificació va prendre com a referència tant el model americà del *writ of certiorari*²⁷ com el model alemany del tràmit d'admissió de l'anomenada *Verfassungsbeschwerde*,²⁸ que es van crear amb el propòsit de limitar l'admissió dels recursos constitucionals. Tanmateix, fins i tot s'afirma²⁹ que el recurs d'empara espanyol va més enllà dels seus predecessors pels motius següents: d'una banda, el recurs d'empara espanyol és més rigorós que el judici de rellevància alemany perquè permet la inadmissió del recurs encara que en el fons es causi una lesió greu a un dret fonamental; de l'altra, també supera el *certiorari* americà perquè inadmet, des del tràmit d'admissió, tots els assumptes que no s'ajustin als criteris previstos, amb la qual cosa impedeix que el TC es pugui pronunciar sobre l'eventual rellevància constitucional del fons de l'assumpte.

Un estudi rigorós d'aquesta qüestió exigeix separar la dimensió procedimental, això és el requisit de la justificació de la transcendència constitucional especial, de la dimensió material o substantiva, és a dir, el significat del concepte.

3.2.1.1. Dimensió processal del requisit de la transcendència especial del recurs d'empara

L'article 49.1 *in fine* de la LOTC es refereix al tractament processal del requisit de la transcendència especial del recurs d'empara, que comporta donar resposta als interrogants sobre *quan, on i com* s'ha de dur a terme la justificació d'aquest requisit per part del recurrent.³⁰

El TC configura la justificació de la transcendència constitucional especial del recurs d'empara com una càrrega del demandant,³¹ a qui correspon fer tot l'esforç argumental que

27. El *certiorari* del Tribunal Suprem dels Estats Units és el nom d'un procediment que permet al Tribunal examinar de nou una resolució d'un tribunal inferior. D'aquesta manera, qui no està satisfet amb una decisió de la Cort d'Apel·lacions pot sol·licitar la seva revisió al Tribunal Suprem, a través d'una demanda d'avocació que s'anomena *cert petition*, que acostuma a no ser admesa sense cap motivació. De fet, el Tribunal Suprem nord-americà només acostuma a seleccionar deu o dotze casos a l'any. Per a l'admissió, cal un acord d'almenys quatre magistrats.

28. La Llei del Tribunal Constitucional alemany inclou la «*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*», que s'assimila al nostre requisit de transcendència constitucional especial com un dels requisits d'admissió dels recursos d'empara. Ara bé, junt amb aquesta visió objectiva del recurs d'empara, també és possible plantejar el recurs d'empara en cas que el recurrent hagi patit un perjudici especialment greu.

29. Vegeu Yessica ESQUIVEL ALONSO, «El requisito de la especial transcendència constitucional: «decidir no decidir», *Estudios de Deusto*, núm. 61 (2013).

30. Vegeu Pablo PÉREZ TREMP, «La especial transcendència constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre “morir de éxito” o “vivir en el fracaso”», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41 (2018), p. 253-270.

31. Interlocutòria 188/2008, del 21 de juny, i Interlocutòria 289/2008, del 22 de setembre.

permeti al Tribunal conèixer per què el contingut del recurs justifica una decisió sobre el fons l'assumpte, en atenció a la seva importància per a la interpretació, l'aplicació o l'eficàcia general de la CE o per a la determinació del contingut i l'abast dels drets fonamentals que s'al·leguin en la demanda (STC 118/2014, del 8 de juliol). En conseqüència, s'exigeix una justificació formal que no obligui el Tribunal a suplir explicacions o a deduir de l'argumentació del recurrent la transcendència especial del recurs, ja que no és possible l'apreciació d'ofici d'aquest requisit. Per això, la justificació de la transcendència constitucional especial en l'escrit de demanda és un contingut necessari, obligatori i no esmenable, amb el benentès que la inadmissió és irrecurrible, a excepció del Ministeri Fiscal. Aquest esforç argumental consisteix a posar en connexió les vulneracions constitucionals que s'al·leguen amb els criteris establerts en l'article 50.1 de la LOTC. Això no obstant, al mateix temps el TC configura aquesta càrrega com un instrument de col·laboració amb la justícia constitucional (STC 69/2011, FJ 3) que permet, tal com indica Argelia Queralt Jiménez,³² que en ocasions el TC pugui admetre finalment un recurs d'empara gràcies a la descripció dels fets i dels arguments emprats, encara que la justificació de la transcendència constitucional especial del recurs s'hagi complert només de manera parcial.

A més, pel que fa al moment en què s'ha de fer aquesta justificació de la transcendència especial del recurs, la resposta és que aquesta càrrega s'ha de complir en el termini de formulació de la demanda, és a dir, no es pot fer després de la finalització d'aquest termini.³³

Igualment, el TC no exigeix que aquest requisit es prediqui de totes les lesions denunciades, sinó que és suficient que es produeixi en relació amb una d'elles (STC 203/2015). D'aquesta manera, si un assumpte és admès, el TC decidirà sobre totes les lesions al·legades i no només la que estigui directament vinculada amb l'especial transcendència constitucional que ha suposat l'admissió del recurs.

Quant a la forma d'acreditació, el TC és força flexible i no exigeix cap forma concreta d'acreditació d'aquest requisit, si bé demana que en la demanda hi hagi una dissociació entre l'argumentació tendent a evidenciar l'existència de la lesió d'un dret fonamental i els raonaments dirigits específicament a justificar que el recurs presenta una transcendència constitucional especial (STC 17/2011, del 28 de febrer, FJ 2). En aquest sentit, Argelia Queralt Jiménez, lletrada del TC, afirma que avui en dia encara són molts els escrits de demanda en què es produeix una confusió entre els arguments relatius a la lesió plantejada i els que suposadament han de servir per a justificar la transcendència especial del recurs. I conclou que, en aquests casos, si la secció encarregada de verificar l'admissibilitat observa aquesta confusió, l'admissió de l'assumpte no pot prosperar perquè la transcendència constitucional especial no ha estat justificada suficientment.

32. Vegeu Argelia QUERALT JIMÉNEZ, «La conversación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la especial trascendencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53 (2024), *Tribunal Constitucional*, p. 493-531.

33. Markus González Beilfuss afirma que seria possible incloure la justificació en un escrit d'ampliació de la demanda.

3.2.1.2. Dimensió material o substantiva del requisit de la transcendència constitucional especial del recurs d'empara

La dimensió substantiva d'aquest requisit fa referència al significat de la noció de *transcendència constitucional especial*. Com s'ha dit més amunt, es tracta d'un concepte jurídic indeterminat que va causar una gran inseguretats jurídica des de la seva introducció, sobretot si tenim en compte que en l'ordenament jurídic espanyol no hi ha cap altre concepte que s'hi pugui aproximar. La seva gran indeterminació va portar fins i tot a qüestionar la seva compatibilitat amb el sistema de garanties processals reconegudes en el Conveni Europeu de Drets Humans. No obstant això, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) va confirmar aquesta compatibilitat amb el Conveni Europeu de Drets Humans en la seva sentència de l'assumpte Arribas Antón contra Espanya, del 20 de gener de 2015.

L'article 50.1*b* de la LOTC precisa l'abast d'aquest concepte jurídic indeterminat disposant que la transcendència s'apreciarà «atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Davant d'aquesta indefinició, el TC va començar delimitant el contingut negatiu d'aquest nou requisit tot afirmant que no es pot equiparar amb l'existència de la lesió, que és un altre aspecte substantiu de la demanda, però diferent. Per tant, l'existència de lesió no comporta la transcendència especial de la demanda, això és, no tota lesió de drets fonamentals té transcendència constitucional especial.

Pel que fa a la delimitació en positiu d'aquest concepte, atesa l'amplitud de l'expressió «especial transcendència constitucional» i dels tres criteris que la mateixa Llei ofereix, esdevé cabdal la STC 155/2009, que va concretar una enumeració, no tancada ni exhaustiva, de supòsits que poden oferir transcendència constitucional especial. Es tracta d'una enumeració que és útil sobretot perquè, com s'ha vist, la càrrega de la justificació correspon al recurrent, si bé el TC gaudeix d'absoluta llibertat per a decidir-ne la concurrència en cada cas.

Així, segons el FJ 2 de la STC 155/2009, es pot considerar que el contingut del recurs d'empara justifica una decisió sobre el fons de l'assumpte per raó de la seva transcendència constitucional especial en els casos següents: *a*) quan el recurs plantegi un problema o una faceta d'un dret fonamental susceptible d'empara sobre el qual no hi hagi doctrina del TC; *b*) quan el recurs doni ocasió al TC per a aclarir o canviar la seva doctrina, com a conseqüència d'un procés de reflexió interna o perquè han sorgit noves realitats socials o canvis normatius rellevants per a la configuració del contingut del dret fonamental, o s'ha esdevingut un canvi en la doctrina dels òrgans de garantia encarregats de la interpretació dels tractats i acords internacionals a què fa referència l'article 10.2 de la CE; *c*) quan la vulneració del dret fonamental que es denuncia provingui de la llei o d'una altra disposició de caràcter general; *d*) quan la vulneració del dret fonamental derivi d'una interpretació jurisprudencial reiterada de la llei que el TC considera lesiva del dret fonamental i, per tant, creu necessari proclamar una altra interpretació conforme a la CE; *e*) quan la doctrina del TC sobre el dret fonamental que s'al·lega en el recurs estigui sent incompleta de manera general i reiterada per la jurisdicció ordinària, o hi hagi resolucions judicials contradictòries sobre el dret fonamental, ja sigui interpretant de manera diferent la doctrina constitucional, ja sigui aplicant-la en uns casos i desconeixent-la en uns altres; *f*) en cas que un òrgan judicial incorri en una negativa

manifesta del deure d'acatament de la doctrina del TC (art. 5 de la LOPJ); g) en fi, quan l'assumpte suscitat, no inclòs en cap dels supòsits anteriors, transcendeixi el cas concret perquè planteja una qüestió jurídica de repercussió social o econòmica rellevant o general o té unes conseqüències polítiques generals.

L'anàlisi detallada dels set casos que el TC codifica com a expressius de la concurrència de transcendència constitucional especial excedeix l'objecte limitat d'aquest article.³⁴ Això no obstant, cal tenir present que, tal com explica Argelia Queralt Jiménez, actualment aquest requisit és també un instrument jurídic important per al bon funcionament del sistema de protecció multinivell dels drets en l'espai jurídic europeu dels drets humans.³⁵

3.2.1.3. La reforma del tràmit d'admissió del recurs d'empara

La majoria d'autors, en línia amb l'exposició de motius de la Llei orgànica 6/2007,³⁶ afirmen que aquesta reforma va invertir el judici d'admissibilitat del recurs en introduir el nou concepte de *transcendència constitucional especial*, perquè es va passar de comprovar la inexistència de causes d'inadmissió (*judici negatiu*) a verificar l'existència de rellevància constitucional en el recurs d'empara formulat (*judici positiu*). A més, es va invertir també la càrrega de la prova dels requisits d'admissió, ja que abans de la reforma del 2007 el TC havia de comprovar, demanda per demanda, si alguna estava mancada d'algun requisit d'admissibilitat, i, en canvi, a partir de la reforma aquesta feina l'ha de fer el recurrent.

Aquesta nova configuració del tràmit d'admissió del recurs d'empara consistent en la inversió del judici de la seva admissibilitat implica també una objectivació del recurs d'empara, perquè si el TC no aprecia «l'especial transcendència constitucional» de l'assumpte, l'element subjectiu —això és, el dret fonamental lesionat— desapareix i el recurs serà inadmissibles mitjançant providència, que només podrà ser impugnada pel Ministeri Fiscal.

Luis Arroyo Jiménez³⁷ discrepa d'aquesta tesi i afirma que en la protecció dels drets susceptibles d'empara constitucional sempre han estat presents ambdues dimensions, com resulta de la primera sentència del TC transcrita abans (STC 1/1981, del 26 de gener). Segons afirma, ni abans l'empara era un instrument de tutela exclusivament subjectiu dels drets fonamentals, ni aquesta perspectiva ha desaparegut per complet amb la nova regulació. La Llei

34. Per a un estudi detallat d'aquests casos es recomana la lectura de Margarita BELADIEZ ROJO, «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25 (2017).

35. Argelia QUERALT JIMÉNEZ, «La conversación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», p. 493-531.

36. Literalment, l'exposició de motius disposa: «Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso».

37. Vegeu Luis ARROYO JIMÉNEZ, «El recurso de amparo y la “especial trascendencia constitucional” (I)», *Almacén de Derecho* (blog), 6 de juny de 2016, <https://almacenederecho.org/recurso-amparo-la-especial-trascendencia-constitucional>.

orgànica 6/2007 només altera el pes relatiu d'aquestes dues dimensions, de manera que ara la subjectiva es troba supeditada a l'objectiva.

Hi ha autors³⁸ que es van plantejar la constitucionalitat d'aquest concepte perquè aquesta nova configuració objectiva que li va atribuir la reforma de l'any 2007 no semblava encaixar amb l'article 53.2 de la CE, del qual resultava que l'objecte del recurs d'empara era la tutela dels drets i les llibertats reconeguts pels articles 14-29 de la CE, i no la interpretació de la CE. Però com indica Pablo Pérez Tremps, el TC va afirmar que l'aplicació de la reforma no comportava oblidar la funció subjectiva de protecció dels drets, sinó simplement afegir una dimensió objectiva d'interpretació, que havien de concórrer i justificar-se en la demanda.

Per la seva banda, José María Rodríguez de Santiago³⁹ afirma obertament que la reforma no va introduir un sistema d'admissió, sinó, més aviat, un de selecció de casos basat en criteris de política judicial constitucional que més tenen a veure amb la valoració de l'oportunitat de pronunciar-se sobre un cas que no pas amb la necessitat derivada de l'aplicació d'una regla de dret que l'obligui a fer-ho. Per això, per a aquest autor és evident que la reforma va conferir al TC un poder discrecional enorme per a decidir sobre els assumptes que vol admetre, tenint en compte l'expressió *transcendència constitucional especial* té un marge d'indeterminació amplíssim.

Per contra, hi ha qui s'oposa a considerar que el TC pugui seleccionar lliurement els recursos d'empara, pel fet de ser el nostre sistema d'admissió un procediment d'admissió reglada.⁴⁰ Margarita Beladiez també subscriu aquesta afirmació i raona que si el TC considerés que pot decidir lliurement quan un recurs té transcendència constitucional especial, no hauria establert els criteris de la STC 155/2009, que clarament limiten la seva discrecionalitat. Afegeix que si aquests criteris fossin pautes orientadores que poguessin ser exceptuades segons criteris d'oportunitat, el TC ho hauria d'haver aclarit. Per tot això, l'autora esmentada conclou que de la jurisprudència constitucional es dedueix que l'admissió del recurs d'empara és una decisió reglada i que la determinació de si un recurs té o no transcendència constitucional especial no és apreciada lliurement, sinó que s'adopta en atenció a uns criteris generals que determinen aquesta conseqüència.

Per acabar, coincideixo amb Juan Carlos Cabañas García⁴¹ quan qüestiona que realment la reforma de la LOTC de l'any 2007 suposi una inversió del judici d'admissibilitat, ja que és obvi que la verificació de si concorren o no els requisits en ocasió de la interposició d'un recurs d'empara va sempre en dues direccions (positiva i negativa). És a dir, es comprova si els requisits existeixen i això implica, de manera simultània, descartar les respectives causes d'inadmissió. Això és, una demanda d'empara mai no es revisa només per a comprovar que

38. Tomás Ramon Fernández.

39. Vegeu José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, «Especial trascendencia constitucional y recurso de amparo», *Almacén de Derecho* (blog), 21 de setembre de 2015, <https://almacendederecho.org/especial-trascendencia-constitucional-y-recurso-de-amparo>.

40. Vegeu Rosana PÉREZ GURREA, «El nuevo amparo constitucional: su interpretación jurisprudencial y su aplicación práctica en la elaboración de los recursos de amparo», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 149 (juny 2013), p. 85-120.

41. Vegeu Juan Carlos CABAÑAS GARCÍA, «El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88 (gener-abril 2010), p. 39-81.

es compleixen els requisits d'admissió, ni per a buscar només el contrari. Això només tindria sentit si la LOTC afirmés de manera categòrica, per exemple, que «el recurs d'empara serà admissible, tret que...», o a la inversa. Però fins ara això no ha passat mai, ni des de l'entrada en vigor de la LOTC fins a la reforma de l'any 2007, quan es va construir la decisió d'inadmissió a partir de les causes que la impossibilitaven, ni ara, a partir de la reforma de l'any 2007, que la decisió d'admissió es fonamenta en les causes positives que la permeten.

Per tant, estic d'acord amb Juan Carlos Cabañas que el control que fa el TC no varia ni en la forma ni en el resultat respecte dels recursos anteriors a la Llei orgànica 6/2007. Ara s'ha de revisar si existeixen obstacles de procedibilitat (als quals s'afegeix ara la transcendència constitucional especial) i, si no concorren, verificar si el dret presumptament vulnerat és susceptible d'empara constitucional i que la transcendència constitucional especial del recurs d'empara s'encabeix en algun dels paràmetres de l'article 50 de la LOTC amb el filtre de la STC 155/2009. Per tant, els conceptes de l'article 50.1*b* de la LOTC no predeterminen una funció majorment positiva que negativa o viceversa.

3.2.2. *Incident de nul·litat d'actuacions*

La disposició final primera de la Llei orgànica 6/2007 va reformar l'incident de nul·litat d'actuacions previst en l'article 241 de la Llei orgànica del poder judicial per a ampliar, com s'ha dit, el seu àmbit material d'actuació a la vulneració de qualsevol dret fonamental dels esmentats en l'article 53.2 de la CE, i no només centrar-se en els supòsits admesos fins aleshores d'indefensió i d'incongruència. Aquesta reforma es va presentar com un complement que compensava l'altra reforma introduïda per la mateixa Llei orgànica 6/2007 consistent a limitar l'accés al recurs d'empara mitjançant la incorporació del requisit de la transcendència constitucional especial.

Tal com afirma l'exposició de motius de la Llei orgànica 6/2007, «[a]questa ampliació de l'incident de nul·litat d'actuacions previ a l'empara busca atorgar als tribunals ordinaris el paper de primers garants dels drets fonamentals en el nostre ordenament jurídic». Per tant, la reforma buscava reforçar el paper de la jurisdicció ordinària com a garant habitual dels drets fonamentals, intentant aconseguir que s'interposessin els mínims recursos d'empara possibles. Seguint Manuel Carrasco Durán, la filosofia de la reforma sembla que es condensi en la frase «com menys recursos d'empara, més incidents de nul·litat d'actuacions», o «com menys Tribunal Constitucional, més tribunals ordinaris». Amb tot, el cert és que la reforma, com es veurà, no va contribuir que disminuïssin les demandes presentades davant el TC.

El TC també es fa ressò en les seves sentències d'aquesta nova configuració de l'incident de nul·litat d'actuacions per la qual es reforça la jurisdicció ordinària com a garant dels drets fonamentals. Es vol aconseguir que qui hagi patit en un procés una lesió en algun dels drets de l'article 53.2 de la CE, pugui obtenir d'una manera ràpida i senzilla la reparació del seu dret o interès legítim mitjançant la nul·litat de l'actuació processal determinant d'aquesta lesió, sempre que es compleixin els requisits establerts en la legislació. Així, la STC 134/2023, del 24 d'octubre, rebutja que l'incident de nul·litat sigui un simple tràmit formal previ al recurs d'empara, sinó que, per contra, és un veritable instrument processal que «en

la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

Aquest incident es pot interposar contra les resolucions judicials fermes, sempre que no s'hagi pogut denunciar la vulneració del dret amb anterioritat a aquesta resolució i que l'òrgan encarregat de conèixer d'aquesta vulneració sigui el mateix que el que ha dictat la resolució.⁴²

La doctrina, de manera força coincident, va qualificar la intenció del legislador del 2007 com a positiva perquè estava orientada a enfortir el paper de la jurisdicció ordinària com a garant habitual, amb caràcter general, dels drets fonamentals i a aconseguir que s'interposin menys recursos d'empara.

Però el cert és que, al mateix temps, aquesta nova configuració de l'incident de nul·litat d'actuacions va ser molt qüestionada pels motius següents.

D'entrada, els autors es van mostrar molt escèptics davant el fet que hagi de ser resolt, com a conseqüència del seu caràcter no devolutiu, pel mateix òrgan judicial que ha dictat la resolució suposadament vulneradora dels drets, atesa la tendència a no rectificar els errors propis.

Al mateix temps, Almagro Nosete⁴³ va considerar que l'ampliació de l'incident de nul·litat d'actuacions era inapropiada en vista del context existent en aquell moment d'eliminació dels incidents processals i, a més, va assenyalar que generava perspectives d'increment de la litigiositat i de dilacions processals perquè, com que no es configurava com a alternatiu al recurs d'empara, sinó com a requisit previ, no veia com podia impedir, per això, l'arribada d'assumpes al TC, amb el consegüent allargament innecessari de la via judicial prèvia.

Igualment, es va posar en dubte la nova extensió de l'incident de nul·litat, ja que es va considerar que l'ampliació del catàleg de drets que podien constituir-ne l'objecte era fictícia perquè, tret dels casos dels processos d'única instància, no serà possible al·legar cap altre dret diferent dels previstos en l'article 24 de la CE.

Finalment, la relació entre l'incident de nul·litat d'actuacions i el recurs d'empara es regeix per la nota de subsidiarietat del recurs d'empara, la qual cosa significa que és necessari esgotar tots els mitjans d'impugnació previstos per les normes processals per al cas concret (art. 43 i 44 de la LOTC).

A vegades, però, pot ser dubtable saber si una controvèrsia es troba dins de l'àmbit de l'incident de nul·litat d'actuacions. Pot passar que es presenti un incident de nul·litat d'actuacions que sigui improcedent i que per això el TC entengui que la part ha fet un ús abusiu d'aquest instrument processal per a allargar la tramitació processal, amb la conseqüència d'entendre que el recurs d'empara posterior és extemporani. Per contra, si no es presenta l'incident de nul·litat d'actuacions, el demandant d'empara davant el TC s'arrisca a una decisió d'inadmissió per no haver esgotat la via judicial prèvia.⁴⁴

42. Cal recordar que la doctrina del TC ha completat el seu règim jurídic davant el silenci de la regulació. Així, per exemple, la jurisprudència acostuma a resoldre mitjançant una interlocutòria l'estimació o desestimació de l'incident. Igualment, el termini per a la seva interposició es computa a partir de la interlocutòria que resolgui una eventual petició d'aclariment de la sentència (STC 105/2006) i s'exigeix que les providències d'inadmissió dels incidents de nul·litat d'actuacions estiguin motivades adequadament (STC 153/2012).

43. Es fa ressò d'aquesta opinió Rosana PÉREZ GURREA, «El nuevo amparo constitucional», p. 85-120.

44. El TC és conscient de la incertesa i els dubtes que pot tenir el recurrent a l'hora de decidir si for-

És especialment interessant en aquest sentit la línia «flexible i finalista»⁴⁵ que ha seguit el TC a l'hora d'enjudiciar el requisit de l'esgotament de la via judicial prèvia al recurs d'empara en relació amb el plantejament del recurs de cassació contenciós administratiu per interès cassacional objectiu. I és que el canvi en la configuració del recurs de cassació en l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu davant el TS mitjançant la Llei orgànica 7/2015 va originar el dubte respecte al moment en què s'havia d'entendre que s'havia esgotat la via judicial ordinària prèvia a la interposició del recurs de protecció davant del TC. En el sistema anterior a la Llei orgànica 7/2015, l'accés al recurs de cassació estava taxat i limitat per la matèria i la quantia, per la qual cosa no totes les sentències accedien a la cassació. En aquests casos, en què regia la irrecurribilitat de la sentència de la instància, calia acudir a l'incident de nul·litat d'actuacions a l'efecte d'esgotar la via judicial prèvia a la interposició del recurs d'empara.

Aquesta situació canvia arran de la reforma de la cassació contenciosa administrativa de l'any 2015 i actualment el recurs de cassació en aquesta jurisdicció escau davant de totes les sentències, si bé el criteri que serveix de base per a la seva admissió és el de l'«interès cassacional objectiu per a la formació de jurisprudència», en virtut de l'article 88.1 de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquest criteri objectiu establert per a la seva admissió comporta, a la pràctica, que siguin pocs els recursos de cassació que són admesos finalment pel TC. Davant d'això, al recurrent se li planteja el problema de la necessitat d'interposar el recurs de cassació en tots els casos, davant de totes les sentències, per tal de satisfer l'exigència legal d'esgotar la via judicial ordinària prèviament a la interposició del recurs de protecció, encara que sàpiga que serà inadmissible, a la qual s'afegeix la càrrega d'interposar l'incident de nul·litat d'actuacions de l'article 241 de la LOPJ, després d'intentada la cassació, per aconseguir, definitivament, esgotar la via judicial ordinària.

La Interlocutòria 65/2018⁴⁶ va ser la primera resolució on el TC va abordar la qüestió de l'esgotament de la via judicial prèvia i va concloure que per a poder exercir la seva funció constitucional calia que estiguessin esgotades totes les vies judicials, cosa que passava per exigir haver intentat el recurs de cassació, encara que la seva admissibilitat depengués exclusivament de l'apreciació de l'interès cassacional objectiu, que només correspon al TS.

Posteriorment, la STC 112/2019 va modificar la doctrina del TC sobre la naturalesa de l'incident de nul·litat d'actuacions, que va passar a configurar-se com un requisit merament

mula o no l'incident de nul·litat. Així ho va reconèixer, per exemple, en la STC 13/2011:

[...] ello sitúa al justiciable ante una delicada disyuntiva sobre el modo en que debe dar adecuada satisfacción al referido requisito procesal que franquea el acceso al amparo, puesto que una actitud medrosa o, por el contrario, arriesgada en el cálculo de la estrategia procesal pertinente puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso que dé lugar a la producción del referido óbice procesal, haciendo que la demanda de amparo resulte extemporánea (SSTC 217/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; 23/2005, de 14 de febrero, FJ 3; 114/2005, de 9 de mayo, FJ 2; y 127/2005, de 23 de mayo, FJ 2, por todas).

45. Vegeu Susana GARCÍA COUSO, «Recurso de amparo y recurso de casación contencioso-administrativo: el agotamiento de la vía judicial previa tras su objetivación», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 25 (2021), p. 143-170.

46. Aquesta resolució va inadmetre el recurs d'empara interposat contra una inadmissió prèvia d'un incident de nul·litat d'actuacions per no haver intentat prèviament el recurs de cassació, ja que va considerar que aquesta inadmissió no havia incorregut en arbitrarietat, manifesta irraonabilitat o error fàctic patent.

potestatiu en els casos en què la lesió dels drets fonamentals es produeixi en la instància per motius processals no imputables a la manca de diligència de la part.⁴⁷ Així mateix, d'aquesta sentència també es pot deduir que la inadmissió del recurs de cassació per manca d'interès cassacional objectiu per a la formació de la jurisprudència no es pot considerar un esgotament defectuós de la via judicial prèvia imputable a la manca de diligència de la part. García Couso indica que aquesta decisió està en línia amb la doctrina del TEDH,⁴⁸ que no considera necessari que el demandant practiqui totes les vies d'impugnació necessàries, sinó només les que consideri efectives.

Amb posterioritat, el TC també va aplicar aquesta doctrina de la STC 112/2019 als casos en què el recurs de cassació s'inadmetia per justificació insuficient de l'interès cassacional. És el cas de les STC 121/2019 i 8/2020. En canvi, si la inadmissió del recurs de cassació es produeix per manca de justificació de l'interès cassacional —que és un cas diferent del supòsit de manca d'interès cassacional—, determina que la interposició del recurs de cassació es converteixi en una interposició defectuosa atribuïble a la manca de diligència de la part que donarà lloc a la inadmissió del recurs d'empara.

3.3. SOLUCIONS PROPOSADES PEL MATEIX TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En aquest apartat farem referència al recent Acord del 15 de març de 2023, del Ple del TC, pel qual es regula la presentació dels recursos d'empara a través de la seva seu electrònica. Aquest acord —publicat en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 70, del 23 de març de 2023— reconeix, en el seu preàmbul, que el compliment pels recurrents de la càrrega, introduïda per la Llei orgànica 6/2007, de justificar la transcendència constitucional especial ha esdevingut certament un obstacle per a l'admissió d'un elevat percentatge de demandes, com mostra, per exemple, la memòria de l'any 2022, que palesa que el 76% dels recursos d'empara presentats van ser inadmesos per defectes de procedibilitat.

Per això, amb la finalitat de facilitar als recurrents el compliment dels requisits legals, el Ple del TC acorda exigir l'emplenament d'un formulari que permeti als recurrents exposar, amb claredat i precisió, les lesions de drets fonamentals, la transcendència constitucional especial del recurs i la manera com s'ha produït l'esgotament de la via judicial prèvia.

Aquest formulari, que s'ha de presentar obligatòriament, no substitueix la demanda, que, en línia amb la pràctica d'altres tribunals, com el TEDH, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea o el mateix TS, veu limitada la seva extensió a un màxim de cinquanta mil caràcters.

47. En concret, en aquest cas el TC va estimar un recurs d'empara que s'havia interposat, sense haver formulat un incident de nul·litat, contra una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Múrcia que havia inadmes un recurs contenciós administratiu perquè l'acte impugnat no havia esgotat la via administrativa prèvia i contra la posterior providència del TS que havia inadmes el recurs de cassació per manca d'interès cassacional. El TC va considerar que la inadmissió havia estat desproporcionada i que vulnerava el dret a la tutela judicial efectiva, en la seva vessant de dret d'accés a la jurisdicció, ja que l'acte exprés havia estat notificat sense indicar si esgotava o no la via administrativa i sense indicar els recursos procedents.

48. Sentència del 20 de març de 2018, assumpte Budayeva i altres contra Rússia.

Encara és aviat per a valorar si aquest acord ha contribuït a rebaixar el nombre de demandes presentades, però la seva aprovació ha generat un debat entre els diversos operadors jurídics, que consideren que si bé pot contribuir a reduir la càrrega de treball del TC i a augmentar la seva celeritat en la tramitació dels recursos, el cert és que també pot comportar un increment desproporcionat de la càrrega burocràtica per als operadors jurídics i alhora pot esdevenir un obstacle major que el que s'intenta evitar, ja que no es pot descartar que molts dels recursos siguin inadmesos en atenció a la seva exigua justificació en el formulari i no després de l'anàlisi contingut en la demanda d'empara.

Especialment valuosa és l'opinió d'Itziar Gómez Fernández,⁴⁹ lletrada del TC, per a qui les noves exigències estan adreçades a les assistències lletrades i són una oportunitat per a millorar la presentació dels recursos. Per a aquesta lletrada, la inexistència de límits en l'extensió de la demanda podria generar l'efecte, contraproductiu per als interessos dels recurrents en empara, de reproducció automàtica de totes les queixes plantejades des de la primera instància, tot oblidant que el recurs d'empara és un procés de cognició limitada que se circumscriu a la resolució de les queixes relatives a la lesió de drets fonamentals que puguin imputar-se a l'Administració (art. 43 de la LOTC), a les actuacions sense valor de llei del poder legislatiu (art. 42 de la LOTC) o a les resolucions judicials (art. 44 de la LOTC). El desacord amb les resolucions d'instància no és una causa per a acudir a un recurs d'empara i és molt freqüent que la defensa dels interessos subjectius es confongui amb la defensa dels drets fonamentals dels recurrents.

Per això, Gómez Fernández mostra la seva conformitat amb el contingut d'aquest acord, ja que entén que la reducció de l'espai pot ser una oportunitat perquè les assistències lletrades s'esforcin a sintetitzar adequadament la qüestió constitucional de garantia dels drets. S'oposa a considerar que això pugui vulnerar el dret a la tutela judicial efectiva i, a més, creu que es troba en completa sintonia amb el requeriment del TEDH en relació amb les demandes que s'hi presenten. D'aquesta manera, davant una eventual inadmissió d'un recurs d'empara, el justiciable tindrà avançada la feina per al plantejament d'un hipotètic recurs davant el TEDH.

Per contra, Carmen Montesinos⁵⁰ afirma de manera molt gràfica que l'exigència del formulari no és l'elefant que es troba a l'habitació,⁵¹ amb el benentès que té clar que realment

49. Vegeu Alvaro Perea González (coord.), Itziar Gómez Fernández, Antonio Dorado Sánchez, Ana López Navío, Luis Zafra Romero i Rafael Illescas, «Diálogos para el futuro judicial LXIII. El recurso de amparo: análisis y claves», *Diario la Ley*, núm. 10291 (2023), https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzC0tzC7Wy1KLizPw8WyMDI2M-DU0MDtbz8lNQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJFiYSYAAB-P0A45jAAAWE.

50. Vegeu Carmen MONTESINOS PADILLA, «El elefante en la habitación. La discrecionalidad en la admisión del recurso de amparo», *Blog del CEPC*, 23 de maig de 2023, <https://www.cepc.gob.es/blog/el-elefante-en-la-habitacion-la-discrecionalidad-en-la-admision-del-recurso-de-amparo>.

51. Al món anglosaxó s'utilitza l'expressió «un elefant a l'habitació» (*an elephant in the room*) per a referir-se metafòricament a un problema o un risc obvi del qual ningú no vol parlar o a una veritat evident que és ignorada o passa inadvertida. Es basa en la idea que seria impossible passar per alt la presència d'un elefant en una habitació i, per tant, tots els que són dins fingeixen que l'elefant no hi és i han decidit defugir l'enorme problema que implica.

no és el seu emplenament el problema del qual ningú no vol parlar, sinó que considera que allò veritablement problemàtic i que no sembla que resolgui aquest acord és tant la determinació de quin ha de ser l'abast real del requisit de la transcendència constitucional especial perquè sigui comprensible pels operadors jurídics, com el marge de discrecionalitat que s'ha atribuït el TC a l'hora de decidir la inadmissió dels recursos d'empara. D'altra banda, l'Acord del 15 de març de 2023, quan afirma que la seva finalitat és facilitar als sol·licitants d'empara el compliment dels requisits legals perquè puguin explicar millor els motius que fonamenten els seus recursos, sembla posar el focus únicament en els recurrents i les seves assistències lletrades per a ajudar-los a millorar la presentació de les seves demandes, com si fins a aquell moment la causa de l'elevada taxa d'inadmissió dels recursos d'empara fos imputable únicament als recurrents i la defectuosa redacció dels seus escrits.

4. RELACIÓ ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I EL TRIBUNAL SUPREM

Com es deia a l'inici d'aquest article, les dades estadístiques que publica el TC mostren l'existència d'un elevat nombre de recursos d'empara interposats contra resolucions judicials, de les quals la major part són dictades pel TS.

Al mateix temps, s'indicava que les mateixes dades —almenys les que resulten de les estadístiques més recents— expressaven que en la majoria dels casos el TC no estimava els recursos d'empara i, per tant, no anul·lava les sentències procedents del TS.

Finalment, s'avançava que aquesta deferència envers el TS semblava que podia estar causada per una actitud d'autocontenció o prudència que adoptava el TC envers les resolucions del TS com a conseqüència de correspondre a la jurisdicció ordinària el paper de primers garants de la protecció dels drets fonamentals.

Però temo que som davant un miratge i el cert és que el TC segueix anul·lant resolucions del TS com a conseqüència de l'estimació de recursos d'empara interposats contra sentències dictades per aquest tribunal, fet que posa en entredit la desitjable «relació dialogada» entre ambdós tribunals, seguint l'expressió que, en aquest àmbit, emprà Serra Cristóbal.⁵² En són una bona prova, per exemple, les recents sentències que han estimat els diversos recursos d'empara interposats contra les sentències de la Sala Segona del TS relatives als coneguts casos dels expedients de regulació d'ocupació (ERO) d'Andalusia.⁵³ Si bé aquests supòsits no impliquen que el nombre de sentències del TS que han estat anul·lades hagi crescut vertiginosament, el cert és que el ressò mediàtic, cada vegada que això passa, és enorme, fet que mostra que les tensions⁵⁴ entre el TS i el TC poden reaparèixer en qualsevol moment.

52. Vegeu ROSARIO SERRA CRISTÓBAL, «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿de las desavenencias a una relación dialogada?», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18 (2014), p. 371-399.

53. Són les següents: STC 93/2024, del 19 de juny (BOE, núm. 179, del 25 de juliol de 2024); STC 94/2024, del 2 de juliol; STC 95/2024, del 3 de juliol; STC 96/2024, del 3 de juliol; STC 97/2024, del 3 de juliol; STC 98/2024, del 3 de juliol; STC 99/2024, del 16 de juliol; STC 100/2024, del 16 de juliol; STC 101/2024, del 16 de juliol; STC 102/2024, del 17 de juliol, i STC 103/2024, del 17 de juliol.

54. Juan Antonio Xiol Ríos utilitza l'expressió «guerra de Corts», importada d'Itàlia, per a referir-se

La majoria de la doctrina coincideix a assenyalar que la causa de la tensió que tradicionalment ha enfrontat el TS amb el TC ha estat la inexistència d'una regla clara de delimitació de les competències entre ambdues jurisdiccions, sobretot en aquells àmbits en què concorren ambdós tribunals, que són bàsicament els dels processos que tinguin com a objecte la possible vulneració d'un dret fonamental.⁵⁵ En concret, la conflictivitat es genera si tenim en compte que el TC, que és l'últim que intervé, en la seva condició de garant suprem dels drets fonamentals pot anul·lar una resolució del TS, fet que pot propiciar una reacció airada d'aquest darrer tribunal, que pot valorar aquesta anul·lació com a lesiva de les seves competències, ja que suposa ignorar la posició del TS com a intèrpret suprem de la legalitat.

Resulten molt il·lustratius dos estudis que han fet els catedràtics Magdalena Nogueira Guastavino⁵⁶ i Juan Antonio Lascuraín,⁵⁷ publicats en *Almacén del Derecho*, on s'analitza quin ha estat el grau de conflictivitat entre ambdós tribunals en els darrers vint anys.

Així, enfront del caràcter extremament conflictiu i difícil del període que va de l'any 2003 al 2013 que resulta de l'estudi de Nogueira Guastavino, la reflexió de Lascuraín, referida a la dècada 2014-2023, és ben diferent, ja que constata l'existència actual d'una baixa conflictivitat entre el TC i el TS en comparació amb les sonores batalles judicials que sí que hi va haver en el passat. Per a aquest autor, segurament això respon al fet que actualment molts dels magistrats del TC procedeixen del TS i també poden haver contribuït a aquesta pau institucional les diverses trobades que han mantingut ambdós tribunals per a intercanviar impressions sobre qüestions jurisdiccionals comunes, com es ressenya al web del TC.

Seguint els autors esmentats podrem recordar alguns dels casos d'enfrontament o de conflicte entre el TC i el TS que s'han produït en els darrers vint anys. D'entrada, es constata que la gran majoria de conflictes entre ambdós tribunals s'han produït en l'àmbit de l'article 24 de la CE en relació amb qüestions processals, com, per exemple, l'accés al recurs, en què el TC ha intentat frenar el rigorisme en aquest accés posant límits, de vegades, als excessos d'una jurisdicció ordinària notòriament sobre carregada d'assumptes que pot estar temptada de decidir més inadmissions que les que en realitat pertocarien. Així, per exemple, es pot esmentar la STC 282/2006, referida a una denegació de legitimació a subjectes col·lectius per a interposar el recurs contenciós administratiu. També destaca la STC 18/2009, en la qual el TC va estimar insuficient la motivació que fonamentava la decisió d'inadmissió.

a la relació no satisfactòria entre ambdues jurisdiccions. A Itàlia la doctrina parla de «guerre delle Corti» per a referir-se a les tensions entre la Corte Costituzionale i la Corte di Cassazione.

55. Un altre àmbit de coincidència entre el TC i la jurisdicció ordinària és el relatiu a la resolució de qüestions d'inconstitucionalitat, àmbit on, per contra, no hi ha hagut pràcticament controvèrsia entre ambdós tribunals. Això és degut, segons Pedro Tenorio Sánchez, al control extern que fa el TC de la concurrència dels pressupòsits processals necessaris per al seu plantejament, on es limita a controlar que el judici d'aplicabilitat i de rellevància no és irraonable, sense substituir ni modificar el criteri de l'òrgan judicial que la proposa.

56. Magdalena NOGUEIRA, «Las difíciles relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Supremo en el periodo 2003 a 2013», *Almacén de Derecho* (blog), 24 d'abril de 2024, <https://almacenederecho.org/las-dificiles-relaciones-entre-el-tribunal-constitucional-y-el-supremo-en-el-periodo-2003-a-2013>.

57. Vegeu Juan Antonio LASCURAÍN, «Las relaciones del Tribunal Constitucional con el Tribunal Supremo en la última década (2014-2023)», *Almacén de Derecho* (blog), 23 de desembre de 2023, <https://almacenederecho.org/las-relaciones-del-tribunal-constitucional-con-el-tribunal-supremo-en-la-ultima-decada-2014-2023>.

Més recentment, es poden esmentar els casos següents relatius a aquesta problemàtica: la STC 7/2015 (exigència retroactiva d'anticipar en el recurs de cassació contencions administratiu els preceptes concrets o la jurisprudència concreta que s'invoquen com a infringits), la STC 55 /2019 (error del procurador en carregar les dades del formulari de Lexnet), la STC 82/2019 (emplaçament per edictes), la STC 112/2019 (manca d'indicació administrativa dels recursos en la notificació de les resolucions administratives), la STC 89/2020 (legitimació d'un sindicat davant la jurisdicció contenciosa administrativa), la STC 155/2020 (legitimació d'un farmacèutic per a reclamar al Servei Català de Salut) o la STC 14/2023 (notificació d'un emplaçament per mitjans electrònics).

També en relació amb qüestions processals es poden esmentar els supòsits en què el TC ha qualificat com a irraonable la fonamentació de la sentència (STC 250/2007) o hi ha apreciat incongruència (STC 121/2009) o un error patent (STC 194/2003, per inadmissió d'un recurs de revisió civil per incórrer en un error sobre la data en què es va tenir coneixement dels fets). Són també coneguts els casos d'atorgament d'empara enfront de sentències que no aplicaven una llei autonòmica vigent, sense plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat (STC 58/2004, referida a la inaplicació de la llei que regulava el recàrrec autonòmic de la taxa sobre el joc i que va afectar la Generalitat de Catalunya), o els casos d'estimació del recurs d'empara contra sentències del TS que havien vulnerat el dret a no patir indefensió (STC 8/2009, per omissió del trasllat de l'escrit de cassació en un assumpte contencios).

Pel que fa a l'àmbit dels drets substantius, es pot destacar un grup de sentències estimatòries que tenen a veure amb la resolució de conflictes relatius al dret a l'honor o a la intimitat, com, per exemple, la STC 176/2013 (cas Álvarez Cascos), la STC 190/2013 (cas Gonzalo Miró), la STC 35/2020 (cas César Strawberry) o la STC 25/2019 (cas de càmera oculta).

I entre els casos més recents es poden destacar, entre d'altres: la STC 172/2016, que va atorgar l'empara a un magistrat que havia estat condemnat per prevaricació per les seves decisions com a jutge de família; també tota la família de sentències que parteixen de la STC 8/2017 i que neguen que s'hagin de reduir els casos d'indemnització derivats de la presó provisional als supòsits d'inexistència del fet imputat; la STC 1/2020, de condemna excessiva (pels agreujants de discriminació ideològica i béns d'ús públic) als assaltants de la llibreria Blanquerna de Madrid; la STC 172/2021, sobre la negativa al reconeixement de gran invalidesa als sol·licitants, que estaven en situació de jubilació anticipada per raó de discapacitat; les sentències (la primera és la STC 63/2022) que van emparar els que havien estat condemnats per delictes de terrorisme i sol·licitaven la revisió de les seves condemnes per la repercussió probatòria que hauria de tenir el fet que el TEDH hagués determinat que havien patit maltractaments durant la seva detenció. Finalment, com s'ha dit, el darrer supòsit de conflicte o enfrontament entre ambdós tribunals i que ha tingut ressò mediàtic és el referit a la família de recursos d'empara estimats en els casos dels ERO d'Andalusia perquè es va apreciar vulneració del dret a la legalitat sancionadora.

Quant a les solucions proposades per a resoldre els conflictes entre ambdós tribunals, podem seguir Juan Antonio Xiol Ríos,⁵⁸ que les sistematitza de la manera següent.

58. Vegeu Juan Antonio XIOL RÍOS, «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿Un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de*

Hi ha qui, com Aragón Reyes, proposa una solució basada en el principi de jerarquia, segons la qual, i d'acord amb l'article 123 de la CE, correspon al TC la posició preeminent en matèria de garanties constitucionals.

Un altre grup proposa solucions basades en la divisió formal de les competències, que passen per la distinció, difícil a la pràctica, entre la legalitat ordinària i la constitucional, a la qual acudeix sovint el TC i la línia de delimitació de la qual és molt imprecisa, ja que l'ordenament jurídic forma un tot i existeixen qüestions que es relacionen amb l'aplicació de la llei ordinària però la interpretació de les quals incideix en la protecció d'un dret fonamental. Això ha donat lloc al que Garrido Falla qualifica com a jurisprudència zigzaguejant per a explicar que el TC aborda el control de les violacions de drets fonamentals que tenen el seu origen en resolucions judicials, a vegades amb excessiva prudència i en d'altres amb aparents excessos jurisdiccionals, tant quan el TC ha d'interpretar el requisit de la transcendència constitucional especial del recurs d'empara com quan es tracta de revisar la interpretació i l'aplicació feta pels òrgans judicials.

Finalment, destaca la proposta de Pedro Tenorio Sánchez,⁵⁹ qui aposta per l'autocontenció o *self-restraint* de la jurisdicció del TC, perquè és la darrera jurisdicció que intervé i com a mostra de la seva deferència envers l'actuació de la jurisdicció ordinària que actua com a primera garant de la tutela dels drets fonamentals, que no està en condicions d'exigir-li aquesta autolimitació.

En aquest sentit, la mateixa LOTC concreta tres mandats que limiten l'actuació del TC: en l'article 44.1b prohibeix al TC entrar a conèixer els fets que donen lloc al procés que origina l'empara i que implica, en conseqüència, que el TC no pot modificar els fets ni canviar el sentit o la configuració atorgada per la jurisdicció ordinària; en segon lloc, l'article 54 estableix que el TC s'ha de limitar a concretar si s'ha violat un dret fonamental i a preservar o restablir el dret fonamental, i ha d'abstenir-se de fer qualsevol altra consideració sobre l'actuació dels òrgans jurisdiccionals; finalment, l'article 56 estableix com a regla general l'executivitat dels actes o les sentències impugnades en via constitucional, i habilita el TC per a acordar la seva suspensió només en casos excepcionals.

D'altra banda, l'autocontenció del TC també es posa de manifest amb determinades línies doctrinals del mateix Tribunal que també són identificades per Tenorio Sánchez, com, per exemple, la relativa a la necessitat de respectar la interpretació judicial de la llei, sempre que això no plantegi implicacions per als drets fonamentals, o la que atribueix una presumpció de legitimitat als actes dels poders públics.

També es pot qualificar com a *autocontenció* la moderació amb la qual el TC administra les possibilitats que li atorga l'article 55.1 de la LOTC per a configurar les decisions de les sentències estimatòries i que li permet que, en cas que consideri que s'han vulnerat els drets fonamentals processals (que són els garantits en els articles 24 i 25 de la CE) com els casos dels articles 14 i 17 CE, el TC ordeni la retroacció de les actuacions a un moment anterior al de

Madrid, núm. 22 (2018), *El vértice de los sistemas judiciales* (dir.: Alicia González Alonso i Sabela Oubiña Barbolla), p. 173-188.

59. Vegeu Pedro TENORIO SÁNCHEZ, «Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50 (2022), p. 291-324.

la resolució anul·lada, perquè sigui l'òrgan judicial, el jutge de la legalitat ordinària, qui dicti una resolució conforme amb el contingut del dret fonamental vulnerat.

5. TENDÈNCIA ACTUAL DE LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓ AMB EL TRÀMIT D'ADMISSIÓ DEL RECURS D'EMPARA

Després de l'examen de les solucions proposades per a acabar amb la congestió del TC originada per la interposició d'una gran quantitat de recursos d'empara, imagino que hi haurà curiositat per a saber si aquestes propostes, especialment les introduïdes per la reforma de la Llei orgànica 6/2007, han estat efectives.

D'entrada, en termes absoluts, les estadístiques jurisdiccionals disponibles al web del TC que s'han recollit a l'inici d'aquest article continuen mostrant una xifra molt elevada de recursos d'empara interposats i no admesos pel TC.⁶⁰ Per tant, no sembla que l'objectiu dissuasiu de la reforma s'hagi complert de manera satisfactòria. Segurament ha disminuït el nombre de sentències que resolen recursos d'empara, atesa la difícil tasca d'acreditar el requisit de la transcendència constitucional especial; però, com s'ha vist, encara continua arribant un nombre molt elevat de recursos d'empara al TC, per bé que no superin el tràmit d'admissibilitat.

Tampoc no sembla que la introducció de l'exigència de l'emplenament del formulari que imposa l'Acord del Ple del Tribunal Constitucional del 15 de març de 2023 hagi estat molt eficaç, perquè en el que hem viscut d'aquest any el nombre de recursos interposats continua sent molt alt i molt em temo que l'exigència esmentada només ha servit per a imposar al recurrent una càrrega burocràtica addicional, sense que siguin evidents la disminució de la càrrega de treball del TC i una major agilitat en la tramitació d'aquests assumptes.

Una vegada constatat que potser les solucions legals aplicades no han satisfet les expectatives creades amb la seva adopció, cal fixar-se en l'elevat nombre de decisions d'inadmissió que avui en dia es produeixen en relació amb els recursos d'empara. En vista del que s'ha exposat amb caràcter previ, és interessant analitzar si el motiu de la inadmissió d'aquests recursos respon a una manca d'apreciació per part del TC de la transcendència especial del recurs d'empara interposat o si, per contra, com a conseqüència del seu caràcter subsidiari, és fruit d'una decisió que aposta per una autocontenció del TC com a mostra de la seva deferència envers l'actuació de la jurisdicció ordinària, que és la primera garant de la tutela dels drets fonamentals. D'aquesta manera, com dèiem a l'inici d'aquest article, podríem valorar si s'ha produït un augment de la facultat discrecional del TC a l'hora de seleccionar què decideix, amb el risc associat de convertir aquesta discrecionalitat en pura arbitrarietat, o si, per contra, el TC opta per ser deferent amb la jurisdicció ordinària i decideix extremar la seva prudència a l'hora de decidir sobre l'admissió del recurs d'empara interposat.

Doncs, bé, lamento dir que no sé si serà possible donar resposta a aquest interrogant, perquè avui en dia resulta molt difícil conèixer quina és la motivació emprada pel TC per a

60. Tal com s'ha vist, des de l'any 2021 arriben, aproximadament, més de 8.000 recursos d'empara al TC i les inadmissions se situen al voltant de més del 90% dels assumptes.

inadmetre els recursos d'empara interposats, atès que aquesta decisió s'adopta en forma de providència, la motivació de la qual és pràcticament inexistent⁶¹ i, a més, no es objecte de publicació.⁶² La forma d'interlocutòria només es reserva per al cas que la inadmissió hagi estat recorreguda en súplica, que és una possibilitat reservada únicament al Ministeri Fiscal (art. 50.3 de la LOTC).

Ara bé, hi ha qui puntualitza que no s'ha de confondre la motivació breu de les providències d'inadmissió dels recursos d'empara amb la lleugeresa de l'examen de les causes que la determinen, ja que la major part de les vegades aquesta decisió d'inadmissió, encara que no ho reflecteixi la providència respectiva, ve precedida de diversos informes.⁶³

Igualment hi ha qui, per contra, fa un crit d'atenció sobre els riscos que comporta aquest règim d'inadmissió per a l'operador jurídic, sobretot per la manca de transparència d'aquestes decisions, amb la consegüent incertesa de no poder conèixer com s'ha de plantejar el recurs d'empara per augmentar així les probabilitats de la seva admissió.

En qualsevol cas, aquesta dificultat no m'ha descoratjat als efectes de l'objecte d'aquest article i per això he seleccionat, entre les resolucions del TC que sí que es publiquen, com és el cas de les interlocutòries i les sentències, alguns supòsits interessants que poden servir també per a comprovar quina és la tendència actual del TC en relació amb l'admissió del recurs d'empara i que, a més, plantegen problemàtiques connexes referides a algunes qüestions que també han estat apuntades al llarg d'aquest article i que considero interessant destacar.

5.1. INTERLOCUTÒRIA 427/2023, DE L'II DE SETEMBRE⁶⁴

Aquesta interlocutòria inadmet el primer dels sis-cents recursos d'empara interposats per funcionaris interins i personal estatutari temporal, els quals, davant una situació d'abús de poder en la seva contractació temporal, sol·licitaven la conversió de la seva relació temporal en fixa i denunciaven que la doctrina del TS respecte a aquesta qüestió vulnerava el seu dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), el dret a la legalitat sancionadora (art. 25 de la CE) i el dret a la igualtat (art. 14 de la CE).

En aquest cas, la decisió d'inadmissió, tal com resulta de la Interlocutòria 427/2023 objecte de comentari, es va fonamentar en la inexistència manifesta de vulneració dels drets fonamentals al·legats. Aquest fet va propiciar, com es reconeix expressament, l'adopció d'una interlocutòria per a poder exterioritzar les raons de la decisió.

61. Una de les fórmules habituals de motivació de la inadmissió d'un recurs d'empara que es pot trobar en les providències d'inadmissió és la següent: «La Sección ha examinado el recurso presentado y ha acordado no admitirlo a trámite por no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional que, como condición para su admisión, requiere el art. 50.1.b) LOTC (STC 155/2009, de 25 de junio, fJ 2)».

62. L'article 50.3 de la LOTC determina que «les providències d'inadmissió, adoptades per les Seccions o les Sales, especificaran el requisit incomplet i es notificaran al demandant i al Ministeri Fiscal».

63. Vegeu Carlos PADRÓS REIG, «La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 209 (2019), p. 307-347.

64. Vegeu BOE, núm. 244 (12 octubre 2023).

Per tant, l'interès d'aquest supòsit rau en la doble excepció que, al meu entendre, representa en relació amb el règim general exposat, ja que, d'una banda, acorda una inadmissió mitjançant una interlocutòria enfront de la regla general de fer-ho mitjançant una providència i, d'altra banda, la decisió d'inadmissió no es fonamenta en el requisit de la transcendència constitucional especial del recurs, sinó en la inexistència manifesta de vulneració dels drets fonamentals invocats.

Precisament aquest va ser el principal retret que la magistrada María Luisa Balaguer Callejón va fer als seus companys de secció en el vot particular que va subscriure, ja que per a ella el recurs hauria d'haver estat admès perquè hi concorrien diverses circumstàncies acreditatives de la seva transcendència constitucional especial.⁶⁵ Per tot això, la magistrada discrepant va concloure que la decisió de la majoria no s'ajustava a l'esperit de la reforma de l'any 2007, orientada a prioritzar i reforçar la dimensió objectiva del recurs, i que el TC havia optat per fer prevaler la dimensió subjectiva, tot excloent l'anàlisi de l'assumpte des de la perspectiva de la necessària transcendència constitucional especial del recurs.

5.2. INTERLOCUTÒRIA 150/2022, DEL 16 DE NOVENBRE⁶⁶

Aquesta interlocutòria, que admet un recurs d'empara interposat per la representació processal de la Junta d'Extremadura contra una sentència estimatòria d'un recurs de casació i una inadmissió d'un incident nul·litat d'actuacions adoptada per òrgans de la jurisdicció contenciosa administrativa, conté un vot particular subscrit per Juan Antonio Xiol Ríos i María Luisa Balaguer Callejón favorable a la prudència o autocontenció del TC en les decisions d'admissió dels recursos d'empara. El mateix vot es reitera en les interlocutòries 151/2022 i 152/2022, del 16 de novembre. Per tant, el valor d'aquesta interlocutòria és que permet conèixer per quines raons s'aconsellava extremar la prudència a l'hora de decidir sobre l'admissió d'un recurs d'empara.

En concret, els magistrats discrepants argumenten que la configuració constitucional del procediment d'empara, presidida per la idea de la seva subsidiarietat en relació amb la tutela dels drets fonamentals que estan cridats a dispensar els òrgans judicials, i el desenvolupament legislatiu de què ha estat objecte en establir els requisits materials d'admissió, que transcendeix la mera lesió subjectiva del dret fonamental invocat, determinen la necessitat d'autocontenció en les decisions d'admissibilitat que el TC ha d'adoptar. Cal, a més, tenir present, tal com indiquen els mateixos magistrats, que una decisió d'admissió implica, d'una banda, un examen de la constitucionalitat de l'actuació judicial i, de l'altra, una prolongació inevitable de la situació de manteniment del conflicte jurídic.

65. En concret, la magistrada discrepant identifica, com a concurrents en el cas, els supòsits següents de la STC 155/2009: el previst en la lletra *b*, consistent que l'assumpte doni ocasió al TC per a aclarir o canviar la seva doctrina com a conseqüència d'un procés de reflexió interna o pel sorgiment de noves realitats socials o de canvis normatius rellevants, i també el previst en la lletra *g*, referit al cas que l'assumpte suscitat transcendeixi el cas concret perquè plantegi una qüestió jurídica de repercussió social o econòmica rellevant o general o tingui unes conseqüències polítiques generals.

66. *BOE*, núm. 308 (24 desembre 2022).

Aquesta autocontenció s'ha d'extremar encara més, segons els magistrats, en els supòsits en què la demanda d'empara és instada per les administracions públiques invocant el dret a la tutela judicial efectiva en defensa de l'exercici de les potestats administratives, tenint en compte que els inevitables inconvenients inherents a la situació del recurs interposat s'incrementen per la limitació de la titularitat als drets processals que estableix l'article 24 de la CE i per la necessitat d'afirmar per damunt de tot la naturalesa dels drets fonamentals com a institucions protectores d'àmbits de llibertats o prestacions dels individus davant dels poders públics.

5.3. INTERLOCUTÒRIA 47/2024, DEL 14 DE MAIG⁶⁷

Aquesta interlocutòria va inadmetre un recurs d'empara interposat contra un acord de la Junta de Portaveus del Parlament de Navarra per inexistència manifesta de violació del dret fonamental invocat.

El valor d'aquesta interlocutòria és que permet copsar com el TC valora el requisit de la transcendència constitucional especial en els recursos interposats contra decisions o actes sense valor de llei procedents de les Corts Generals o d'assemblees legislatives de les comunitats autònomes (art. 42 de la LOTC), que són l'únic cas en què el recurs d'empara no té caràcter subsidiari perquè no existeix una via judicial prèvia.

D'aquesta manera, crida l'atenció l'extraordinària flexibilitat amb què el TC examina la concurrència del requisit de la transcendència constitucional especial del recurs, ja que si bé reconeix la seva justificació defectuosa, així com l'incompliment de la càrrega de dissociació de l'argumentació referida a la concurrència de la transcendència constitucional especial del recurs i els raonaments específics que justifiquen la lesió del dret fonamental denunciada, conclou, però, que no escau la inadmissió per aquest motiu. El TC defensa que només és possible l'adopció d'aquesta actitud més flexible que reivindica, quan es tracti de recursos d'empara parlamentaris, perquè són un tipus de recurs que no disposa d'una via jurisdiccional prèvia on es pugui postular la reparació dels drets vulnerats. Aquesta manca de subsidiarietat d'aquest tipus de recurs d'empara li atorga una posició especial a l'hora de determinar la seva dimensió objectiva i la valoració de la seva transcendència constitucional especial, atesa la repercussió general que té per a l'exercici de la funció representativa i que excedeix l'àmbit particular del diputat i del grup en què s'integra.

Aquesta interlocutòria inclou un vot particular subscrit pel magistrat Enrique Arnaldo Alcubilla, que qualifica d'extravagant la decisió de reconèixer que el recurs té una transcendència constitucional especial i alhora decidir la seva inadmissió per inexistència de violació dels drets fonamentals al·legats.

67. *BOE*, núm. 140 (10 juny 2024).

5.4. SENTÈNCIA 33/2023, DEL 18 D'ABRIL⁶⁸

Aquesta sentència va inadmetre, per extemporaneïtat, un recurs d'empara interposat contra la publicació de la fotografia del recurrent com a persona presumptament implicada en uns aldarulls en una pàgina web dels Mossos d'Esquadra on se sol·licitava la col·laboració ciutadana per a la seva identificació.

En concret, el TC va acollir l'al·legació d'inadmissibilitat feta per l'Advocacia de la Generalitat i va considerar que si bé el recurs s'havia interposat d'acord amb l'article 44 de la LOTC, que és el procediment previst quan la vulneració de drets fonamentals s'imputa a l'òrgan judicial, en realitat la lesió era imputable a l'Administració, que és qui va acordar la publicació de les fotografies a la pàgina web de la policia. Per això, el recurs hauria d'haver-se interposat per la via de l'article 43 de la LOTC, que preveu un termini d'interposició de vint dies, i no de trenta, que és el previst en l'article 44 de la LOTC.

La Sentència inclou diversos vots particulars que es fan ressò de la distorsió que representa la diferència de terminis considerada en la LOTC per a interposar recursos d'empara per vulneracions de drets fonamentals originades per actuacions administratives o per actuacions judicials, ja que no respon a cap motiu objectiu, i per això es reclama una unificació legislativa del dit termini. Així mateix, es denuncia que l'apreciació de la causa d'inadmissió és rigorista i desproporcionada i resulta contrària al criteri antiformalista que ha de presidir la valoració de la concurrència de causes d'inadmissió en el recurs d'empara d'acord amb la doctrina del TEDH, que ha condemnat Espanya en nombroses ocasions per vulneració de l'article 6.1 del Conveni Europeu de Drets Humans en ocasió de l'apreciació rigorista de les causes d'inadmissió del recurs d'empara.

5.5. SENTÈNCIA 134/2023, DEL 23 D'OCTUBRE⁶⁹

Finalment, aquesta sentència estima un recurs d'empara interposat contra una providència que inadmet, sense cap motivació, un incident de nul·litat d'actuacions per vulneració del dret a la tutela judicial efectiva.

Malauradament, entenc que aquesta sentència palesa la ineficàcia de l'incident de nul·litat d'actuacions com a filtre previ al recurs d'empara i la seva escassa utilitat en contrast amb la importància que li assignava la reforma de l'any 2007, que, tot i prioritzar la via de la jurisdicció ordinària, no evita que al final s'hagi d'acudir al TC.

6. REFLEXIÓ FINAL

Avui en dia no sembla que el col·lapse o la congestió que pateix el TC, com a conseqüència de la interposició del volum ingent de recursos d'empara que li arriben, s'hagi de

68. *BOE*, núm. 121 (22 maig 2023).

69. *BOE*, núm. 286 (30 novembre 2023).

solucionar aviat. Si bé, com hem vist, s'han suggerit moltes propostes per a minimitzar i resoldre aquesta congestió, no sembla, però, que cap d'elles pugui servir a aquesta finalitat.

En concret, són molts els autors que consideren que les solucions incorporades per la Llei orgànica 6/2007 no només no han satisfet les expectatives creades amb la seva adopció, sinó que, a sobre, han propiciat que el TC disposi, cada vegada més, d'un marge d'apreciació més gran per a seleccionar, de manera discrecional, els assumptes sobre els quals es vol pronunciar. Tot i que, com ja hem vist, alguns autors configuren la decisió d'admissió dels assumptes per part del TC com una decisió reglada, el cert és que la manca de publicitat de les providències d'inadmissió i la motivació excessivament succinta provoquen inseguretats en l'operador jurídic, que no pot conèixer com plantejar el recurs d'empara per a augmentar així les probabilitats de la seva admissió.

Coincideixo amb els autors que assenyalen que potser fins ara les solucions proposades, sobretot les previstes pel legislador, han estat més centrades a disminuir l'admissió dels recursos interposats que no pas a limitar la seva interposició, i potser aquí rau una de les causes que explicaria per què el TC segueix dedicant la major part del seu temps a decidir què no decideix.

Així mateix, al llarg de l'article han aparegut contínues al·lusions al paper de la jurisdicció ordinària com a garant primera de la tutela dels drets fonamentals, que, no obstant això, no acaba de funcionar com a tal. Se n'han assenyalat diversos motius, com ara la inoperància de la nova regulació dels incidents de nul·litat d'actuacions o la falta d'una delimitació clara de les seves competències en relació amb el TC, que ha obligat moltes vegades aquest darrer tribunal a adoptar una actitud d'autocontenció o de deferència per a evitar conflictes o enfrontaments amb la jurisdicció ordinària. També s'ha indicat que la major part dels recursos que s'interposen tenen per objecte la vulneració de l'article 24 de la CE que no sempre compta amb la possibilitat de la doble instància i per això existeix el risc, no desitjable, de convertir el TC en una tercera instància o un tribunal de cassació en matèria de drets fonamentals.

Si bé no s'ha de caure en el desànim, el cert és que cal trobar una solució efectiva per a resoldre el col·lapse del TC. Sens dubte, aquesta solució passa per reforçar el paper de la jurisdicció ordinària, però no veig clar que aquest reforç s'hagi de traduir en la creació d'una sala especial dins del TS que resolgui els recursos d'empara ordinaris, ja que això, com deien alguns, no solucionaria el problema, sinó que simplement el traslladaria.

Més interès té la proposta complementària de Fernández Farreres: un sistema d'inadmissió automàtica si en la via judicial prèvia ha existit plena unanimitat del Ministeri Fiscal o plena unanimitat dels magistrats que hagin conegut de l'assumpte en les diverses instàncies judicials, a favor de la inexistència de la vulneració denunciada.

Finalment, crec que és important modificar el règim de publicitat de les decisions d'inadmissió i ampliar també la legitimació per a interposar recursos de súplica contra les providències d'inadmissió per a, d'aquesta manera, guanyar en transparència i augmentar la seguretat jurídica dels operadors jurídic.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario. «Extensión y límites del control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales que afecten a los derechos fundamentales». *Revista de Administración Pública*, núm. 172 (gener/abril 2007), p. 189-224.
- ARAGÓN REYES, Manuel. «Problemas del recurso de amparo». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8 (2003), p. 53-74.
- ARAGÓN REYES, Manuel *et al.* «Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4 (2n semestre 1999), p. 13-89.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. «El recurso de amparo y la “especial trascendencia constitucional” (I)». *Almacén de Derecho* [blog], 6 de juny de 2016, <https://almacenederecho.org/recurso-amparo-la-especial-trascendencia-constitucional> [consulta: 1 juliol 2024].
- BELADIEZ ROJO, Margarita. «El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25 (2017).
- BONILLA SÁNCHEZ, Juan José. «Motivos de inadmisión del recurso de amparo». *Revista de Ciencias Humanas*, núm. 24 (2010), p. 37-58.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio. «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes». *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 3 (2020), p. 159-203.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos. «El recurso de amparo que queremos (reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88 (gener-abril 2010), p. 39-81.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. «El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63 (setembre- diciembre 2001), p. 79-127.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. «El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador». A: *Los procesos constitucionales: Segundo Simposio de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 117-122.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. «Sobre los retos del recurso de amparo y la eterna tarea pendiente de su agilización sin merma de su eficacia». *Blog del CEPC*, 17 de maig de 2023, <https://www.cepc.gob.es/blog/sobre-los-retos-del-recurso-de-amparo-y-la-eterna-tarea-pendiente-de-su-agilizacion-sin-merma-de-su> [consulta: 4 juliol 2024].
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40 (gener-abril 1994).
- ESPINOSA DÍAZ, Ana. «El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, any 2010, núm. 2.
- ESQUIVEL ALONSO, Yessica. «El requisito de la especial trascendencia constitucional: “decidir no decidir”». *Estudios de Deusto*, vol. 61, núm. 2 (2013), p. 173-200.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. «El recurso de amparo constitucional y el recurso de casación contencioso-administrativo: la atracción fatal del *certiorari* norteamericano». *Revista de Administración Pública*, núm. 223 (2024), p. 141-168.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. «El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma». *Documentos de Trabajo (Laboratorio de Alternativas)*, núm. 58 (2004), <https://fundacionalternativas.org/actividades/presentacion-del-documento-el-recurso-de-amparo-constitucional-una-propuesta-de-reforma/> p. 36 i seg. [consulta: 10 juliol 2024].
- GARCÍA COUSO, Susana. «Recurso de amparo y recurso de casación contencioso-administrativo:

- El agotamiento de la vía judicial previa tras su objetivación». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 25 (2021), p. 143-170.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 1a ed. Madrid: Civitas, 2001.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y recurso de amparo: ¿de derecho subjetivo a situación objetiva?». A: LAGUNA DE PAZ, José Carlos; SANZ RUBIALES, Íñigo; MOZOS TOUYA, Isabel de los (coord.). *Derecho administrativo e integración europea: Estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. Vol. 1, tom 1, *El ser de la Administración Pública*. Madrid: Reus, 2017, p. 307-320.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. «La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22 (2018), *El vértice de los sistemas judiciales* [dir.: Alicia González Alonso i Sabela Oubiña Barbolla], p. 259-279.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. «La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107 (2016), p. 333-367.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. «La reforma del Tribunal Constitucional». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83 (2006), p. 335-360.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. «Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo. El caso Arribas Antón vs. España del TEDH». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108 (2016).
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. «El amparo constitucional. Doctrina y problemas actuales. La admisibilidad del recurso». *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 13, núm. 15 (2015).
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario. «¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional? Balance de cuatro años de aplicación del nuevo trámite de admisión». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 81 (2010), p. 273-283.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso. «El recurso de amparo en el modelo kelseniano de jurisdicción constitucional ¿un elemento atípico?». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [Barcelona], any 2011, núm. 1.
- LASCURAÍN, Juan Antonio. «Las relaciones del Tribunal Constitucional con el Tribunal Supremo en la última década (2014-2023)». *Almacén de Derecho* [blog], 23 de desembre de 2023. <https://almacenederecho.org/las-relaciones-del-tribunal-constitucional-con-el-tribunal-supremo-en-la-ultima-decada-2014-2023> [consulta: 20 juliol 2024].
- LÓPEZ NAVÍO, Ana. «A vueltas con la problemática del incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones y su relación con el recurso de amparo constitucional». *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 20 (2020), p. 234-262.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen. «El elefante en la habitación. La discrecionalidad en la admisión del recurso de amparo». *Blog del CEPC*, 23 de maig de 2023. <https://www.cepc.gob.es/blog/el-elefante-en-la-habitacion-la-discrecionalidad-en-la-admision-del-recurso-de-amparo> [consulta: 15 juliol 2024].
- NOGUEIRA, Magdalena. «Las difíciles relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Supremo en el periodo 2003 a 2013». *Almacén de Derecho* [blog], 24 d'abril de 2024. <https://almacenederecho.org/las-dificiles-relaciones-entre-el-tribunal-constitucional-y-el-supremo-en-el-periodo-2003-a-2013> [consulta: 20 juliol 2024].
- PADRÓS REIG, Carlos. «La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional». *Revista de Administración Pública*, núm. 209 (2019), p. 307-347.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro (coord.); GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar; DORADO SÁNCHEZ, Antonio;

- LÓPEZ NAVÍO, Ana; ZAFRA ROMERO, Luis; ILLESCAS, Rafael. «Diálogos para el futuro judicial LXIII. El recurso de amparo: análisis y claves». *Diario la Ley*, núm. 10291 (2023). https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSb-F1CTEAAmMzC0tzC7Wy1KLizPw8WyMDI2MDU0MDtbz8lNQqF2fb0ryU1LT-MvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAABP0A45jAAAWE [consulta: 23 juliol 2024].
- PÉREZ GURREA, Rosana. «El nuevo amparo constitucional: Su interpretación jurisprudencial y su aplicación práctica en la elaboración de los recursos de amparo». *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 149 (juny 2013), p. 85-120.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre “morir de éxito” o “vivir en el fracaso”». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41 (2018), p. 253-270.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *El recurso de amparo*. 2a ed. València: Tirant lo Blanch, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. «La conversación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de la especial trascendencia constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53 (2024), *Tribunal Constitucional*, p. 493-531.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. «Las paradojas del recurso de amparo tras la primera dècada de jurisprudencia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, any 14, núm. 41 (maig-agost 1994), p. 25- 33.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. «Especial trascendencia constitucional y recurso de amparo». *Almacén de Derecho* [blog], 21 de setembre de 2015. <https://almacenederecho.org/especial-trascendencia-constitucional-y-recurso-de-amparo> [consulta: 13 juliol 2024].
- RUBIO LLORENTE, Francisco. «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, p. 9-40.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario. «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿De las desavenencias a una relación dialogada?». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18 (2014).
- SUÁREZ ESPINO, María Lidia. «El nuevo modelo del recurso de amparo tras la reforma de la LOTC». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 32. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9508>.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. «Los requisitos procesals del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial trascendencia constitucional». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 39 (2015), p. 162-194.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. «Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocon-tención del Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50 (2022), p. 291-324.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. *El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: Perspectivas de reforma*. 1a ed. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2014.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín. «La poco feliz idea (y realidad) de objectivar nuestro Recurso de amparo». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 27, p. 149-179.
- VILLAVERDE, Ignacio. «Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11 (2n semestre 2002-1r semestre 2003), p. 323-365.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio. «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿Un conflicto permanente?». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22 (2018), *El vértice de los sistemas judiciales* [dir.: Alicia González Alonso i Sabela Oubiña Barbolla], p. 173-188.

LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA: RÈGIM JURÍDIC I PROBLEMES PRÀCTICS¹

David Cabezuelo Valencia
Secretari de l'Ajuntament de Sabadell

Resum

En el procediment administratiu l'Administració dicta actes que, per la seva rellevància jurídica per als interessats, han de ser objecte d'una comunicació amb un contingut i unes formalitats que han de permetre assegurar amb tota certesa que han arribat al seu coneixement, moment a partir del qual produeixen efectes. A aquesta necessitat respon la notificació, que per aquest motiu esdevé un tràmit extraordinàriament important en el procediment administratiu.

La notificació s'ha practicat tradicionalment en paper i des d'aquesta òptica l'han regulat sempre les diferents lleis de procediment administratiu. Però la implantació en els darrers anys de l'anomenada *Administració electrònica* ha comportat la necessitat de practicar la notificació per mitjans electrònics, cosa que ha obligat el legislador a establir el seu règim jurídic.

Actualment la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, regula, com no podia ser d'una altra manera, la notificació per mitjans electrònics, que ha estat objecte de desenvolupament pel Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics, aprovat pel Reial decret 203/2021, del 30 de març.

L'objecte del present article és estudiar el règim jurídic de la notificació electrònica contingut en la normativa estatal, així com analitzar els principals problemes que planteja la seva aplicació pràctica, prestant una atenció especial a les aportacions doctrinals i als pronunciaments jurisprudencials més destacats que s'han produït en aquesta matèria.

Paraules clau: mitjans electrònics, notificació, seu electrònica, adreça electrònica habilitada única, avís de posada a disposició, dret de defensa, indefensió, eficàcia i validesa de l'acte administratiu, deure de diligència.

LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA: RÉGIMEN JURÍDICO Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Resumen

En el procedimiento administrativo la Administración dicta actos que, por su relevancia jurídica para los interesados, deben ser objeto de una comunicación con un contenido y unas forma-

1. Citació recomanada: CABEZUELO VALENCIA, David (2024). «La notificació electrònica: règim jurídic i problemes pràctics». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 215-249.

lidades que deben permitir asegurar con toda certeza que han llegado a su conocimiento, momento a partir del cual producen efectos. A esta necesidad responde la notificación, que por este motivo se convierte en un trámite de extraordinaria importancia en el procedimiento administrativo.

La notificación se ha practicado tradicionalmente en papel y desde esta óptica la han regulado siempre las distintas leyes de procedimiento administrativo. Pero la implantación en los últimos años de la llamada *Administración electrónica* ha supuesto la necesidad de practicar la notificación por medios electrónicos, lo que ha obligado al legislador a establecer su régimen jurídico.

Actualmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, regula, como no podía ser de otra forma, la notificación por medios electrónicos, que ha sido objeto de desarrollo por el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo.

El objeto del presente artículo es estudiar el régimen jurídico de la notificación electrónica contenido en la normativa estatal, así como analizar los principales problemas que plantea su aplicación práctica, prestando especial atención a las aportaciones doctrinales y a los pronunciamientos jurisprudenciales más destacados que se han producido en esta materia.

Palabras clave: medios electrónicos, notificación, sede electrónica, dirección electrónica habilitada única, aviso de puesta a disposición, derecho de defensa, indefensión, eficacia y validez del acto administrativo, deber de diligencia.

ELECTRONIC NOTIFICATION: LEGAL REGIME AND PRACTICAL PROBLEMS

Abstract

In the administrative procedure, acts are issued by the administration which, due to their legal relevance for the interested parties, must be the object of a communication with a content and formalities that must ensure, with all certainty, that they have come to their knowledge, from which moment they produce effects. This need is met by notification, which for this reason has become an extraordinarily important step in the administrative procedure.

Notification has traditionally been carried out on paper and has always been regulated from this point of view by the different administrative procedure laws. However, the implementation in recent years of the so-called e-administration has led to the need for notification by electronic means, which has obliged the legislator to establish its legal regime.

Currently, Law 39/2015, of 1 October, on the common administrative procedure of public administrations, regulates, as it could not be otherwise, notification by electronic means, which has been developed by the Regulation of action and operation of the public sector by electronic means, approved by Royal Decree 203/2021, of 30 March.

The purpose of this article is to study the legal regime of electronic notification contained in state regulations, as well as to analyse the main problems posed by its practical application, paying special attention to the most important doctrinal contributions and jurisprudential pronouncements that have been dictated in this area.

Keywords: electronic means, notification, electronic office, unique enabled electronic address, notice of availability, right of defense, defenselessness, effectiveness and validity of the administrative act, duty of diligence.

Sumari: 1. Concepte, finalitat i funcions de la notificació electrònica; 2. Antecedents normatius; 3. Règim jurídic de la notificació electrònica; 3.1. Subjectes obligats a rebre les notificacions per mitjans electrònics; 3.2. Actes que es poden notificar per mitjans electrònics; 3.3. Contingut de la notificació electrònica; 3.4. Sistemes de notificació electrònica; 3.4.1. Compareixença a la seu electrònica; 3.4.2. Adreça electrònica habilitada única; 3.5. Moment en què es considera practicada la notificació electrònica; 3.6. Rebuig de la notificació electrònica; 3.7. Avís de posada a disposició de la notificació electrònica; 4. Problemes pràctics de la notificació electrònica; 4.1. La càrrega de la prova; 4.2. La diligència exigible a l'Administració i a l'interessat; 4.3. La falta d'enviament de l'avís de posada a disposició; 4.4. La doble notificació; 4.5. La pràctica de notificacions en paper a subjectes obligats a rebre-les per mitjans electrònics; 5. Conclusions; 6. Bibliografia.

1. CONCEPTE, FINALITAT I FUNCIONS DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

La notificació és la comunicació formal d'un acte administratiu a l'interessat per tal que tingui coneixement del seu contingut. Quan la notificació es practica telemàticament a través de xarxes de telecomunicacions, parlem de *notificació electrònica*.

Com ha destacat la jurisprudència, la finalitat primària i essencial de la notificació és posar en coneixement de la persona afectada el contingut d'una decisió administrativa (Sentència del Tribunal Suprem [STS] del 23 d'abril de 1993, recurs 1803/1991).

La doctrina més autoritzada entén que la notificació no és un acte administratiu, sinó una activitat, una pràctica administrativa necessària perquè un acte administratiu tingui efectes. Per tant, es configura com una obligació de caràcter formal exigible a l'Administració i ha de seguir unes determinades formes perquè s'entengui practicada correctament amb efectes materials sobre l'administrat, al qual s'exigeix un mínim deure de diligència en la seva recepció, atès que se li dona a conèixer un acte administratiu perquè actuï en conseqüència. La notificació, doncs, constitueix una part essencial del procediment, ja que pretén assegurar que l'interessat conegui un acte que l'afecta.

Per aquests motius, es considera que la notificació compleix dues funcions fonamentals:

a) Com a requisit de l'eficàcia de l'acte, de conformitat amb el que disposa l'article 39.2 de la LPAC: «L'eficàcia queda demorada quan així ho exigeixi el contingut de l'acte o estigui supeditada a la seva notificació, publicació o aprovació superior». Només a partir de la notificació comencen els efectes de l'acte i només des de llavors comencen també els terminis dels recursos. En conseqüència, de la notificació depèn l'eficàcia i també la fermesa de l'acte, si aquest no és impugnat dins del termini establert per fer-ho.

b) Com a garantia jurídica, ja que fa possible que els interessats coneguin els actes de l'Administració que els afecten i puguin reaccionar contra aquests interposant els recursos procedents. Com ha dit la STS del 14 d'octubre de 1992 (recurs 2307/1990), «la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, en una fecha indubitada susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho».

Per aquest motiu, la notificació constitueix una garantia fonamental del dret de defensa de l'interessat.

Atesa la importància d'aquestes funcions, l'aspecte fonamental de la notificació és la seva constància, ja que, atès que persegueix garantir el coneixement de l'acte per l'interessat mitjançant el seguiment d'una sèrie de formes, la prova de la notificació requereix que consti a l'expedient el compliment d'aquestes formes.

Per tant, quan la notificació es duu a terme per mitjans electrònics, és imprescindible que es faci a través dels sistemes previstos legalment i que es compleixin totes les formalitats exigides a fi que quedi constància de la seva pràctica i l'acte que es notifica desplegui la seva eficàcia.

La doctrina ha fet un èmfasi especial en el fet que l'ús de les noves tecnologies per a notificar no pot suposar una pèrdua de garanties. Com ha indicat Valero Torrijos, es tracta d'adaptar a la nova realitat les necessàries i irrenunciabls garanties que tradicionalment ha consagrat el dret administratiu, facilitant fins i tot l'exercici dels drets i el compliment de les obligacions a través de la utilització de les noves tecnologies de la informació i la comunicació, que, d'aquesta manera, poden convertir-se en un important instrument garantidor considerades en si mateixes.

En el mateix sentit, Torres López considera que els esforços legislatius s'han de centrar a procurar la compatibilitat entre les noves tecnologies i els principis garantistes de l'actuació administrativa.

El Tribunal Suprem, en la Sentència del 16 de novembre de 2016 (recurs 2841/2015), també ha destacat que la notificació electrònica no pot suposar una retallada de drets:

En lo que ahora interesa, el cambio tan radical que supone, en tema tan sumamente importante como el de las notificaciones administrativas, las notificaciones electrónicas, en modo alguno ha supuesto, está suponiendo, un cambio de paradigma, en cuanto que el núcleo y las bases sobre las que debe girar cualquier aproximación a esta materia siguen siendo las mismas dada su importancia constitucional, pues se afecta directamente al principio básico de no indefensión y es medio necesario para a la postre alcanzar la tutela judicial efectiva, en tanto que los actos de notificación «cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes» (STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2).

2. ANTECEDENTS NORMATIUS

La Llei 30/1992, del 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJAP-PAC), en la seva primera versió ja va recollir en l'article 45 l'impuls de l'ús i l'aplicació de les tècniques i els mitjans electrònics, informàtics i telemàtics per part de l'Administració per tal de desenvolupar la seva activitat i l'exercici de les seves competències i de permetre als ciutadans relacionar-se amb les administracions públiques per aquests canals quan siguin compatibles amb els «mitjans tècnics de què disposen» aquestes.

Aquesta previsió, juntament amb la de la informatització de registres i arxius de l'article 38 de la mateixa Llei en la seva versió originària i, especialment, en la redacció que en va

fer la Llei 24/2001, del 27 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, en permetre l'establiment de registres telemàtics per a la recepció o la sortida de sol·licituds, escrits i comunicacions per mitjans telemàtics, obria el pas a la utilització d'aquests mitjans per relacionar-se amb l'Administració.

Simultàniament, la mateixa Llei 24/2001 va modificar l'article 59 per a permetre la notificació per mitjans telemàtics si l'interessat ha assenyalat el mitjà esmentat com a preferent o consentit expressament.

Però va ser amb la Llei 11/2007, del 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (LAECSP), que es va fer un pas qualitatiu important —però encara no definitiu— per a la implantació de l'anomenada *Administració electrònica*. La norma va consagrar la relació amb les administracions públiques per mitjans electrònics com un dret dels ciutadans i com una obligació correlativa per a aquestes administracions.

Per definir i concretar l'abast d'aquest dret calia abordar altres aspectes, com ara la possibilitat de practicar les notificacions dels actes administratius per mitjans electrònics. Per aquest motiu, l'article 28 de la LAECSP va efectuar una regulació de la notificació electrònica en la qual destacaven tres idees essencials:

a) Perquè la notificació es pogués practicar per mitjans electrònics era necessari que l'interessat hagués assenyalat aquest sistema com a preferent o n'hagués consentit la utilització.

b) El sistema de notificació —no s'indicava quin— havia de permetre acreditar la data i l'hora en què es produís la posada a disposició de l'interessat de l'acte objecte de notificació, així com la d'accés al seu contingut, moment a partir del qual la notificació s'entenia practicada a tots els efectes legals.

c) Transcorreguts deu dies naturals des de la posada a disposició de la notificació sense que s'accedís al seu contingut, s'entenia rebutjada, llevat que d'ofici o a instància del destinatari es comprovés la impossibilitat tècnica o material de l'accés.

Dos anys després, la LAECSP es va desenvolupar parcialment pel Reial decret 1671/2009, del 6 de novembre, el qual va establir en el seu article 35 els sistemes o mitjans de notificació electrònica:

- Adreça electrònica habilitada.
- Adreça de correu electrònic amb avís de rebuda que deixés constància de la recepció.
- Compareixença electrònica a través de la seu electrònica.
- Altres que es poguessin establir sempre que quedés constància de la recepció per l'interessat.

Amb l'entrada en vigor de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), que va tenir lloc el 2 d'octubre de 2016, va quedar derogada la LAECSP, si bé el Reial decret 1671/2009 es va mantenir vigent parcialment fins al 2 d'abril de 2021, data d'entrada en vigor del Reial decret 203/2021, del 30 de març, pel qual s'aprova el Reglament d'actuació i funcionament del sector públic per mitjans electrònics (RAFME).

Aquest reial decret es va dictar en exercici de l'habilitació normativa continguda en la disposició final sisena de la LPAC i la disposició final quinzena de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, per a desenvolupar-les reglamentàriament en tot el referent a la gestió electrònica dels procediments i el funcionament electrònic del sector públic i garantir, així, l'aplicació i la implantació efectiva de les previsions que ambdues lleis estableixen.

Per tant, l'actual règim jurídic de la notificació electrònica en la normativa estatal el trobem contingut en la LPAC i en el RAFME, que són les normes que analitzarem seguidament.

3. RÈGIM JURÍDIC DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

La LPAC només dedica un article a la notificació electrònica, el 43, si bé els articles 41 i 42 també hi fan referència. Per la seva part, el RAFME inclou una regulació més extensa de la notificació electrònica en els seus articles 42-45.

Per a una millor anàlisi, desglossarem aquesta regulació en els apartats següents.

3.1. SUBJECTES OBLIGATS A REBRE LES NOTIFICACIONS PER MITJANS ELECTRÒNICS

Segons l'article 41.1 de la LCSP, les notificacions s'han de practicar preferentment per mitjans electrònics i en tot cas quan l'interessat estigui obligat a rebre-les per aquesta via.

Aquest precepte estableix, per una banda, un principi general de preferència de les notificacions electròniques i, per l'altra, l'obligació de fer-les per aquest canal quan els interessats hi estiguin obligats.

Però en quins casos les persones interessades estan obligades a rebre les notificacions dels actes administratius per mitjans electrònics? La resposta la trobem en l'article 14 de la LPAC, precepte de gran rellevància perquè regula el dret i l'obligació de relacionar-se electrònicament amb les administracions públiques.

De conformitat amb aquest precepte, les persones físiques poden escollir en tot moment si es comuniquen amb les administracions públiques a través de mitjans electrònics o no, llevat que estiguin obligades a relacionar-se electrònicament amb les administracions públiques.

En canvi, estan obligats en tot cas a relacionar-se a través de mitjans electrònics amb les administracions públiques per efectuar qualsevol tràmit d'un procediment administratiu els subjectes següents:

- a) Les persones jurídiques.
- b) Les entitats sense personalitat jurídica.
- c) Els qui exerceixin una activitat professional per a la qual es requereixi la col·legiació obligatòria, per als tràmits i les actuacions que portin a terme amb les administracions públiques en exercici de l'activitat professional esmentada. En tot cas, s'entenen inclosos dins d'aquest col·lectiu els notaris i registradors de la propietat i mercantils.

d) Els qui representin un interessat que estigui obligat a relacionar-se electrònicament amb l'Administració.

e) Els empleats de les administracions públiques per als tràmits i les actuacions que efectuïn amb elles per raó de la seva condició d'empleat públic, tal com determini reglamentàriament cada administració.

Aquests subjectes tenen l'obligació de relacionar-se electrònicament amb l'Administració per mitjans electrònics i, en conseqüència, estan obligats a rebre les notificacions per aquesta via, atès que la recepció de notificacions forma part, òbviament, de la relació que s'estableix en el procediment administratiu entre l'Administració i l'interessat.

Confirma aquesta conclusió l'article 41.3 de la LPAC: «En els procediments iniciats a sol·licitud de l'interessat, la notificació s'ha de practicar pel mitjà assenyalat a l'efecte per aquell, però ha de ser electrònica en els casos en què hi hagi obligació de relacionar-se d'aquesta forma amb l'Administració».

Per tant, les persones obligades a rebre les notificacions electrònicament són les que tinguin el deure legal de relacionar-se amb l'Administració per mitjans electrònics.

Així mateix, també les rebran per aquesta via les persones físiques que, sense estar-hi obligades, hagin optat per relacionar-se electrònicament amb l'Administració. Ara bé, aquestes persones tenen el dret de modificar en qualsevol moment la forma de relacionar-se amb l'Administració. En conseqüència, poden decidir i comunicar a l'Administració, mitjançant els models normalitzats que s'estableixin a aquest efecte, que les notificacions successives es deixin de practicar per mitjans electrònics (articles 14.1 i 41.1 de la LPAC).

En qualsevol cas, les persones físiques que no estiguin obligades a relacionar-se electrònicament amb l'Administració i hagin optat per fer-ho en paper, tenen l'opció d'accedir voluntàriament al contingut de les seves notificacions a la seu electrònica de l'Administració, ja que l'article 42.1 de la LPAC disposa que «totes les notificacions que es practiquin en paper s'han de posar a disposició de l'interessat a la seu electrònica de l'Administració o organisme actuant perquè pugui accedir al seu contingut de manera voluntària». Si l'emissor de la notificació és l'Administració general de l'Estat, aquesta s'ha de posar a disposició de l'interessat a través de l'adreça electrònica habilitada única (article 42.5 del RAFME).

En cas de produir-se aquest accés voluntari al contingut de la notificació, tindrà plena eficàcia jurídica, atès que l'article 42.2 del RAFME preveu:

Amb independència que un interessat no estigui obligat a relacionar-se electrònicament amb les administracions públiques o que no hagi comunicat que se li practiquin notificacions per mitjans electrònics, la seva compareixença voluntària o la del seu representant a la seu electrònica o seu associada d'una administració, organisme públic o entitat de dret públic vinculat o dependent o a través de l'adreça electrònica habilitada única, i el posterior accés al contingut de la notificació o el rebuig exprés d'aquesta, tenen plens efectes jurídics.

I l'article 42.3 de la LPAC estableix:

Quan l'interessat accedeixi al contingut de la notificació per via electrònica, se li ha d'oferir la possibilitat que la resta de notificacions es puguin efectuar a través de mitjans electrònics.

Així mateix, l'article 41.7 de la LPAC preveu que quan es notifiqui l'interessat per diferents vies, s'ha de prendre com a data de notificació la de la que s'hagi produït en primer lloc. D'aquest tema en parlarem més endavant, ja que no ha estat pacífic en la jurisprudència.

Finalment, l'article 41.1 de la LPAC permet que, mitjançant una norma reglamentària, les administracions puguin establir l'obligació de practicar electrònicament les notificacions per a determinats procediments i per a certs col·lectius de persones físiques que, per raó de la seva capacitat econòmica, tècnica, dedicació professional o altres motius, quedi acreditat que tenen accés i disponibilitat dels mitjans electrònics necessaris.

Amb aquest precepte la LPAC ha volgut habilitar les administracions públiques per tal que, mitjançant el desenvolupament reglamentari corresponent, puguin ampliar l'àmbit d'aplicació de l'obligació de practicar les notificacions electrònicament, fent-lo extensiu als col·lectius de persones físiques que disposin de mitjans electrònics en funció de la seva capacitat econòmica, tècnica o professional. Dins d'aquests col·lectius tindrien cabuda, principalment, els treballadors autònoms i els empresaris individuals que exerceixin una activitat professional per a la qual no es requereixi la col·legiació obligatòria, subjectes que queden exclosos de l'obligació legal de relacionar-se electrònicament amb l'Administració.

Per tant, si una administració pública, mitjançant un reglament, ha establert l'obligació de practicar electrònicament les notificacions per a determinades persones físiques, aquestes també estaran obligades a rebre-les per aquest mitjà.

Sobre les notificacions electròniques obligatòries, el Tribunal Suprem s'ha pronunciat de manera favorable a la seva constitucionalitat. Així, en la Sentència del 17 de gener de 2018 (recurs núm. 3155/2016) va rebutjar la inconstitucionalitat invocada dels articles 27.6 i 28.1 i 3 de la LAECSP perquè complien el requisit de reserva de llei i perquè es tractava d'una regulació raonable i proporcional:

Es una regulación razonable porque pretende aprovechar al máximo las posibilidades que en la actualidad ofrece la notificación electrónica para alcanzar, en relación con personas jurídicas o colectivos que tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, las más altas cotas en lo que concierne a la meta de eficacia administrativa proclamada por el art. 103 CE. Como es también proporcional porque en esa notificación electrónica obligatoria es de apreciar todo lo siguiente: (a) la obtención del antes mencionado resultado de una mayor eficacia administrativa y, de esta manera, una mejor atención de los intereses generales; (b) un sistema de garantías dirigido a acreditar al interesado la puesta a su disposición del acto objeto de notificación y el acceso al contenido de este último, con lo que se cumple la finalidad, que es esencial en toda notificación, de garantizar que llega a su destinatario de manera exacta el conocimiento que lo que la Administración le quiere trasladar; y (c) la no constancia de intereses o derechos relevantes que resulten sacrificados como consecuencia de este sistema de notificación.

3.2. ACTES QUE ES PODEN NOTIFICAR PER MITJANS ELECTRÒNICS

De conformitat amb l'article 40.1 de la LPAC, «l'òrgan que dicti les resolucions i els actes administratius els ha de notificar als interessats els drets i interessos dels quals siguin afectats per aquells».

Per tant, en principi es pot notificar electrònicament qualsevol acte administratiu. Ara bé, l'article 41 de la LPAC, en els seus apartats 1 i 2, preveu unes excepcions a aquesta regla general.

En primer lloc, l'apartat 1 permet que les administracions puguin practicar les notificacions per mitjans no electrònics en els supòsits següents:

a) Quan la notificació s'efectuï en ocasió de la compareixença espontània de l'interessat o el seu representant a les oficines d'assistència en matèria de registre i sol·liciti la comunicació o notificació personal en aquest moment.

b) Quan per assegurar l'eficàcia de l'actuació administrativa sigui necessari practicar la notificació per lliurament directe d'un empleat públic de l'Administració notificadora.

En segon lloc, l'apartat 2 preveu que en cap cas s'han d'efectuar per mitjans electrònics les notificacions següents:

a) Aquelles en què l'acte que s'ha de notificar vagi acompanyat d'elements que no siguin susceptibles de conversió en format electrònic.

b) Les que continguin mitjans de pagament a favor dels obligats, com ara xecs.

Com es pot observar, mentre que els supòsits de l'apartat 1 es configuren com a potestatis («les administracions *poden* practicar les notificacions per mitjans no electrònics en els supòsits següents»; la cursiva és nostra), els supòsits de l'apartat 2 són obligatoris («*en cap cas* s'han d'efectuar per mitjans electrònics les notificacions següents»; la cursiva és nostra).

Ara bé, en ambdós casos —en el primer si així es decideix— la notificació es practicarà per mitjans no electrònics encara que l'interessat estigui obligat a relacionar-se electrònicament amb l'Administració, ja que la LPAC ha exceptuat aquests supòsits de la notificació electrònica per la inconveniència o la impossibilitat de fer-la, amb independència de si l'interessat està o no obligat a la seva recepció electrònica.

3.3. CONTINGUT DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

La normativa aplicable no preveu cap especialitat pel que fa al contingut que ha tenir la notificació electrònica, per la qual cosa serà d'aplicació el règim general previst en l'article 40.2 de la LPAC.

En conseqüència, haurà de contenir:

a) El text íntegre de l'acte administratiu.

b) La indicació de si posa fi o no a la via administrativa.

c) L'anomenat *peu de recurs*, és a dir, l'expressió dels recursos que siguin procedents, si escau, en via administrativa i judicial, l'òrgan davant el qual s'hagin de presentar i el termini per a interposar-los, sens perjudici que els interessats puguin exercir, si escau, qualsevol altre recurs que considerin procedent.

3.4. SISTEMES DE NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

Amb caràcter general, l'article 41.1 de la LPAC estableix:

Independentment del mitjà utilitzat, les notificacions són vàlides sempre que permetin tenir constància del seu enviament o posada a disposició, de la recepció o l'accés per part de l'interessat o el seu representant, de les seves dates i hores, del contingut íntegre, i de la identitat fidedigna del remitent i destinatari.

Per consegüent, el mitjà o sistema que s'utilitzi per a la pràctica de la notificació electrònica haurà de deixar constància d'aquests aspectes perquè tingui validesa jurídica.

Però quins són els sistemes permesos per a fer notificacions electròniques? La resposta la trobem en els articles 43.1 de la LPAC i 42.1 del RAFME, segons els quals les notificacions per mitjans electrònics s'han de practicar mitjançant la compareixença a la seu electrònica de l'Administració o l'organisme actuant, a través de l'adreça electrònica habilitada única o mitjançant tots dos sistemes, segons el que disposi cada administració o organisme.

Per tant, la normativa preveu únicament dos sistemes vàlids per a practicar la notificació electrònica: la compareixença a la seu electrònica i l'adreça electrònica habilitada única.

La LPAC deixa que cada administració o organisme, en el marc de la seva potestat d'autoorganització, esculli el sistema de notificació que consideri més convenient, i es poden utilitzar fins i tot ambdós sistemes si així ho decideix. Però no pot emprar-ne cap altre que no sigui un dels dos taxats legalment, ja que estem davant d'una llista tancada o *numerus clausus*. Per tant, no són sistemes vàlids per a notificar electrònicament ni el correu electrònic ni el servei de missatges curts (SMS), si bé aquests mitjans sí que es poden fer servir per a enviar l'avís de posada a disposició, com veurem posteriorment.

En cas que l'Administració, l'organisme o l'entitat actuant porti a terme la posada a disposició de les notificacions per tots dos sistemes, per al còmput de terminis i la resta d'efectes jurídics s'han de prendre la data i l'hora d'accés al contingut o el rebuig de la notificació per l'interessat o el seu representant en el sistema en què hagi ocorregut en primer lloc. A aquest efecte s'ha de disposar dels mitjans electrònics necessaris per a sincronitzar de manera automatitzada en un sistema i en l'altre la informació sobre l'estat de la notificació per tal de garantir l'eficàcia i la seguretat jurídica en la tramitació del procediment (article 42.1, segon paràgraf, del RAFME).

3.4.1. Compareixença a la seu electrònica

El primer sistema que preveu la LPAC per a practicar les notificacions per mitjans electrònics és la compareixença a la seu electrònica o seu electrònica associada de l'Administració, l'organisme públic o l'entitat de dret públic vinculat o dependent actuant (articles 43.1 de la LPAC i 45 del RAFME).

D'acord amb el segon paràgraf de l'article 43.1 de la LPAC, «s'entén per compareixença a la seu electrònica l'accés per part de l'interessat o el seu representant degudament identificat al contingut de la notificació».

Segons l'article 45.1 del RAFME, amb caràcter previ a l'accés al contingut de la notificació posada a disposició de l'interessat a la seu electrònica o seu electrònica associada del seu emissor, se l'ha d'informar que, d'acord amb el que preveuen els articles 41 i 43 de la LPAC, la compareixença i l'accés al contingut, el rebuig exprés de la notificació o bé la presumpció de rebuig perquè hagi transcorregut el termini de deu dies naturals des de la posada a disposició de la notificació sense que hagi accedit al seu contingut, donen per efectuat el tràmit de notificació i es continua el procediment.

Per a donar per efectuat el tràmit de notificació a efectes jurídics, a la seu electrònica o seu electrònica associada ha de quedar constància, amb indicació de la data i l'hora, del moment d'accés al contingut de la notificació, del seu rebuig exprés o del venciment del termini de deu dies naturals des de la posada a disposició per a accedir al seu contingut (article 45.2 del RAFME).

A aquest efecte, l'article 42.3 del RAFME estableix que la notificació per compareixença a la seu electrònica o seu electrònica associada comporta la posada a disposició de l'interessat d'un justificant de recepció que permeti justificar o bé l'accés al contingut de la notificació, o bé el rebuig de l'interessat a rebre-la. El justificant ha de contenir, com a mínim, la identificació de l'acte notificat i la persona destinatària, la data i l'hora en què es va produir la posada a disposició, i la data i l'hora de l'accés al seu contingut o del rebuig.

L'estat del tràmit de notificació a la seu electrònica o seu electrònica associada s'ha de sincronitzar automàticament amb l'adreça electrònica habilitada única si la notificació també s'ha posat a disposició de l'interessat en aquella.

Per tant, aquest sistema requereix, en primer lloc, que l'Administració o l'organisme actuant posi la notificació a disposició de l'interessat a la seva seu electrònica. I, en segon lloc, que l'interessat —o el seu representant— s'identifiqui electrònicament a la seu electrònica de l'Administració o l'organisme actuant i accedeixi al contingut de la notificació.

Per a efectuar aquests tràmits, l'interessat haurà de disposar d'algun dels sistemes d'identificació electrònica previstos en l'article 9.2 de la LPAC:

a) Sistemes basats en certificats electrònics qualificats de signatura electrònica expedits per prestadors inclosos a la «Llista de confiança de prestadors de serveis de certificació».

b) Sistemes basats en certificats electrònics qualificats de segell electrònic expedits per prestadors inclosos a la «Llista de confiança de prestadors de serveis de certificació».

c) Qualsevol altre sistema que les administracions públiques considerin vàlid en els termes i les condicions que s'estableixin, sempre que disposin d'un registre previ com a usuari que en permeti garantir la identitat i amb la comunicació prèvia a la Secretaria General d'Administració Digital del Ministeri d'Afers Econòmics i Transformació Digital.

3.4.2. Adreça electrònica habilitada única

El segon sistema per a notificar electrònicament és l'adreça electrònica habilitada única. La seva regulació es troba en l'article 44 del RAFME, ja que l'article 43.1 de la LPAC el menciona, però no el desenvolupa.

L'adreça electrònica habilitada única és el sistema d'informació per a la notificació electrònica i la seva gestió correspon al Ministeri d'Afers Econòmics i Transformació Digital en col·laboració amb el Ministeri de Política Territorial i Funció Pública.

D'acord amb el que preveu l'article 7.4 del RAFME, l'adreça electrònica habilitada única s'allotja a la seu electrònica del punt d'accés general electrònic de l'Administració general de l'Estat.

Totes les administracions públiques i els seus organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents han de col·laborar per a establir sistemes interoperables que permetin que les persones físiques i jurídiques puguin accedir a totes les seves notificacions a través de l'adreça electrònica habilitada única, tal com estableix l'article 43 de la LPAC. Aquesta previsió és aplicable independentment de quina sigui l'administració que practica la notificació i de si les notificacions s'han practicat en paper o per mitjans electrònics.

Les administracions públiques que es vulguin adherir a l'adreça electrònica habilitada única hauran de fer-ho en els termes que preveu l'article 65 del RAFME. En aquest sentit, l'adhesió s'haurà de fer d'acord amb el model aprovat per la Secretaria General d'Administració Digital del Ministeri d'Afers Econòmics i Transformació Digital i mitjançant un acord de l'òrgan competent de l'administració pública que correspongui, en què s'ha de deixar constància de la seva voluntat d'adherir-se a aquest servei electrònic i d'acceptar en la seva integritat les condicions d'ús determinades per l'òrgan titular del servei, i s'hi ha d'incloure el començament efectiu d'aquest.

L'adhesió a l'adreça electrònica habilitada única no suposa un canvi de la titularitat sobre les actuacions administratives efectuades en el procediment administratiu de què es tracti, que correspon a l'administració competent per a la seva tramitació.

Així mateix, els òrgans competents per a la gestió del procediment administratiu de les administracions que s'adhereixin a l'adreça electrònica habilitada única s'han de responsabilitzar de l'ús que en facin en l'exercici de les seves competències.

Per tant, l'adreça electrònica habilitada única és un servei electrònic de notificacions per a facilitar als ciutadans l'accés i la compareixença a les seves notificacions emeses per les administracions públiques adherides.

Pot utilitzar l'adreça electrònica habilitada única qualsevol persona física o jurídica que estigui en possessió d'algun dels sistemes d'identificació electrònica admesos per l'article 9.2 de la LPAC, que hem esmentat anteriorment.

L'article 44.4 del RAFME, en sentit similar a l'article 32.4 de la LPAC, preveu la possibilitat que es pugui produir una incidència tècnica que impossibiliti el funcionament ordinari de l'adreça electrònica habilitada única. En aquest cas, una vegada comunicada aquesta incidència als òrgans, organismes o entitats emissores que la utilitzin com a mitjà de notificació, aquests poden determinar una ampliació del termini no vençut per a comparèixer i accedir a les notificacions emeses. En cas que també posin a disposició les notificacions a la seva seu

electrònica o seu electrònica associada, hi han de publicar també tant la incidència tècnica esdevinguda a l'adreça electrònica habilitada única com l'ampliació concreta, si escau, del termini no vençut.

Segons l'article 45.1 del RAFME, amb caràcter previ a l'accés al contingut de la notificació posada a disposició de l'interessat a l'adreça electrònica habilitada única, se l'ha d'informar que, d'acord amb el que preveuen els articles 41 i 43 de la LPAC, l'esmentat accés al contingut, el rebuig exprés de la notificació o bé la presumpció de rebuig perquè hagi transcorregut el termini de deu dies naturals des de la posada a disposició de la notificació sense que hagi accedit al seu contingut, donen per efectuat el tràmit de notificació i es continua el procediment.

Per a donar per efectuat el tràmit de notificació a efectes jurídics, a l'adreça electrònica habilitada única ha de quedar constància, amb indicació de la data i l'hora, del moment de l'accés al contingut de la notificació, del rebuig exprés d'aquesta o del venciment del termini de deu dies naturals des de la posada a disposició per a accedir al seu contingut (article 45.2 del RAFME).

A aquest efecte, l'article 42.3 del RAFME estableix que la notificació a través de l'adreça electrònica habilitada única comporta la posada a disposició de l'interessat d'un justificant de recepció que permeti justificar o bé l'accés al contingut de la notificació, o bé el rebuig de l'interessat a rebre-la. El justificant ha de contenir, com a mínim, la identificació de l'acte notificat i la persona destinatària, la data i l'hora en què es va produir la posada a disposició, i la data i l'hora de l'accés al seu contingut o del rebuig.

L'estat del tràmit de notificació a l'adreça electrònica habilitada única s'ha de sincronitzar automàticament amb la seu electrònica o seu electrònica associada en què, si escau, la notificació també s'hagi posat a disposició de l'interessat.

Finalment, l'article 42.5 del RAFME preveu que qualsevol notificació l'emissor de la qual pertanyi a l'àmbit estatal s'ha de posar a disposició de l'interessat a través de l'adreça electrònica habilitada única, incloent-hi el supòsit que preveu l'article 42.1 de la LPAC. Així mateix, els emissors d'àmbit estatal poden notificar a la seva seu electrònica o seu electrònica associada de manera complementària a la posada a disposició a l'adreça electrònica habilitada única.

Malgrat el seu nom (adreça electrònica habilitada *única*), els interessats han de rebre les seves notificacions en tantes adreces electròniques com administracions hi hagi. Com ja van dir Gamero Casado i Valero Torrijos, és sens dubte un problema que el sistema estatal no sigui el general de recepció de les notificacions de totes les administracions públiques. La majoria de comunitats autònomes i entitats locals han preferit el seu sistema propi per problemes d'interoperabilitat i cost per notificació.

A Catalunya, la pràctica de les notificacions electròniques a les persones interessades en els procediments administratius en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat i el seu sector públic s'efectua mitjançant el sistema eNotum, que és la solució tecnològica corporativa adoptada per l'Administració de la Generalitat de Catalunya per a efectuar notificacions i comunicacions electròniques, i permet tant la creació i la consulta de la notificació per part de l'empleat públic com l'accés dels ciutadans. eNotum és una eina que, a més de ser emprada per l'Administració de la Generalitat, està disponible per a totes les administracions públiques catalanes que la vulguin utilitzar.

3.5. MOMENT EN QUÈ ES CONSIDERA PRACTICADA LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

Un aspecte important que cal determinar és en quin moment es considera practicada la notificació electrònica, ja que la regulació legal preveu dos moments: el de la seva posada a disposició i el de l'accés al seu contingut.

La qüestió la resol l'article 43.2 de la LPAC quan disposa que les notificacions per mitjans electrònics s'entenen practicades en el moment en què es produeix l'accés al seu contingut.

En el mateix sentit es pronuncien els articles 44.5 i 45.1 del RAFME, segons els quals l'accés al contingut de la notificació electrònica posada a disposició de l'interessat tant a la seu electrònica com a l'adreça electrònica habilitada única dona per efectuat el tràmit de notificació i es continua el procediment.

Per tant, la pràctica de la notificació electrònica es produeix en el moment de l'accés al seu contingut, i no en el moment de la seva posada a disposició. El moment de la posada a disposició de la notificació, ja sigui a la seu electrònica o a l'adreça electrònica habilitada única, només serveix per a considerar complerta l'obligació de l'Administració de notificar dins del termini màxim de durada dels procediments a què es refereix l'article 40.4 de la LPAC (articles 43.3 de la LPAC i 45.3 del RAFME).

La STS del 10 de novembre de 2021 (recurs 4886/2020) explica molt bé la diferència entre aquests dos moments:

El artículo 43 de la Ley 39/2015 establece una regla general, en su apartado 2, que determina que las notificaciones por medios electrónicos producen efectos desde el momento del acceso a su contenido, y además, una regla especial, en su apartado 3, relativa a la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, que se entenderá cumplida por la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única.

Per això, fixa la doctrina següent:

En respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión de este recurso de casación, sobre cuándo debe entenderse cumplida la obligación de notificar, a efectos del *dies ad quem* del plazo de 12 meses establecido por el artículo 42.4 de la Ley 38/2003 en las notificaciones por medios electrónicos, la Sala considera que, de conformidad con los artículos 40.4 y 43.3 de la Ley 39/2015 y 45.3 del RD 203/2021, en las notificaciones practicadas a través de medios electrónicos, la obligación de la Administración de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento se entenderá cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única.

3.6. REBUIG DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

L'article 43.2 de la LPAC regula el rebuig de la notificació electrònica, que té lloc quan han transcorregut deu dies naturals des de la seva posada a disposició sense que s'hagi produït l'accés al seu contingut per part de l'interessat.

Aquest precepte regula una mena de rebuig tàcit, ja que presumeix que l'interessat rebutja la notificació si transcorren deu dies naturals des de la seva posada a disposició i no ha accedit al seu contingut.

S'ha plantejat si aquesta presumpció de rebuig vulnera la diligència exigible al ciutadà per a la recepció de notificacions electròniques. Però la jurisprudència recaiguda sobre la Llei 11/2007, del 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, ja va establir que la concessió d'un termini de deu dies des de la posada a disposició de la notificació per a accedir al seu contingut és raonable (STS del 22 de febrer de 2012, recurs 7/2011).

Si bé la LPAC no ho estableix, el RAFME preveu que el rebuig pugui ser exprés, ja que els articles 44.6 i 45.2 indiquen que a l'adreça electrònica habilitada única i a la seu electrònica ha de quedar constància, amb indicació de la data i l'hora, del rebuig exprés de la notificació electrònica.

Els articles 44.5 i 45.1 del RAFME confirmen que el rebuig de la notificació electrònica pot ser exprés o presumpte, ja que estableixen que, amb caràcter previ a l'accés al contingut de la notificació posada a disposició de l'interessat a l'adreça electrònica habilitada única i a la seu electrònica, se l'ha d'informar que, d'acord amb el que preveuen els articles 41 i 43 de la LPAC, l'esmentat accés al contingut, el rebuig exprés de la notificació o bé la presumpció de rebuig perquè hagi transcorregut el termini de deu dies naturals des de la posada a disposició de la notificació sense que hagi accedit al seu contingut, donen per efectuat el tràmit de notificació i es continua el procediment.

Per tant, la notificació electrònica pot ser rebutjada de manera expressa o presumpta i el rebuig té els efectes previstos en l'article 41.5 de la LPAC: es dona per efectuat el tràmit i continua el procediment. És a dir, el rebuig de la notificació electrònica, ja sigui exprés o presumpte, equival a la pràctica de la notificació mateixa.

Finalment, cal destacar que el fet que la normativa prevegi el rebuig presumpte de la notificació electrònica té com a conseqüència, un cop posada a disposició de l'interessat, que només es poden produir dues possibilitats: la seva acceptació o el seu rebuig. En conseqüència, en la notificació electrònica no existeix la notificació fallida ni l'obligació de fer un segon intent de notificació o de publicar-la per mitjà d'un anunci al *Boletín Oficial del Estado* (BOE), a diferència del que succeeix en la notificació practicada en paper (articles 42 i 44 de la LPAC).

Aquesta previsió legal facilita considerablement la tramitació de les notificacions, ja que les principals dificultats deriven precisament de l'obligació d'haver de fer un segon intent i, si escau, publicar un anunci en el BOE, tràmits que retarden enormement la instrucció del procediment.

3.7. AVÍS DE POSADA A DISPOSICIÓ DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

El darrer paràgraf de l'article 41.1 de la LPAC disposa:

Addicionalment, l'interessat pot identificar un dispositiu electrònic i/o una adreça de correu electrònic que serveixin per a enviar els avisos que regula aquest article, però no per practicar notificacions.

I l'apartat 6 del mateix precepte afegeix:

Independentment del fet que la notificació es faci en paper o per mitjans electrònics, les administracions públiques han d'enviar un avís al dispositiu electrònic i/o a l'adreça de correu electrònic de l'interessat que aquest hagi comunicat, per informar-lo de la posada a disposició d'una notificació a la seu electrònica de l'Administració o organisme corresponent o a l'adreça electrònica habilitada única. La falta de pràctica d'aquest avís no impedeix que es consideri plenament vàlida la notificació.

Aquests apartats de l'article 41 de la LPAC regulen l'anomenat *avís de posada a disposició de la notificació*, que s'ha configurat legalment amb les característiques següents:

- a) No serveix per a practicar la notificació, sinó només per a informar de la seva posada a disposició.
- b) Té caràcter voluntari per a l'interessat, de manera que pot escollir si el vol rebre o no. En cas afirmatiu, ho haurà de comunicar a l'Administració identificant un dispositiu electrònic i/o una adreça de correu electrònic.
- c) És obligatori per a l'Administració en els casos en què l'interessat hagi demanat la seva recepció. Si l'interessat no l'ha sol·licitat, l'Administració no està obligada a enviar-lo.
- d) S'ha d'enviar al dispositiu electrònic i/o a l'adreça de correu electrònic que l'interessat hagi identificat. Només aquests dos mitjans són vàlids.
- e) La seva falta de pràctica no invalida la notificació.

Aquesta regulació legal ha estat desenvolupada per l'article 43 del RAFME, que afegeix algunes notes més:

- a) L'avís té caràcter merament informatiu, motiu pel qual la seva omisió no impedeix que la notificació es consideri plenament vàlida.
- b) L'avís s'ha de remetre al dispositiu electrònic o a l'adreça de correu electrònic que l'interessat hagi comunicat voluntàriament a aquest efecte, o a tots dos.
- c) L'interessat es fa responsable, per a la comunicació a l'Administració, organisme públic o entitat de dret públic vinculat o dependent, del fet que disposa d'accés al dispositiu o a l'adreça de correu electrònic designats. En cas que deixin d'estar operatius o perdi la possibilitat d'accés, l'interessat està obligat a comunicar a l'Administració que no s'efectuï l'avís en aquests mitjans. L'incompliment d'aquesta obligació per part de l'interessat no comporta cap responsabilitat per a l'Administració pels avisos efectuats a aquests mitjans no operatius.
- d) L'avís només s'ha de practicar en cas que l'interessat o el seu representant hagin comunicat a l'Administració un dispositiu electrònic o una adreça de correu electrònic a aquest efecte.
- e) Les administracions poden crear bases de dades de contacte electrònic per a la pràctica dels avisos de posada a disposició de notificacions en el seu àmbit respectiu.

Si bé hem dit que l'avís té caràcter voluntari i només s'ha d'enviar quan l'interessat hagi comunicat a l'Administració un dispositiu electrònic o una adreça de correu electrònic a aquest efecte, l'article 43.2 del RAFME disposa que quan l'interessat sigui un subjecte obligat a relacionar-se amb l'Administració per mitjans electrònics i l'administració emissora de la notificació no disposi de dades de contacte electròniques per a practicar l'avís de la seva posada a disposició, en els procediments iniciats d'ofici la primera notificació que efectui l'Administració, l'organisme o l'entitat actuant s'ha de fer en paper en la forma que determina l'article 42.2 de la LPAC i s'ha d'advertir l'interessat en aquesta primera notificació que les successives es practiquen en forma electrònica per compareixença a la seu electrònica o seu electrònica associada que correspongui o, si escau, a través de l'adreça electrònica habilitada única, segons el que hagi disposat per a les seves notificacions l'Administració, l'organisme o l'entitat respectiu, i se li ha de donar a conèixer que, d'acord amb el que preveu l'article 41.1 de la LPAC, pot identificar un dispositiu electrònic, una adreça de correu electrònic o tots dos per a l'avís de la posada a disposició de les notificacions electròniques posteriors.

Per tant, malgrat que l'interessat sigui un subjecte obligat a relacionar-se amb l'Administració per mitjans electrònics i que l'enviament de l'avís no sigui obligatori si aquell no l'ha demanat, aquest precepte obliga l'Administració a notificar en paper quan es tracti de la primera notificació d'un procediment iniciat d'ofici i no disposi de dades de contacte electròniques per a practicar l'avís de la seva posada a disposició.

Aquesta previsió contradiu la regulació legal, atès que introdueix una excepció, no prevista en la LPAC, de l'obligació de notificar electrònicament als subjectes obligats a relacionar-se amb l'Administració per aquesta via.

Segurament amb aquest precepte el RAFME ha volgut protegir les garanties de l'interessat per a evitar la indefensió que li pot causar el fet de no assabentar-se que té una notificació a la seva disposició a la seu electrònica o a l'adreça electrònica habilitada única, ja que en els procediments iniciats d'ofici, a diferència dels iniciats a instància d'una part, l'interessat desconeix que s'ha iniciat un procediment i en principi no espera cap notificació. Però entenem que aquesta disposició reglamentària infringeix el principi de jerarquia normativa perquè aquesta excepció no està prevista en la LPAC.

4. PROBLEMES PRÀCTICS DE LA NOTIFICACIÓ ELECTRÒNICA

Analitzarem a continuació algunes de les qüestions més controvertides relacionades amb la pràctica de les notificacions electròniques, però és convenient recordar abans alguns pronunciaments jurisprudencials que han fixat criteris i principis que cal tenir en compte en matèria de notificacions.

En primer lloc, s'ha de citar una doctrina molt consolidada que estableix quins són els elements que s'han de ponderar per a determinar si l'interessat ha tingut o no coneixement real de l'acte objecte de notificació. La Sentència de l'Audiència Nacional del 13 de gener de 2017 (recurs 50/2015) resumeix molt bé aquesta doctrina:

Lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a

tiempo para —si lo deseaba— poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo [...] los elementos que, con carácter general, deben ponderarse, son dos. En primer lugar, el grado de cumplimiento de la Administración de las formalidades establecidas en la norma en materia de notificaciones, en la medida en que tales formalidades van únicamente dirigidas a garantizar que el acto llegue efectivamente a conocimiento de su destinatario. Y, en segundo lugar, las circunstancias particulares concurrentes en cada caso, entre las que necesariamente deben destacarse tres: a) el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración; b) el conocimiento que, no obstante el incumplimiento en su notificación de todas o algunas de las formalidades previstas en la norma, el interesado haya podido tener del acto o resolución por cualesquiera medios; y, en fin, c), el comportamiento de los terceros que, en atención a la cercanía o proximidad geográfica con el interesado, pueden aceptar y aceptan la notificación.

Segons Martín Delgado, un dels màxims experts en notificacions electròniques, aquesta doctrina jurisprudencial ens porta a la conclusió següent: ni el compliment de tots els tràmits equival absolutament a donar per notificat l'acte administratiu, ni l'absència d'alguns d'ells implica necessàriament indefensió i, per tant, invalidesa de l'acte. Dependrà de si, en el cas concret i en atenció a les circumstàncies, ha existit o no coneixement material de l'acte i de si ambdós interlocutors han actuat o no amb diligència.

En segon lloc, la jurisprudència ha remarcat que la validesa i l'eficàcia són dos conceptes diferents i ha establert que la falta de notificació afecta l'eficàcia de l'acte administratiu, però no la seva validesa. En aquest sentit, és molt il·lustrativa la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid del 6 de març de 2015 (recurs 1633/2014), amb cita de les sentències del Tribunal Suprem del 17 de juliol de 2013 (recurs 472/2012) i del 4 de juliol de 2013 (recurs 501/2012):

La notificación de los actos administrativos constituye una actividad desplegada por la Administración para poner en conocimiento de los interesados el contenido de aquellos actos que afecten a sus derechos o intereses, así como si es o no definitivo en vía administrativa y los recursos que contra el mismo procedan, órgano administrativo ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, tal y como se desprende del artículo 58 de la LRJ-PAC. De manera que constituye un mero presupuesto o requisito de eficacia del acto administrativo objeto de notificación, que queda demorada hasta el momento de su notificación, realizada con respeto a las exigencias impuestas legalmente, tal y como revela el contenido de los artículos 57.2 y 58.1 de la LRJ-PAC, siempre y cuando, claro está, sea preceptiva su notificación a los interesados. De ahí que la eventual falta de notificación, o la notificación irregular, de un determinado acto administrativo no afecte a su validez sino meramente a su eficacia y, en consecuencia, resulte improcedente sustentar una acción de revisión de oficio del acto administrativo en atención a los vicios atribuidos a su notificación, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de julio de 2013, recurso contencioso-administrativo 472/2012, y de 4 de julio de 2013, recurso contencioso-administrativo 501/2012.

Per tant, l'incompliment d'alguns dels requisits que ha de complir la notificació afecta la seva pròpia validesa i, en conseqüència, l'eficàcia de l'acte administratiu, però en cap cas afecta la validesa d'aquest últim.

4.1. LA CÀRREGA DE LA PROVA

L'activitat de notificar té un caràcter essencialment formal, de manera que si l'Administració segueix les formalitats fixades per la llei, la notificació s'entén practicada correctament i es presumeix que ha arribat a coneixement de l'interessat.

Ara bé, es tracta d'una presumpció *iuris tantum* que, per consegüent, admet prova en contrari, de manera que pot ser desvirtuada si l'interessat demostra que no ha tingut coneixement real de l'acte administratiu.

La Sentència de l'Audiència Nacional del 7 de gener de 2016 (recurs 158/2013) explica perfectament com funciona la càrrega de la prova en la notificació electrònica:

Una de las formas de notificación que está ganando terreno en nuestra vida jurídica es la «notificación electrónica» [...]. En todo caso, [...] estamos ante una garantía esencial y la Administración debe ser especialmente diligente a la hora de garantizar la efectividad de la notificación [...]. Nadie discute la legalidad de la «notificación electrónica», pero precisamente por su carácter de garantía esencial, la Administración tiene la carga de probar que ha cumplido con todos los requisitos precisos para su validez y, acreditados dichos extremos, es al recurrente al que le corresponde probar la existencia de hechos impositivos que hayan, materialmente, imposibilitado la notificación. En este sentido puede afirmarse, en palabras de la STS de 26 de mayo de 2011 (Rec. 5423/2008), que, acreditado, por la Administración, el cumplimiento de todos los requisitos formales exigidos por la norma para la validez de la notificación, hay una presunción *iuris tantum* de realización válida de la notificación que, en su caso, debe ser desvirtuada por el administrado.

A més, s'ha de tenir present que no tota irregularitat en la notificació genera nul·litat per indefensió. La STS del 7 de juny de 2012 (recurs 2420/2010) recorda:

Es doctrina del Tribunal Constitucional que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución.

En definitiva, la qüestió dependrà de si l'interessat ha tingut o no coneixement material de l'acte. Si n'ha tingut, la notificació electrònica serà vàlida, encara que contingui alguna irregularitat, i l'acte administratiu serà eficaç. Però si no n'ha tingut, això pot afectar la validesa de la notificació i l'eficàcia de l'acte, però serà necessari que l'interessat ho demostrï.

És en aquest terreny on sorgeixen els problemes, ja que durant el procés de notificació es poden produir errades tècniques respecte de les quals la càrrega de la prova és especialment complexa per a l'interessat. Com demostra, per exemple, l'interessat que en el moment d'accedir al contingut de la notificació no va poder descarregar el document? O com prova que la notificació ha desaparegut de la seu electrònica abans que hagi transcorregut el termini de deu dies naturals per a accedir-hi? Certament, són qüestions difícils de provar, especialment si l'interessat no té coneixements informàtics o no disposa d'un assessorament tècnic que li pugui donar suport, com sol passar en la gran majoria de casos.

El resultat final és que molts actes administratius notificats electrònicament dels quals els interessats no han tingut coneixement real, acaben sent eficaços per les dificultats probatòries esmentades amb què es troba l'interessat.

4.2. LA DILIGÈNCIA EXIGIBLE A L'ADMINISTRACIÓ I A L'INTERESSAT

Ja hem dit que l'article 41.1 de la LPAC estableix que, amb independència del mitjà utilitzat, les notificacions són vàlides sempre que permetin tenir constància del seu enviament o posada a disposició, de la recepció o l'accés per part de l'interessat o el seu representant, de les seves dates i hores, del seu contingut íntegre, i de la identitat fidedigna del remitent i el destinatari.

Partint d'aquesta premissa, Martín Delgado ha posat de manifest que el que és veritablement rellevant en matèria de notificacions és que l'Administració pugui certificar o acreditar que l'acte administratiu objecte de notificació ha arribat a coneixement del seu destinatari. Això, amb independència que s'hagi incorregut en algun defecte de forma en la pràctica de la notificació. El que és fonamental és, en definitiva, que la notificació compleixi amb la seva finalitat de donar a conèixer un acte administratiu al seu destinatari. A partir d'aquest moment, l'acte és eficaç encara que la notificació no hagi complert puntualment tots els paràmetres formals establerts legalment per a la seva pràctica. En cas que, per contra, no es pugui verificar que el destinatari ha accedit al seu contingut, cal determinar qui ha incomplert el seu deure de diligència: si l'Administració, quant a la seva obligació de practicar la notificació amb totes les garanties formals i materials que exigeix l'ordenament jurídic en cada cas, o bé l'interessat, quant al seu deure de rebre les notificacions en què sigui el destinatari. D'aquesta manera, si qui ha faltat al seu deure de diligència és l'Administració, això afectarà l'eficàcia de l'acte administratiu i, fins i tot, en funció de les circumstàncies, la seva validesa; i si qui ha actuat de manera negligent és l'interessat, assumirà ell mateix les conseqüències derivades de l'eficàcia de l'acte.

Pel que fa a la diligència de l'Administració, és interessant la sentència recent del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana del 30 de gener de 2024 (recurs 2/2023). En aquest cas, el recurrent tenia l'obligació de relacionar-se electrònicament amb l'Administració, però no va accedir a la bústia electrònica en cap moment del procediment administratiu, per la qual cosa no va tenir coneixement del seu inici, no va atendre cap requeriment, no va formular al·legacions ni va interposar cap recurs, i no va ser fins que el deute va entrar en la via executiva que en va tenir coneixement. La Sentència estima el recurs per manca de diligència de l'Administració en la pràctica de les notificacions:

Pues bien, a pesar de que la actora tenía la obligación prevista por el art. 14 de la Ley 39/2015, lo que no podemos admitir es que la Administración, ante la reiteración en el modo de practicar las notificaciones electrónicas, es decir, se tienen por notificadas todas y cada una de las actuaciones administrativas una vez transcurrido el plazo de 10 días desde su puesta a disposición de la deudora, y habida cuenta de la falta de intervención de la obligada tributaria en todo el procedimiento administrativo, no intentara por algún otro medio, o bien mandando un aviso de la puesta a disposición de la notificación electrónica, que si

bien no resulta necesario para la validez de la notificación, tal y como dispone el art. 41.6 precitado, sí que puede ser una muestra del interés, o diligencia de que la notificación llegue a su destinatario.

Y por todo ello, no constando que la Administración, en este caso concreto, haya realizado intento alguno para que dichas notificaciones llegaran a su destinatario o, en definitiva, haya tratado de garantizar que las notificaciones llegaran a su destino, debemos concluir con la estimación del recurso, atendidas las particularidades que concurren en el supuesto enjuiciado y sin que esta respuesta pueda ser extensiva a todos los supuestos en los que se practiquen las notificaciones electrónicas en los mismos términos por considerar que, en este supuesto concreto, no consta que la Administración haya actuado diligentemente a la hora de garantizar que las notificaciones practicadas llegaran a su destino.

Per tant, en virtut del seu deure de diligència, l'Administració ha d'intentar la notificació per algun altre mitjà alternatiu quan l'interessat no ha rebut cap de les notificacions electròniques practicades durant el procediment.

Pel que fa a la diligència de l'interessat, la jurisprudència ha assenyalat que no pot invocar vàlidament indefensió un administrat que no ha complert amb el mínim deure de diligència en la recepció de la notificació electrònica. En aquest sentit, la STS del 3 de març de 2016 indica que «la diligencia de la Administración para procurar el debido éxito de su acto de comunicación tiene ciertos límites, uno de ellos es la conducta del destinatario que evidencia su decidido propósito de no admitir la notificación».

Per aquest motiu, «no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia» (Sentència del Tribunal Constitucional [STC] 175/2014, de 3 de novembre).

Per tant, és necessari determinar quina és la diligència mínima exigible a l'interessat per a la recepció de les notificacions electròniques. En aquest sentit, Cotino Hueso ha posat de manifest de manera molt encertada que la diligència exigible a l'administrat electrònicament no pot ser aliena al context social i tecnològic, de manera que no es pot basar en la irrealitat d'un ciutadà o una persona jurídica amb altes capacitats tecnològiques que està connectat tot el temps, accedint constantment a les seues electròniques o a adreces habilitades úniques de les múltiples administracions públiques.

No obstant això, malauradament aquesta és la realitat que s'ha acabat imposant, ja que els subjectes obligats a relacionar-se electrònicament amb l'Administració han de consultar les bústies electròniques per damunt de la diligència i la capacitat exigibles, ja que han de fer-ho pràcticament amb una assiduitat diària i cal, a més, que disposin d'accés a internet i de certificats electrònics vàlids i vigents.

La Interlocutòria del 14 de juny de 2017 de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó, que va plantejar, com veurem més endavant, una qüestió d'inconstitucionalitat sobre el darrer incís de l'article 152.2 de la Llei 1/2000, del 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC), de contingut gairebé idèntic al de l'article 41.6 de la LPAC, per la seva eventual incompatibilitat amb el dret fonamental a la tutela judicial efectiva que garanteix l'article 24.1 de la Constitució espanyola (CE), ja va advertir que el nivell de diligència exigít

als interessats per a la recepció de les notificacions electròniques és desproporcionat i afecta els drets al descans i a la desconnexió digital:

c) La omisión del aviso de la comunicación o notificación puede generar una efectiva indefensión, porque afecta al comportamiento y al nivel de diligencia que a la parte o su representante le es exigible desplegar, esto es, no es lo mismo que la parte sepa que, al poner a disposición tales medios, va a recibir un aviso si se le realiza una comunicación, por estar obligada a ello la oficina judicial, que no cuente con que tal aviso se vaya a realizar. En el primer caso su confianza legítima en el cumplimiento por las oficinas judiciales de sus obligaciones legales ampara su comportamiento, mientras que si tal aviso no estuviera regulado en las normas procesales como obligatorio se vería obligada a consultar su buzón electrónico con regularidad diaria todos los días del año.

d) La exigencia de ese comportamiento (la apertura y consulta del buzón electrónico, conectándose a internet y abriendo el mismo todos los días del año para comprobar si existen notificaciones o comunicaciones) puede ser una carga desproporcionada para los profesionales de la Justicia que utilicen habitualmente el sistema Lexnet, puesto que, aunque por su trabajo habitual y su dedicación se pueda esperar que sigan esa conducta regularmente, ello les obliga a mantener la misma en periodos vacacionales y de descanso, lo que supone una obligación exorbitante impuesta por los poderes públicos y posiblemente contraria al artículo 40.2 de la Constitución.

No obstant això, el Tribunal Constitucional, en la STC 6/2019, del 17 de gener, va desestimar aquests arguments, com veurem tot seguit en l'apartat següent.

4.3. LA FALTA D'ENVIAMENT DE L'AVÍS DE POSADA A DISPOSICIÓ

Ja hem indicat anteriorment que l'article 41.6 de la LPAC disposa que, independentment del fet que la notificació es faci en paper o per mitjans electrònics, les administracions públiques han d'enviar un avís al dispositiu electrònic i/o a l'adreça de correu electrònic de l'interessat que aquest hagi comunicat, per a informar-lo de la posada a disposició d'una notificació a la seu electrònica de l'Administració o organisme corresponent o a l'adreça electrònica habilitada única. La falta de pràctica d'aquest avís no impedeix que es consideri plenament vàlida la notificació.

L'article 43.1 del RAFME reitera aquesta previsió legal i afegeix que l'avís té caràcter merament informatiu.

De tots els problemes que pot plantejar la notificació electrònica, aquest és sens dubte el més controvertit i el que ha donat lloc a més pronunciaments judicials. I és que no deixa de ser sorprenent que, d'una banda, la LPAC obligui l'Administració a enviar l'avís als interessats que hagin identificat un dispositiu electrònic i/o una adreça de correu electrònic i, de l'altra, estableixi que l'incompliment d'aquesta obligació no té efectes invalidants de la notificació. És a dir, l'incompliment d'aquesta obligació legal per part de l'Administració no només no té cap conseqüència en relació amb la validesa de la seva actuació, sinó que, a més, pot comportar un greu perjudici per al dret de defensa de l'interessat.

Un dels primers pronunciaments que va recaure sobre aquest tema va ser la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 15 de juny de 2018 (recurs 613/2015), que considera ineficaç una notificació practicada sense l'enviament de l'avís de posada a disposició perquè entén que vulnera el principi de confiança legítima:

En el presente caso, es evidente que la notificación se realizó escrupulosamente conforme a las formalidades legales pero que no cumplió con su finalidad no por una actuación negligente del contribuyente, que esperaba, como las 4 veces anteriores, que le llegara el aviso, sino porque el aviso no llegó, y, por tanto, no accedió. Y es que como dice la indicada STS de 16.11.2016 referenciada: «Por ello, como este Tribunal ha dicho, lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas. Todo lo cual lleva a concluir, en palabras del propio Tribunal Constitucional, que ni toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE, ni, al contrario, una notificación correctamente practicada en el plano formal supone que se alcance la finalidad que le es propia, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece, sentencias del Tribunal Constitucional 126/1991, FJ 5; 290/1993, FJ 4; 149/1998, FJ 3; y 78/1999, de 26 de abril, FJ 2]» (FJ 4.º). Esta situación debió generar en la Oficina gestora la consideración de que el recurso de reposición no había sido extemporáneo, sino que el sistema de avisos había generado una confianza legítima del obligado que no debía cercenar sus posibilidades de defensa y ataque de la liquidación. Y esto es lo que esta Sala debe reconocer; así es, el derecho del obligado a que pueda accionar contra la liquidación por los medios previstos legalmente (artículos 222 y ss. LGT 58/2003), y, habiéndose formulado recurso de reposición, deben retrotraerse las actuaciones al momento en el que la Oficina Gestora debió resolver el mismo conforme a derecho, para ser notificado ese acuerdo al contribuyente en legal forma.

Però sobre el tema de l'avís, la sentència més rellevant que s'ha dictat fins ara és la STC 6/2019, del 17 de gener, que resol una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada per la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó sobre el darrer incís de l'article 152.2 de la LEC, per la seva eventual incompatibilitat amb el dret de defensa de l'article 24.1 de la CE.

L'article 152.2 de la LEC té un contingut pràcticament idèntic al de l'article 41.6 de la LPAC:

El destinatari ha d'identificar un dispositiu electrònic, un servei de missatgeria simple o una adreça de correu electrònic que serveixin per informar-lo de la posada a la seva disposició d'un acte de comunicació, però no per a la pràctica de notificacions. En aquest cas, independentment de la manera com s'efectuï l'acte de comunicació, l'oficina judicial ha d'enviar l'avís esmentat. La falta de pràctica d'aquest avís no impedeix que la notificació efectuada correctament es consideri plenament vàlida.

En aquest cas, la controvèrsia suscitada va ser la següent: el representant processal d'una empresa va formalitzar fora de termini l'anunci d'interposició d'un recurs de suplicació contra una sentència que se li va notificar correctament a la seva bústia electrònica del sistema Lexnet, però sense enviar-li l'avís de posada a disposició.

La Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla i Lleó considera que aquest avís constitueix una garantia per a les parts regulada en la mateixa llei processal i imposada com a obligatòria per a l'òrgan judicial. Aquesta garantia és un reforç considerat necessari pel mateix legislador en el marc del nou sistema de gestió informàtica dels processos, amb l'objecte d'evitar imposar a les parts i als professionals de la justícia una obligació diària de consulta de la seva bústia electrònica del sistema Lexnet (amb les dificultats tècniques i d'accés que comporta). A més, aquesta garantia legal genera a les parts una confiança legítima en el compliment per l'òrgan judicial de la seva obligació i, no obstant això, la mateixa llei que la converteix en obligatòria la priva d'efectes invalidants en cas d'incompliment per l'òrgan judicial. Tot això sembla incompatible amb el mínim respecte al dret a la tutela judicial efectiva, que exigeix el respecte de les garanties processals regulades per la llei.

En resum, la Sala que promou la qüestió d'inconstitucionalitat considera que l'incís qüestionat, atès que desvincula la validesa de la notificació d'un acte de comunicació ja practicaada, amb l'incompliment de l'obligació que té l'òrgan judicial d'enviar un avís al destinatari perquè sàpiga que s'ha produït dita notificació, pot afectar el dret de defensa (article 24.1 de la CE) d'aquest. En aquest cas, perquè el seu representant processal tenia la confiança legítima que rebria l'avís perquè havia complert amb la norma (subministrar una adreça de correu electrònic) i, a causa d'aquesta confiança, va prescindir de consultar la seva bústia del sistema Lexnet a la qual es va remetre la notificació de la sentència del jutjat. Per aquest motiu, va deixar de formalitzar dins de termini l'anunci del recurs de suplicació corresponent, en no arribar-li l'avís i desconèixer la pràctica d'aquella notificació.

El Tribunal Constitucional desestima la qüestió d'inconstitucionalitat perquè rebutja els tres motius esgrimits en la interlocutòria que la promou:

a) La diferent naturalesa jurídica dels actes de comunicació processal i l'avís regulat en aquest precepte. El Tribunal Constitucional comença la seva argumentació constatant una dada normativa prèvia: l'article 149 de la LEC, precepte encarregat de definir quins són els actes de comunicació en el procés civil, distingeix sis tipus d'actes i cap d'ells no és l'avís de notificació recollit en l'article 152.2, paràgraf tercer, de la LEC. Únicament parla de notificacions, emplaçaments, citacions, requeriments, manaments i oficis. Per tant, la norma en examen no configura l'avís com un acte de comunicació, sinó només com una informació que es facilita sobre la posada a disposició d'un acte de comunicació. Per aquest motiu, considera:

El aviso representa un acto procesal efectuado por la oficina judicial, de carácter accesorio, que ayuda o facilita el conocimiento del hecho de haberse practicado un acto de comunicación, pero a cuyo acceso efectivo el aviso no coadyuva, sino que exige la utilización del canal electrónico habilitado para el profesional. El inciso final del precepto cuestionado, que separa entonces los efectos jurídicos de la omisión del aviso, respecto de la validez del acto de comunicación, aparece por ello como una medida estrictamente necesaria para asegurar la propia eficacia del sistema de justicia electrónica en su configuración actual.

I continua raonant:

Si, por tanto, la norma desvincula el acto de comunicación (alguno de los categorizados en el art. 149 LEC) del aviso de «puesta a disposición» de dicho acto, no parece en modo alguno incompatible con lo regulado en esos dos incisos, lo que a continuación se dice para cerrar el precepto, esto es, que la falta de práctica del aviso «no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida» (inciso tercero y último). Esa incompatibilidad sí afloraría de haberse anudado legalmente la validez entre sí de ambas actuaciones (la emisión electrónica del acto de comunicación y la emisión del aviso). Pero no es el caso.

Per tot això, conclou que la doctrina constitucional sobre el dret a no patir indefensió ha estat dictada a propòsit dels actes de comunicació, i l'avís de l'article 152.2, paràgraf tercer, de la LEC no ho és, motiu pel qual aquesta doctrina no li és aplicable.

b) El caràcter no desproporcionat o exorbitant de la càrrega legal que suposen les notificacions per sistemes telemàtics. En el rebuig d'aquest motiu, el Tribunal Constitucional es mostra molt contundent:

No se alcanza a ver qué obstáculo legal para el bienestar de procuradores, graduados sociales o abogados puede suponer que el legislador sustituya el régimen presencial diario en la recepción de los actos de comunicación imperante antaño, por otro de naturaleza electrónica al que puede accederse desde diversos dispositivos y en lugares diferentes, para comodidad de la persona, protegido dicho acceso con una serie de garantías dentro de la plataforma habilitada. En realidad, y con las propias palabras del Auto que promueve la presente cuestión, por su trabajo y su dedicación se puede esperar que el profesional acceda a su buzón diariamente o casi a diario, no otra cosa.

Menos todavía, puede verse en peligro el derecho al descanso (art. 40.2 CE) de tales representantes procesales cuando, de un lado, la ley garantiza la efectividad de los plazos procesales al permitir que el acceso al sistema para la consulta de los actos recibidos, o en su caso, el envío de escritos y documentos, pueda hacerse durante las 24 horas del día, todos los días del año (art. 135.1 LEC), y si el sistema falla, podrá acreditarse y efectuar la presentación al día hábil siguiente (art. 135.2 LEC).

Y de otro lado, la normativa flexibiliza la utilización del buzón de Lexnet, previendo un mecanismo de sustituciones entre compañeros, en cuya virtud el titular de un buzón puede vincular a otros usuarios «como autorizados para que en su nombre puedan realizar con plenitud de efectos jurídicos los envíos de documentación o recepción de actos de comunicación desde ese buzón» (art. 19.2 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre).

Per tant, el Tribunal Constitucional considera que les notificacions a través de mitjans electrònics no suposen cap càrrega desproporcionada per als interessats ni vulneren el seu dret al descans.

c) La inexistència d'una confiança legítima derivada de l'obligació legal de practicar l'avís. Sobre la confiança legítima que l'obligació d'avís serà complerta per l'òrgan judicial, el Tribunal Constitucional entén:

Más tiene que ver lo que esgrime el Auto con una aplicación razonable de las normas jurídicas procesales otorgantes de derechos, obligaciones y cargas a las partes, cuya inobservancia determina la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto que entonces «sufre la confianza legítima generada por los términos en que fue conformada la realidad jurídica en el proceso».

[...]

Ahora bien, en el presente caso no puede reclamarse una confianza legítima en la aplicación de un precepto que no existe, pues ninguno de los previstos en la Ley de enjuiciamiento civil o en la normativa sobre comunicaciones electrónicas en el ámbito de la justicia plasman una vinculación o condicionamiento de los efectos propios de las notificaciones procesales practicadas por vía Lexnet (o plataforma similar), con la realización del aviso sobre la puesta a disposición de ese acto procesal, en el dispositivo, servicio de mensajería simple o dirección de correo electrónico, facilitado por el profesional interviniente.

Justamente lo que se contempla es lo contrario, y lo hace por dos veces el párrafo tercero del artículo 152.2 LEC, en sus incisos primero y tercero, este último cuestionado por el Auto de la Sala de lo Social. Tal circunstancia impide considerar la norma objeto de examen como contraria al artículo 24.1 CE, desde el prisma del desconocimiento del principio de confianza legítima que se argumenta, pues éste no puede proclamarse a partir de un entendimiento particular del ordenamiento procesal en el que uno o más preceptos deben ser anulados (sin que contradigan la Constitución) solo para facilitar la que se considera una mejor aplicación de otros, o para alcanzar una solución jurídica supuestamente más adecuada o justa, en este caso en orden al cómputo de ciertos plazos procesales.

La Sentència inclou un vot particular que formula el magistrat Juan Antonio Xiol Ríos, que compartim del tot i que per l'encert dels seus arguments convé analitzar detingudament. Segons aquest magistrat, la qüestió rellevant és la següent:

El legislador, dentro de su libertad de configuración, ha establecido en el párrafo tercero del artículo 152.2 LEC (i) la facultad de la parte procesal de identificar ante los órganos judiciales un medio electrónico, entre ellos el correo electrónico, con el objeto de ser informada o avisada de la puesta a su disposición de un acto de comunicación y, (ii) en correlación con ello, la obligación del órgano judicial de hacer ese aviso —expresamente se utiliza en este artículo el verbo en forma imperativa, al establecer que «la oficina judicial enviará el referido aviso»—. (iii) En ese contexto de una previsión normativa basada en la premisa de que el ejercicio de una potestad por el ciudadano —la de pedir que se le avise por medio de correo electrónico de que se ha realizado el acto de notificación— se convierte en una obligación del órgano judicial —ha de enviar ese aviso por ese medio—, el legislador ha incluido un elemento distorsionador como es la previsión ahora cuestionada de que la ausencia de esa notificación no impedirá la validez del acto de comunicación.

Per això, considera que la introducció d'aquesta previsió en l'article 152.2 de la LEC resulta irracional:

No hay ningún elemento de coherencia entre (i) la imposición de una obligación de los órganos judiciales en relación con los ciudadanos usuarios del servicio de la justicia y (ii) que los perjuicios que origine el incumplimiento de esa obligación por parte de los órganos judiciales cuando el servicio funcione anormalmente recaigan por imperativo legal sobre el

ciudadano que padece la anomalía. Si hay un principio general de razonabilidad en el derecho —o, por más decir, de justicia en el sentido en que el artículo 1.1 CE lo reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico—, ese es el de que no puede pretenderse que el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación recaiga sobre la parte no incumplidora. Además, si ese principio, como es ahora el caso, se establece en la relación entre uno de los poderes del Estado y el ciudadano, ese irrazonable desplazamiento del perjuicio del incumplimiento por parte del Estado —al menos en sus consecuencias más directas y graves en el terreno processal— al ciudadano usuario del sistema de la Administración de justicia, solo puede calificarse como una arbitrariedad, cuya interdicción para los poderes públicos queda establecida en el artículo 9.3 CE.

Per tot el que s'ha exposat, conclou:

En la medida en que esta regulación irrazonable y arbitraria tiene como objeto la validez de un acto de comunicación en un procedimiento judicial, afectando con ello al haz de garantías con las que está revestida la participación de la parte en el proceso y a la prohibición de indefensión establecida en el artículo 24.1 CE, considero que debía haber sido estimada la presente cuestión de inconstitucionalidad, como me vi en la obligación de defender en la deliberación.

En qualsevol cas, no oblidem que aquesta sentència rebutja la inconstitucionalitat del darrer incís de l'article 152.2 de la LEC, referit a l'àmbit processal, però no el de l'article 41.6 de la LPAC, aplicable a l'àmbit administratiu, malgrat que el contingut és idèntic i els arguments poden ser extrapolables. No obstant això, alguns autors, com Almonacid Lamelas i Gómez Fernández, neguen aquesta darrera possibilitat amb arguments de pes com ara que l'Administració de justícia i l'Administració pública tenen diferent regulació i raó de ser, i que el procediment administratiu és un garantia protegida constitucionalment (article 105*b* de la CE).

La possible inconstitucionalitat de l'article 41.6 de la LPAC ha estat descartada pel Tribunal Suprem en la Sentència del 25 de maig de 2022 (recurs 163/2021), que desestima un de los recursos interposats contra el RAFME i confirma que la qualificació que fa el segon paràgraf de l'article 43.1 del RAFME sobre l'avís de les notificacions electròniques com de caràcter merament informatiu no vulnera l'article 24 de la CE:

Consideramos, al respecto, que no resulta convincente el argumento de que se causa indefensión, tal como se infiere *mutatis mutandis* del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 6/2019, de 17 de enero, ya que no cabe eludir la naturaleza específica de «aviso», que constituye un mero recordatorio remitido a la sede electrónica del interesado de la pendencia de la notificación de un acto administrativo, que, en ningún caso, exime a la Administración Pública de notificar dicho acto en legal forma, de modo que quede constancia en las actuaciones de la remisión y la recepción íntegra de la resolución administrativa, así como del momento en que se hicieron.

En este sentido, cabe significar que no entendemos que la regulación del «aviso», establecida en el artículo 41.6 de la Ley 39/2015, sea incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada en relación con el sistema de notificación de los actos procesales a través de «Lexnet», en cuanto no se prevé que el aviso por la Administración sea imprescindible para que se pueda construir la excepción procesal del acto consentido contra el adminis-

trado y en favor de la decisión de la Administración, porque lo que exige el principio de seguridad jurídica es que la notificación se practique al interesado de la forma legalmente prevista en los artículos 40, 41 y 42 del citado texto legal, y que, con independencia de que se realice en papel o por medios electrónicos, se garantice plenamente al interesado el conocimiento de la resolución administrativa que le permita utilizar todos los medios de defensa que considere adecuados para defender sus derechos e intereses legítimos.

Per aquestes raons, Xiol Ríos rebutja plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat per l'incís final de l'article 41.6 de la LPAC:

Por ello, no estimamos que sea pertinente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto de la previsión contenida en el artículo 41.6 *in fine* de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se sustenta en la infracción del artículo 24 de la Constitución, puesto que de la doctrina expuesta en la mencionada sentencia constitucional 6/2019, de 17 de enero, no existe base para entender que la regulación del «aviso de la puesta a disposición de la notificación», en lo que se refiere a que la falta de práctica de este aviso no impedirá que sea considerada plenamente válida la notificación, debido al carácter meramente informativo del aviso, pueda incidir negativamente en el ejercicio del derecho de defensa ante la Administración Pública y en la ulterior vía del procedimiento judicial, en la medida que la previsión legal cuestionada no pone en riesgo las garantías procedimentales ni procesales, en referencia a los actos de comunicación por medios electrónicos, que tiene como objeto que quede constancia fehaciente tanto del hecho de la recepción del acto de comunicación por el destinatario y su fecha, como del contenido del acto administrativo.

Amb posterioritat a aquesta sentència del Tribunal Suprem, però, el Tribunal Constitucional va dictar la Sentència 84/2022, del 27 de juny, en la qual considera que la falta de pràctica de l'avís de la notificació electrònica en un procediment sancionador sí que vulnera el dret de defensa de l'article 24.2 de la CE. En aquest cas, l'Administració va enviar l'avís de la notificació electrònica d'un requeriment a una adreça de correu electrònic errònia perquè l'interessat va escriure incorrectament una lletra. Per aquest motiu, l'interessat no va rebre l'avís i, per tant, no es va assabentar del requeriment, que va quedar rebutjat pel transcurs de deu dies naturals sense accedir al seu contingut. Això va donar lloc a la incoació d'un procediment sancionador, i tampoc no va rebre l'avís de la notificació electrònica perquè es va enviar a la mateixa adreça electrònica errònia i va quedar novament rebutjada. El mateix va passar amb la resolució que imposava la sanció.

El Tribunal Constitucional recorda que en la STC 6/2019, del 17 de gener, va desestimar, si bé respecte de l'àmbit processal, la pretesa inconstitucionalitat de l'article 152.2 de la LEC, en concret pel que fa a l'incís que preveu que la falta de pràctica de l'avís tampoc no impedirà que la notificació sigui considerada plenament vàlida. Però en aquest cas el Tribunal considera:

La falta de recepción de los avisos de notificación adquiere particular relevancia no porque ello determine *per se* la invalidez de las notificaciones efectuadas en la dirección electrónica habilitada, sino porque esa circunstancia impidió al recurrente tener conocimiento de

la asignación de oficio de una dirección electrónica habilitada; de que, a través de ese medio fue requerido para que aportara la información reflejada en los antecedentes de esta resolución; y finalmente, de que, ante la falta de respuesta por su parte, le fue incoado un procedimiento sancionador, respecto de cuya tramitación y resolución final fue desconocedor hasta la apertura de la vía de apremio.

[..]

En el presente supuesto, cabe ya anticiparlo, consideramos que la actividad desplegada por la administración no ha sido respetuosa con el derecho a la defensa y el derecho a ser informado de la acusación que se reconocen en el art. 24.2 CE. Achacar al demandante la responsabilidad de que no llegara a ser conocedor de la dirección electrónica habilitada que le fue asignada, del contenido del requerimiento y de las demás comunicaciones practicadas por vía electrónica, con fundamento en la forma en que trazó la letra «v» al escribir su dirección de correo electrónico en la declaración formulada el 16 de diciembre de 2016, supone conferir a esta circunstancia unas consecuencias manifiestamente desproporcionadas, vistos los efectos adversos producidos en el procedimiento sancionador. A juicio de este tribunal, el hecho de haber escrito aquella letra sin total precisión caligráfica no configura un supuesto equiparable a los casos en que, conforme a nuestra doctrina, la lesión denunciada se debe atribuir al proceder del afectado por su impericia, indiligencia o descuido. Interesa notar que, en la práctica, no resulta infrecuente que la grafía de determinadas letras manuscritas no se sujete con exactitud a su formato ortodoxo, amén de la relevancia del componente de valoración subjetiva que lleva al tercero a interpretar qué letra ha sido realmente transcrita. Al margen de lo expuesto, en el presente caso debe advertirse que las primeras letras de la dirección de correo correcta —javn— coinciden con las iniciales del nombre compuesto y de los dos apellidos del demandante, dato este del que disponía la administración.

La concurrencia de los factores apuntados lleva a considerar que, ante lo infructuoso de las comunicaciones practicadas por vía electrónica, la administración debería haber desplegado una conducta tendente a lograr que las mismas llegaran al efectivo conocimiento del interesado, pues a ello viene obligada conforme a la síntesis doctrinal expuesta. [...] Sin embargo, no consta que aquella realizara ninguna verificación, a fin de asegurarse de que esa dirección correspondía realmente al demandante y, en consecuencia, en ella iba a poder recibir los avisos que ulteriormente le fueran remitidos.

Por todo lo expuesto, afirmamos que la actuación administrativa impugnada ha vulnerado el derecho de defensa y el derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), dado que la resolución sancionadora se dictó sin que el recurrente tuviera conocimiento de las comunicaciones que por vía electrónica se practicaron en su dirección electrónica habilitada, al igual que tampoco fue sabedor del procedimiento sancionador que le fue incoado, por haber desatendido el requerimiento.

Per tant, segons el Tribunal Constitucional, quan es tracta d'un procediment sancionador, la falta d'enviament de l'avís de posada a disposició de la notificació electrònica comporta una infracció dels drets del presumpte infractor a la defensa i a ser informat de l'acusació que se li imputa, consagrats en l'article 24.2 de la CE.

Això és així perquè, segons la doctrina del Tribunal Constitucional, algunes de les garanties reconegudes en l'article 24 de la CE no només operen en l'àmbit processal, sinó que també despleguen la seva eficàcia en l'àmbit del procediment administratiu sancionador. En la STC 18/1981, del 8 de juny, s'afirma:

[...] los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.

La STC 32/2008, del 25 de febrer, assenyala que l'exigència que la incoació del procediment sancionador sigui degudament notificada a l'interessat, forma part de les garanties de l'article 24.2 CE:

Este tribunal ha reiterado que entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, FJ 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, este tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible.

Considerem molt encertada aquesta STC 84/2022 perquè entén que la falta de pràctica de l'avís de posada a disposició de la notificació electrònica afecta els drets i les garanties de l'article 24 de la CE, en la mateixa línia que ja va indicar el magistrat Xiol Ríos en el seu vot particular a la STC 6/2019.

Afortunadament, sembla que aquesta posició està tenint continuïtat, ja que la STC 147/2022, del 29 de novembre, dictada uns mesos després en un supòsit similar, es pronuncia en el mateix sentit. En aquest cas, l'Agència Tributària va notificar electrònicament un requeriment de documentació a un interessat que tenia l'obligació de relacionar-se electrònicament amb l'Administració. L'interessat no va accedir a la seva bústia electrònica i, per tant, no es va assabentar del requeriment i no va presentar la documentació. Llavors l'Agència Tributària va efectuar, mitjançant una liquidació provisional, una rectificació de les quotes de l'impost sobre el valor afegit (IV)A.

Davant d'aquesta situació, el Tribunal Constitucional conclou:

Debemos insistir, a riesgo de ser reiterativos, en el hecho de que la Agencia Tributaria supo que la interesada no tuvo conocimiento del requerimiento del que fue objeto por vía electrónica; y sin embargo, no empleó formas alternativas de comunicación, a fin de advertirla del procedimiento de comprobación limitada que había iniciado y de la documentación contable que recababa, de suerte que la liquidación provisional finalmente practicada no tuvo en cuenta la eventual incidencia de los datos que los libros y las facturas solicitados pudieran contener. Y al desconocer el objeto de las notificaciones que se remitieron a su dirección electrónica habilitada, aquella tampoco pudo impugnar temporáneamente, incluso en sede judicial, la liquidación provisional finalmente practicada, lo que redundó en detrimento de su derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, aun cuando el procedimiento seguido por la administración tributaria no tuviera carácter sancionador.

A la vista de lo expuesto, si bien el supuesto de hecho ahora enjuiciado presenta diferencias no menores con el analizado en la STC 84/2022 ya citada, no obstante cabe formular la misma consideración que se recoge en su fundamento jurídico; a saber, que ante «lo infructuoso de las comunicaciones practicadas por vía electrónica, la administración debería haber desplegado una conducta tendente a lograr que las mismas llegaran al efectivo conocimiento del interesado, pues a ello viene obligada conforme a la síntesis doctrinal expuesta».

Com ha dit Martín Delgado, ara falta fer un pas més i declarar la inconstitucionalitat del darrer incís de l'article 41.6 de la LPAC, a fi de corregir l'error de considerar que l'avís complementari de la notificació electrònica no és part de les garanties procedimentals.

4.4. LA DOBLE NOTIFICACIÓ

Hem dit anteriorment que l'article 41.7 de la LPAC preveu que quan es notifiqui a l'interessat per diferents vies, s'ha de prendre com a data de notificació la de la que s'hagi produït en primer lloc.

També hem vist que, en el mateix sentit, l'article 42.1, segon paràgraf, del RAFME disposa que, en cas que l'Administració, l'organisme o l'entitat actuant porti a terme la posada a disposició de les notificacions per tots dos sistemes, per al còmput de terminis i la resta d'efectes jurídics s'han de prendre la data i l'hora d'accés al contingut o el rebuig de la notificació per l'interessat o el seu representant en el sistema en què hagi ocorregut en primer lloc. A aquest efecte l'Administració ha de disposar dels mitjans electrònics necessaris per a sincronitzar de manera automatitzada en un sistema i en l'altre la informació sobre l'estat de la notificació per tal de garantir l'eficàcia i la seguretat jurídica en la tramitació del procediment.

Aquests preceptes pretenen resoldre el problema que es produeix quan l'interessat rep la notificació per partida doble, ja sigui per diferents mitjans (en paper i electrònicament), ja sigui per dos sistemes electrònics (a través de la seu electrònica i l'adreça electrònica habilitada única).

En aquest cas, la normativa ha optat per considerar com a data de notificació la que s'hagi produït en primer lloc. Però aquesta previsió és contrària a determinada jurisprudència del Tribunal Suprem que, per a garantir la seguretat jurídica i els drets de l'interessat, va establir que, en els casos de notificació i publicació o doble notificació, el termini per a impugnar es computava des de la darrera d'aquestes. Així ho va dir, entre d'altres, la STS del 7 de febrer de 2011 (recurs 599/2007):

Una jurisprudencia reiterada viene a señalar que si después de la notificación sobreviene la publicación, el plazo para impugnar debe computarse desde esta última. Pueden verse en este sentido, entre otras, las sentencias de 18 de junio de 2007 (casación 3081/02), 25 de junio de 2008 (casación 4524/04), 14 de diciembre de 2009 (casación 3851/2005) y 17 de diciembre de 2009 (casación 3541), 22 de abril de 2010 (casación 1062/06) y 21 de julio de 2010 (casación 1428/06). Podría objetarse que estas sentencias se refieren al cómputo del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo; sin embargo, por existir identidad de razón, debe aplicarse el mismo criterio cuando se trata del cómputo del plazo para interponer un recurso en vía administrativa, pues tanto el artículo 46.1 de la Ley

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como el artículo 48.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, determinan que el plazo para impugnar se computará desde el día siguiente al de la notificación o publicación del acto; y lo que la jurisprudencia citada señala es que, habiendo existido ambas, notificación y publicación, el plazo para impugnar se computa desde la última de ellas.

Però aquesta posició jurisprudencial no va ser mai del tot unànime i des de l'entrada en vigor primer de l'article 36.5 del Reial decret 1671/2009 (que ja va establir el criteri de la primera notificació) i després de l'article 41.7 de la LPAC, el Tribunal Suprem ha abandonat aquesta doctrina i considera que cal tenir en compte la primera de les notificacions. La STS del 12 de febrer de 2020 (RC 2857/2016) n'és un bon exemple:

Además y como acertadamente razona la AN en el FD Séptimo de la sentencia aquí impugnada, «la postura del Tribunal Supremo no es unánime en esta cuestión».

Y si bien es cierto que en las resoluciones que cita la recurrente y en aquellas a las que se remite, ha declarado que en el supuesto de doble notificación de un acto, ha de entenderse, a los efectos del cómputo de plazo para la interposición de los pertinentes recursos, la fecha de la última notificación como el referente inicial de ese cómputo.

En otras resoluciones ha considerado que «la conculcación del principio de seguridad jurídica carece de fundamento en que apoyarse, ya que [...] desde que recibe una notificación en forma corren los plazos para la interposición del pertinente recurso, sin que éstos se reabran por la recepción de una segunda notificación (en este sentido, STS de 12 de noviembre de 1999 —rec. n.º 8992/1995—, Autos de 20 de noviembre de 2000 —rec. 8742/1999—, 25 de enero de 2007 —rec. 4721/2006— ó 13 de octubre de 2008 —rec. 1357/2007—).

Además ha de tenerse en cuenta finalmente, que todas las sentencias citadas sobre este tema de la doble notificación, son anteriores al 19 de noviembre de 2009, fecha de entrada en vigor del RD 1671/2009, de 6 de noviembre, antes citado, que estableció en su artículo 36.5 lo siguiente: «Cuando, como consecuencia de la utilización de distintos medios, electrónicos o no electrónicos, se practiquen varias notificaciones de un mismo acto administrativo, se entenderán producidos todos los efectos jurídicos derivados de la notificación, incluido el inicio del plazo para la interposición de los recursos que procedan, a partir de la primera de las notificaciones correctamente practicada». Precepto aplicable al presente caso, pues las notificaciones realizadas tuvieron lugar en el año 2015, vigente el mentado Real Decreto. Y regla para los supuestos de más de una notificación de un mismo acto, que reitera la ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 41.7: «Cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquella que se hubiera producido en primer lugar».

Per tant, la qüestió sembla resolta tant en l'àmbit normatiu com en el jurisprudencial, de manera que la data que s'ha de prendre en consideració per al còmput de terminis i la resta d'efectes jurídics és la de la primera notificació.

4.5. LA PRÀCTICA DE NOTIFICACIONS EN PAPER A SUBJECTES OBLIGATS A REBRE-LES PER MITJANS ELECTRÒNICS

Ja hem indicat que els subjectes obligats a relacionar-se per mitjans electrònics amb l'Administració, enumerats en l'article 14.1 de la LPAC, han de rebre les notificacions per aquesta via. Però quines conseqüències es produeixen si les reben en paper en comptes d'electrònicament?

El Tribunal Suprem, en la Sentència del 20 de juliol de 2022 (recurs 3963/2021), es pronuncia sobre aquesta qüestió:

En fin, es relevante señalar que en el expediente administrativo hay constancia de que en el mismo procedimiento hubo otras actuaciones administrativas anteriores que se notificaron a la recurrente en la misma vía que la resolución sancionadora a la que se refiere la controversia. En particular, la notificación de la propuesta de arbitraje que la Administración actuante dirigió a la recurrente fue entregada a la misma persona y en el mismo domicilio en el que posteriormente se practicaría la notificación de la resolución sancionadora (folios 12, 13 y 34 del expediente, donde constan los acuses de recibo de la propuesta de arbitraje y de la resolución sancionadora). Y la propia entidad recurrente admite haber recibido aquella notificación de la propuesta de arbitraje, a la que formuló alegaciones, sin que la representación de Volkswagen formulase entonces objeción ni protesta alguna.

Con tales antecedentes, bien puede decirse que la entidad Volkswagen admitió, siquiera de forma implícita, que se practicasen las notificaciones en papel.

Esta Sala no ignora los preceptos de los que resulta la procedencia de la notificación por medios electrónicos cuando se trata de personas jurídicas (artículos 14.2.a y 41.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, siendo así que, como ya hemos señalado, en actuaciones anteriores del mismo procedimiento administrativo la entidad Volkswagen había admitido que se practicasen las notificaciones en papel, y no habiendo duda de que la recurrente tuvo pleno conocimiento de la resolución sancionadora notificada por esa vía, no cabe tachar de inválida tal notificación por haberse practicado de ese modo. A tal efecto es obligado tener presente que, según el citado artículo 41.1 de la Ley 39/2015, «[...] Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente».

En definitiva, no cabe afirmar que se haya causado indefensión a la recurrente. Por ello entendemos que el hecho de haberse llevado a cabo la notificación en papel constituye una irregularidad que carece de relevancia invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015).

En idèntic sentit es pronuncia la STS del 21 de novembre de 2022 (recurs 1388/2021).

Per tant, segons la doctrina del Tribunal Suprem, la notificació en paper a un subjecte obligat a relacionar-se electrònicament amb l'Administració constitueix una mera irregularitat no invalidant, de manera que és plenament vàlida i l'acte notificat desplega la seva eficàcia.

5. CONCLUSIONS

Partint de l'anàlisi de la regulació de la notificació electrònica continguda tant en la LPAC com en el RAFME i de l'estudi de la doctrina i la jurisprudència més rellevants sobre la matèria, hem intentat oferir una visió dels principals problemes pràctics que plantegen aquest tipus de notificacions.

És evident que la notificació electrònica és un notable avenç i ofereix grans avantatges tant a l'Administració com als ciutadans, ja que millora considerablement l'eficàcia i l'eficiència de l'actuació administrativa, redueix costos i estalvia temps i desplaçaments.

Ara bé, és necessari modificar la seva regulació legal, ja que hi ha aspectes controvertits que, com hem vist, no estan ben resolts en la normativa. Els efectes no invalidants de la falta de pràctica de l'avís de posada a disposició de la notificació electrònica són sens dubte el primer gran problema que s'ha de resoldre, atès que no és raonable que el perjudici derivat de l'incompliment per l'Administració d'una obligació legal recaigui sobre el ciutadà. Convé una reforma urgent del darrer incís de l'article 41.6 de la LPAC per a pal·liar aquesta distorsió i evitar una possible declaració d'inconstitucionalitat per part del Tribunal Constitucional.

Però hi ha altres aspectes que cal millorar, com la càrrega de la prova de la notificació electrònica, molt complexa per a l'interessat en la majoria de casos, i la diligència que se li exigeix per a la seva recepció, totalment desproporcionada tenint en compte la realitat social i tecnològica actual. Sobre aquesta darrera qüestió, ajudaria molt que l'adreça electrònica habilitada única fos realment única o que existís un punt electrònic únic de recepció de les notificacions electròniques de totes les administracions públiques de l'Estat.

Esperem que el legislador sigui sensible a aquestes problemàtiques i les pugui solucionar al més aviat possible.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALMONACID LAMELAS, Víctor; GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. «Las notificaciones electrónicas en la jurisprudencia: algunas cuestiones controvertidas». *Nosoloaytos* [blog], 6 de desembre de 2021, i *Es de justicia* [blog], 7 de desembre de 2021.
- COTINO HUESO, Lorenzo. «La preocupante falta de garantías constitucionales y administrativas en las notificaciones electrónicas». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 57 (2021).
- GAMERO CASADO, Eduardo. *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 196-197.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. «¿Tiene el aviso electrónico de las notificaciones administrativas un carácter meramente informativo?». *Es de justicia* [blog], 2 de juliol de 2022.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego. «El Tribunal Constitucional resuelve sobre la falta de aviso electrónico en Lexnet». *Es de justicia* [blog], 25 de gener de 2019.
- MARTÍN DELGADO, Isaac. «La práctica de las notificaciones electrónicas en la contratación pública. Premisa de transparencia, libre competencia y simplificación administrativa». *Quaderns de Dret Local*, núm. 48 (2018), p. 178-220.

- MARTÍN DELGADO, Isaac. «La falta de práctica del aviso complementario no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida... o sí». *Acento Local* [blog], 7 d'octubre de 2022.
- MARTÍN DELGADO, Isaac. «Algunos aspectos problemáticos de la nueva regulación del uso de los medios electrónicos por las administraciones públicas». *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 2018 (2018).
- TORRES LÓPEZ, María Asunción. «El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 55 (1999), p. 255-256 i 273.
- VALERO TORRIJOS, Julián. *El Régimen Jurídico de la e-Administración*. Granada: Comares, 2007, p. 156-157.
- VALERO TORRIJOS, Julián. «Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías». A: SOSA WAGNER, Francisco (coord.). *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*. València: Tirant lo Blanch, 2000, p. 2955.

ASPECTES QUE CAL CONSIDERAR EN RELACIÓ AMB ELS EFECTES TRIBUTARIS DELS EXPEDIENTS CADASTRALS D'ESMENES DE DISCREPÀNCIES¹

Cristina A. López Suárez
Negociat del Servei de Gestió de l'IBI
Diputació de Barcelona

Resum

L'article té per objecte reflexionar sobre la vinculació dels efectes tributaris als cadastrals en relació amb un tribut de gestió compartida com és l'impost sobre béns immobles (IBI), per les alteracions produïdes com a conseqüència dels procediments d'esmenes de discrepàncies cadastrals.

Paraules clau: esmenes de discrepàncies, efectes tributaris retroactius.

ASPECTOS A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN A LOS EFECTOS TRIBUTARIOS DE LOS EXPEDIENTES CATASTRALES DE ENMIENDA DE DISCREPANCIAS

Resumen

El artículo tiene por objeto reflexionar acerca de la vinculación de los efectos tributarios y catastrales en relación con un tributo de gestión compartida como es el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), por las alteraciones producidas como consecuencia de los procedimientos de enmienda de discrepancias catastrales.

Palabras clave: enmienda de discrepancias, efectos tributarios retroactivos.

ASPECTS TO BE TAKEN INTO ACCOUNT IN RELATION TO THE TAX EFFECTS OF CADASTRAL DISCREPANCY AMENDMENT PROCEEDINGS

Abstract

The purpose of this article is to analyse the link between the tax effects and cadastral effects in relation to a shared management tax such as the real estate tax (IBI), due to the

1. Citació recomanada: LÓPEZ SUÁREZ, Cristina A. (2024). «Aspectes que cal considerar en relació amb els efectes tributaris dels expedients cadastrals d'esmenes de discrepàncies». *Revista Catalana d'Administració Pública*, núm. 2, p. 251-267.

alterations produced as a consequence of the procedures for the amendment of cadastral discrepancies.

Key words: amendment of discrepancies, retroactive tax effects.

Sumari: 1. El procediment d'esmena de discrepàncies cadastrals; 1.1. Comunicació al Cadastre; 1.2. Comunicació mitjançant el Registre de la Propietat; 1.3. Comunicació mitjançant un notari; 2. El procediment de rectificació d'errors; 3. Efectes tributaris del procediment d'esmena de discrepàncies abans de la jurisprudència del Tribunal Suprem de l'any 2020 relativa a aquest procediment cadastral; 4. Jurisprudència en relació amb les esmenes de discrepàncies del Tribunal Suprem de l'any 2020; 5. Efectes tributaris derivats d'alteracions cadastrals inscrites en la base de dades del Cadastre mitjançant el procediment d'esmena de discrepàncies arran de la jurisprudència del Tribunal Suprem de l'any 2020; 6. Modificació legislativa del text refós de la Llei del cadastre immobiliari de l'any 2021; 7. Jurisprudència del Tribunal Suprem en relació amb les esmenes de discrepàncies per als anys 2023 i 2024; 8. Efectes tributaris derivats d'alteracions cadastrals inscrites en la base de dades del Cadastre mitjançant el procediment d'esmena de discrepàncies que s'haurien d'aplicar arran de la modificació legislativa del text refós de la Llei del cadastre immobiliari (TRLCI), feta per l'article 14.4 de la Llei 11/2021, del 9 de juliol; 8.1. Modificació de l'article 18.1 del TRLCI per l'article 14.4 de la Llei 11/2021; 8.2. Establiment de la base imposable de l'IBI per l'administració competent; 8.3. Àmbit d'aplicació de la Sentència del Tribunal Suprem 73/2024, del 18 de gener; 9. Conclusions; 10. Doctrina i jurisprudència.

1. EL PROCEDIMENT D'ESMENA DE DISCREPÀNCIES CADASTRALS

Quan existeix manca de concordança entre la descripció cadastral dels béns immobles i la realitat immobiliària, podem fer una esmena de les discrepàncies davant la Gerència del Cadastre, amb una comunicació al Registre de la Propietat o bé mitjançant un notari.

Hi ha tres vies, doncs, per a la correcció dels errors detectats: comunicació al Cadastre, Registre de la Propietat i notaria.

1.1. COMUNICACIÓ AL CADASTRE

El procediment d'esmena de discrepàncies del Cadastre es pot iniciar d'ofici, per iniciativa pròpia o per una ordre superior quan l'Administració tingui coneixement de la falta de concordança entre la descripció cadastral dels béns immobles i la realitat immobiliària i el seu origen no sigui conseqüència de l'incompliment de l'obligació de declarar o comunicar alteracions cadastrals per part dels obligats.

Llavors l'obligat ha de començar el procés al Cadastre i ha d'aportar la documentació següent:

- Instància d'esmena amb les dades oportunes i l'exposició detallada de la discrepància.
- Aixecament topogràfic en format digital, georeferenciat, de les parcel·les afectades.

- Situació actual i modificacions que cal fer.
- Certificat de coordenades dels límits de la parcel·la, juntament amb l'informe de validació gràfica.
- Documentació jurídica: escriptures i documentació del Registre de la Propietat, així com acta de delimitació signada pels afectats confrontants. Si no s'aporta l'acta de delimitació, s'inicia un procediment en el qual es comunica als afectats confrontants, als quals es concedeix un termini de quinze dies perquè formulin alegacions.

1.2. COMUNICACIÓ MITJANÇANT EL REGISTRE DE LA PROPIETAT

En aquest cas és el registrador qui informa el Cadastre sobre la rectificació cadastral que s'ha fet, i ho ha de fer en un termini màxim de cinc dies des de la inscripció.

Després de validar el Cadastre, la representació gràfica facilitada pel Registre de la Propietat iniciarà la rectificació corresponent i acabarà amb la incorporació al Registre, juntament amb la certificació descriptiva i gràfica reemplaçada, perquè aquest faci constar el fet al foli corresponent.

1.3. COMUNICACIÓ MITJANÇANT UN NOTARI

En aquest cas, s'ha de sol·licitar als propietaris una descripció de la realitat física de la parcel·la. Podeu consultar el document «Proposta informe tècnic amidaments de sòl i construccions» a l'espai de recursos documentals del web. El procediment s'iniciarà si existeix una discrepància entre la realitat i la certificació cadastral.

Caldrà fer una notificació als titulars dels terrenys confrontants afectats perquè en el termini de vint dies manifestin el que creguin oportú.

En cas de no al·legar-hi res en contra, el notari procedirà a inscriure la nova descripció.

El notari informarà el Cadastre de la rectificació realitzada en un termini màxim de cinc dies.

La nova descripció de la parcel·la s'incorporarà després al Registre de la Propietat.

2. EL PROCEDIMENT DE RECTIFICACIÓ D'ERRORS

El procediment de rectificació d'errors no està regulat o previst expressament en la normativa cadastral. Per tant, no és un procediment que utilitzi habitualment l'Administració cadastral, però sí en casos molt determinats, en què acudeix a la normativa administrativa general per a la seva aplicació.

L'article 109.2 de la Llei 39/2015 regula la potestat de les administracions públiques de rectificar els errors materials, de fet o aritmètics. El precepte indica que dita potestat es pot exercir en qualsevol moment i que es pot plantejar d'ofici o a instància de les persones interessades. D'altra banda, l'article 74.2 de la Llei 26/2010 assenyala que la competència per

a rectificar errors materials, de fet o aritmètics en els actes i les disposicions reglamentàries correspon a l'òrgan que els ha dictat.

La rectificació inclosa en el capítol de la Llei 39/2015 dedicat a la revisió dels actes en via administrativa no és un procediment de revisió dels actes administratius, sinó més pròpiament un mecanisme sumari d'esmena de petites anomalies sense alterar ni desnaturalitzar l'acte administratiu originari. Per això, la jurisprudència no ha dubtat a qualificar de procediment «excepcional» (Sentència del Tribunal Suprem [STS] del 21 de desembre de 2012) la rectificació regulada en l'article 109.2 de la Llei 39/2015, i ho és perquè no es pot projectar més enllà dels objectius fixats per la naturalesa d'aquesta institució, ja que, si fos així, quedaria en entredit el sistema de seguretat jurídica perquè permetria rectificar en qualsevol moment resolucions administratives fermes, tant quan les duu a terme l'Administració —quan el que correspon és aplicar un procediment de revisió d'ofici o de declaració de lesivitat—, com quan el planteja la persona interessada obviant els recursos administratius i judicials corresponents (STS del 9 de juliol de 2018).

Es tracta, com hem vist, d'una potestat administrativa molt àmplia, no subjecta a termini quant a l'exercici i de tramitació molt simple, que té per finalitat arbitrar una fórmula que eviti que els simples errors materials i patents pervisquin i produeixin efectes desorbitats o requereixin, per a ser eliminats, la costosa formalitat dels procediments de revisió (STS del 21 de setembre de 1998). Aquesta potestat s'identifica clarament al servei del principi de conservació dels actes administratius (art. 49-52 de la Llei 39/2015), en virtut del qual les petites anomalies no produeixen efecte i no invaliden l'acte que les pateix.

La rectificació d'errors és, per tant, una drecera que facilita i simplifica l'esmena dels defectes que s'especifiquen en el seu objecte, però que no pot ser emprada més enllà dels seus límits estrictes. La Llei 39/2015 tracta separadament la rectificació d'errors de l'article 109.2 i el recurs de revisió per error de fet de l'article 125.1a perquè es tracta de dos tipus d'error diferents: com assenyalen les dues interlocutòries del Tribunal Suprem del 17 de juliol de 1987 —una i dos— (referint-se als preceptes correlatius de l'antiga Llei de procediment administratiu del 17 de juliol de 1958), a més de ser molt més restringit i limitat el primer, mentre que la revisió aspira a l'anul·lació de l'acte, la rectificació, que manté el contingut fonamental, es limita a alterar aspectes puntuals del dit acte. Per a la resta d'irregularitats s'han d'emprar els mecanismes de revisió més genèrics, els recursos administratius i, si escau, la revisió d'ofici.

La rectificació d'errors establerta en l'article 109.2 de la Llei 39/2015 té perfils propis que la diferencien netament del mecanisme dels recursos administratius. No es pot reconduir per la via de l'article 115.2 de la Llei 39/2015 (error en la qualificació del recurs) una sol·licitud de rectificació d'errors formulada correctament en la tramitació com a recurs administratiu, no només perquè s'ha de respectar la voluntat de la persona interessada, sinó també perquè el règim de la prova és diferent en una figura i en l'altra (STS del 30 d'abril de 2013). Així mateix, en l'àmbit de la rectificació d'errors no opera la prohibició de *reformatio in peius* que s'aplica en la resolució dels recursos administratius (STS del 6 de febrer de 2019).

Esdevé cabdal per a concretar l'abast de la rectificació d'errors regulada en l'article 109.2 de la Llei 39/2015 determinar-ne els límits, els quals resulten de la interpretació de l'expressió d'errors materials, de fet o aritmètics, a més a més del que disposa l'article 110 de la Llei 39/2015. Per a fer-ho és molt útil recordar succintament alguns conceptes relacionats amb l'error.

L'error, en sentit estricte, és una representació mental inexacta de la realitat. Quan s'incorre en un error, es disposa d'una dada falsa per a prendre una decisió. Per això diem que l'error en aquests termes és un vici de la voluntat, ja que provoca que s'adopti una decisió incorrecta. L'error es pot produir també, un cop formada correctament la voluntat, en el procés de declaració o de transmissió de la decisió. En aquest cas, es produeix una desacordança entre la voluntat real i la voluntat declarada, i es diu que hi ha un vici no en la voluntat, sinó en la declaració de la voluntat. Aquest tipus d'error s'anomena *error obstatiu*.

D'altra banda, distingim entre *error de fet*, que comporta un coneixement equivocat d'una determinada situació fàctica, i l'*error de dret*, que és conseqüència d'una interpretació o d'una valoració jurídica.

Per a acabar, tenim l'*error essencial* i l'*error no essencial*, segons si afecta un element, una part o una característica essencial o no d'allò de què es tracta.

Dit això, la primera de les categories d'error a què al·ludeix l'article 109.2 de la Llei 39/2015 és l'error material, que es refereix a:

[...] meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente de toda opinión, criterio o calificación. (STS de l'1 de desembre de 2011)

Alguna jurisprudència i el Consell d'Estat equiparen l'error material amb l'error obstatiu, tot considerant que es tracta d'una manca de coincidència entre la voluntat real i l'expressada. Així, per exemple, la Sentència del 28 de novembre de 2000 assenyala:

El error material que se alega por la parte recurrente pertenecería a los denominados «errores obstativos», consistentes en que la manifestación externa de la voluntad no coincide con el sentido exacto de la voluntad misma que se ha querido expresar. Los errores obstativos son errores de expresión, equivocaciones gramaticales o errores de cálculo por los que se viene a decir algo distinto de lo que inequívocamente se ha querido exteriorizar. Las erratas de tratamiento de textos, los nombres equivocados o el error en la suma de cantidades son ejemplos característicos del error obstativo o, si se prefiere, del «error material» [...].

El Dictamen 1177/2010 del Consell d'Estat conclou, referint-se al procediment de rectificació d'errors de l'article 109.2 de la Llei 39/2015:

Este procedimiento únicamente habilita la corrección de errores materiales y aritméticos pero no aquellos que alcanzan al contenido jurídico del acto. Tales errores son los que la doctrina denomina «errores obstativos», que se producen siempre que una declaración de voluntad incurre en errores de expresión, equivocaciones gramaticales o de cálculo según los cuales vendrían a decir algo distinto de lo que inequívocamente se ha pretendido decir: el lapsus, la errata, el nombre equivocado, la omisión involuntaria, el error en la suma de cantidades, son los supuestos más frecuentes.

L'error de fet, tot i que estigui subjecte al mateix règim jurídic que l'error material i que alguna jurisprudència els equipari, és una realitat certament diferent, ja que:

[...] versa sobre un suceso, o cosa, o dato que configura una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación. (STS del 13 de diciembre de 1988)

És a dir, l'error material és l'error en la manifestació de la voluntat, mentre que l'error de fet recau en la pròpia formació de la voluntat. I l'error aritmètic guarda analogies amb l'error en la manifestació de la voluntat.

A l'altra banda i, per tant, sense ser susceptible de rectificació a l'empara de l'article 109.2 de la Llei 39/2015, hi ha l'error de dret, que és el que:

[...] recae sobre un análisis, examen y valoración jurídica de hechos o disposiciones, envuelve una equivocada apreciación de concepto o de calificación jurídica. (STS del 13 de diciembre de 1988)

La STS del 29 de setembre de 2011 resulta molt il·lustrativa per a exemplificar què és un error de dret enfront d'un error material o de fet, ja que considera que no es pot emprar el procediment rectificador quan per a acreditar l'error cal aportar un informe pericial i informes tècnics complementaris, la qual cosa evidencia que l'error no és evident.

La jurisprudència —referint-se a l'error de l'article 105.2 de la Llei 30/1992— ha repetit en nombroses ocasions (de les quals són exemple les STS del 9 de juliol de 2018, el 27 de juliol de 2018 i el 22 de febrer de 2013) que l'error material, de fet o aritmètic susceptible de rectificació ha de reunir les característiques següents:

1º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables. [Si no és així, es tracta d'un error de diferent entitat o d'un error de dret, no susceptible de rectificació per la via que analitzem.]

2º Deben bastar para su apreciación los datos del expediente administrativo en el que se advierte [com assenyala la Sentència de 21 de juliol de 1997] si la propia existencia del error es dudosa, con mucha más razón será inadmisibile la utilización de un mecanismo rectorio válido solo en casos de errores manifiestos, perceptibles materialmente sin necesidad de complejas disquisiciones jurídico técnicas.

3º Por su propia naturaleza se trata de casos en los que no procede acudir de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos. [És a dir, quan el que es pretén és modificar el contingut objectiu de l'acte o anul·lar-lo.]

4º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto como consecuencia de que lo que se plantea como error lleva para apreciarlo a un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica.

Aquesta és probablement la «prova del nou» més exacta, que ens indicarà si pot operar o no la rectificació d'errors, verificant si l'acte administratiu resultant es manté essencialment igual o no.

5° La apreciación del error material o aritmético no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado: el ejercicio de la potestad rectificatoria no puede encubrir una auténtica revisión.

6° Debe aplicarse con criterio restrictivo.

En l'aplicació de la rectificació d'errors establerta en l'article 109.2 de la Llei 39/2015 cal harmonitzar la facilitat d'ús amb els límits materials que el precepte mateix estableix.

3. EFECTES TRIBUTARIS DEL PROCEDIMENT D'ESMENA DE DISCREPÀNCIES ABANS DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'ANY 2020 RELATIVA A AQUEST PROCEDIMENT CADASTRAL

L'article 18.1 del TRLCI, en la seva redacció anterior a la modificació feta per l'article 14.4 de la Llei 11/2021, del 9 de juliol, assenyala:

El procedimiento de subsanación de discrepancias se iniciará por acuerdo del órgano competente, ya sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, cuando la Administración tenga conocimiento de la falta de concordancia entre la descripción catastral de los bienes inmuebles y la realidad inmobiliaria y su origen no se deba al incumplimiento de la obligación de declarar o comunicar a que se refieren los artículos 13 y 14. La iniciación del procedimiento se comunicará a los interesados, conforme a lo dispuesto en el art. 12.6, concediéndoles un plazo de 15 días para que se formulen las alegaciones que estimen convenientes. La resolución que se dicte tendrá efectividad desde el día siguiente a la fecha en que se acuerde y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados. El vencimiento del plazo máximo de resolución determinará la caducidad del expediente y el archivo de todas las actuaciones.

Mentre que l'article 75 del text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals (TRLRHL) assenyala:

1. L'impost es merita el primer dia del període impositiu.
2. El període impositiu coincideix amb l'any natural.
3. Els fets, actes i negocis que han de ser objecte de declaració o comunicació al Cadastre immobiliari tenen efectivitat en la meritació d'aquest impost immediatament posterior al moment en què produeixin efectes cadastrals. L'efectivitat de les inscripcions cadastrals resultants dels procediments de valoració col·lectiva i de determinació del valor cadastral dels béns immobles de característiques especials coincideix amb la que preveuen les normes reguladores del Cadastre Immobiliari.

Així doncs, d'això exposat es despenia que, atès que el procediment d'esmenes de discrepàncies regulat en l'article 18.1 del TRLCI assenyala textualment que «[l]a resolució que se dicte tendrá efectividad desde el día siguiente a la fecha en que se acuerde», els efectes

tributaris d'aquesta alteració no podien tenir efectes retroactius. Per tant, en virtut de l'establert en l'article 75 del TRLRHL, els efectes tributaris de l'alteració cadastral havien de tenir efectivitat en la meritació de l'IBI immediatament posterior al moment en què es produïssin els efectes cadastrals.

4. JURISPRUDÈNCIA EN RELACIÓ AMB LES ESMENES DE DISCREPÀNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'ANY 2020

Les STS 646/2020 i 664/2020, del 3 de juny de 2020, van fixar el següent criteri jurisprudencial:

1. El procediment d'esmena de discrepàncies regulat en l'article 18 del TRLCI s'utilitza per a actualitzar dades de rellevància cadastral, ja siguin procedents d'errors o de manca originària d'informació.

2. «El hecho de que el valor catastral resultante de un procedimiento de subsanación de deficiencias (del artículo 18 TRLCI) proyecte sus efectos hacia el futuro en el ámbito puramente catastral no significa que quepa admitir la licitud de una deuda tributaria basada en un valor luego declarado erróneo por la Administración.» És a dir, els efectes de l'article 18 del TRLCI són en l'àmbit estrictament cadastral, no pas en el tributari.

3. «Que el procedimiento de devolución de ingresos indebidos (art. 221 LGT) es idóneo como instrumento jurídico para recuperar el exceso de lo satisfecho por tales impuestos aquí concernidos —IBI y IIVTNU— cuando, por resolución administrativa posterior a su autoliquidación, el valor catastral sobre cuya base se abonaron resulta disconforme con el valor económico o la realidad física o jurídica de la finca.»

4. «Que denegar la devolución de lo abonado en exceso, con el argumento de que los valores catastrales se rectifican sin efectos retroactivos, por aplicación del artículo 18 TRLCI, cuando se es consciente de que, como consecuencia *del error fáctico de superficie* —y, al reducirse ésta, de valor del inmueble— que ha sido rectificado se ha satisfecho una cuota superior a la debida, quebranta el principio de capacidad económica y, si consta —como aquí sucede—, un término de comparación válido, también el principio de igualdad, siempre que el error que se subsana ya existiera en los periodos a que se refieren los ingresos que se reputan indebidos.»

I la STS finalitza: «[...] es improcedente la aplicación de valores ya incorrectos y obsoletos a impuestos cuya base imponible se funda en un valor económico acorde con la realidad, lo que determina que el valor ya formalmente desacreditado y reconocido como erróneo por la Administración no pueda servir como base imponible de los impuestos en debate».

5. EFECTES TRIBUTARIS DERIVATS D'ALTERACIONS CADASTRALS INSCRITES EN LA BASE DE DADES DEL CADASTRE MITJANÇANT EL PROCEDIMENT D'ESMENA DE DISCREPÀNCIES ARRAN DE LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'ANY 2020

Cal assenyalar que, amb anterioritat a la redacció donada per la Llei 11/2021 a l'apartat 1 de l'article 18 del TRLCI, aquest establia:

La resolución que se dicte tendrá efectividad desde el día siguiente a la fecha en que se acuerde y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados. El vencimiento del plazo máximo de resolución determinará la caducidad del expediente y el archivo de todas las actuaciones [la cursiva és nostra].

D'acord amb aquesta redacció i aquesta doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem de l'any 2020, en l'àmbit de la gestió dels tributs locals, en especial de l'IBI, les administracions públiques van adoptar criteris administratius en relació amb el tractament dels efectes de les modificacions cadastrals derivades de la tramitació d'un procediment d'esmena de discrepàncies, en els quals, sempre que l'alteració representés un benefici per al contribuent, es van desvincular els efectes cadastrals establerts per la Gerència del Cadastre dels efectes tributaris aplicats per tal de poder atorgar eficàcia retroactiva a les alteracions.

En el fonament jurídic (FJ) tercer d'ambdues sentències del TS es dictamina:

c) Que denegar la devolución de lo abonado en exceso, con el argumento de que los valores catastrales se rectifican sin efectos retroactivos, por aplicación del artículo 18 TRLCI, cuando se es consciente de que, como consecuencia *del error fáctico de superficie* —y, al reducirse ésta, de valor del inmueble— que ha sido rectificado se ha satisfecho una cuota superior a la debida, quebranta el principio de capacidad económica [...].

Així doncs, el criteri adoptat per les administracions públiques en la resolució dels expedients d'esmena de discrepàncies es va encaminar a circumscriure l'àmbit d'aplicació de la sentència als supòsits d'*error fàctic*. Es a dir, per a poder atorgar efectes tributaris retroactius al nou valor cadastral establert, l'alteració en la base de dades del cadastre havia de rectificar un error material o de fet, tot i que aquesta alteració s'hagués portat a terme pel procediment d'esmena de discrepàncies cadastral, i no pel de rectificació d'errors, previst en la normativa tributària general, però no en la cadastral específica.

Per tant, l'aspecte fonamental que s'havia de tenir en compte a l'hora de determinar si una resolució adoptada en un procediment d'esmena de discrepàncies havia de tenir o no tributaris retroactius, era determinar si es tractava d'un error de dret o d'un error de fet. En el primer cas, no havien de tenir efectes retroactius i, per tant, els efectes de la resolució (nova valoració de l'immoble) eren de futur, mentre que en el segon cas els efectes tributaris sí que podien ser retroactius, atès que es considerava que s'havia produït un error material o de fet per part del Cadastre.

Així, es pressuposava que tenien els atributs definits en la jurisprudència pels errors materials, segons el que determina la STS del 2 de juny de 1995, i són, per tant, susceptibles d'obtenir efectes tributaris retroactius:

- a) Les diferències en les superfícies del sòl.
- b) Les diferències en les superfícies construïdes (construccions inexistents)
- c) Les duplicitats cadastrals, per segregacions o per noves incorporacions de sòl.
- d) La classificació del sòl.

En aquests casos, com a norma general i com estableix el TS, «siempre que el error que se subsana ya existiera en los periodos a que se refieren los ingresos que se reputan indebidos», l'extensió retroactiva dels efectes tributaris abraça fins que es produeix l'error, i si aquesta dada no pot ser constatada, fins a la prescripció del dret a sol·licitar la devolució d'ingressos indeguts (art. 66c de la Llei general tributària [LGT]).

Cal recordar que la jurisprudència ha establert quins són els criteris que han de concórrer per tal de determinar quan ens trobem davant d'un error de fet o material.

Així, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (STSJC) 512/2012, del 10 de maig, estableix en el seu FJ sisè:

El error a que hace referencia el recurrente no es en sí una discrepancia, porque «discrepancia» se define como «desacuerdo en opiniones o en conductas», sino que se trata más bien de un error material en el que ha incidido el Catastro a la hora de llevar a cabo el procedimiento de valoración colectiva de que trae causa la expedición del tributo —IBI— exigido.

El error material o de hecho viene configurado en la doctrina como aquel que se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose *prima facie* por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos; 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte; 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica); 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo (es decir, que no se genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, porque ello entrañaría un *fraus legis* constitutivo de desviación de poder); y 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado las circunstancias que han de darse para que la Administración pueda aplicar el mecanismo procedimental de la rectifica-

ció de errors materials o de fet, regulat en l'article 156 de la Ley General Tributaria 230/1963 (RCL 1963, 2490), en la Sentencia de 26 de juliol de 2002 (RJ 2002, 8267), i que se recull amb major precisió en l'actual article 220 de la LGT (RCL 2003, 2945) 58/2003, establint que els errors materials, de fet o aritmètics podran ser rectificats en qualsevol moment, de ofici o a instància de les interessades.

Conforme a la comunicació del Gerent del Catastro i el informe en que se basa, en el present cas no existe discrepància alguna entre la realitat física i la realitat registral, posat que en el Registre obran correctament els dats identificatius de la finca que permeten col·lectar la naturalesa i la adscripció de diferent superfície, bé sea a habitació o bé sea de zona verda inedificable, ningun dels aspectes varien, i només hi haurà lloc a corregir la valoració donada al excés de metres quadrats atribuïts a la zona edificable, podent apreciar de manera clara i sense necessitat de major examen jurídic de les circumstàncies, és a dir, lo que en puritat, segons la doctrina més arribada citada, constitueix un error material o de fet detectable a simple vista. El·lo conllueix la improcedent declaració d'eficàcia irretroactiva que se declara en la resolució impugnada, pués en aquests casos procedeix conceder eficàcia *ex tunc* desde el moment en que se produí l'acte administratiu erròne rectificat.

6. MODIFICACIÓ LEGISLATIVA DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DEL CADASTRE IMMOBILIARI DE L'ANY 2021

L'article 14.4 de la Llei 11/2021, del 9 de juliol, va modificar l'apartat 1 de l'article 18 del TRLCI, pel qual es regula el procediment d'esmena de discrepàncies cadastrals.

En concret, els efectes cadastrals del procediment fixats amb anterioritat a la redacció donada per la Llei 11/2021 a l'apartat 1 de l'article 18 del TRLCI establia:

La resolució que se dicte tindrà efectivitat desde el día siguiente a la fecha en que se acuerde y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados. El vencimiento del plazo máximo de resolución determinará la caducidad del expediente y el archivo de todas las actuaciones [la cursiva és nostra].

En canvi, la redacció actual del precepte introduïda per la Llei 11/2021 en relació amb els efectes cadastrals del procediment és la següent:

La resolución que se dicte tindrà efectivitat desde el día siguiente a la fecha en que el Catastro hubiera tenido constancia documentada de la discrepancia y se notificará a los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación a los interesados. El vencimiento del plazo máximo de resolución determinará la caducidad del expediente y el archivo de todas las actuaciones [la cursiva és nostra].

7. JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM EN RELACIÓ AMB LES ESMENES DE DISCREPÀNCIES PER ALS ANYS 2023 I 2024

Les STS 1753/2023, del 21 de desembre, i 73/2024, del 18 de gener, un cop assumit el criteri jurisprudencial fixat per les STS 646/2020 i 664/2020, aborden dues qüestions amb interès cassacional que, dins l'àmbit material de les dues sentències prèvies, no van ser tractades per aquestes:

a) En primer lloc, si en l'àmbit tributari l'aplicació retroactiva de valors cadastrals declarats incorrectes per la tramitació d'un procediment d'esmena de discrepàncies pot afectar les liquidacions fermes i consentides.

b) I, en segon lloc, si l'obtenció de l'eventual devolució d'ingressos derivada del supòsit anterior pot ser sol·licitada directament mitjançant el procediment de devolució d'ingressos indeguts (art. 221 LGT) o si la devolució únicament pot fer-se efectiva per impugnació de les liquidacions fermes per mitjà d'algun dels procediments especials de revisió que, a aquest fi, s'esmenen en l'apartat 3 de l'article 221 de la LGT (revisió d'actes nuls de ple dret, revocació o rectificació d'errors) o mitjançant el recurs extraordinari de revisió (art. 244 LGT).

Davant aquestes qüestions, en el FJ quart de la STS 1753/2023, del 21 de desembre, reproduït posteriorment per la STS 73/2024, del 18 de gener, s'assenyala:

La parte recurrente afirma que dicha doctrina no es aplicable al caso, porque mientras [que en] la misma no se entró sobre la firmeza de las liquidaciones, en el supuesto que nos ocupa las liquidaciones eran firmes. Es cierto que, como se explica en la sentencia, no se entra a resolver sobre la posible firmeza de la liquidación, por constituir una cuestión nueva, pero *en modo alguno se altera un ápice dicha doctrina porque la liquidación sea firme*. Así es, anteriormente hemos transcrito pasajes de la sentencia de este Tribunal de 18 de mayo de 2020, y como se ha indicado, en estos impuestos de gestión compartida lo deseable sería que marcharan paralela y coordinadamente, los trámites propios de la gestión catastral y tributaria, pero lo cierto, y es lo normal, es que se produzca un desfase temporal —impugnación del acto censal, por ejemplo—, de suerte que, estando pendiente de resolver una impugnación contra la valoración catastral, no se suspende ni el dictado de la liquidación ni su cobro, y respecto de esta, de la liquidación, *sería absurdo exigir su impugnación para evitar que adquiriera firmeza* cuando resulta de todo punto inútil recurrir la liquidación por no responder el valor catastral, la base imponible, a la realidad, puesto que la Administración municipal, por esta dualidad de gestión catastral y tributaria, no podría dar otra respuesta que atenerse al valor dado en sede catastral. [...] Como bien indica la sentencia de apelación, en estos casos de gestión compartida, para la devolución de ingresos indebidos mediando actos firmes, *no resulta necesario acudir al art. 221.3 de la LGT, sino que, por la propia dinámica del sistema de gestión compartida, basta la solicitud de devolución de ingresos indebidos* como aquí sucedió [la cursiva és nostra].

Per tant, respecte a les qüestions amb interès cassacional plantejades, el TS determina que *les liquidacions fermes i consentides sí que es poden veure afectades per l'aplicació retroactiva dels valors cadastrals determinats pel procediment d'esmena de discrepàncies*; a més, considera que els ingressos realitzats indegudament, prenent com a base els nous valors cadastrals aplicables, *poden ser sol·licitats mitjançant el procediment de devolució d'ingressos*

indeguts, sense haver d'acudir als procediments de revisió especials previstos en l'article 221.3 de la LGT, que són:

- La revisió d'actes nuls de ple dret, regulada en l'article 217 de la LGT.
 - La revocació, regulada en l'article 219 de la LGT.
 - La rectificació d'errors, regulada en l'article 220 de la LGT.
- El recurs extraordinari de revisió, regulat en l'article 244 de la LGT.

8. EFECTES TRIBUTARIS DERIVATS D'ALTERACIONS CADASTRALS INSCRITES EN LA BASE DE DADES DEL CADASTRE MITJANÇANT EL PROCEDIMENT D'ESMENA DE DISCREPÀNCIES QUE S'HAURIEN D'APLICAR ARRAN DE LA MODIFICACIÓ LEGISLATIVA DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DEL CADASTRE IMMOBILIARI, FETA PER L'ARTICLE 14.4 DE LA LLEI 11/2021, DEL 9 DE JULIOL

Atès que la jurisprudència del Tribunal Suprem en els últims temps no distingeix entre si l'error modificat a través del procediment d'esmenes de discrepàncies cadastrals és un error material o de fet, o un error de dret, i atesa la modificació legislativa del TRLCI feta per l'article 14.4 de la Llei 11/2021, de 9 de juliol, en l'actualitat els efectes tributaris aplicats pels òrgans de les entitats locals que tinguin atribuïda la gestió de l'IBI haurien de dur-se a terme amb independència que la correcció de la descripció cadastral efectuada pel procediment d'esmena de discrepàncies afecti errors de fet, materials o aritmètics, o errors de dret.

N'assenyalarem una sèrie de motius.

8.1. MODIFICACIÓ DE L'ARTICLE 18.1 DEL TRLCI PER L'ARTICLE 14.4 DE LA LLEI 11/2021

La modificació de l'article 18.1 del TRLCI introduïda per l'article 14.4 de la Llei 11/2021, del 9 de juliol, estableix que els efectes cadastrals de les alteracions en la base de dades del Cadastre inscrites mitjançant el procediment d'esmena de discrepàncies, en lloc de ser de futur (a partir de la data de l'acord cadastral, segons la regulació anterior), s'han de fixar en la data en què el Cadastre *té constància documentada* de la discrepància.

En la pràctica això implica que, com a norma general, l'alteració quedarà incorporada al Cadastre amb efectes des del dia següent a aquell en què l'interessat presenta la instància on posa de manifest l'existència de les discrepàncies, ja que és conseqüència d'aquesta instància o arran d'un requeriment posterior que l'interessat aportarà les proves documentals que permeten a la Gerència del Cadastre corroborar l'existència d'aquests errors i iniciar el procediment pertinent (que sempre s'inicia d'ofici).

No obstant això, cal observar que amb la nova regulació també es poden fixar dates d'efectes cadastrals anteriors a la presentació de la instància de manifestació de discrepàncies per part de l'interessat, per exemple quan el Cadastre pot acreditar que ja disposava, en un moment anterior, de la documentació que li permet tenir constància de la discrepància posada

de manifest. Així mateix, es pot donar el cas d'expedients d'esmena de discrepàncies oberts d'ofici, sense instància prèvia de l'interessat.

En qualsevol cas, atès que la regulació anterior de l'article 18.1 del TRLCI establia que les alteracions inscrites en el Cadastre pel procediment d'esmena de discrepàncies tenien efectes de futur, en concret des del dia següent al de l'acord adoptat, el que es produïa era una desvinculació dels efectes que el procediment cadastral atorgava respecte del moment en què efectivament s'havia produït la discrepància. En canvi, amb la modificació introduïda per la Llei 11/2021 es permet que l'Administració cadastral, que és la competent per a determinar la data d'efectes cadastrals, faci una menció expressa del moment en què considera que s'ha produït la discrepància detectada. En aquests casos, l'Administració competent, que és el Cadastre, com que la data en què es va produir l'error no ha estat acreditada amb anterioritat, el que fa és determinar com a data de l'error el moment en què l'Administració té coneixement d'aquest, quan ha estat acreditat mitjançant l'aportació de proves documentals que permetin justificar-lo.

En conseqüència, les STS 646/2020 i 664/2020 estableixen que sigui l'Administració local la que determini el moment en què es produeix un error en la base de dades del Cadastre, a l'efecte d'aplicar, si escau, els efectes tributaris retroactius corresponents. Amb la modificació proposada es vinculen els efectes tributaris als cadastrals establerts específicament pel Cadastre, que és l'Administració competent en relació amb els actes de caràcter censal, ja que ni la gestió cadastral és competència de l'Administració tributària local, ni aquesta última disposa d'un accés directe, complet i sistemàtic a la informació i documentació que consta en el Cadastre, ja sigui actual o històrica, que permeti determinar de manera fefaent el moment de l'error en la descripció cadastral.

8.2. ESTABLIMENT DE LA BASE IMPOSABLE DE L'IBI PER L'ADMINISTRACIÓ COMPETENT

Però, amb independència del moment en què es fixin els efectes cadastrals d'una nova valoració de l'immoble, la possibilitat que l'Administració tributària, habilitada per les STS 646/2020 i 664/2020, apliqui uns valors cadastrals en uns exercicis en què l'Administració cadastral no els considera vigents, suposa desvirtuar la distribució de competències atribuïdes en un impost de gestió compartida com l'IBI.

En aquest sentit, cal recordar que l'article 75 del TRLRHL estableix:

1. El impuesto se devengará *el primer día del período impositivo*.
2. El período impositivo *coincide con el año natural*.
3. Los hechos, actos y negocios que deben ser objeto de declaración o comunicación ante el Catastro inmobiliario tendrán efectividad en el devengo de este impuesto inmediatamente posterior al momento en que produzcan efectos catastrales. La efectividad de las inscripciones catastrales resultantes de los procedimientos de valoración colectiva y de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales coincidirá con la prevista en las normas reguladoras del Catastro inmobiliario [la cursiva és nostra].

I l'article 65 de la mateixa norma determina:

La base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, que se determinará, notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro inmobiliario.

La determinació del valor catastral, la base imposable de l'IBI, correspon al cadastre. Amb la modificació del criteri que es proposa aconseguim que la base imposable de l'IBI sigui, per a cada exercici, *el valor que l'Administració catastral competent considera vigent* en la data de meritació de l'impost.

8.3. ÀMBIT D'APLICACIÓ DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 73/2024, DEL 18 DE GENER

Cal posar en relleu les característiques del procediment d'esmena de discrepàncies del qual deriva la sentència del recurs contenciós administratiu del 2 maig de 2022, recorreguda posteriorment en el Tribunal Suprem pel recurs de cassació núm. 6341/2022, resolt per la STS 73/2024, del 18 de gener.

Tal com exposa la Sentència en el punt segon de la relació de fets:

2º. Procedimientos de subsanación de discrepancias ante la Gerencia Territorial del Catastro. Con fecha 28 de octubre de 2020 el gerente territorial del Catastro de Albacete dictó, en el seno de un expediente de subsanación de discrepancias, acuerdo de alteración de la descripción catastral del inmueble, *en relación con el uso, destino y tipología de los locales* que describe, y que conllevó una nueva valoración del inmueble [...].

La resolució del recurs de cassació recull, per una banda, el criteri jurisprudencial ja fixat per les STS 646/2020 i 664/2020, i quant a l'àmbit concret objecte de cassació, assumeix el que s'havia dictaminat en la prèvia STS 1753/2023, del 21 de desembre, on, entre altres consideracions, s'establia:

Pero, una vez sentado lo anterior, hemos de señalar, como fundamento de nuestra sentencia, que la irretroactividad a que nos referimos, derivada directamente del artículo 18 TRLCI, despliega sus efectos en el ámbito estrictamente catastral, no así en el tributario. Si la Administración sostiene *a fortiori*, en numerosos escritos procesales, la separación entre las potestades y funciones catastral y fiscal, como si se tratara de dos mundos diferentes e inconexos, no hay razón alguna para escoger por el contrario los casos en que, a favor de la Administración, tales mundos se entrecruzan o vinculan, para desdeñarlos en los demás supuestos.

El contenido de la sentencia resulta bien explícito, el resultado de dicho procedimiento no tiene efectos retroactivos sólo respecto del ámbito catastral; en cambio sí puede producirlos en el fiscal. Resulta indiferente, en lo que ahora interesa, que la rectificación sea por errores o por falta de información originaria.

Com veiem, el Tribunal Suprem està permetent l'aplicació d'efectes tributaris retroactius, en els termes fixats per les STS 646/2020 i 664/2020, en un cas particular en què les

discrepàncies esmenades en el procediment cadastral (ús, destí i tipologia constructiva) representen errors de dret.

En la mateixa línia que assumeix el Tribunal Suprem en la seva sentència, caldria tractar amb els mateixos efectes tributaris qualsevol tipus d'error en la descripció cadastral corregit pel procediment d'esmena de discrepàncies. Per tant, aquesta alteració cadastral d'acord amb la modificació operada per l'article 14.4 de la Llei 11/2021 —de l'article 18.1 del TRLCI— hauria de tenir els efectes que determina l'Administració cadastral, que és la competent per a determinar la data dels efectes cadastrals. Si la data en què es va produir l'error no ha estat acreditada amb anterioritat, el Cadastre, com a administració competent, el que fa és determinar com a data de l'error el moment en què l'Administració té coneixement d'aquest, quan ha estat acreditat mitjançant l'aportació de proves documentals que permetin justificar-lo.

Per tant, amb independència de l'error, de conformitat amb la nova redacció de l'article 18.1 del TRLCI i d'acord amb l'establert en l'article 75 del TRLRHL, qualsevol alteració cadastral derivada d'un procediment d'esmena de discrepàncies cadastrals ha de tenir efectes tributaris en la meritació de l'IBI immediatament posterior al moment en què es produeixin els efectes cadastrals, que és el moment en què l'Administració cadastral té coneixement de l'error, que és quan ha estat acreditat mitjançant l'aportació de proves documentals que en permetin la justificació.

9. CONCLUSIONS

Quan es produeix una falta de concordança entre la descripció cadastral dels béns immobles i la realitat immobiliària, i el seu origen no és conseqüència de l'incompliment de l'obligació de declarar o comunicar alteracions cadastrals per part dels obligats, l'alteració ha de ser tramitada pel Cadastre pel procediment d'esmena de discrepàncies cadastrals.

Cal assenyalar que actualment es disposa d'altres mitjans tècnics que permeten al Cadastre fer millors descripcions cadastrals dels immobles, que habiliten una valoració cadastral dels immobles més acurada i, doncs, permeten obtenir una major concordança entre la realitat física i la descripció cadastral dels immobles.

Per tant, els interessats han de ser conscients que la falta de concordança en la descripció cadastral dels immobles, sempre que el seu origen no sigui conseqüència de l'incompliment de l'obligació de declarar o comunicar alteracions cadastrals per part dels obligats, no sempre és conseqüència d'un error de l'Administració en la valoració. En molts casos es tracta simplement d'una millora en la descripció cadastral de l'immoble derivada de la utilització de nous mitjans tècnics d'amidament que suposen una descripció cadastral i una valoració més acurades.

Quan hagi estat actualitzada la situació cadastral de l'immoble, els interessats poden regularitzar la situació tributària del seu immoble mitjançant un procediment de devolució d'ingressos indeguts, sense que calgui acudir a un dels procediments de revisió especials previstos en l'article 221.3 de la LGT.

Finalment, cal assenyalar que, amb independència del tipus d'error, és a dir, tant si es tracta d'errors de fet, materials o aritmètics, com d'errors de dret, de conformitat amb la nova

redacció de l'article 18.1 del TRLCI i amb l'establert en l'article 75 del TRLRHL, qualsevol alteració cadastral derivada d'un procediment d'esmena de discrepàncies cadastrals ha de tenir efectes tributaris en la meritació de l'IBI immediatament posterior al moment en què es produeixin els efectes cadastrals, que és el moment en què l'Administració cadastral té coneixement de l'error, que és quan ha estat acreditat mitjançant l'aportació de proves documentals que en permetin la justificació.

10. DOCTRINA I JURISPRUDÈNCIA

- Dictamen 1177/2010 del Consell d'Estat.
- STS del 21 de desembre de 2012.
- STS del 9 de juliol de 2018.
- STS del 21 de setembre de 1998
- STS del 6 de febrer de 2019.
- STS de l'1 de desembre de 2011.
- Sentència del 28 de novembre de 2000.
- STS del 27 de juliol de 2018.
- STS del 22 de febrer de 2013.
- STS 646/2020, del 3 de juny de 2020.
- STS 664/2020, del 3 de juny de 2020.
- STS del 2 de juny de 1995.
- STSJC 512/2012, del 10 de maig de 2012.
- STS 1753/2023, del 21 de desembre de 2023.
- STS 73/2024, del 18 de gener de 2024.

LEGISLACIÓ

RECALL NORMATIU

Aranzazu Colom Nart
Directora general
Direcció General de Serveis Consultius i Coordinació Jurídica
Generalitat de Catalunya

Sumari: 1. Introducció; 2. Planificació i transparència en l'elaboració de disposicions normatives; 2.1. Activitat normativa de la Unió Europea; 2.1.1. Eix verd; 2.1.2. Àmbit de protecció de les persones i dels drets humans; 2.1.3. Eix digital; 2.1.4. Eix democràtic i polític; 2.2. Activitat normativa de l'Estat; 2.2.1. Lleis orgàniques, lleis ordinàries i decrets llei; 2.2.2. Reals decrets; 2.3. Activitat normativa de Catalunya; 2.3.1. Decrets llei; 2.3.2. Lleis aprovades i decrets legislatius; 2.3.3. Decrets del Govern de la Generalitat; 3. Conclusions.

1. INTRODUCCIÓ

El primer semestre no ha destacat per una elevada producció normativa a l'Estat espanyol, si més no de rang legal. Les iniciatives en tramitació tant al Congrés dels Diputats com al Parlament de Catalunya esmentades en el número anterior de la *Revista* van decaure per les respectives convocatòries d'eleccions. Això suposa, per tant, que la producció d'aquests mesos s'ha centrat en normes de rang reglamentari i també en decrets llei.

Una atenció especial cal parar, però, a dues iniciatives, per l'impacte transcendental que han tingut en la societat: la modificació de la Constitució espanyola i l'aprovació de la Llei orgànica d'amnistia.

En l'àmbit de la Unió Europea (UE) destaca l'aprovació del Reglament 2024/1689 del Parlament europeu i del Consell, del 13 de juny de 2024, pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'intel·ligència artificial i pel qual es modifiquen els reglaments 300/2008, 167/2013, 168/2013, 2018/858, 2018/1139 i 2019/2144 i les directives 2014/90/UE, 2016/797 i 2020/1828, també anomenat Reglament d'intel·ligència artificial.

2. PLANIFICACIÓ I TRANSPARÈNCIA EN L'ELABORACIÓ DE DISPOSICIONS NORMATIVES

La Comissió Europea detalla en el programa de treball del 2024 unes fites ben clares: continuació de la millora de la producció normativa; reducció de les càrregues administratives i racionalització de les obligacions a les empreses; aplicació del dret de la Unió Europea i la garantia del seu compliment; materialització de les sis grans línies: Pacte Verd Europeu, Europa adaptada a l'era digital, economia al servei de les persones, Europa més forta en el món, promoció de la forma de vida europea, nou impuls a la democràcia europea.

Pel que fa a la primera línia, aquest pla inclou propostes i iniciatives per a racionalitzar els requisits d'informació adoptats per la Comissió des del març del 2023, que es materialitzaran en diversos instruments, tant comunicacions (1) com directives (3), reglaments (8) i reglaments executius (4). Són destacables els diversos reglaments referits a la racionalització dels requisits d'informació, que han de permetre substituir part de l'obligació existent de proporcionar informació a la Comissió per plans fiscals estructurals a mitjà termini i també per informes anuals de progrés.

La segona línia de treball de la Comissió versa sobre la racionalització de les obligacions de les empreses i els treballadors, que és una de les línies en les quals la Comissió preveu aprovar més normes: 12 directives, 17 reglaments, 9 reglaments executius i 3 decisions. Finalment, el programa de la Comissió refereix les 154 iniciatives en tramitació que encara no han estat aprovades.

El Pla Anual Normatiu per al 2024 del Govern espanyol es configura com un pla ambiciós que inclou fins a 199 normes projectades de rang legal i reglamentari. Cal destacar que, entre les normes que es projecten, un bon nombre respon a compromisos o actuacions del Pla de Recuperació (36 projectes, dels quals 11 són lleis i 25 reials decrets). El Pla també detalla el conjunt de projectes normatius que tracten sobre la incorporació al nostre ordenament jurídic intern del dret de la Unió Europea en un total de 62 iniciatives normatives.

Els àmbits materials en els quals es preveu una major actuació normativa durant l'any 2024 són ocupació i relacions laborals, amb 19 iniciatives, i justícia i medi ambient, amb 18; mentre que, per ministeris, destaquen les 29 iniciatives proposades pel Ministeri per a la Transició Ecològica i el Repte Demogràfic i les 18 del Ministeri de la Presidència, Justícia i Relacions amb les Corts i del Ministeri de Treball i Economia Social. D'aquestes previsions, cal destacar que fins a l'estiu del 2024 els ministeris capdavanters en aprovació normativa són el de Transformació Digital i el de la Presidència, amb 29 reials decrets cadascun.

Pel que fa al Pla Normatiu del Govern de Catalunya, preveia aprovar 19 projectes de llei, 1 decret legislatiu i 39 decrets, però, atès el canvi de Govern, caldrà esperar fins al Pla Normatiu del 2025.

2.1. ACTIVITAT NORMATIVA DE LA UNIÓ EUROPEA

En l'àmbit de la Unió Europea cal destacar algunes de les iniciatives aprovades, per l'impacte que tindran en el dia a dia de la ciutadania europea.

2.1.1. *Eix verd*

La Directiva 2024/825 del Parlament Europeu i del Consell, del 28 de febrer de 2024, per la qual es modifiquen les directives 2005/29/CE i 2011/83/UE pel que fa a l'apoderament dels consumidors per a la transició ecològica mitjançant una millor protecció contra les pràctiques deslleials i mitjançant una millor informació, aposta per la modificació de diverses normes per a millorar la protecció dels consumidors i del medi ambient. Aquesta norma

conté previsions específiques que han de permetre eliminar les afirmacions mediambientals enganyoses, la informació enganyosa sobre les característiques socials dels productes o les empreses dels comerciants, o els distintius de sostenibilitat poc transparents i poc creïbles.

La Directiva 2024/884 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de març de 2024, per la qual es modifica la Directiva 2012/19/UE, sobre residus d'aparells elèctrics i electrònics (RAEE), respon a l'adaptació necessària que s'havia d'efectuar, per seguretat jurídica, arran de la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE del 25 de gener de 2022 (assumpte C-181/20), sobre l'aplicació de la Directiva 2012/19/UE a les plaques fotovoltaïques.

Resulta important la Directiva 2024/1203 del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 d'abril de 2024, relativa a la protecció del medi ambient mitjançant el dret penal i per la qual se substitueixen les directives 2008/99/CE i 2009/123/CE. Aquesta directiva afronta la necessitat de reforçar la protecció administrativa del medi ambient mitjançant la disponibilitat de sancions penals efectives, proporcionades i dissuasives que es corresponguin amb la gravetat dels delictes i que puguin expressar una desaprovació social major que amb el recurs a sancions administratives.

2.1.2. Àmbit de protecció de les persones i dels drets humans

Diverses normes s'han aprovat en matèria de control de les fronteres, assistència humanitària i també protecció de les persones més vulnerables, de les quals podem destacar el Reglament 2024/1347 del Parlament Europeu i del Consell, del 14 de maig de 2024, sobre normes relatives als requisits per al reconeixement de nacionals de tercers països o apàtrides com a beneficiaris de protecció internacional, a un estatut uniforme per als refugiats o per a les persones que poden acollir-se a protecció subsidiària i al contingut de la protecció concedida, i pel qual es modifica la Directiva 2003/109/CE del Consell i es deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell.

En aquesta mateixa línia s'aprova el Reglament 2024/1347 del Parlament Europeu i del Consell, del 14 de maig de 2024, sobre normes relatives als requisits per al reconeixement de nacionals de tercers països o apàtrides com a beneficiaris de protecció internacional, a un estatut uniforme per als refugiats o per a les persones que poden acollir-se a protecció subsidiària i al contingut de la protecció concedida, i pel qual es modifica la Directiva 2003/109/CE del Consell i es deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlament Europeu i del Consell.

Cal esmentar la Directiva 2024/1499 del Consell, del 7 de maig de 2024, sobre les normes relatives als organismes d'igualtat en l'àmbit de la igualtat de tracte entre les persones amb independència del seu origen racial o ètnic, la igualtat de tracte entre les persones en matèria de col·locació i ocupació amb independència de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual, i la igualtat de tracte entre dones i homes en matèria de seguretat social i en l'accés a béns i serveis i el seu subministrament, i per la qual es modifiquen les directives 2000/43/CE i 2004/113/CE. Aquesta norma determina el marc segons el qual tant l'estructura interna dels organismes d'igualtat dels estats membres com la seva organització dels processos interns han de permetre que exerceixin les seves funcions i competències de manera independent.

Són destacables també les directives del Parlament Europeu i del Consell aprovades el 14 de maig. La Directiva 2024/1346 estableix normes per a l'acolliment dels sol·licitants de protecció internacional, la Directiva 2024/1385 estableix diverses previsions de lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica i la Directiva 2024/1500 configura diverses normes relatives als organismes d'igualtat en l'àmbit de la igualtat de tracte i la igualtat d'oportunitats entre dones i homes en matèria de col·locació i ocupació, i modifica també les directives 2006/54/CE i 2010/41/UE.

2.1.3. *Eix digital*

Una de les línies a les quals s'ha donat més impuls en els darrers mesos és la relativa a l'Europa digital, que engloba normes en matèria d'interoperabilitat, ciberseguretat, intel·ligència artificial i identitat europea digital.

Cal posar en relleu el Reglament d'execució 2024/482 de la Comissió, del 31 de gener de 2024, pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació del Reglament 2019/881 del Parlament Europeu i del Consell pel que fa a l'adopció de l'esquema europeu de certificació de la ciberseguretat basat en els criteris comuns (EUCC) i la Decisió de la Comissió del 24 de gener de 2024 per la qual es crea l'Oficina Europea d'Intel·ligència Artificial.

En segon lloc, cal també ressaltar el Reglament 2024/903 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de març de 2024, pel qual s'estableixen mesures a fi de garantir un alt nivell d'interoperabilitat del sector públic en tota la Unió. El Reglament sobre l'Europa interoperable té com a objectiu facilitar que les administracions públiques de la Unió puguin cooperar i que els serveis públics funcionin a través de les fronteres. S'estableix una nova estructura de governança, amb el Comitè de l'Europa Interoperable, i s'impulsa la creació d'una comunitat dinàmica entorn de solucions tecnològiques d'administració oberta.

El Reglament 2024/1183 del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 d'abril de 2024, pel qual es modifica el Reglament 910/2014 pel que fa a l'establiment del marc europeu d'identitat digital, suposa facilitar que els residents a la Unió i les empreses s'identifiquin i proporcionin una autenticació de la seva identitat en línia i fora de línia de manera segura, fiable, accessible i harmonitzada en tota la Unió i que alhora permeti autenticar i compartir dades relacionades amb la seva identitat.

Finalment, cal fer esment del Reglament d'intel·ligència artificial, aprovat el 13 de juny de 2024 (objecte d'anàlisi en un altre article d'aquesta revista), que es planteja com a fita per a garantir que la intel·ligència artificial desenvolupada i utilitzada a la UE sigui fiable, amb salvaguardes per a protegir els drets fonamentals de les persones, tot establint un mercat interior harmonitzat per a la intel·ligència artificial a la UE, fomentant l'adopció d'aquesta tecnologia i creant un entorn propici per a la innovació i la inversió.

2.1.4. *Eix democràtic i polític*

La Directiva 2024/1069 del Parlament Europeu i del Consell, de l'11 d'abril de 2024, relativa a la protecció de les persones que s'impliquen en la participació pública enfront de pretensions manifestament infundades o accions judicials abusives («demandes estratègiques contra la participació pública»), resalta sobre totes les disposicions aprovades en el primer semestre en aquest eix. L'objectiu d'aquesta directiva és protegir les persones físiques i jurídiques que s'impliquin en la participació pública en assumptes d'interès públic —periodistes, editors, organitzacions de mitjans de comunicació, denunciants d'irregularitats i defensors dels drets humans, així com organitzacions de la societat civil, organitzacions no governamentals (ONG), sindicats, artistes, investigadors i acadèmics— enfront d'accions judicials interposades contra elles per a dissuadir-les de la participació pública.

Finalment, cal fer esment del Reglament 2024/900 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de març de 2024, sobre transparència i segmentació en la publicitat política, que harmonitza les normes sobre les obligacions de transparència i les corresponents obligacions de diligència deguda per a la prestació de serveis de publicitat política, i sobre l'ús de tècniques de segmentació i tècniques de lliurament d'anuncis, així com les normes per a la seva supervisió i execució.

2.2. ACTIVITAT NORMATIVA DE L'ESTAT

Aquest primer semestre del 2024 destaca essencialment per l'aprovació de la Llei orgànica d'amnistia, per la modificació de la Constitució espanyola i per l'aprovació d'un elevat nombre de disposicions de caràcter reglamentari.

De manera succinta esmentarem algunes de les normes estatals més destacables d'aquest primer semestre.

En primer lloc i com a norma socialment important, cal ressaltar la reforma de l'article 49 de la Constitució espanyola. Aquesta modificació suprimeix el terme «disminuïts» i el substitueix per «persones amb discapacitat» i adapta el contingut de l'article a la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, aprovat a Nova York el 13 de desembre de 2006. Concretament, es disposa que les persones amb discapacitat exerceixen els drets previstos en el títol en condicions de llibertat i igualtat reals i efectives, i que la Llei ha de regular la protecció especial que sigui necessària per a aquest exercici. També s'estableixen les polítiques i mesures que han d'adoptar els poders públics en aquest àmbit, centrades en l'autonomia personal i la inclusió social.

2.2.1. *Lleis orgàniques, lleis ordinàries i decrets llei*

La Llei orgànica 1/2024, del 10 de juny, d'amnistia per a la normalització institucional, política i social a Catalunya, amnistia els actes que hagin estat declarats o estiguin tipificats com a delictes o com a conductes determinants de responsabilitat administrativa o compta-

ble, vinculats a la consulta celebrada el 9 de novembre de 2014 i al referèndum de l'1 d'octubre de 2017, realitzats entre l'1 de novembre de 2011 i el 13 de novembre de 2023.

De rang legal cal esmentar l'única norma aprovada aquest 2024, que és la Llei 1/2024, del 7 de juny, per la qual es regulen els ensenyaments artístics superiors i s'estableixen l'organització i les equivalències dels ensenyaments artístics professionals. La present llei té per objecte la regulació dels ensenyaments artístics superiors, dels seus centres i del seu professorat, i l'establiment dels drets i deures relatius als estudiants. També se n'estableixen alguns aspectes organitzatius.

2.2.2. *Reials decrets*

Pel que fa als reial decrets, podem fer esment del Reial decret 49/2024, del 16 de gener, pel qual s'aprova el Reglament dels centres docents de la Policia Nacional, que culmina el procés regulador i modernitzador del marc normatiu de la formació de la Policia Nacional i dota els centres docents del cos d'una norma específica coherent amb el context legal i social en què es dicta.

En l'àmbit de l'agricultura i l'alimentació cal esmentar el Reial decret 92/2024, del 23 de gener, pel qual es modifiquen diversos reials decrets relatius al sector de les fruites i les verdures, la viticultura, l'apicultura i la regulació de diferents aspectes de l'exercici de l'activitat agrària i de la gestió de la política agrícola comuna (PAC). Mitjançant el Reglament 2021/2115 es va produir un canvi substancial en la PAC, que passa a ser un instrument centrat en la consecució de determinats objectius concrets. Consegüentment, els estats membres adquireixen una major autonomia en la gestió de la PAC mitjançant l'obligació de desenvolupar un pla estratègic per a la seva aplicació del 2023 al 2027.

En la mateixa matèria podem destacar el Reial decret 202/2024, del 27 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut del Fons Espanyol de Garantia Agrària, organisme autònom de l'Administració general de l'Estat que té com a objectiu fer que els fons agrícoles del Fons Europeu Agrícola de Garantia Agrària (FEAGA) i el Fons Europeu Agrícola de Desenvolupament Rural (FEADER) de la PAC s'apliquin estrictament a satisfer els objectius d'aquestes polítiques.

Cal ressaltar el Reial decret 141/2024, del 6 de febrer, pel qual es modifica el Reglament de població i demarcació territorial de les entitats locals, aprovat pel Reial decret 1690/1986, de l'11 de juliol, que en el marc del Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència dota el padró municipal d'un règim de gestió i actualització de dades ràpid, àgil i amb garanties, i, per tant, enfocat a la seva modernització. També millora les relacions entre els padrons i l'Institut Nacional d'Estadística.

Importa referir el Reial decret 142/2024, del 6 de febrer, pel qual es modifica el Reglament de l'impost sobre la renda de les persones físiques, aprovat pel Reial decret 439/2007, del 30 de març, en matèria de retencions i ingressos a compte, ja que cerca reequilibrar l'augment del salari mínim interprofessional (SMI) (Reial decret 145/2024, del 6 de febrer) amb la modificació del Reglament de l'IRPF, segons la qual s'evita als treballadors que perceben l'SMI haver de suportar la retenció i l'ingrés a compte, a més de fer-ho extensiu als contribuents que perceben els rendiments nets del treball previstos per la norma.

El Reial decret 407/2024, del 23 d'abril, pel qual es modifica el Reial decret 1110/2015, de l'11 de desembre, pel qual es regula el Registre Central de Delinqüents Sexuals, és desenvolupat per la Llei orgànica 8/2021, del 4 de juny, on s'introdueix una regulació específica respecte al Registre Central de Delinqüents Sexuals, a més de perfeccionar el sistema d'exigències per a desenvolupar activitats amb menors d'edat. També introdueix diverses previsions que han de suposar una millora de la coordinació amb el sistema europeu d'informació d'antecedents penals.

El Reial decret 435/2024, del 30 d'abril, pel qual es modifica el Reial decret 472/2021, de 29 de juny, pel qual s'incorpora a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva 2018/958, del Parlament Europeu i del Consell, del 28 de juny de 2018, relativa al test de proporcionalitat abans d'adoptar noves regulacions de professions, incorpora l'avaluació de proporcionalitat dels codis deontològics feta pels col·legis professionals d'àmbit estatal i els consells generals. Així, atribueix a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència (CNMC) el deure d'evacuar un informe preceptiu i no vinculant sobre les propostes de codis deontològics i les avaluacions de proporcionalitat remeses pels col·legis.

El mateix 30 d'abril es va aprovar el Reial decret 439/2024, pel qual es crea i es regula el Consell Estatal de la Petita i Mitjana Empresa, i es regula l'Observatori Estatal de la Morositat Privada. Aquest reglament dona compliment a la modificació del Consell Estatal de la Petita i Mitjana Empresa prevista en la Llei 18/2022, del 28 de setembre, de creació i creixement d'empreses. Aquesta llei preveu la modificació del Consell per tal d'incloure-hi representants d'associacions especialitzades en l'àmbit de la morositat.

El Reial decret 440/2024, del 30 d'abril, sobre els criteris de funcionament de les conferències sectorials, té per objecte detallar les previsions relatives als procediments per a la presa de decisions, l'adopció d'actes i les certificacions, entre altres aspectes, en les conferències sectorials previstes en els articles 147-152 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.

Pel que fa al Reial decret 444/2024, del 30 d'abril, pel qual es regulen els requisits a l'efecte de ser considerat usuari d'especial rellevància dels serveis d'intercanvi de vídeos a través d'una plataforma, desenvolupa l'article 94.2 de la Llei 13/2022, del 7 de juliol, general de comunicació audiovisual, que estableix els requisits necessaris per tal que algú es pugui considerar usuari d'especial rellevància dels serveis d'intercanvi de vídeos a través d'una plataforma (o «influencer»). Els requisits que la Llei només esmenta i el present reglament desenvolupa són, en primer lloc, els «ingressos significatius» que la persona ha de percebre en el desenvolupament de la seva activitat i, en segon lloc, l'audiència a la qual la persona ha d'arribar.

Finalment, cal fer esment del Reial decret llei 4/2024, del 26 de juny, pel qual es prorroguen determinades mesures per a afrontar les conseqüències econòmiques i socials derivades dels conflictes a Ucraïna i el Pròxim Orient i s'adopten mesures urgents en matèria fiscal, energètica i social. Aquesta norma adopta mesures per a evitar un efecte rebot de la inflació, prorroga determinades mesures per a afrontar les conseqüències derivades dels conflictes amb Ucraïna i el Pròxim Orient i preveu, també, mesures urgents en matèria fiscal, energètica i social.

2.3. ACTIVITAT NORMATIVA DE CATALUNYA

2.3.1. *Decrets llei*

El Govern de la Generalitat, fent ús de la potestat que li atorga l'Estatut d'autonomia, ha aprovat el primer semestre del 2024 sis decrets llei, dels quals només un ha estat derogat per no obtenir la convalidació parlamentària.

El Decret Llei 1/2024, del 13 de febrer, d'increment de l'indicador de renda de suficiència de Catalunya (IRSC) per a mitigar situacions de necessitat i privació econòmica de la ciutadania de Catalunya, respon a la necessitat d'evitar que les persones en situació de vulnerabilitat econòmica vegin agreujada la seva situació i s'incrementi la dificultat d'accés a béns i serveis de primera necessitat.

El Decret llei 2/2024, del 26 de març, de concessió d'un suplement de crèdit als pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2023 prorrogats per al 2024 i de mesures financeres i de gestió per pal·liar els efectes de la sequera i l'emergència climàtica, atén la necessitat d'adaptar els pressupostos del 2023, atès que el Projecte de llei de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2024 va ser rebutjat pel Parlament de Catalunya, a la despesa extraordinària derivada de la situació de sequera excepcional.

Atenent necessitats semblants s'aproven els decrets Llei 3, 4 i 5/2024, relatius, respectivament, a la concessió d'un suplement de crèdit i d'un crèdit extraordinari als pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2023 prorrogats per al 2024 i d'altres mesures financeres i administratives, a l'adopció de mesures urgents per a pal·liar els efectes de la sequera en l'àmbit del districte de conca fluvial de Catalunya, i a l'establiment de mesures extraordinàries i urgents de suport al sector agrari afectat greument per la situació de sequera, i s'adopten altres mesures urgents de caràcter econòmic i administratiu.

Finalment, cal esmentar el Decret llei 6/2024, del 24 d'abril, de mesures urgents en matèria d'habitatge, que no va ser convalidat per la Diputació Permanent.

2.3.2. *Lleis aprovades i decrets legislatius*

Durant el primer semestre del present any només han estat aprovats pel Parlament de Catalunya la Llei 1/2024, del 3 de gener, de composició del Consell d'Educació de Catalunya, i el Decret legislatiu 1/2024, del 12 de març, pel qual s'aprova el llibre sisè del Codi tributari de Catalunya, que integra el text refós dels preceptes legals vigents a Catalunya en matèria de tributs cedits.

2.3.3. *Decrets del Govern de la Generalitat*

Pel que fa als decrets aprovats pel Govern de la Generalitat, dels cent dinou aprovats durant el primer semestre es distingeixen decrets de concessió de premis i medalles, normes de caràcter organitzatiu i disposicions reglamentàries de contingut substantiu que desenvolupen o complementen altres normes.

Pel que fa a les normes de caràcter organitzatiu, cal fer esment del Decret 30/2024, del 30 de gener, de modificació del Decret 156/2014, del 25 de novembre, del Consell de la Discapacitat de Catalunya; del Decret 36/2024, del 6 de febrer, de modificació del Decret 358/2004, del 24 d'agost, de creació de la Comissió Interdepartamental de Polítiques de Joventut; del Decret 74/2024, del 9 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Comissió Tècnica de la Funció Pública; del Decret 49/2024, del 5 de març, de modificació del Decret 400/2021, del 14 de desembre, de la Comissió Interdepartamental de Govern Obert; del Decret 80/2024, del 24 d'abril, de reestructuració de l'Institut Nacional d'Educació Física de Catalunya (INEFC); del Decret 88/2024, del 7 de maig, de l'estructura orgànica de l'Institut Català del Sòl; del Decret 106/2024, de l'11 de juny, pel qual s'aprova el Reglament dels serveis jurídics de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, i del Decret 118/2024, del 25 de juny, del Consell Interacadèmic de Catalunya.

Quant a les disposicions de caràcter general substantives, destaca el Decret 37/2024, del 6 de febrer, sobre avaluació i certificació de coneixements de llengua general de català, que regula els certificats corresponents als diferents nivells de coneixement de llengua general i especifica que els certificats expedits a partir de 1981 per la Direcció General de Política Lingüística i els que tenen la denominació de Certificat Internacional de Català conserven la seva validesa. Continuant amb matèria lingüística, cal referir el Decret 91/2024, del 14 de maig, del règim lingüístic del sistema educatiu no universitari.

Durant el mes de març es van aprovar el Decret /2024, del 5 de març, sobre la comercialització dels productes pesquers, i Decret 67/2024, del 26 de març, de modificació del Decret 193/2019, pel qual s'aproven la distribució i el traspàs de les competències, les activitats i els serveis del Consell Comarcal del Barcelonès i dels organismes, les entitats i les empreses vinculats o dependents.

El Decret 85/2024, del 30 d'abril, sobre el sistema d'acreditació de l'artesania alimentària, desenvolupa la regulació del sistema d'acreditació i control de les persones artesanes alimentàries i de l'empresa artesana alimentària, que estableix el títol II de la Llei 14/2003. De la mateixa manera, el Decret 86/2024, del 30 d'abril, pel qual s'aproven els Estatuts del Servei Meteorològic de Catalunya, dona compliment al mandat de la Llei 15/2001, del 14 de novembre, que crea el Servei Meteorològic de Catalunya com a entitat de dret públic de la Generalitat, amb personalitat jurídica pròpia.

Finalment, cal esmentar el Decret 107/2024, de l'11 de juny, del Registre de persones professionals sanitàries objectores de consciència en la intervenció directa en la pràctica de la interrupció voluntària de l'embaràs (IVE). Aquest reglament desplega el mandat de la Llei orgànica 2/2010, del 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, i té com un dels objectius principals disposar d'informació sobre el nombre de persones professionals objectores de consciència en cada centre autoritzat per a la pràctica d'IVE per a poder gestionar una prestació sanitària pública correcta amb criteris d'igualtat, equitat i qualitat assistencial, així com garantir l'eficàcia i l'eficiència en la gestió i el registre de les declaracions d'objecció de consciència.

3. CONCLUSIONS

De l'anàlisi resumit de les diferents iniciatives aprovades en l'àmbit de la Unió Europea, de l'Estat espanyol i de Catalunya, es pot deduir que els períodes electorals han influït enormement en la quantitat i la tipologia de les disposicions aprovades. Els plans normatius serveixen per a atorgar predictibilitat i seguretat, però, certament, la convocatòria d'eleccions distorsiona la planificació.

JURISPRUDÈNCIA

RECU LL DE JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL

M. Àngels Arróniz Morera de la Vall
Lletrada cap dels Serveis Jurídics
Consell de Garanties Estatutàries

Sumari: 1. Introducció; 2. Dret de les dones a erradicar la violència masclista; 2.1. Antecedents; 2.2. Fonamentació jurídica; 2.3. Decisió final; 2.4. Vots particulars.

1. INTRODUCCIÓ

Durant els primers mesos de l'any 2024 (gener a agost, inclòs), com és habitual, el gruix de les sentències emeses pel Tribunal Constitucional es refereix a recursos d'empara, respecte dels quals, en aplicació de l'Acord del Ple Governatiu del 15 de febrer de l'any anterior (2023), el Tribunal ha intentat agilitar la seva admissió, que continua essent molt reduïda, i la seva resolució.

Quant al nombre de pronunciaments constitucionals en matèria estrictament competencial, es manté la tendència dels darrers temps en el sentit que predominen els que resolen recursos d'inconstitucionalitat, per bé que es mantenen en un nombre estable i no excessiu (deu recursos d'inconstitucionalitat i tres interlocutòries relacionades amb l'aixecament o no de la suspensió de preceptes de lleis autonòmiques impugnades pel president del Govern). Altrament, es confirma el desús de les impugnacions via conflicte (positiu/negatiu) de competència, ja que en els mesos esmentats són inexistents les sentències dictades en aplicació d'aquest procediment constitucional. Tampoc no hi ha cap resolució sobre un conflicte en defensa de l'autonomia local, de difícil plantejament pels requisits exigits, ni pronunciaments definitius sobre disposicions i resolucions dels òrgans de les comunitats autònomes via article 161.2 de la Constitució espanyola (CE) o incidents d'execució de resolucions constitucionals. Val a dir que, en el marc de l'esmentat procés d'impugnació de normes sense força de llei i resolucions autonòmiques, s'ha dictat, pel que ara ens interessa, una interlocutòria que manté la suspensió de l'acord de la Mesa del Parlament de Catalunya del 20 de febrer de 2024, que admetia a tràmit una iniciativa legislativa popular amb el nom de «Proposició de llei de declaració de la independència de Catalunya».

Per la seva part, les qüestions d'inconstitucionalitat d'abast competencial també són, en aquest període, irrellevants (una que extingeix el procés per haver declarat nul el precepte mitjançant un recurs d'inconstitucionalitat i una que inadmet la qüestió).

En aquest sentit, no s'ha d'oblidar que les vies de resolució de la conflictivitat competencial són diverses i que la reducció de les impugnacions en la jurisdicció constitucional pot anar acompanyada de l'augment de l'ús d'altres mecanismes, com poden ser els acords previs assolits en la tramitació parlamentària, la convocatòria de comissions bilaterals per a negociar

els continguts de normes amb rang legal o la impugnació davant la jurisdicció ordinària de normes reglamentàries o actes administratius. A això es podrien afegir els canvis que s'han produït en els subjectes que estaven legitimats per a impugnar, derivats de les noves composicions de les cambres parlamentàries.

Respecte al temps de resolució de les controvèrsies competencials, s'observa que és un xic més llarg que l'any anterior, sense arribar, però, als terminis excessius del passat.

Per a acabar, i més en concret quant als recursos d'inconstitucionalitat del període temporal examinat, són diverses les matèries competencials tractades pel Tribunal Constitucional contingudes en les normes legals, estatals o autonòmiques, objecte d'impugnació. A tall de síntesi: la regulació estatal de l'ingrés mínim vital (sentències del Tribunal Constitucional [STC] 19/2024 i 32/2024), mesures de l'Estat sobre la gestió energètica en matèria de climatització (STC 20/2024), mesures de la Comunitat Autònoma d'Andalusia sobre l'ordenació del sòl rústic i les vies pecuàries (STC 25/2024), regulació navarresa de contractes públics (STC 65/2024), mesures de la Comunitat Autònoma de Galícia sobre l'ordenació i la gestió integrada del litoral (STC 68/2024), mesures de la Comunitat Autònoma de Galícia sobre la protecció del domini públic maritimoterrestre (STC 76/2024), regulació andalusa pel dret a l'habitatge (STC 79/2024) i, finalment, mesures de la Comunitat Autònoma de Madrid sobre transports urbans (vehicles de transport amb conductors, VTC) (STC 88/2024).

Als pronunciaments anteriors cal afegir l'únic recurs d'inconstitucionalitat de caire competencial en què és part la Generalitat, interposat per més de cinquanta diputats del Grup Parlamentari Popular al Congrés dels Diputats contra la Llei del Parlament de Catalunya 17/2020, del 22 de desembre, de modificació de la Llei 5/2008, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, que és l'objecte d'aquest comentari i del qual a continuació s'exposen de manera sintètica les línies principals.

2. DRET DE LES DONES A ERRADICAR LA VIOLÈNCIA MASCLISTA

2.1. ANTECEDENTS

En efecte, la STC 44/2024, del 12 de març, de la qual ha estat ponent l'actual president del Tribunal, Cándido Conde-Pumpido Tourón, resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra els preceptes 1, 2, 3 i 16 de la Llei 17/2020 esmentada. Respecte del contingut d'aquests darrers, l'article 1 (que modifica l'article 2.2 de la Llei 5/2008) incorpora les «dones, nenes i adolescents transgènere» com a subjectes passius de protecció enfront de la violència de gènere; l'article 2 (que modifica l'article 3j de la Llei 5/2008) efectua una definició de *consentiment sexual* que s'aplica a totes les formes de violència contra les dones i que comprèn tots els actes de violència basats en el gènere que impliquin o puguin implicar danys o patiments de naturalesa física, sexual, psicològica o econòmica, incloses les amenaces de fer aquests actes, la coacció i la privació arbitrària de llibertat, en la vida pública i en la privada; l'article 3 (que modifica l'article 4 de la Llei 5/2008) reconeix i actualitza les diverses modalitats de violència contra la dona previstes en els instruments internacionals (violència física, psicològica, sexual, obstètrica, econòmica, digital, de segon ordre i vicària), a fi d'identificar

amb major precisió els supòsits en què es requerirà la intervenció deguda dels poders públics per a erradicar aquest tipus de violència, i l'article 16 (que addiciona un capítol al títol II de la Llei 5/2008) estableix l'obligació dels partits polítics de disposar de mesures que prevegin i controlin la violència masclista, semblants a les exigides a les empreses i a totes les administracions públiques, com ara el pla d'igualtat o el protocol d'actuació davant l'assetjament sexual i per raó de sexe.

2.2. FONAMENTACIÓ JURÍDICA

D'entrada, el Tribunal aclareix que la controvèrsia que s'ha de dilucidar és predominantment competencial, cosa que suposarà que no entri en l'adequació constitucional de la regulació des de la perspectiva de fons.

— *Títol competencial prevalent (fonament jurídic [FJ] 2.A)*. En coherència amb la primera afirmació, el Tribunal duu a terme d'antuvi l'enquadrament de la controvèrsia competencial en el títol o els títols competencials prevalents en cada cas, segons el contingut dels preceptes controvertits i el caràcter, el sentit i la finalitat d'aquests, independentment dels títols invocats per les parts en les seves alegacions. Així, fa avinent que la Llei 17/2020 té, segons el seu preàmbul, la vocació d'ampliar, reforçar i actualitzar la Llei 5/2008 i que, al seu torn, aquesta té el triple objecte d'erradicar la violència masclista i remoure les estructures socials i els estereotips culturals que la perpetuen, establir mesures integrals de prevenció, detecció i sensibilització amb la finalitat d'eliminar la dita violència de la societat, i reconèixer els drets de les dones que la pateixen a l'atenció, l'assistència, la protecció, la recuperació i la reparació integral. Afegeix que les novetats més destacables introduïdes per la llei impugnada després de quasi deu danys de vigència de la Llei 5/2008 i arran, en part, de les normes aprovades en l'àmbit internacional (sobretot el Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra les dones i la violència domèstica, signat a Istanbul l'11 de maig de 2011 i ratificat per Espanya el 18 de març de 2014), són el tractament de situacions com la violència contra les dones en la vida política, la regulació de la violència institucional i de les violències digitals, la definició de *consentiment sexual*, l'ampliació dels tipus de violència en l'àmbit social i comunitari, les formes de violència masclista i la necessitat de formació de professionals.

Exposats la finalitat i el contingut principal de la Llei 17/2020, el Tribunal considera que la matèria en què aquesta s'enquadra és la de les polítiques de gènere, que és una competència exclusiva de la Generalitat de Catalunya *ex* article 153 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), caracteritzada pel seu caràcter transversal i intersectorial (STC 159/2016, del 22 de setembre, FJ 2). Respecte a aquesta qüestió, efectua d'antuvi una afirmació que marcarà la línia argumental principal que seguirà el Tribunal al llarg de tot el seu pronunciament, que és que la llei impugnada no conté en cap cas normes ni mesures punitives, ni en l'àmbit sancionador administratiu ni en l'ordre penal. Així, el que estableix són un seguit de mesures generals que han d'orientar l'actuació de les administracions públiques catalanes; mesures de prevenció, detecció i sensibilització, així com d'assistència, protecció i recuperació integral de la víctima, que incideixen en els sectors de l'educació, la salut, els mitjans de comunicació, l'ha-

bitatge, l'ocupació o les prestacions econòmiques. Conclou, però, que la competència autonòmica esmentada no és un títol capaç d'introduir-se en qualsevol sector de l'ordenament, sinó només en aquells en què la Generalitat tingui competències assumides constitucionalment i estatutàriament. Segons això anterior, ressalta que la competència catalana sobre política de gènere ha de passar a un segon pla quan existeixi un títol específic que atribueixi a l'Estat una determinada matèria, com podria ser el cas de la competència estatal sobre legislació penal o registres públics (apartats 6 i 8 de l'article 149.1 de la CE, respectivament).

— *Modificacions normatives amb incidència en l'objecte del recurs (FJ 2.B)*. El Tribunal adverteix que les modificacions normatives estatals introduïdes durant la litispendència del procés, per bé que no afecten directament els preceptes impugnats, són un paràmetre de control que cal emprar en la resolució de la controvèrsia competencial que planteja el recurs d'inconstitucionalitat, sobretot en matèria d'inscripció registral. Es refereix, d'una banda, a la Llei orgànica 10/2022, del 6 de setembre, de garantia integral de la llibertat sexual, que tracta la problemàtica individual i social que generen les violències sexuals, tot definint aquestes darreres, i modifica, entre d'altres, l'article 178.1 del Codi penal (CP) quant al que s'ha d'entendre per *consentiment sexual*; i, de l'altra, a la Llei 4/2023, del 28 de febrer, per a la igualtat real i efectiva de les persones trans i per a la garantia dels drets de les persones LGTBI, que articula un conjunt de mesures específiques destinades a la prevenció, la correcció i l'eliminació, en els àmbits públic i privat, de qualsevol forma de discriminació, juntament amb el foment de la participació de les persones LGTBI en tots els àmbits de la vida social.

— *Obstacle processal: reproducció d'una norma anterior no impugnada (FJ 2.C)*. Es recorda el fet que una norma que reproduceix una altra norma anterior (article 3 de la Llei 17/2020, que reforma parcialment l'article 4.2 de la Llei 5/2008) que no hagi estat impugnada en el seu moment (en aquest cas, pel recurrent) no impedeix que el nou precepte pugui ser impugnat, ja que el recurs d'inconstitucionalitat és de caràcter abstracte i té la funció de depuració objectiva de l'ordenament jurídic.

— *Abast del títol competencial estatal sobre la legislació penal previst en l'article 149.1.6 de la CE i reserva de llei orgànica (FJ 3.B)*. Fent remissió a la seva doctrina prèvia, el Tribunal recorda que la legislació penal és competència exclusiva de l'Estat i que, per tant, les normes aprovades per les comunitats autònomes no poden preveure delictes concrets ni les penes corresponents, àmbits que, a més, estan sotmesos a la reserva de llei orgànica. Per tant, s'envairia la competència estatal sobre legislació penal en cas que la llei autonòmica preveïés directament un tipus penal, però també quan d'aquesta es derivés una ampliació del subjecte passiu del delicte (STC 50/2018). Per contra, el reconeixement de la condició de víctima a l'efecte d'obtenir uns beneficis de caràcter assistencial no planteja problemes en termes constitucionals, sempre que no interfereixi en les potestats reservades als jutges i tribunals de l'ordre penal. A parer del Tribunal, doncs, no hi ha inconvenient perquè el legislador autonòmic estableixi un nexa causal entre fet i dany que permeti actuacions públiques adreçades a la protecció i l'assistència de les víctimes, sense que això comporti la investigació de possibles il·lícits penals, ni la identificació i l'eventual càstig dels seus autors. Afegeix, però, que la seva

llibertat de configuració per a ordenar el règim d'assistència i reparació, en què preval una perspectiva de compensació del dany patit, té com a límit constitucional indubtable que no es poden confondre aquestes comeses públiques de caràcter assistencial amb les que estan reservades al poder judicial. En altres paraules, cal respectar la delimitació entre la tasca administrativa de reconeixement i compensació i la d'investigació i persecució de fets delictius (STC 85/2018, 133/2018 i 83/2020).

A continuació, el Tribunal aplica aquesta doctrina als preceptes de la Llei 17/2020 qüestionats: d'una banda, a l'article 1, i de l'altra, als articles 2 i 3. Quant a l'article 1 (article 2.2 de la Llei 5/2008), que inclou les dones, les adolescents i les nenes transgènere en l'àmbit d'aplicació de la Llei 5/2008, cal esmentar que l'article 23 de la Llei 17/2020 (que modifica l'article 70.2 de la Llei 5/2008) preveu que les dones transgènere que no tenen la menció de sexe registrada com a dona en la documentació oficial s'equiparen, als efectes d'aquesta llei, amb les altres dones que han patit violència masclista atès que es reconeixen com a dones.

Amb relació a la nova inclusió de les dones transgènere en els termes exposats, la Sentència comença per examinar la condició de dona legalment reconeguda pel legislador estatal en la Llei orgànica 1/2004, del 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere (LOVG), que és la que permet atribuir-li la condició de víctima i destinatària dels drets i les mesures assistencials que preveu la mateixa LOVG i sotmetre-la a la protecció de la tutela penal i dels tipus delictius del Codi penal. Fet això, el Tribunal no troba cap contradicció entre la regulació orgànica esmentada i l'article 1 de la Llei 17/2020, ja que la llei catalana és expressió de la competència autonòmica sobre polítiques de gènere (article 153 de l'EAC), de manera que, com ja s'ha apuntat, no preveu ni va acompanyada d'efectes punitius, ni en l'ordre administratiu ni en l'ordre penal. D'acord amb això anterior, la inclusió expressa de les dones transgènere en l'àmbit subjectiu d'aplicació de la llei catalana —amb l'extensió dels seus efectes a les dones que no hagin escomès el canvi registral— com a destinatàries de diverses mesures i drets per a la seva protecció integral enfront de la violència masclista, que vincula les actuacions de les administracions públiques catalanes en diferents sectors, no amplia ni modifica els tipus penals per a castigar la violència de gènere, com tampoc no defineix ni amplia el subjecte passiu de l'acció penal ni imposa al jutge penal una subsumpció concreta del tipus. Desestimada la taxa d'inconstitucionalitat per vulneració de l'article 149.1.6 de la CE, la Sentència conclou que no hi ha infracció de la reserva de llei orgànica (article 81.1 de la CE) des del moment que l'article 1 de la Llei 17/2020 no amplia ni modifica els tipus penals que preveu el Codi penal.

El Tribunal aplica aquests mateixos raonaments tant a l'article 2 de la Llei 17/2020, que introdueix la definició de *consentiment sexual* (article 3j de la Llei 5/2008), com a l'article 3 (article 4.2 de la Llei 5/2008), que recull les diferents formes de violència masclista, afirmant que no introdueixen nous il·límits penals. En aquest sentit, fa avinent que, si bé és cert que el Codi penal no conté una definició de *consentiment sexual*, també ho és que no efectua una remissió expressa a les normes externes per a determinar què s'ha d'entendre per *consentiment sexual* (o la seva absència). Recorda, doncs, que es tracta d'un concepte penal autònom, de manera que és al jutge penal a qui correspon determinar, sobre la base dels mètodes exegètics corresponents, la utilitat que pot tenir la normativa extrapenal, en concret l'administrativa, per a dotar de contingut el dit concepte. En síntesi, en aquest cas, la

norma autonòmica no serveix de complement de la llei penal, de manera que no pot haver-hi infracció de l'article 149.1.6 de la CE (ni de l'article 81.1 de la CE). Després d'afirmar això anterior, el Tribunal posa de manifest que, tot i que la definició de *consentiment* de la Llei 17/2020 i de l'article 178.1 del CP, inspirades ambdues en el Conveni del Consell d'Europa (article 36.2) abans esmentat, no són coincidents, no hi ha vulneració competencial perquè la finalitat a què respon cadascuna és diferent. Així, la del legislador autonòmic, com ha insistit la Sentència, és de caràcter assistencial i està inserida en l'àmbit de les polítiques de gènere, en el qual esgota els seus efectes, de manera que no tipifica de manera efectiva ni concreta cap supòsit de responsabilitat penal, ni reproduïx ni amplia cap tipus penal (STC 142/1998, FJ 7, i 162/1996, FJ 4). Per tant, les formes de violència masclista que identifica l'article 3 de la Llei 17/2020 només tenen com a finalitat permetre el reconeixement de la condició de víctima a les dones que les pateixen, a l'efecte de fer-les destinatàries d'un conjunt de mesures de caràcter assistencial, la pretensió de les quals és reparar integralment els danys soferts, però sense interferir en les potestats reservades als jutges i tribunals de l'ordre penal (STC 85/2918, FJ 4, i 83/2020, FJ 10).

— *Abast del títol competencial estatal sobre registres públics previst en l'article 149.1.8 de la CE.* La Sentència remet a la doctrina constitucional relativa a l'abast de la competència exclusiva estatal sobre l'ordenació dels registres públics per a puntualitzar que s'adreça fonamentalment a matèries de dret privat i que, per tant, els registres als quals es refereix la dita ordenació són exclusivament els de caràcter civil (per totes, vegeu la STC 7/2019, FJ 3). En síntesi, diu que corresponen a l'Estat la regulació i l'ordenació dels registres de caràcter civil i la publicitat i la protecció que aquests atorguen (STC 157/2021, FJ 6).

Com en els supòsits anteriors, el Tribunal parteix de la base que la regulació catalana se situa en un pla diferent del de la normativa estatal, que els recurrents consideren contradita. Una vegada més, doncs, aplicant el raonament principal de la Sentència, declara que la nova inclusió de les dones transgènere en l'àmbit d'aplicació de la Llei 5/2008, operada per l'article 1, qüestionat, té efectes assistencials *ex* article 153 de l'EAC i que, per tant, no impedeix l'aplicació normal de la Llei estatal sobre el Registre Civil (entre d'altres, article 4.4, 44.2 i 49.5), el qual preveu el sexe com a categoria de rellevància jurídica a l'efecte registral pel fet que és un dels elements que defineix la identitat de les persones.

— *Abast de la reserva de llei orgànica en matèria de partits polítics ex article 81.1 de la CE (FJ 5).* La Sentència comença per recordar que la reserva de llei orgànica no conté cap títol competencial habilitador a favor de l'Estat i que només correspon a aquest darrer aprovar la tipologia de lleis esmentada, lleis que desenvolupen els drets fonamentals i les llibertats públiques. Afegeix que la determinació de l'abast de la reserva de llei orgànica, tant pel que fa al «desenvolupament» com a la «matèria», s'ha de fer aplicant un criteri estricte (entre d'altres, vegeu la STC 124/2003, FJ 11). Val a dir que en l'encapçalament del mateix fonament jurídic fa al·lusió a una «competència exclusiva de l'Estat en matèria de partits polítics», la qual cal recordar que no està prevista com a tal en la Constitució, i seguidament esmenta l'article 149.1.1 de la CE, si bé després no fa cap referència a aquesta clàusula competencial d'igualtat de caràcter transversal, pel fet que ja aprecia d'antuvi la vulneració de l'article 81.1 de la CE.

Dit això, el Tribunal assenyala que el règim jurídic aplicable als partits polítics, atesa la seva naturalesa com a expressió del pluralisme polític i instrument fonamental per a la participació política i manifestació de la voluntat popular (article 6 de la CE), està sotmès a la reserva de llei orgànica (article 81.1 de la CE). A continuació, a fi de delimitar l'abast d'aquesta reserva, la Sentència destaca que els partits polítics tenen la naturalesa de les associacions, si bé amb la singularitat que desenvolupen funcions de rellevància constitucional, ja que actuen com a element de comunicació entre el món social i el jurídic, fent possible la integració entre governants i governats. Afegeix que això comporta que hagin de tenir un règim normatiu propi (la vigent Llei orgànica 6/2002, del 27 de juny) quant als aspectes essencials del dret fonamental d'associació i, en definitiva, quant a la seva titularitat i les facultats elementals que l'integren en els seus diversos vessants (STC 101/1991, FJ 2). I, molt especialment, atès el precepte impugnat, que correspon al legislador orgànic preservar la llibertat d'autoorganització i funcionament intern dels partits polítics davant les ingerències públiques (STC 56/1995, FJ 3b).

Aplicada la doctrina exposada en l'article 16 de la Llei 17/2020 (addició d'un capítol al títol II de la Llei 5/2008), el Tribunal considera que vulnera la reserva de llei orgànica perquè les condicions que imposa (disposar d'un pla d'igualtat i d'un protocol per a la prevenció, la detecció i l'actuació de la violència masclista i, entre altres obligacions, establir les condicions de la persona que ha de portar a terme una investigació interna en aquest àmbit o modificar els estatuts per a incorporar la prohibició de cometre actes de violència masclista i les mesures concretes que s'han d'adoptar respecte dels responsables de la comissió d'aquest tipus d'actes) incideixen en l'organització i el funcionament dels partits polítics i, fins i tot, imposen obligacions a persones que ni tan sols hi estan afiliades (simpatitzants). En definitiva, la raó de la inconstitucionalitat és de tipus formal, ja que correspon al legislador orgànic regular aquestes qüestions. Respecte a aquesta qüestió, la Sentència puntualitza que no li pertoca enjudiciar el caràcter constitucional del contingut substantiu de les obligacions imposades per l'article 16 de la Llei 17/2020 ni, evidentment, la seva bondat o idoneïtat des de la perspectiva de la prevenció de la violència contra les dones. En conclusió, es declara l'article 16 de la Llei 17/2020 inconstitucional perquè vulnera la reserva de llei orgànica de l'article 81.1 de la CE.

2.3. DECISIÓ FINAL

El Tribunal només declara la inconstitucionalitat i nul·litat de l'article 16 de la Llei 17/2020 esmentada, mentre que desestima el recurs en la resta dels preceptes.

2.4 . VOTS PARTICULARS

Acompanyen la Sentència dos vots particulars, que exposem a continuació.

— *Vot particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.* La crítica principal és que la majoria oblidava que la llei catalana impugnada incorpora una ampliació del concepte de *víctima* que suposa alterar el concepte mateix de *dona* com a subjecte polític. Considera

que això comporta que en un mateix estat convisquin diferents conceptes de *víctima de la violència masclista* i la protecció enfront d'aquest tipus de violència hauria de tenir un mateix subjecte de tutela, igual que té un mateix subjecte actiu i una mateixa motivació. D'altra banda, entén que en la Sentència manca un estudi previ d'una qüestió central com és la determinació de quin és el subjecte polític d'aquest tipus de polítiques públiques i quins són el sentit i l'abast de la violència masclista. Per acabar, fa una crítica des del punt de vista del *timing* d'emissió de la Sentència, ja que opina que s'hauria d'haver dictat després de resoldre els recursos d'inconstitucionalitat interposats contra la Llei orgànica 10/2022 i la Llei 4/2023 (les quals, com s'ha exposat abans, el Tribunal invoca com a paràmetre en el FJ 2.B). I això perquè aquests recursos oferiran l'ocasió de pronunciar-se amb relació als temes substantius més rellevants sobre els quals es construeixen les polítiques de gènere.

— *Vot particular del magistrat Enrique Arnaldo Alcubilla.* En aquest cas, la discrepància més destacable respecte del parer de la majoria és que el magistrat defensa que les polítiques de gènere no són una matèria assumible pels estatuts d'autonomia, ja que aquests no poden definir categories constitucionals. Així, atès que les polítiques públiques de gènere tenen caràcter transversal i intersectorial i poden incidir en àmbits competencials de titularitat estatal, diu que no poden constituir una matèria estatutària. En altres paraules, que no existeixen més matèries competencials que les relacionades en els articles 148.1 i 149.1 de la CE. Finalment, opina que, en tot cas, la constitucionalitat dels articles 1, 2 i 3 de la Llei 17/2020, objecte del recurs, hauria d'haver comportat una interpretació de conformitat amb la Constitució, que s'hauria d'haver reflectit en la decisió de la Sentència.

RECU LL DE JURISPRUDÈNCIA DELS TRIBUNALS ORDINARIS

Xavier Urios Aparisi
Cap de l'Assessoria jurídica
Autoritat Catalana de Protecció de Dades

Sumari: 1. Sentència del Tribunal Suprem del 28 de febrer de 2024. Dret a la devolució de la plusvàlua, arran de la seva inconstitucionalitat, en relació amb les liquidacions fermes; 2. Sentència del Tribunal Suprem del 12 de febrer de 2024. Anul·lació de les denegacions d'autoritzacions de VTC; 3. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 8 de febrer de 2024. Pla director del litoral gironí: vulneració del principi d'autonomia local; 4. Sentència del Tribunal Suprem de l'11 de gener de 2024. Ensenyament telemàtic a alumnes no vacunats; 5. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 22 de desembre de 2023. Límits del dret d'accés a la informació pública; 6. Sentència del Tribunal Suprem de l'1 de febrer de 2024. Estabilització dels funcionaris de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional; 7. Sentència del Tribunal Suprem de l'1 de febrer de 2024. Aplicabilitat als processos d'estabilització d'ocupació temporal de la reserva legal per a persones amb discapacitat considerada amb caràcter general en l'article 59.1 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic; 8. Sentència del Tribunal Suprem del 29 de febrer de 2024. Ús de l'aigua procedent de les dessalinitzadores; 9. Sentència del 31 de gener de 2024 de la Sala Tercera del Tribunal Suprem. Manca de consulta pública prèvia de l'article 133 de la Llei 39/2015; 10. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 22 de novembre de 2023. Reclamació de despeses derivades de l'anul·lació d'una licitació; 11. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 8 de febrer de 2024. Impossibilitat d'atribuir titularitats en el planejament urbanístic: nul·litat del Pla General Metropolità; 12. Sentència del Tribunal Suprem del 8 de febrer de 2024. Documentació necessària perquè un òrgan consultiu emeti un dictamen; 13. Sentència del Tribunal Suprem 282/2024, del 22 de febrer de 2024. Prescripció de l'acció per a reclamar danys i perjudicis com a conseqüència de l'anul·lació d'un pla urbanístic; 14. Sentència del Tribunal Suprem del 12 de febrer de 2024. Gestió de procediments sancionadors per una entitat mercantil; 15. Sentència de l'Audiència Nacional del 9 de febrer de 2024. Notificacions electròniques. L'Administració no pot escollir aleatòriament o arbitràriament el sistema de notificació; 16. Sentència del Tribunal Suprem 39/2024, del 15 de gener de 2024. Esmena de la manca de signatura electrònica i registre de les sol·licituds presentades per via electrònica; 17. Sentència del Tribunal Suprem 61/2024, del 17 de gener. Realització d'obres en supòsits de fora d'ordenació; 18. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 15 de març de 2024. Audiència de la part en l'adopció de mesures cautelars en el procediment administratiu; 19. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya del 8 de maig de 2024. Prescripció del dret a exigir l'execució d'una sentència ferma pel transcurs de cinc anys; 20. Sentència del Tribunal Suprem del 25 d'abril de 2024. Consideració dels centres d'educació infantil municipals com a públics a l'efecte de la valoració de mèrits. Naturalesa de les corporacions locals com a administració educativa; 21. Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de l'11 de juny de 2024. Força major arran d'un ciberatac i expedient de regulació d'ocupació; 22. Sentència del Tribunal Suprem del 13 de maig de 2024. Impugnació de l'ordenança municipal de recollida de residus; 23. Sentència del Tribunal Suprem del 24 de juny de 2024. Submissió del desplegament de xarxes de comunicacions electròniques utilitzant infraestructures preexistents, a l'impost

de construccions, instal·lacions i obres; 24. Sentència del Tribunal Suprem del 24 de juliol de 2024. Responsabilitat de l'estat legislador i plusvàlua.

1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 28 DE FEBRER DE 2024. DRET A LA DEVOLUCIÓ DE LA PLUSVÀLUA, ARRAN DE LA SEVA INCONSTITUCIONALITAT, EN RELACIÓ AMB LES LIQUIDACIONS FERMES. ECLI:ES:TS:2024:941

La Secció Segona de la Sala Tercera del Tribunal Suprem (TS), en la Sentència 339/2024, del 28 de febrer, ha declarat que es pot obtenir la devolució del que s'ha pagat per la plusvàlua municipal —l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de natura urbana— en liquidacions tributàries fermes, quan en la transmissió per la qual es va girar la liquidació tributària no va existir increment del valor dels terrenys i, per tant, es va pagar per un guany que realment no es va produir.

L'obstacle per a la devolució del que s'ha pagat en aquest concepte era que, en els casos de liquidacions fermes, és a dir, que no es van recórrer dins de termini, no existia una via clarament establerta en la legislació tributària per a obtenir la revisió d'ofici d'aquestes liquidacions, encara que fossin el resultat d'haver aplicat una llei inconstitucional.

La raó d'aquesta impossibilitat era que, en vista dels supòsits de nul·litat de ple dret de l'article 217.1 de la Llei general tributària (LGT), no es trobava encaix en el supòsit d'una liquidació derivada d'una declaració d'inconstitucionalitat.

S'ha de recordar que la Sentència del Tribunal Constitucional 59/2017, de l'11 de maig, va declarar inconstitucionals determinades normes de la regulació de l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana sempre que en la transmissió gravada no s'hagués produït un increment del valor dels terrenys. No obstant això, la doctrina jurisprudencial fins ara havia estat considerant que aquesta declaració d'inconstitucionalitat, pels termes parcials i condicionats en què es va fer, no podia afectar els actes de liquidació fermes i consentits, ja que no existia aquesta possibilitat com a causa per a la revisió d'ofici en la LGT.

En la Sentència del 28 de febrer de 2024 que comentem, el TS revisa la seva jurisprudència anterior, establerta en diverses sentències del maig del 2020, i conclou que, com que no existeix cap limitació d'efectes en la declaració d'inconstitucionalitat que va fer la Sentència del Tribunal Constitucional 59/2017, les liquidacions fermes de plusvàlua que van obligar els contribuents a pagar en aquests casos en què no va existir cap increment de valor dels terrenys, són nul·les de ple dret, i la regla general que imposa la Constitució Espanyola (CE) per a aquests casos és limitar al màxim possible els efectes de la llei inconstitucional.

El TS valora que l'aplicació de la llei inconstitucional ha imposat, en aquests casos, una càrrega tributària allà on no hi havia hagut cap augment de valor ni de riquesa que pogués ser sotmès a tributació. El TS considera que en aquestes situacions hi ha vulneració del principi de capacitat econòmica i de prohibició de confiscatorietat garantit per l'article 31.1 de la CE i que la mateixa CE imposa que en aquests casos es deixin sense efecte en tot el que sigui possible, ja que són efectes de l'aplicació d'una llei inconstitucional.

Amb aquesta perspectiva d'interpretació d'acord amb la CE, el TS afirma que l'article 217.1g de la LGT (que reconeix com a causa de nul·litat de ple dret «qualsevol altre [supòsit] que s'estableixi expressament en una norma amb rang de llei»)¹ permet la revisió d'ofici d'aquestes liquidacions fermes en casos d'inexistència d'increment de valor dels terrenys, ja que, encara que la redacció de la LGT no és explícita en acollir aquests casos com a supòsits de nul·litat de ple dret, la mateixa CE i la Llei orgànica del Tribunal Constitucional permeten qualificar de nul·les aquestes liquidacions, i que aquest conjunt de normes constitucionals habiliten per a acudir a la revisió d'ofici i sol·licitar als ajuntaments la devolució de l'import pagat per liquidacions, amb els interessos corresponents.

Amb aquesta resolució judicial es fixa un criteri en una qüestió que ha estat resolta de manera dispar en els diferents jutjats i tribunals contenciosos administratius, i es modifica la pròpia jurisprudència del TS.

Aquest canvi de criteri comportarà probablement un increment significatiu de les peticions de revisió d'ofici de les liquidacions per l'impost d'increment dels immobles de naturalesa urbana i pot suposar, doncs, un impacte rellevant en termes econòmics.

2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 12 DE FEBRER DE 2024. ANUL·LACIÓ DE LES DENEGACIONS D'AUTORITZACIONS DE VEHICLES DE TRANSPORT AMB CONDUCTOR. ECLI:ES:TS:2024:858

Les autoritzacions de llicències de vehicles de transport amb conductor (VTC) han estat objecte d'una reiterada conflictivitat judicial i, igualment, s'ha produït una conflictivitat important amb el sector del taxi, fet que ha donat lloc a una intervenció administrativa intensa a l'efecte d'establir límits a l'activitat en termes de proporcionalitat.

De la mateixa manera, la normativa estatal aprovada ha estat qüestionada des del punt de vista de la normativa comunitària, quant al fet que podia afectar la llibertat d'establiment i la lliure competència.

Una de les mesures normatives que es van adoptar va ser la limitació dels VTC a una proporció d'1/30 respecte als taxis, limitació que es va introduir en la normativa reguladora del transport terrestre.

En l'àmbit comunitari, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 8 de juny de 2023 va resoldre que aquesta limitació no vulnera l'article 107 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), però és contrària a la llibertat d'establiment de l'article 49 del TFUE llevat que s'acrediti que la mesura és idònia per a la bona gestió del transport i el trànsit i per a la protecció del medi ambient, i que és proporcionada.

En aquesta línia es va aprovar el Reial decret llei 5/2023, del 28 de juny, que va modificar l'article 99 de la Llei 16/1987, del 30 de juliol, d'ordenació del transport terrestre (LOTT), per a condicionar les autoritzacions de VTC al compliment de criteris mediambientals i de gestió del transport i el trànsit i per a permetre que les comunitats autònomes puguin limitar el nombre d'autoritzacions de manera justificada i proporcionada.

1. Totes les traduccions de lleis i sentències esmentades en el document són nostres.

En el cas de la sentència analitzada, el TS estima parcialment un recurs presentat contra la denegació de cinquanta autoritzacions de VTC basada en la limitació d'una proporció d'1/30 entre VTC i taxis que estableix l'article 181 del Reial decret 1211/1990, del 28 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament de la llei d'ordenació del transport terrestre, amb remissió a l'article 48.3 de la LOTT (en la redacció donada pel Reial decret llei 3/2018, del 20 d'abril). El TS va anul·lar la denegació de les autoritzacions de VTC perquè es va basar només en la norma 1/30, i aquesta restricció només és compatible amb el dret europeu si concorren raons imperioses d'interès general, cosa que no s'ha justificat en la decisió. No obstant això, la Sentència no concedeix les autoritzacions, sinó que retrotrau el procediment, a l'efecte que resolgui les sol·licituds plantejades, d'acord amb la normativa aplicable en el moment en el qual es va formalitzar la sol·licitud.

El TS considera que l'existència d'aquesta regla merament numèrica va provocar que l'Administració no valorés si es complien els requisits legals restants i, per tant, escau que aquesta resolgui d'acord amb la normativa vigent en el moment de la sol·licitud (la modificació de la LOTT no era aplicable en aquest cas), sense aplicar la limitació 1/30, però valorant la resta de requisits que havien de concórrer.

En resum, es tracta d'una sentència que resol un conflicte plantejat al voltant de la normativa de les VTC, analitzant-la, però sense oblidar l'obligatorietat d'aplicar, en les activitats d'intervenció, la normativa vigent en el moment en què es formalitza la sol·licitud corresponent.

3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 8 DE FEBRER DE 2024. PLA DIRECTOR DEL LITORAL GIRONÍ: VULNERACIÓ DEL PRINCIPI D'AUTONOMIA LOCAL. ECLI:ES:TSJCAT:2024:1401

En aquesta sentència, i en altres que han estat dictades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) arran de diferents recursos contenciosos administratius interposats contra el Pla Director Urbanístic de Revisió dels Sòls No Sostenibles del Litoral de Girona, aprovat definitivament per l'acord de la Comissió de Territori de Catalunya del 28 de gener de 2021 i publicat en el *Diari oficial de la Generalitat de Catalunya* del 15 de febrer de 2021, la Sala estima parcialment el recurs interposat i anul·la un precepte de les normes urbanístiques per vulneració del principi d'autonomia local per a imposar als municipis del litoral de Girona la desclassificació de determinats sòls urbans, desclassificació operada directament pel pla director que volia substituir els plans municipals.

El TSJC fa referència a la doctrina jurisprudencial referent al principi d'autonomia local en matèria urbanística i als límits del planificador supramunicipal davant la competència urbanística municipal, i diu que, en el cas concret, les determinacions d'un pla director urbanístic supramunicipal no poden introduir una qualificació estranya al municipi amb una espècie de «congelació de rang» del planejament municipal, que impedeixi que pugui ser objecte de modificacions posteriors que s'apartin d'aquell pla director.

La Sala indica que els plans directores urbanístics poden classificar sòl, però només ho poden fer els plans directores urbanístics de delimitació i ordenació de sectors d'interès supramunicipal, previstos en l'article 56.6a del text refós de la Llei d'urbanisme, en relació

amb l'apartat 1g del mateix precepte, però el pla director impugnat no respon a aquesta categoria.

En canvi, es desestimen altres motius d'impugnació relatius a l'elaboració del pla director, com ara la circumstància que el govern es trobi en funcions en el moment de produir-se l'acord impugnat, que no n'afecta la validesa. Tampoc no estima el recurs quant al fet que hagi de sotmetre's el pla a un nou tràmit d'informació pública arran dels canvis introduïts des de la seva aprovació inicial, ja que considera que no s'han de confondre els canvis puntuals amb l'adopció del que serien nous criteris quant a l'estructura o el model d'ordenació, que serien considerats una «modificació substancial», concepte jurídic indeterminat que és analitzat en la Sentència, o que no disposés d'una anàlisi des de la perspectiva de l'impacte de gènere. Finalment, d'acord amb la jurisprudència del TS, estima que no era necessari que el pla incorporés l'informe de sostenibilitat econòmica perquè no es tracta d'un instrument d'ordenació urbanística que prevegi actuacions de transformació directa i immediata.

4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'11 DE GENER DE 2024. ENSENYAMENT TELEMÀTIC A ALUMNES NO VACUNATS. ECLI:ES:TS:2024:127

El TS revoca la Sentència del TSJC (STSJC) que va considerar vulnerada la llibertat de circulació dels alumnes no vacunats de COVID-19 en haver-los imposat durant deu dies l'ensenyament telemàtic.

La sentència d'instància va fonamentar la manca de competència per a adoptar aquesta decisió, atès que havia estat presa pel director del centre educatiu i la competència corresponia a les autoritats sanitàries, no a les educatives.

El TS recorda la doctrina sobre les facultats jurisdiccionals de control de les mesures restrictives o limitatives de drets fonamentals adoptades per raons sanitàries per les diferents administracions, que imposa que els òrgans judicials que han de revisar l'actuació administrativa comprovin, com a primer element, la competència objectiva de l'òrgan administratiu que les acorda, raó per la qual, quan concorre aquest vici radical de legalitat ordinària —nul·litat de ple dret *ex* article 52.1*b* de la Llei 39/2015—, comporta la deslegitimació de l'òrgan que adopta la mesura i ha de ser considerat com a causa suficient de vulneració del dret fonamental invocat, amb independència que la mesura s'ajusti o no als cànons de constitucionalitat que podem denominar ordinaris (idoneïtat o adequació, necessitat i proporcionalitat).

No obstant això, el Tribunal recorda que la premissa per a aplicar la doctrina del TS sobre mesures que restringeixen drets fonamentals basades en la protecció de la salut, és que les mesures vulnerin efectivament un dret fonamental.

Basant-se en aquestes premisses, el TS entén que les mesures adoptades per l'autoritat educativa eren mesures de prevenció que tindrien empara en l'article 2 de la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació, segons el qual «[e]ls poders públics prestaran una atenció prioritària al conjunt de factors que afavoreixen la qualitat de l'ensenyament i, en especial, [...] les condicions ambientals i de salut del centre escolar i el seu entorn». Això, sens perjudici de les competències generals i especials que, en situació de crisi sanitària, poden exercir les autoritats sanitàries.

D'altra banda, la Sentència entén igualment que la mesura adoptada no va privar els alumnes no vacunats de la llibertat de circulació, ja que no se'ls va privar de deambular ni de sortir al carrer, com tampoc de rebre les classes mitjançant un mecanisme alternatiu eficaç i que no ha estat mai qüestionat.

En resum, la Sentència reconeix que les autoritats educatives tenen competències per a adoptar decisions en matèria de salut en casos com els analitzats en el cas.

5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 22 DE DESEMBRE DE 2023. LÍMITS DEL DRET D'ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA

Aquesta sentència estima el recurs interposat pel Col·legi de l'Advocacia de Barcelona contra la Resolució de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP) que va reconèixer a la persona reclamant el dret d'accedir al nombre d'expedients disciplinaris oberts a un advocat col·legiat i al seu resultat.

El fonament de la Resolució de la GAIP era la interpretació de l'article 23 de la Llei 19/2014, del 19 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern, que nega l'accés a la informació quan es tracti de dades protegides especialment, entre d'altres, per exemple, quan es tracta de dades relatives a infraccions penals o administratives que no comporten l'amonestació pública a l'infractor. En aquest sentit, la GAIP entenia que les infraccions disciplinàries no es trobaven recollides en aquesta limitació.

Per contra, el Tribunal entén que el concepte d'*infracció administrativa* previst en la Llei 19/2014 inclou les infraccions disciplinàries, raó per la qual la sol·licitud s'havia de denegar.

La importància d'aquesta sentència es troba en la interpretació abans referida, que han de tenir en compte les administracions públiques quan hagin de resoldre sol·licituds d'accés a la informació relatives a informació pública que es trobi en expedients disciplinaris.

6. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'1 DE FEBRER DE 2024. ESTABILITZACIÓ DELS FUNCIONARIS DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL AMB HABILITACIÓ DE CARÀCTER NACIONAL. ECLI:ES:TS:2024:355

Aquesta sentència, i la comentada posteriorment, fan referència als processos d'estabilització, en aquest cas, dels funcionaris de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional.

En la primera de les sentències es tracta d'un recurs interposat per una associació professional de secretaris, interventors i tesorers d'Administració local contra el Reial decret 408/2022, pel qual s'aprova l'oferta d'ocupació pública per a l'estabilització d'ocupació temporal a l'Administració general de l'Estat corresponent a la Llei 20/2021, del 28 de desembre, de mesures urgents per a la reducció de la temporalitat en l'ocupació pública. La raó de la impugnació era que incloïa places de l'escala de secretaris, interventors i tesorers de l'Admi-

nistració local, però aquest col·lectiu es trobava exclòs de l'aplicació de les previsions de la Llei 20/2021 i havia de regular-se per la seva normativa específica.

La Sentència desestima el recurs interposat perquè entén que es dona el pressupòsit necessari perquè s'apliqui la Llei 20/2021 a les places que compleixin els requisits del seu article 2 i de les seves disposicions addicionals sisena i vuitena (existència de personal interí de llarga durada); la Llei 20/2021 no estableix cap exclusió d'àmbits funcionaris concrets i la mateixa Llei de bases del règim local inclou la possibilitat de nomenar interins per a exercir les funcions corresponents als secretaris, interventors i tesorers de l'Administració local, per la qual cosa no és il·lògic ni incoherent que un instrument d'estabilització de l'ocupació temporal a l'Administració pública pugui afectar places d'aquesta escala.

7. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'1 DE FEBRER DE 2024.
 APLICABILITAT ALS PROCESSOS D'ESTABILITZACIÓ DE L'OCUPACIÓ
 TEMPORAL, DE LA RESERVA LEGAL PER A PERSONES AMB DISCAPACITAT
 CONSIDERADA AMB CARÀCTER GENERAL EN L'ARTICLE 59.1
 DE L'ESTATUT BÀSIC DE L'EMPLEAT PÚBLIC. ECLI:ES:TS:2024:354

En aquest cas s'impugnava igualment el Reial decret 408/2022, si bé ho feia un particular, atès que no s'havia previst la reserva legal per a persones amb discapacitat.

En aquest sentit, es considerava que es vulnerava l'article 59.1 del Reial decret legislatiu 5/2015, del 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP), el qual disposa que «en les ofertes d'ocupació pública es reservarà una quota no inferior al set per cent de les vacants per a ser cobertes entre persones amb discapacitat», reserva legal establerta amb caràcter general.

El TS estima el recurs interposat i anul·la la resolució impugnada perquè no va reservar aquest percentatge de places del 7% per a persones amb discapacitat en l'oferta d'ocupació pública per a l'estabilització de l'ocupació temporal de l'Administració general de l'Estat.

En aquest sentit, la Sentència declara la nul·litat de la resolució únicament en el fet que el sistema de selecció de les 573 places de secretaris i interventors de l'Administració local, que és el de concurs, no preveu la reserva legal per a discapacitats.

En definitiva, el TS recorda la rellevància que té el compliment del percentatge de la reserva de places per a persones amb discapacitat en les ofertes públiques d'ocupació.

8. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 29 DE FEBRER DE 2024. ÚS DE
 L'AIGUA PROCEDENT DE LES DESSALINITZADORES. ECLI:ES:TS:2024:1169

El recurs es va interposar contra determinats articles d'un reial decret que aprovava la revisió de determinats plans hidrològics (Reial decret 35/2023), en concret els que feien referència a aigües procedents de dessalinitzadores. El recurrent reclamava que la referència que es feia a l'aigua dessalinitzada com a nou recurs hidrològic extern per a la regularització dels usos consolidats s'anul·lés i es reconegués la validesa de determinats convenis

subscrits prèviament, a l'efecte de reconèixer el dret a l'aprofitament privatiu de l'aigua dessalinitzada.

El TS considera, en línia amb una jurisprudència anterior, que l'aigua dessalinitzada és de naturalesa demanial i, en conseqüència, el seu aprofitament exigeix un títol concessional (fonament jurídic [FJ] 6 *in fine*), sense que la diferenciació entre la concessió per a la dessalinització i la que correspon a l'ús de l'aigua dessalinitzada siguin excloents; ans al contrari, s'han de considerar complementàries a l'empara de l'article 13.6 del text refós de la Llei d'aigües.

En aquest sentit, la Sentència desestima el recurs interposat i estableix que un conveni no pot ser títol habilitador per a l'ús i l'aprofitament de l'aigua dessalinitzada procedent de la dessalinitzadora, sinó que s'ha de subjectar al règim de concessions i autoritzacions atorgades per la confederació hidrogràfica corresponent, de conformitat amb la planificació hidrològica vigent en cada moment.

9. SENTÈNCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 31 DE GENER DE 2024. MANCA DE CONSULTA PÚBLICA PRÈVIA DE L'ARTICLE 133 DE LA LLEI 39/2015. ECLI:ES:TS:2024:481

El TS estima el recurs presentat per la Plataforma d'Afectats per la Delimitació de Costes de Formentera contra el Reial decret 668/2022, de l'1 d'agost, pel qual es modifica el Reglament general de costes, per manca del tràmit de consulta pública prèvia.

El Tribunal assenyala que per a poder prescindir del tràmit de consulta pública, en el supòsit de normes reglamentàries de l'Administració general de l'Estat, «han de concórrer les circumstàncies acumulades de què es tracti de normes pressupostàries o organitzatives i, a més d'aquestes específiques normes reglamentàries, que concorrin raons greus d'interès públic que ho justifiquin, no imposin obligacions rellevants als destinataris o regulin aspectes essencials d'una matèria».

La Sala considera que, en el cas del reial decret impugnat, «de cap manera té naturalesa organitzativa o pressupostària i, a més i als sols efectes del debat suscitat, de cap manera caldria infravalorar, com es raona en la MAIN (Memòria d'Anàlisi de l'Impacte Normatiu), els efectes de la reforma, com aquest mateix document acredita en referir-se als "objectius del projecte" (apartat 1.2), i resulta de la mateixa reforma que s'introdueix en el Reglament de la Llei de Costes».

La Sentència compta amb el vot particular de dos dels cinc magistrats que l'han dictat, partidaris de desestimar la petició de nul·litat del Reial decret per omissió del tràmit de consulta pública. En tot cas, consideren, a més, que aquesta nul·litat absoluta del reglament és una conseqüència desproporcionada quan hi va haver una àmplia participació ciutadana i d'organitzacions representatives dels interessos afectats que van fer al·legacions, encara que fos en un moment posterior a l'elaboració del projecte.

En definitiva, amb sentències com aquestes es constata la rellevància del compliment dels requeriments procedimentals en el procediment d'elaboració de disposicions de caràcter general, que ha deixat sense efectes modificacions normatives significatives que es contenien

en la norma declarada nul·la, per la qual cosa han recuperat la seva vigència les previsions del Reial decret 876/2014, del 10 d'octubre.

10. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 22 DE NOVEMBRE DE 2023. RECLAMACIÓ DE DESPESES DERIVADES DE L'ANUL·LACIÓ D'UNA LICITACIÓ. ECLI:ES:TSJCAT:2023:9767

La reclamació judicial es plantejava davant la presumpta desestimació d'una reclamació patrimonial per les despeses ocasionades per la participació en la licitació d'un contracte de serveis anul·lat per una sentència judicial.

El fonament de la reclamació es trobava en l'aplicació dels criteris de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques. En concret, es demanaven les despeses efectuades per a la preparació de l'oferta i la participació en el procediment de contractació, com ara les despeses de contractació d'un assessorament extern, el cost dels recursos humans necessaris per a elaborar l'oferta i el cost financer de l'aval que va ingressar per a participar en el procediment de contractació.

La reclamació es formulava tant per la via contractual com per l'extracontractual. En relació amb la primera, el recurrent invocava l'article 155.2 del text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP) (actualment, article 152.2 de la Llei 9/2017, del 8 de novembre), si bé la Sentència considera que la normativa de contractes no reconeix una indemnització en els supòsits d'anul·lació judicial d'una licitació i, a més, que tampoc no escau l'aplicació de la doctrina de l'enriquiment injust.

La Sala considera que participar en un procés de contractació pública i no resultar adjudicatari no genera un dret a indemnització, llevat que en la normativa contractual hi hagi una previsió que això constitueix un règim jurídic especial i que els òrgans de contractació estableixin en els plecs de clàusules administratives particulars alguna clàusula respecte a aquesta qüestió, que no és el cas.

D'altra banda, la Sala considera que en la legislació contractual no hi ha una previsió directa que reguli la pretensió continguda en la demanda: indemnització als licitadors que van concórrer en un procés de contractació pública i posteriorment van veure anul·lada la licitació en seu jurisdiccional.

En aquest sentit, es descarta la via de la responsabilitat contractual.

Pel que fa a la vessant extracontractual, la Sala considera que en aquest cas no existeix l'element d'antijuridicitat dels danys, el qual exigiria una violació suficientment caracteritzada d'una norma jurídica que tingui per objecte conferir drets a particulars, i en aquest punt el Tribunal recorda la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea segons la qual el criteri decisiu per a considerar que una violació del dret de la Unió està prou caracteritzada és el de la inobservança manifesta i greu per la institució dels límits imposats a la seva facultat d'apreciació, fets que no concorren en el cas analitzat, cosa que porta a la desestimació de la demanda.

Però, a més, quant als danys pretesament acreditats, la Sala considera que les despeses reclamades tampoc no són indemnitzables, algunes per raons temporals (per ser anteriors a

l'anunci de la licitació) i d'altres per raons de fons (per no ser raonables) o procedimentals (per no ser provades o no guardar relació amb l'elaboració de l'oferta tècnica).

En resum, aquesta sentència serveix com a paràmetre formal i material dels aspectes que s'han de valorar quan ens trobem davant d'una anul·lació judicial d'una licitació, i de la ponderació de danys eventuals als licitadors concurrents no adjudicataris.

11. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 8 DE FEBRER DE 2024. IMPOSSIBILITAT D'ATRIBUIR TITULARITATS EN EL PLANEJAMENT URBANÍSTIC: NUL·LITAT DEL PLA GENERAL METROPOLITÀ

La sentència dictada pel TSJC estima parcialment el recurs interposat per una empresa contra la resolució de la Conselleria de Territori i Sostenibilitat de la Generalitat per la qual s'aprova definitivament la modificació i transcripció a escala 1:100 del Pla General Metropolità en quatre barris de Cornellà de Llobregat.

El Tribunal estima la pretensió de nul·litat de la part actora d'acord amb el fet que tant en el pla d'estructura de la propietat com en la memòria es produeix l'error d'identificar com a titularitat pública una franja de terreny de 1.822 m² que és de la seva titularitat.

La Sentència declara que aquesta referència a la titularitat de les finques no és conforme al dret perquè aquesta atribució de titularitat no està prevista ni legalment ni reglamentàriament i resulta aliena a una figura de planejament urbanístic general. El Tribunal reconeix la possibilitat d'acompanyar el planejament de la documentació necessària que pugui il·lustrar millor el que es tracta d'ordenar urbanísticament, però conclou que resulta desencertat, fàcticament i jurídicament, tractar d'establir titularitats, que no són procedents en matèria planificadora perquè el planejament no pot atribuir titularitats.

Per tant, la Sentència anul·la el pla, però determina que suposaria un excés de jurisdicció declarar de manera expressa, com sol·licita l'actora, la propietat dels terrenys en qüestió, ja que la pretensió de l'actora que s'aclareixi la titularitat del terreny s'ha de dirimir en la via civil.

12. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 8 DE FEBRER DE 2024. DOCUMENTACIÓ NECESSÀRIA PERQUÈ UN ÒRGAN CONSULTIU EMETI UN DICTAMEN. ECLI:ES:TS:2024:736

La sentència analitzada fixa com d'interès cassacional reafirmar, reforçar, complementar i, si escau, matisar la jurisprudència sobre la incidència en la validesa d'una disposició general de la declaració de nul·litat d'una disposició reguladora de la composició d'un òrgan consultiu que ha d'emetre un informe preceptiu en la seva elaboració, declaració que adquireix fermesa després de concloure la seva tramitació.

En aquest punt, la Sentència recorda que la nul·litat de ple dret d'una disposició general produeix efectes quant als actes posteriors, però matisa aquesta afirmació en relació amb les situacions o els actes nascuts a l'empara d'aquesta norma abans de ser declarada nul·la for-

malment. En principi, aquests actes o aquestes situacions nascuts sota la cobertura de la norma estan també contaminats per la mateixa il·legalitat, tal com va declarar la sala d'instància, que va considerar que, anul·lat el decret regulador de l'òrgan consultiu, són nuls tots els seus dictàmens i, en conseqüència, si són preceptius, aquesta nul·litat s'ha d'estendre a l'acte o la disposició que culmina el procediment. No obstant això, aquesta posició és matisada pel TS al·legant raons i principis superiors, com ara la seguretat jurídica i la garantia de les relacions establertes. En aquest sentit, emparant-se en l'article 73 de la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA) i l'article 39.1 de la Llei 39/2015, recull la solució tradicional del nostre ordenament jurídic, que consisteix que la declaració de nul·litat d'un reglament només projecta els seus efectes sobre els actes que no hagin guanyat fermesa. Els actes fermes, en conseqüència, romanen, subsisteixen, malgrat la nul·litat de la norma reglamentària de cobertura.

No obstant això, el TS confirma la sentència d'instància perquè entén que els principis de transparència i/o bona administració exigeixen comunicar a l'òrgan consultiu, que ha d'emetre un informe preceptiu en l'elaboració d'una disposició general, tota la documentació de l'expedient administratiu seguit per a elaborar-la.

En aquest cas no s'havia posat a disposició de l'òrgan consultiu tota la documentació necessària, defecte que es converteix en un vici invalidant que condueix a la nul·litat del procediment, sense que es pugui justificar aquesta no aportació per raons com ara la seva naturalesa tècnica o la seva extensió.

13. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 282/2024, DEL 22 DE FEBRER DE 2024. PRESCRIPCIÓ DE L'ACCIÓ PER A RECLAMAR DANYS I PERJUDICIS COM A CONSEQÜÈNCIA DE L'ANUL·LACIÓ D'UN PLA URBANÍSTIC. ECLI:ES:TS:2024:1022

La normativa urbanística, en determinats supòsits, reconeix el dret a ser rescabalat com a conseqüència de l'anul·lació de plans urbanístics.

En aquest cas es planteja si el termini anual de prescripció de l'acció per a reclamar la indemnització pels danys i perjudicis que s'imposa en l'article 67 de la Llei del procediment administratiu comú de les administracions públiques, ha de començar a computar-se des de la fermesa de la sentència que anul·la un pla urbanístic, o si, per contra, aquest termini ha de computar-se des que l'Administració, en execució de la sentència esmentada, procedeix a la modificació del planejament, de manera que s'han de reintegrar les determinacions dels terrenys litigiosos a les condicions prèvies al pla anul·lat.

El Tribunal declara que, a l'efecte de l'inici del còmput del termini de prescripció anual per a la reclamació dels danys i perjudicis, quan s'imputi a una determinada actuació administrativa que ha estat anul·lada per sentència ferma, si en aquesta sentència l'anul·lació imposa dictar un nou acte administratiu —o disposició reglamentària— i el dany s'imputa a la demora en l'execució del que s'ha declarat en la sentència, el còmput de la prescripció no s'inicia fins que l'Administració condemnada procedeixi a donar ple compliment a la sentència anul·lativa i acorda el ple restabliment del dret que hi havia estat declarat.

14. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 12 DE FEBRER DE 2024. GESTIÓ DE PROCEDIMENTS SANCIONADORS PER UNA ENTITAT MERCANTIL. ECLI:ES:TS:2024:870

La qüestió que es plantejava en el recurs de cassació era aclarir si el criteri jurisprudencial establert en sentències anteriors, en concret en les sentències 1160/2020, del 14 de setembre, i 1265/2020, del 7 d'octubre, resulta d'aplicació en l'àmbit dels procediments administratius no sancionadors en la tramitació dels quals intervenen persones o entitats externes a l'Administració.

Aquestes dues sentències fixaven com a criteri cassacional que, com a regla general, la tramitació dels procediments sancionadors incoats per les administracions públiques l'ha de dur a terme el personal al servei d'aquestes administracions, sense que sigui admissible que, amb caràcter general, de permanència i de manera contínua, puguin encomanar-se funcions d'auxili material o d'assistència tècnica a entitats públiques empresarials, sens perjudici de poder recórrer ocasionalment, i quan l'Administració manqui dels mitjans per a fer-ho, a l'auxili d'entitats públiques empresarials, com a mitjans propis de l'Administració, per a prestar aquest auxili o aquesta assistència en particular.

En definitiva, es tractava de valorar la possibilitat que l'Administració encomani a una entitat externa la tramitació dels seus procediments sancionadors «amb caràcter general, de permanència i de manera contínua», qüestió que es va resoldre admetent la possibilitat, però de manera ocasional i degudament justificada.

Aquesta doctrina era aplicable als procediments sancionadors, raó per la qual en la sentència ara analitzada es tractava d'avaluar si la doctrina era traslladable als procediments no sancionadors i d'aclarir si davant una situació extraordinària un òrgan d'una Administració pública podia sol·licitar la col·laboració d'una societat mercantil estatal per a tramitar els procediments administratius que té encomanats, reservant-se la resolució administrativa que posa fi a aquests procediments.

El TS assenyala que no es pot excloure la possibilitat que, en determinades circumstàncies extraordinàries, una administració que no posseeixi els mitjans materials o tècnics idonis per a l'acompliment de les competències que li han estat encomanades pugui acudir per raons d'eficàcia a la col·laboració amb altres entitats, o bé utilitzant la figura de l'encàrrec de gestió o bé utilitzant els serveis d'una persona jurídica diferent que tingui la consideració de «mitjà propi de l'Administració».

La Sentència indica igualment que l'encàrrec per a reforçar amb el seu personal i els seus mitjans tècnics les mancances puntuals que pugui tenir una administració pública, constitueix la raó de ser d'un «mitjà propi», quan disposa d'una infraestructura suficient i idònia per a dur a terme prestacions en el sector d'activitat de què es tracti pel seu objecte social, perquè es tracta d'una opció més eficient que la contractació pública o perquè concorren raons d'urgència que exigeixen la necessitat de disposar dels serveis subministrats pel mitjà propi o servei tècnic (article 86.2 de la Llei 40/2015).

En conseqüència, en resposta a la qüestió d'interès cassacional plantejada, la Sentència assenyala:

En determinades circumstàncies extraordinàries i quan una Administració no pos-

seeixi els mitjans materials o tècnics idonis per a l'acompliment de les competències que li han estat encomanades, pot acudir per raons d'eficàcia a la col·laboració amb altres entitats, en concret a una societat mercantil estatal que tingui la consideració de mitjà propi de l'Administració. Aquesta col·laboració pot estar referida no només a treballs tècnics o materials concrets i específics, sinó [que] també pot sol·licitar el seu auxili en la gestió i en la tramitació de procediments que té encomanats, reservant-se a l'òrgan administratiu el control i la decisió que posi fi al procediment.

En definitiva, el TS estén la doctrina fixada anteriorment pels procediments sancionadors als procediments que no tinguin aquesta naturalesa, amb les salvaguardes i les garanties ja comentades.

15. SENTÈNCIA DE L'AUDIÈNCIA NACIONAL DEL 9 DE FEBRER DE 2024. NOTIFICACIONS ELECTRÒNIQUES. L'ADMINISTRACIÓ NO POT ESCOLLIR ALEATÒRIAMENT O ARBITRÀRIAMENT EL SISTEMA DE NOTIFICACIÓ

Dintre de la casuística que caracteritza les notificacions administratives, de manera similar al que passa en les notificacions presencials, s'està configurant progressivament una jurisprudència al voltant de les notificacions electròniques. Aquesta jurisprudència modula les previsions legals en funció de les circumstàncies del cas concret i atenent si es produeix o no una eventual situació d'indefensió material. En paraules del TS, el que és rellevant és si l'interessat —hi estigui obligat o no— ha tingut una possibilitat efectiva d'accedir a la notificació.

En el cas de la sentència analitzada, l'Audiència Nacional estima el recurs interposat perquè entén que l'Administració no pot anar canviant indiscriminadament el sistema de notificació.

Es tractava d'un procediment tributari en el qual la primera notificació posterior a la inclusió en un procediment de comprovació es va fer de la mateixa manera que les anteriors, és a dir, al domicili del tributari obligat, i la següent, també al mateix domicili. La posterior, probablement la més important —l'acord de liquidació— es va fer per via electrònica. I la següent —l'obertura de l'expedient sancionador de nou—, al domicili.

Consta que quan al recurrent se li va notificar aquesta última decisió, va reaccionar amb rapidesa i va intentar recórrer l'acord de liquidació, cosa que no li va ser admesa en considerar-se el recurs extemporani.

Aquesta manera de procedir, canviant indiscriminadament de canal de notificació, no es considera correcta i s'ordena la remissió de les actuacions al Tribunal Económico-administratiu Regional (TEAR) perquè, partint de la disconformitat amb dret amb la inadmissió acordada, dicti una nova resolució.

Sentències com aquestes són rellevants perquè, en principi, no apliquen estrictament l'obligatorietat de la notificació electrònica quant als subjectes obligats legalment a ser notificats electrònicament, però ho justifiquen per la situació prèvia i per la confiança de l'administrat quant al mitjà de notificació i, en el cas concret, per la incorrecció que suposa que l'Administració vagi alterant aleatòriament o arbitràriament el sistema de notificació.

16. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 39/2024, DEL 15 DE GENER DE 2024.
ESMENA DE LA MANCA DE SIGNATURA ELECTRÒNICA I DE REGISTRE
EN LES SOL·LICITUDS PRESENTADES PER VIA ELECTRÒNICA.
ECLI:ES:TS:2024:91

En línia amb la sentència analitzada anteriorment, la incorporació dels mitjans electrònics al funcionament ordinari de l'Administració és una obligació imposada legalment, però genera situacions en els quals la norma no dona una resposta completa i que requereixen una interpretació jurisprudencial.

Aquest és el cas de les presentacions telemàtiques no finalitzades, en les quals l'Administració està obligada a donar un termini de deu dies per a l'esmena de la voluntat expressada pel sol·licitant per qualsevol mitjà.

La sentència analitzada, en línia amb altres d'anteriors, determina com s'ha d'articular aquesta esmena.

En aquest cas, consta acreditat que el recurrent va seguir tots els passos per a la presentació de la seva sol·licitud per via electrònica per a participar en un procés selectiu convocat per la Conselleria d'Educació d'Andalusia, llevat de l'últim: «[...] va pagar la taxa, va completar el formulari i va gravar la sol·licitud».

Tot i això, quan mancava fer el darrer pas, el recurrent es va trobar amb la indicació «sol·licitud cursada amb èxit». L'única omisió va ser que no va signar electrònicament la seva sol·licitud ni va incloure-la en el registre electrònic. Així, allò omès era la signatura o acreditació de la voluntat del sol·licitant, però l'aplicació va generar un missatge que traslladava la confiança errònia que la sol·licitud havia estat tramitada degudament.

Analitzant el cas en concret, el TS entén que calia donar el termini de deu dies per a esmenar l'error. Cal recordar que, en l'àmbit de les presentacions presencials, quan una sol·licitud es presentava en paper sense signar, la jurisprudència majoritària entenia que calia donar igualment un termini per al tràmit d'esmena, cosa que en la pràctica significa que la tramitació electrònica no ha de suposar una reducció de les garanties del particular davant de l'Administració.

17. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 61/2024, DEL 17 DE GENER.
REALITZACIÓ D'OBRES EN SUPÒSITS DE FORA D'ORDENACIÓ.
ECLI:ES:TS:2024:170

La Sentència analitza el règim de les situacions urbanístiques fora d'ordenació o assimilades, derivades de la disconformitat amb el planejament de l'edificació o la instal·lació existent.

En aquest cas s'analitza la situació derivada de les mesures de restabliment de la legalitat urbanística, relacionades amb obres sense llicència o contràries al planejament, i l'afectació o no d'aquestes mesures en actuacions anteriors en el temps, que es troben igualment fora d'ordenació, però la possibilitat que s'exerceixi l'actuació de restauració de la legalitat

urbanística, atès el temps transcorregut, no és possible per haver caducat l'acció per a la restauració de la legalitat urbanística.

El TS entén que la realització d'obres que excedeixen la mera conservació, ornament, seguretat o salubritat d'edificacions en una situació assimilada a fora d'ordenació, no suposa la pèrdua de la caducitat guanyada quant a les actuacions urbanístiques anteriors.

En aquest sentit, el TS entén que el transcurs del termini per a l'exercici de l'acció de restabliment de la legalitat urbanística sobre obres sense llicència o contràries al planejament, té com a efecte impedir a l'Administració l'adopció de mesures de restabliment de la legalitat urbanística, però no atorga al propietari altres facultats que les inherents al manteniment de la situació creada —assimilable a la situació de fora d'ordenació—, és a dir, la d'oposar-se a qualsevol intent de demolició d'allò construït o la de privació de l'ús que de fet està gaudint, sempre que aquest ús no s'oposi al permès pel pla per a la zona de què es tracta.

El TS fonamenta aquest pronunciament en el principi de seguretat jurídica, vinculat necessàriament amb la institució de la prescripció, que impedeix reobrir artificialment un termini perquè l'Administració exerceixi una acció ja caducada.

Així, en el cas concret, el TS admet la restitució a la situació anterior a les obres fetes l'any 2018, però no a les que havien estat fetes l'any 2011.

18. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 15 DE MARÇ DE 2024. AUDIÈNCIA DE LA PART EN L'ADOPCIÓ DE MESURES CAUTELARS EN EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

En l'àmbit del procediment administratiu, sobretot quan es tracta de qüestions en matèria de personal, pot ser recomanable l'adopció de mesures cautelars, amb la finalitat de preservar el bon funcionament del servei públic, mentre es tramita un procediment disciplinari.

Això obliga a plantejar quins són els requeriments materials i procedimentals necessaris per a l'adopció correcta de la mesura. Al marge de la necessària motivació de la mesura cautelar, també s'ha plantejat si, prèviament a la seva adopció, s'ha de donar audiència a la persona interessada.

Aquest és el cas de la sentència analitzada, la qual estima un recurs presentat contra l'adopció de la mesura cautelar de suspensió provisional de funcions per un termini màxim de sis mesos en un expedient disciplinari.

El motiu pel qual s'estima el recurs és que la mesura cautelar es va adoptar *inaudita parte*, considerant que la presència de la funcionària en el seu lloc de treball durant la tramitació de l'expedient podia interferir en la seva instrucció.

La Sentència qüestiona la falta d'audiència de la part abans de resoldre sobre la mesura cautelar, ja que entén que vulnera el dret de defensa i interdicció de l'arbitrarietat de l'article 24 de la CE.

El TSJC fa un paral·lelisme amb l'àmbit jurisdiccional, en què les mesures cautelars *inaudita parte* només poden adoptar-se en cas que concorrin circumstàncies d'una urgència especial (art. 135 de la LJCA), que exigeixen una motivació superior, de manera que és raonable que aquest principi s'estengui als procediments sancionadors administratius.

En el cas analitzat, la funcionària ja havia estat traslladada a un altre lloc de treball (de manera que no podia interferir ni en el procediment penal ni en el disciplinari), el jutge penal no havia adoptat cap mesura cautelar incompatible amb la prestació del servei i no s'aprecien raons d'urgència, d'excepcionalitat o d'un altre ordre que justifiquin l'adopció *inaudita parte* d'una mesura cautelar d'aquesta naturalesa i gravetat.

A més, el TSJC recorda la transcendència que té la suspensió de funcions per a un funcionari públic, ja que afecta també la seva esfera personal i familiar, i entén que la mesura cautelar adoptada no compleix els requisits exigits de ser necessària, raonable i proporcionada, i, per tant, estima el recurs contra aquesta suspensió.

En resum, es tracta d'una sentència que avalua i fixa els criteris que s'han de tenir presents materialment i formalment a l'hora d'adoptar una mesura cautelar durant la tramitació d'un procediment disciplinari.

19. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA DEL 8 DE MAIG DE 2024. PRESCRIPCIÓ DEL DRET A EXIGIR L'EXECUCIÓ D'UNA SENTÈNCIA FERMA PEL TRANCURS DE CINC ANYS

Aquesta sentència analitza quin és el termini de què es disposa per a executar una sentència ferma.

En el cas analitzat, la Sentència estima el recurs d'apel·lació interposat per un ajuntament i declara prescrita l'acció de la Generalitat de Catalunya per a exigir l'execució de la sentència ferma que es va dictar en les actuacions.

Els antecedents d'aquest cas deriven d'una STSJC que va anul·lar un acord de la comissió de govern d'un ajuntament pel qual s'havia atorgat una llicència urbanística. La sentència va ser ferma el 25 d'octubre de 2011 i el 14 de novembre del mateix any la Generalitat va requerir a l'ajuntament que l'executés (actuació que interromp la prescripció), però no va ser fins més de deu anys després (el 4 de maig de 2022) que en una inspecció urbanística es va constatar que no s'havia executat.

En aquest punt, en la sentència analitzada el debat versa sobre la prescripció del dret de la Generalitat a sol·licitar l'execució de la sentència.

La STSJC fa referència a la jurisprudència del TS que estableix que és aplicable el termini de prescripció de les accions personals que no tinguin assenyalat un altre termini (article 1964 del Codi civil [CC]), que era de quinze anys fins a la reforma introduïda per la disposició final primera de la Llei 42/2015, del 5 d'octubre, quan el termini va passar a ser de cinc anys.

A més, d'acord amb la disposició transitòria cinquena de la llei indicada i l'article 1939 del CC, la prescripció es regeix per la llei vigent en la data en què s'inicia el termini prescriptiu, de manera que la nova llei no s'aplica a les prescripcions en curs en el moment de l'entrada en vigor d'aquesta.

No obstant això, la Sentència recorda el criteri interpretatiu segons el qual la prescripció s'entén consumada si la nova llei escurça el termini de prescripció establert anteriorment i aquest nou termini transcorre completament després de l'entrada en vigor de la nova llei.

Per tant, s'estima l'apel·lació perquè, si bé el 7 d'octubre de 2015 no havia transcorregut el termini de quinze anys que establí la normativa anterior, entre aquesta data i el 5 de maig de 2022 (quan la Generalitat va sol·licitar l'execució forçosa) sí que havia transcorregut el termini prescriptiu de cinc anys que estableix la nova normativa.

20. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 25 D'ABRIL DE 2024.
CONSIDERACIÓ DELS CENTRES D'EDUCACIÓ INFANTIL MUNICIPAL
COM A PÚBLICS A L'EFECTE DE LA VALORACIÓ DE MÈRITS.
NATURALESA DE LES CORPORACIONS LOCALS COM A
ADMINISTRACIÓ EDUCATIVA. ECLI:ES:TS:2024:2427

En aquest pronunciament, el TS valida una STSJC que considera que els centres d'educació infantil d'un ajuntament de Catalunya s'han de considerar centres públics creats i sostinguts per una administració educativa, a l'efecte de valorar els mèrits dels professors.

Amb aquest pronunciament, el TS se separa de criteris anteriors i confirma el pronunciament de la instància. En aquest cas, es tractava d'un concurs oposició per a ingressar en la funció pública docent en l'especialitat d'educació infantil, en què a l'actora se li va valorar la seva experiència en un centre educatiu de titularitat municipal amb una puntuació que corresponia als centres que no eren públics. L'explicació d'aquesta valoració era que el Reglament d'ingrés, accessos i adquisició de noves especialitats en cossos docents estableix que s'entén per centres públics els centres als quals es refereix la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació, integrats en la xarxa pública de centres i sostinguts per les administracions educatives.

La qüestió plantejada en la seu cassacional és si els centres docents de titularitat municipal són una «administració educativa» o no.

El TS entén que per a resoldre aquesta qüestió no només s'ha de valorar la titularitat del centre, sinó també les regles competencials. Així, tot i que la normativa estatal bàsica no considera que els ens locals siguin una «administració educativa», encara que puguin ser centres docents públics, l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) sí que atorga als governs locals competències amb relació a l'educació infantil (art. 84.2g de l'EAC) i, per tant, a Catalunya els ens locals sí que són una administració educativa respecte dels centres d'educació infantil.

Per tant, el TS entén que, per a valorar el mèrit d'experiència professional en els processos selectius, l'experiència en centres públics de titularitat municipal ha de considerar-se desenvolupada en centres creats i sostinguts per les administracions educatives.

21. SENTÈNCIA DE LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREM DE L'11 DE JUNY
DE 2024. FORÇA MAJOR ARRAN D'UN CIBERATAC I EXPEDIENT DE
REGULACIÓ D'OcupACIÓ. ECLI:ES:TS:2024:3452

La Sentència de la Sala Social del TS analitza si un ciberatac pot ser considerat força major a l'efecte de justificar un expedient de regulació d'ocupació (ERO).

La Sala, després d'analitzar els límits conceptuals de la força major, que fan difícil encaixar la inevitabilitat en el concepte legal estrictament, considera que si alguns d'aquests atacs ultrapassen els estàndards que han estat valorats o assegurats en termes de protecció per al desenvolupament ordinari de l'empresa i, per això, no poden ser evitats (inevitabilitat), ens trobem davant d'un succés inevitable, que, si ultrapassa els que derivarien del curs normal de la vida de l'empresa, pot ser considerat com un supòsit de força major.

En aquesta línia, el que és destacable d'aquesta sentència és que, en el terreny de la valoració del que era inevitable, els fets provats posen de manifest que l'empresa havia previst la possibilitat que es produïssin ciberatacs, disposava de les mesures de seguretat necessàries i suficients en termes legals per a evitar un atac de ciberseguretat i, malgrat tot, l'atac no va poder ser evitat, com va posar de manifest l'informe que es va aportar.

En definitiva, l'important d'aquesta sentència rau en la valoració de les mesures de seguretat adoptades, les quals han de complir amb els estàndards mínims legalment exigibles, i, en aquest punt, traslladant aquesta qüestió al funcionament de les administracions públiques, cal tenir present el compliment necessari de les previsions establertes per l'Esquema Nacional de Seguretat com a paràmetre de normalitat o de compliment de les mesures necessàries que han de ser executades per les administracions públiques per a poder acreditar, davant d'un ciberatac, que les mesures de seguretat eren les correctes per a evitar una eventual responsabilitat de l'Administració.

22. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 13 DE MAIG DE 2024. IMPUGNACIÓ DE L'ORDENANÇA MUNICIPAL DE RECOLLIDA DE RESIDUS. ECLI:ES:TS:2024:2668

El recurs s'interposava contra una STSJC que va estimar el recurs interposat contra l'Ordinanza fiscal 3.18 de l'Ajuntament de Barcelona, reguladora de la «[t]axa per al servei de recollida de residus municipals generats en els domicilis particulars per a 2020 i exercicis successius».

L'estimació del recurs es fonamentava en el fet que l'informe econòmic financer que dona suport a l'ordenança no era suficient.

Com a interès cassacional, a l'efecte de la formació de jurisprudència es considerava necessari:

[...] Determinar si, segons la doctrina del TS, d'acord amb els arts. 24.2 i 25 TRLHL, en relació amb la taxa de recollida de residus prevista en l'actual art. 20.4.s) TRLHL:

— Resulta suficient l'informe tècnic econòmic que, per al càlcul de la quota de la taxa de recollida de residus municipals, es fonamenti en informes que vinculin el valor d'aquest servei amb el volum d'aigua consumida pels subjectes passius.

— Resulta vàlid, com a criteri per fixar la tarifa de la taxa, el tipus de comptador i el cabal nominal atribuït a cada contracte de subministrament.

El TS, primerament, recorda la rellevància de la memòria economicofinancera per a l'establiment d'una taxa (la més recent, en la Sentència 82/2024, del 19 de gener de 2024; recurs de cassació 2865/2022).

En segon lloc, atenent a la normativa aplicable en el moment de la meritació de la taxa, considera que no era exigible que l'Ajuntament estructurés l'ordenança fiscal de la taxa pel servei de residus sobre la base d'un sistema de pagament per generació de residus, de manera que imposés als productors de residus una taxa segons la quantitat real de residus generats, en els termes de la nova Llei 7/2022.

Sobre aquesta base, atenent, doncs, a la normativa aplicable en el moment dels fets, el TS considera que el consum d'aigua presenta una correlació positiva amb la generació de residus. Aquesta correlació es basa en el fet que el consum d'aigua depèn, entre altres factors, del nombre de persones que habiten en un domicili i del seu nivell de renda, i ambdós són indicis explicatius racionals de la generació de residus, tal com demana el principi de qui contamina paga.

Igualment, el TS considera igualment raonable el segon dels aspectes ponderats, el cabal instal·lat a cada habitatge, en contra de la sentència d'instància.

D'acord amb el que s'ha exposat, el TS estima el recurs de cassació interposat per l'Ajuntament de Barcelona i indica que la resposta a aquesta qüestió ha de ser que, atenent a la normativa en el moment de l'aprovació de la taxa de recollida de residus, el principi de qui contamina paga no exigeix la determinació prèvia i individualitzada del volum de residus generats per cada individu a la taxa pel servei de recollida, eliminació o tractament de residus sòlids urbans als efectes del càlcul de la quota tributària. En aquest sentit, resulta suficient que l'informe tècnic econòmic de taxes de recollida de residus es fonamenti en informes que vinculin el valor d'aquest servei amb el volum d'aigua consumida i el cabal nominal de cada habitatge.

Cal indicar que aquesta sentència remarca, de manera reiterada, que aquesta doctrina no seria aplicable al nou règim de gestió de residus implantat per la Llei 7/2022, que en l'article 11 regula els costos de la gestió de residus i en els apartats 3 i 4 la metodologia i els criteris que cal seguir per a la seva determinació, metodologia que ha de ser aplicada en el termini de tres anys des de l'entrada en vigor de la Llei.

23. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 24 DE JUNY DE 2024. SUBMISSIÓ A L'IMPOST DE CONSTRUCCIONS, INSTAL·LACIONS I OBRES DEL DESPLEGAMENT DE XARXES DE COMUNICACIONS ELECTRÒNIQUES UTILITZANT INFRAESTRUCTURES PREEXISTENTS. ECLI:ES:TS:2024:3588

El TS determina en aquest recurs si el desplegament de xarxes de comunicacions electròniques, consistent en l'estesa de cables de fibra òptica per canalitzacions d'un altre operador o de nova col·locació, tant per les façanes d'immobles com pel seu interior, constitueix una instal·lació a l'efecte del fet imposable de l'impost de construccions, instal·lacions i obres (ICIO) d'acord amb la normativa europea en matèria de comunicacions electròniques i la jurisprudència que la interpreta.

El recurs de cassació el va interposar un ajuntament contra la sentència dictada per un jutjat contenciós administratiu que va estimar el recurs formulat per una empresa de telecomunicacions contra el decret dictat pel consistori que, en el seu dia, va desestimar el recurs

de reposició instat contra la liquidació de l'ICIO girada com a conseqüència del desplegament de noves xarxes de comunicacions electròniques.

La sentència d'instància ara recorreguda va declarar que el desplegament de xarxes de comunicacions electròniques consistent en l'estesa de cables de fibra òptica per canalitzacions d'un altre operador o de nova col·locació, tant per les façanes d'immobles com pel seu interior, no constituïa una nova instal·lació a l'efecte del fet imposable de l'ICIO.

Davant aquesta sentència, l'ajuntament al·lega en el seu recurs que el desplegament de xarxes de comunicacions sí que constitueix una instal·lació subjecta a l'ICIO perquè es tracta d'una nova xarxa addicional, no d'una millora o adaptació tecnològica, i això malgrat que es faci sobre infraestructures ja existents.

L'empresa de telecomunicacions s'oposava al recurs al·legant que la instal·lació a què es refereix la liquidació es trobava sota la cobertura de l'article 34.7 de la Llei 9/2014, del 9 de maig, general de telecomunicacions —llavors vigent—, ja que es tractava d'un nou equipament que s'instal·lava utilitzant les canalitzacions ja existents, i que no s'incorria en el fet imposable de l'ICIO perquè considerava que no existia cap instal·lació, sinó un «desplegament de xarxes». Argumentava que un dels principis que inspirava la legislació europea era la disminució de costos en aquest tipus d'infraestructures tot evitant gravàmens redundants.

El TS estima el recurs de l'ajuntament interpretant igualment l'article 34.7 esmentat (actualment 49.11 de la Llei general de telecomunicacions, substancialment idèntic). La Sala entén que el fet d'instal·lar telefonia i fibra òptica per una canalització ja existent suposa incorporar una nova xarxa addicional a la ja existent i, per tant, que no es tracta d'un accés per a la interconnexió o utilització, i des d'aquesta aproximació fixa com a criteri interpretatiu que el desplegament de xarxes de comunicacions electròniques consistent en l'estesa de cables de fibra òptica per canalitzacions d'un altre operador constitueix una instal·lació a l'efecte del fet imposable de l'ICIO i, en les circumstàncies del cas, comporta la realització d'una instal·lació, que requereix una declaració responsable, que s'ha de presentar davant de l'ajuntament de la imposició, que no integra una actuació d'innovació tecnològica o adaptació tècnica que suposi la incorporació de nou equipament.

24. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM DEL 24 DE JULIOL DE 2024. RESPONSABILITAT DE L'ESTAT LEGISLADOR I PLUSVÀLUA. ECLI:ES:TS:2024:4323

La Sentència resol el recurs de cassació interposat per determinades empreses contra un acord del Consell de Ministres que desestimava sol·licituds d'indemnització per responsabilitat patrimonial de l'estat legislador formulades pels interessats, prenent com a base la STC 182/2021, del 26 d'octubre, en relació amb l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana (IIVTNU).

El pronunciament analitza la jurisprudència del TS sobre la responsabilitat de l'estat legislador i les sentències que han estat dictades pel Tribunal Constitucional en relació amb la plusvàlua, en particular la STC 182/2021.

El TS indica que la particularitat del recurs és que el recurrent no va qüestionar les liquidacions ni en seu administrativa ni judicial, ni va acreditar que el tribut aplicat

(IIVTNU) era inconstitucional perquè contravenia el principi de capacitat econòmica. En definitiva, no s'havien aportat proves que justifiquessin la inexistència de la plusvàlua i, consegüentment, mancava provar la inexistència de capacitat econòmica que justifiqués el gravamen de l'impost.

Aquesta deixadesa voluntària de naturalesa probatòria del recurrent porta el TS a afirmar que en el present cas no s'ha vulnerat el principi de capacitat econòmica, que és la *ratio decidendi* tant de la inconstitucionalitat declarada en la STC 59/2017 com de la declarada en la STC 182/2021, circumstància que serà rellevant a l'hora de determinar la inexistència d'anti-juridicitat derivada de la declaració d'inconstitucionalitat i, d'altra banda, la manca d'un dany efectiu i quantificable econòmicament, pressupòsits imprescindibles perquè la responsabilitat patrimonial pugui ésser apreciada.

Basant-se en aquesta inactivitat probatòria, el TS desestima el recurs interposat i declara que existeix responsabilitat patrimonial.

Cal tenir present que aquest criteri fixat pel TS és traslladable a molts dels recursos que s'han plantejat en relació amb la responsabilitat de l'estat legislador derivada de la inconstitucionalitat de la plusvàlua municipal.

DOCTRINA CONSULTIVA

RECU LL DE DOCTRINA DEL CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES

M. Àngels Arróniz Morera de la Vall

Lletrada cap dels Serveis Jurídics

Consell de Garanties Estatutàries

Anna M. Carbonell Roura

Lletrada responsable de Biblioteca, Documentació i Publicacions

Consell de Garanties Estatutàries

Sumari: 1. Dictamen 1/2024, del 16 de febrer, sobre la Llei 12/2023, del 24 de maig, pel dret a l'habitatge; 1.1. L'activitat estatal de foment i respecte de la competència de la Generalitat en matèria d'habitatge en relació amb l'activitat de foment (art. 137.1*b* i 114.2 EAC) i l'autonomia financera (art. 201.2 EAC); 1.2. L'adequació de la regulació al principi de seguretat jurídica de l'article 9.3 de la Constitució espanyola; 1.3. El respecte a les competències de la Generalitat de la resta de preceptes qüestionats; 1.4. El vot particular; 2. Dictamen 2/2024, del 23 de juliol, sobre la Proposta de reforma del Reglament del Parlament de Catalunya; 2.1. La delegació del vot i el respecte a l'article 23.2 de la Constitució espanyola i al principi de seguretat jurídica de l'article 9.3 del mateix text; 2.1.1. L'article 2 de la Proposta de reforma en la modificació que efectua de l'article 95.2 del Reglament del Parlament de Catalunya i l'esmena número 4; 2.1.2. L'article 2 de la Proposta de reforma del Reglament del Parlament de Catalunya en l'addició que efectua d'un apartat 4 a l'article 95 del mateix reglament; 2.2. La votació telemàtica i la seva adequació a l'article 23.2 de la Constitució espanyola; 2.3. La delegació del vot i el règim transitori per a l'aplicació de la Llei orgànica 1/2024, del 10 de juny, d'amnistia per a la normalització institucional, política i social a Catalunya. El respecte a l'article 23.2 de la Constitució espanyola i al principi d'interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics *ex* article 9.3 del mateix text legal.

1. DICTAMEN 1/2024, DEL 16 DE FEBRER, SOBRE LA LLEI 12/2023, DEL 24 DE MAIG, PEL DRET A L'HABITATGE

Continuant amb la dinàmica de l'any 2023, el febrer del 2024 el Consell ha emès un altre pronunciament en matèria d'habitatge, en concret sobre la mateixa norma objecte del Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries (DCGE) 1/2023, del 2 d'agost,¹ la Llei estatal 12/2023, del 24 de maig, pel dret a l'habitatge; aquesta vegada, però, a sol·licitud del Govern de la Generalitat de Catalunya.²

1. Una síntesi d'aquest pronunciament del Consell es pot consultar a: Carbonell Roura, Anna M. "Recull de doctrina del Consell de Garanties Estatutàries". *Revista Catalana d'Administració Pública* [recurs electrònic], núm. 1 (juny 2024), p: 363-387.

2. Amb posterioritat a l'emissió del Dictamen preceptiu del Consell, el Govern de la Generalitat ha presentat el recurs d'inconstitucionalitat 1278-2028, contra determinats preceptes de la Llei, que ha estat ad-

En aquella ocasió es van analitzar els apartats *c, d, e, f, g, h, i, j, m, n, o, p, q, r* i *s* de l'article 2, els apartats *1b, 1d, 2, 3* i *4* de l'article 15, els articles 16 i 17, els apartats 1, 3, 4 i 6 de l'article 18, els apartats 1, tercer paràgraf, i 2 de l'article 27, la disposició transitòria segona, per connexió amb els apartats 2 i 3 de l'article 27 i amb els articles 28, 29 i 34, la disposició transitòria primera, paràgraf segon, i l'apartat 1 de la disposició final setena de la precitada norma. D'altra banda, en el dictamen mencionat també es van examinar els apartats *2d* i *5* de l'article 18, per bé que en el present dictamen es tracten des d'una altra perspectiva o amb una fonamentació singularitzada diferent. Finalment, hi ha una sèrie de preceptes que s'analitzen de nou, com són els articles *3f.1*, segon paràgraf, *11.1, 12, 23* i *24*, la disposició addicional primera i les disposicions finals primera, apartat sisè, i quarta.

En les línies que segueixen ens centrarem únicament en els aspectes i les consideracions que afegeix aquest pronunciament, més encara tenint en compte que, quant a l'argumentació i les conclusions respecte dels preceptes tractats també en el DCGE 1/2023, el Consell hi fa una remissió *in totum*.

1.1. L'ACTIVITAT ESTATAL DE FOMENT I RESPECTE DE LA COMPETÈNCIA DE LA GENERALITAT EN MATÈRIA D'HABITATGE EN RELACIÓ AMB L'ACTIVITAT DE FOMENT (ART. 137.1B I II.4.2 EAC) I L'AUTONOMIA FINANCERA (ART. 201.2 EAC)

El Dictamen tracta conjuntament els *articles 12, 18.5, 23 i 24* de la Llei 12/2023, atès que tots fan referència a activitats estatals de foment. Així, l'article 12 regula l'acció de l'Estat en matèria d'habitatge, rehabilitació, regeneració i renovació urbana; l'article 18.5 es refereix al programa específic que pot desenvolupar el ministeri competent en matèria d'habitatge per a les zones de mercat residencial tensionat; l'article 23 conté dos apartats referents a la planificació i la programació estatal en aquesta matèria, i l'article 24 es refereix als plans estatals en matèria d'habitatge i rehabilitació, regeneració i renovació urbana i rural.

En referència al marc constitucional i estatutari en matèria de foment de l'habitatge, el Dictamen reconeix que és constitucionalment admissible l'exercici de l'activitat de foment estatal en àmbits de competència exclusiva autonòmica, ja sigui a través del títol competencial de l'Estat sobre bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13 de la Constitució espanyola [CE]), ja sigui mitjançant la competència relativa a les condicions bàsiques per a garantir la igualtat (art. 149.1.1 de la CE). No obstant això, assenyalava que una interpretació expansiva d'aquests dos títols competencials de caràcter transversal pot comportar un risc real de buidament de les competències autonòmiques afectades i, a

més a tràmit per mitjà de la provisió de 9 d'abril de 2024 i que s'afegeix al presentat amb anterioritat pel Parlament de Catalunya (núm. 5580-2023, admès a tràmit per la provisió de 26 de setembre de 2023). Fruit de la nombrosa conflictivitat constitucional de la qual ha estat objecte aquesta norma s'ha emès el primer pronunciament del Tribunal Constitucional (STC 79/2024, de 21 de maig) de resultes del recurs d'inconstitucionalitat 5491-2023 promogut pel Consell de Govern d'Andalusia, que ha conclòs amb la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 16; 19.3 a partir de l'incís «que ha d'incloure, respecte als habitatges de titularitat del gran tenidor en la zona de mercat residencial tensat, almenys, les dades següents:»; 27.1, tercer paràgraf; 27.3, i la disposició transitòria primera de l'esmentada Llei 12/2023. La STC porta annex un vot particular.

més, pot produir una distorsió permanent del sistema ordinari de finançament autonòmic (Sentència del Tribunal Constitucional [STC] 36/2012, del 15 de març, fonament jurídic [FJ] 4, i Dictamen 12/2012, del 22 d'agost, FJ 2).

El Dictamen fa palès que, a la pràctica, l'acció de foment de l'Estat en matèria d'habitatge s'ha materialitzat en una sèrie de plans estatals sense solució de continuïtat que regulen pràcticament tot el règim jurídic dels programes i les subvencions de promoció en aquest àmbit, com el Pla Estatal d'Accés a l'Habitatge actualment vigent (2022-2025). En el Conveni signat entre la Generalitat i l'Estat per a l'execució d'aquest pla es concreten els programes en els quals participarà la Generalitat (amb el seu cofinançament) i s'especifiquen una sèrie de facultats, merament executives, de tramitació i pagament dels ajuts, sempre en el marc dels programes dissenyats en el pla estatal, sense possibilitat d'establir una modulació en els objectius o les accions que s'han de finançar i havent de seguir estrictament els requisits i controls per a justificar les despeses a fi d'obtenir el finançament estatal pactat.

L'aplicació del paràmetre de constitucionalitat dut a terme en el Dictamen es projecta sobre dos aspectes: d'una banda, la manca de previsió expressa de la territorialització dels recursos de l'Estat amb destinació al foment de l'habitatge i, de l'altra, la manca de capacitat de decisió de la Generalitat quant a l'establiment d'objectius i prioritats en la seva activitat de foment en aquest camp.

a) Pel que fa al primer aspecte, es constata que el criteri de la territorialització dels recursos financers destinats a l'activitat de foment de l'Estat en general, i en l'àmbit de l'habitatge en particular, ha estat una constant de la jurisprudència constitucional i també ha estat inclòs en l'article 114 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC). Els preceptes objecte de dictamen, si bé en algun cas hi fan al·lusions indirectes, no contenen, en efecte, cap menció expressa de la territorialització esmentada. Ara bé, aquesta absència no és en ella mateixa motiu d'inconstitucionalitat, ja que la dicció de la norma legal no impedeix que es pugui fer una distribució dels fons estatals conforme al criteri de la jurisprudència constitucional a través dels plans que s'aprovin posteriorment. Per tant, no es pot fer un pronunciament de caràcter preventiu, tal com es va dir, en el mateix sentit, en el DCGE 1/2021, del 30 de març (FJ 3.6), i en la línia del que ha declarat també el Tribunal Constitucional sobre la improcedència de la impugnació preventiva o hipotètica (STC 64/2018, del 7 de juny, FJ 5, o 36/2022, del 10 de març, FJ 3).

b) Quant al segon aspecte, relatiu a la privació de la capacitat de decisió autonòmica sobre els objectius de l'activitat de foment com a conseqüència de les previsions dels articles 12, 23 i 24 de la Llei 12/2023, amb caràcter previ cal esmentar que l'apartat 1 de la disposició final setena de la Llei declara que l'article 12 ha estat dictat a l'empara dels apartats 1 i 13 de l'article 149.1 de la CE i que l'apartat 3 de la mateixa disposició final preveu que el contingut dels articles 23 i 24 (entre d'altres) és únicament d'aplicació a l'Administració general de l'Estat. Malgrat l'exclusió expressa d'aquests dos articles, el Dictamen assevera que les actuacions de planificació i de foment que es deriven de la seva aprovació no són innòcues i produiran efectes sobre les competències de les comunitats autònomes en matèria d'habitatge.

Tenint en compte això anterior, sosté que l'Estat no pot establir, a l'empara dels títols dels apartats 1 i 13 de l'article 149.1 de la CE, una política general en matèria d'habitatge, com

si disposés d'un títol sectorial específic en la matèria que s'imposi a la política que, en aquest sector, poden formular les comunitats autònomes en exercici de la seva competència exclusiva, sota pena de desvirtuar completament el sistema de distribució de competències.

Així mateix, el poder de despesa o subvencional, en aquest cas lligat a l'activitat de planificació estatal, és sempre un poder instrumental que s'exerceix «dintre» i no «al marge» de l'ordre de competències i dels límits que estableix la CE, entre d'altres el respecte a l'autonomia política i financera de les comunitats autònomes que reconeixen i garanteixen els articles 2, 137 i 156 de la CE. Ara bé, l'important increment de l'activitat de planificació i de foment estatal en àmbits materials o sectorials que són competència exclusiva de les comunitats autònomes esdevé un singular mecanisme de finançament que constreny la llibertat dels seus òrgans de govern per a fixar la destinació i l'orientació de la despesa en virtut de la seva autonomia financera.

El Dictamen estima que, dins d'aquest àmbit i, concretament, en la celebració d'un conveni de distribució de fons estatals, si es tracta de competències autonòmiques plenament exclusives, l'Estat no pot interferir, limitar o condicionar-ne l'exercici, ni pot utilitzar-lo per a convertir una competència que és exclusiva de les comunitats autònomes en compartida. Així, el conveni no pot servir perquè l'Estat recuperi competències en sectors d'activitat descentralitzats, ni tampoc perquè la comunitat autònoma renunciï a unes competències que són indisponibles per imperatiu constitucional.

En una interpretació conjunta del contingut i els efectes dels preceptes qüestionats, es fa palès que la política pública de les comunitats autònomes en matèria d'habitatge està fortament orientada i condicionada pels plans estatals, fins i tot en el supòsit que aquestes vulguin obtenir finançament estatal per als plans autonòmics. Així, quan projecta sobre aquests preceptes el cànon de constitucionalitat sobre l'acció de foment de l'Estat, el Dictamen considera que els apartats 1 i 3 de l'article 12, el segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 23, i els apartats 2 i 5 de l'article 24 de la Llei 12/2023, atès que efectuen una descripció detallada i imperativa de les prioritats i els objectius als quals s'ha d'atènyer l'acció de l'Estat, que comprèn l'acció de foment a través de la planificació, ocupen pràcticament tot l'espai normatiu i no deixen marge suficient perquè la Generalitat pugui incorporar els seus objectius prioritaris i pugui definir una política pròpia de foment de l'habitatge, tenint en compte que aquesta depèn fonamentalment de la disponibilitat de recursos econòmics, en gran mesura provinents de l'Estat, que és qui té una capacitat de despesa més gran. Addicionalment, en l'article 12.2 l'Estat condiona la seva col·laboració en el finançament dels plans que aprovin les comunitats autònomes, als termes i les exigències de la seva pròpia planificació. En aquest sentit, en establir una condició es desvirtua el model de col·laboració exigida per la jurisprudència constitucional, tenint en compte que és la Generalitat qui té la competència exclusiva en matèria d'habitatge i que l'Estat només hauria d'incidir-hi incidentalment. Per aquest motiu, els preceptes esmentats vulneren les competències de la Generalitat en matèria de foment de l'habitatge dels articles 137.1*b* i 114.2 de l'EAC.

Finalment, l'amplitud dels objectius que es fixen i es repeteixen en els preceptes precitats, que pràcticament qualifiquen com a prioritaris qualssevol programa o actuació en matèria d'habitatge, juntament amb el finançament que porten associat (fins i tot quan es tracta de participar en el finançament de plans autonòmics), podrien, en últim terme, suposar un

condicionament i un constrenyiment perquè la Generalitat pugui fixar la destinació i l'orientació de la seva despesa pública i la seva quantificació i distribució concreta en la matèria d'habitatge, la qual cosa vulneraria la seva autonomia financera reconeguda en l'article 202.1 de l'EAC.

En conseqüència, el Dictamen conclou que els apartats 1, 2 i 3 de l'article 12, el segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 23, i els apartats 2 i 5 de l'article 24 de la Llei 12/2023, vulneren la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'habitatge (art. 137.1*b* de l'EAC) en relació amb l'activitat de foment (art. 114.2 de l'EAC), com també el principi d'autonomia financera (art. 201.2 de l'EAC), i no troben empara en els apartats 1 i 13 de l'article 149.1 de la CE.

Pel que fa a l'article 18 de la Llei 12/2023, cal tenir en compte que el seu apartat 5 ja va ser tractat des del punt de vista competencial en el DCGE 1/2023, que el va declarar no contrari a l'EAC ni a la CE, juntament amb els apartats 2, 3 i 6. El Dictamen afegeix ara que també és conforme amb la jurisprudència constitucional sobre l'abast de l'activitat de foment de l'Estat, atès que l'incís «d'acord amb l'administració territorial competent» permet entendre que les mesures adoptades per l'Estat en el marc de l'article 18.5 seran respectuoses amb la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'habitatge.

1.2. L'ADEQUACIÓ DE LA REGULACIÓ AL PRINCIPI DE SEGURETAT JURÍDICA DE L'ARTICLE 9.3 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

El Dictamen es pronuncia sobre el principi de seguretat jurídica en relació amb l'article 18.2 i la disposició final primera, apartat sisè, de la Llei 12/2023.

L'article 18.2 ja va ser tractat des del punt de vista competencial en el DCGE 1/2023, on es va declarar que no era contrari a l'EAC ni a la CE. Quant al contingut d'aquest apartat 2, el primer incís de la lletra *d* preveu que la vigència de la declaració d'un àmbit territorial com a zona de mercat residencial tensionat és de tres anys prorrogables anualment per causes justificades, mentre que el segon incís afegeix que, per a l'aplicació de les mesures contingudes en la Llei 12/2023 sobre les zones de mercat tensionat, el Ministeri de Transports, Mobilitat i Agenda Urbana ha d'aprovar trimestralment una resolució que reculli la relació d'aquestes zones que hagin estat declarades de conformitat amb el procediment establert pel mateix article 18.

La *disposició final primera* de la Llei 12/2023 conté una sèrie de mesures de contenció de preus en la regulació dels contractes d'arrendament d'habitatge, mitjançant la modificació de la Llei 29/1994, del 24 de novembre, d'arrendaments urbans (LAU). En concret, l'apartat 6 introdueix una nova disposició transitòria setena en la LAU per la qual s'estableix que les previsions de l'article 17.7 de la mateixa LAU (addicionat en l'apartat 3 de la precitada disposició final primera) sobre la contenció de rendes de lloguer d'habitatges en mans de grans tenidors en zones de mercat tensionat no es poden aplicar fins que no s'aprovi el sistema d'índexs de referència de preus de lloguer, d'acord amb el que preveuen la disposició addicional primera de la Llei 12/2023 i la disposició addicional segona del Reial decret llei 7/2019, de l'1 de març, de mesures urgents en matèria d'habitatge i lloguer.

Respecte a la possible vulneració del principi de seguretat jurídica de l'article 9.3 de la CE per part dels dos preceptes explicitats, el Consell es fa ressò del DCGE 3/2023, de l'1

de desembre, sobre el Decret llei 3/2023, del 7 de novembre, de mesures urgents sobre el règim urbanístic dels habitatges d'ús turístic (FJ 5), amb citació de dictàmens anteriors (DCGE 17/2010, del 15 de juliol, FJ 1; 2/2021, del 29 de juliol, FJ 3.1, i 1/2023, FJ 3.7) i de jurisprudència constitucional (STC 90/2009, del 20 d'abril, FJ 4 i 6; 136/2011, del 13 de setembre, FJ 12*b*; 234/2012, del 13 de desembre, FJ 8, i, més recentment, 16/2023, del 7 de març, FJ 8), on s'afirma que aquest principi només es pot considerar vulnerat «quan, tenint en compte les regles d'interpretació admissibles en dret, el contingut o les omissions d'un text normatiu produeixen confusió o dubtes que generin en els seus destinataris una incertesa raonablement insuperable sobre la conducta exigible o sobre la previsibilitat dels seus efectes».³ Coherentment amb aquest criteri, el principi de seguretat jurídica ha de ser interpretat i aplicat de manera restrictiva.

En aplicació d'aquesta doctrina, el Dictamen estima que l'expressa i concreta previsió temporal («amb caràcter trimestral») relativa a la periodicitat de les resolucions ministerials necessàries per tal que les declaracions de zones de mercat residencial tensionat puguin desplegar els seus efectes, impedeix que l'article 18.2*d* de la Llei 12/2023 generi inseguretat jurídica. Una qüestió diferent és si la Generalitat, com a autoritat competent en matèria d'habitatge, no ha pogut veure encara desplegats els efectes de la Resolució TER/2940/2023, de l'11 d'agost,⁴ per la qual es declaren zona de mercat residencial tensionat diversos municipis d'acord amb la Llei estatal 12/2023, per manca de la resolució ministerial corresponent.⁵ Aquesta circumstància deriva, en tot cas, d'un incompliment legal per part de l'aplicador de la norma, i no del fet que aquesta estigui viciada d'inseguretat jurídica.

En el cas de l'apartat 6 de la disposició final primera, és cert que deixa en una indeterminació temporal l'aplicació de les mesures específiques de contenció de rendes de l'article 17.7 de la LAU, ja que no estableix un termini per a l'aprovació del corresponent sistema estatal d'índexs de referència del preu dels habitatges de lloguer. Ara bé, la dita disposició no genera una incertesa raonablement insuperable en relació amb l'aplicació de les mesures específiques en matèria de contenció de rendes en zones de mercat tensionat quan l'habitatge sigui propietat d'un gran tenidor. I això anterior perquè la mateixa disposició final deixa clar que la regulació de l'article 17.7 de la LAU només s'aplicarà «una vegada estigui aprovat el sistema d'índexs de preus de referència esmentat».⁶ Per tant, mentre aquest sistema d'índexs no sigui adoptat, la contenció de rendes s'aplicarà de conformitat amb les regles de l'article 17.6 de la LAU, és a dir, les disposicions generals previstes per a les zones de mercat tensionat.

3. Les traduccions de textos jurisdiccionals són nostres.

4. Aquesta Resolució es va deixar sense efecte per la Resolució TER/800/2024, de 13 de març (DOGC núm. 9122, de 14 de març de 2024), a la qual cal afegir posteriorment la Resolució TER/2408/2024, d'1 de juliol, per la qual es declara una nova zona de mercat residencial tensionat formada per 131 municipis de Catalunya, d'acord amb la Llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge (DOGC núm. 9196 de 3 de juliol de 2024).

5. Resolució de la Secretaria d'Estat d'Habitatge i Agenda Urbana per la qual es publica la relació de zones de mercat residencial tensionat que han estat declarades en virtut del procediment establert en l'article 18 de la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge, en el primer trimestre de 2024, que va ser finalment adoptada el 14 de març de 2024 (BOE núm. 66, de 15 de març de 2024).

6. Resolució de la Secretaria d'Estat d'Habitatge i Agenda Urbana per la qual es determina el sistema de preus de referència als efectes del que estableix l'article 17.7 LAU, aprovada el 14 de març de 2024 (BOE núm. 66, de 15 de març de 2024).

En conseqüència, el Dictamen conclou que l'article 18.2*d* i l'apartat 6 de la disposició final primera de la Llei 12/2023 no vulneren el principi de seguretat jurídica (art. 9.3 de la CE).

1.3. EL RESPECTE A LES COMPETÈNCIES DE LA GENERALITAT DE LA RESTA DE PRECEPTES QÜESTIONATS

El *segon paràgraf del subapartat 1r de l'apartat f de l'article 3* («Definicions») de la Llei 12/2023 s'insereix en una disposició destinada a definir els conceptes o les expressions que utilitza la norma, i no, en principi, a establir una regulació substantiva d'aquestes matèries, i des d'aquesta perspectiva es podria considerar, d'entrada, que aquesta definició no té efectes jurídics externs i que, per tant, en si mateixa no afecta les competències de la Generalitat en matèria d'habitatge protegit. Això no obstant i per al cas que d'aquest precepte es puguin derivar efectes jurídics que incideixin directament en la regulació de l'habitatge protegit, el pronunciament del Consell verifica si aquest element vulnera les competències de la Generalitat en matèria d'habitatge (art. 137.1*a* de l'EAC) i urbanisme (art. 149.5 de l'EAC). De conformitat amb la doctrina constitucional ja exposada en el DCGE 1/2023 en relació amb l'article 15.1*a* de la mateixa llei, de contingut similar i respecte del qual es va estimar que no vulnerava les competències esmentades, el Dictamen entén que el segon paràgraf de l'article 3*f*.1*r* també conté una norma habilitadora de l'Estat que es correspon amb les normes directrius en matèria d'usos del sòl admeses per la jurisprudència constitucional i, per tant, no vulnera les competències de la Generalitat.

Per la seva banda, l'*article 11.1* de la Llei 12/2023 té per objecte delimitar el contingut del dret de propietat de l'habitatge, per la funció social que ha de complir, amb l'establiment d'una sèrie de deures. Tal com està redactat i amb les remissions que s'hi contenen, el Dictamen considera que aquest article és respectuós amb la doctrina constitucional i consultiva (STC 37/1987, FJ 8; STC 16/2018, FJ 8, i DCGE 1/2023), segons la qual la regulació de la dimensió institucional del dret a la propietat privada no és exclusiva de l'Estat, sinó que, atès que no es pot deslligar de la regulació dels interessos generals concrets que la justifiquen, pertoca al titular de la competència sectorial que tingui per objecte protegir-los, respectant, això sí, les condicions bàsiques que estableixi l'Estat en relació amb aquest dret. Per tant, es conclou que l'article 11.1 de la Llei 12/2023 no vulnera les competències de la Generalitat sobre habitatge (art. 137.1 de l'EAC) ni les relatives a consumidors i usuaris (art. 123*e* de l'EAC) i troba empara en l'article 149.1.1 de la CE.

La *disposició addicional primera* de la Llei 12/2023, que té connexió amb l'apartat 6 de la disposició final primera, estableix la creació d'una base de dades estatal de contractes de lloguer d'habitatge, la finalitat principal de la qual és disposar de la informació necessària per al desenvolupament del sistema d'índexs de referència del preu del lloguer d'habitatge. Tant la jurisprudència constitucional (STC 76/2018, del 5 de juliol) com la doctrina del Consell (DCGE 5/2019, del 23 de juliol, FJ 2*B*, i 2/2022, del 8 de març, FJ 2.1*Cb*) ja coincideixen a subratllar que la creació per part de l'Estat d'instruments per tal de disposar de totes les dades existents en un sector determinat ha de ser respectuosa amb les competències autonòmiques

en la matèria i que s'han de desplegar els mecanismes de col·laboració corresponents entre els instruments estatals i autonòmics de caràcter registral o de bases de dades. Respecte a aquesta qüestió, el Dictamen sosté que la disposició adicional primera respecta el paràmetre exposat per tal com, d'una banda, no desplaça ni ignora la presència de bases de dades autonòmiques i, de l'altra, recull la menció dels instruments de col·laboració entre l'Estat i les comunitats autònomes. Per tant, no vulnera les competències de la Generalitat en matèria d'habitatge de l'article 137.1 de l'EAC i troba empara en les competències de l'Estat derivades dels apartats 1 i 13 de l'article 149.1 de la CE.

En el cas de la *disposició final quarta* de la Llei 12/2023 (que incrementa el percentatge de reserva de sòl destinat a habitatge protegit del 30 % al 40 % en el sòl rural i del 10 % al 20 % en el sòl urbanitzat, en l'àmbit dels quals s'ha de fer efectiva la destinació del 50 % de l'habitatge de protecció pública en règim de lloguer) i per la seva relació amb l'article 15.1c de la mateixa llei, el Dictamen fa extensiu el que es va sostenir sobre aquest darrer precepte en el DCGE 1/2023 en el sentit que no vulnera les competències en matèria d'urbanisme de la Generalitat *ex* article 149.5 de l'EAC, atès que, de conformitat amb la jurisprudència constitucional reiterada (entre d'altres, STC 141/2014, de l'11 de setembre, FJ 8, i 75/2018, del 5 de juliol, FJ 6), la regulació en matèria de reserva de sòl troba empara en les competències dels apartats 1 i 13 de l'article 149.1 de la CE.

Per acabar, el Dictamen declara contrari a l'EAC i a la CE l'*apartat 1 de la disposició final setena* de la Llei 12/2023, relativa als títols competencials habilitadors, atès que ho són els preceptes que s'hi emparen i que s'han considerat inconstitucionals i antiestatutaris en el Dictamen.

1.4. EL VOT PARTICULAR

El Dictamen porta annex un vot particular que reitera la discrepància expressada ja en relació amb el Dictamen 1/2023 i que es remet a l'argumentació allà exposada pel que fa als preceptes coincidents entre ambdós dictàmens.

Quant al parer emès pel DCGE 1/2024 en relació amb els apartats 1, 2 i 3 de l'article 12, el segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 23, i els apartats 2 i 5 de l'article 24 de la Llei 12/2023, els signants del vot entenen que s'aprofundeix en la línia iniciada en el DCGE 1/2023, la qual, afirmen, ignora les exigències constitucionals derivades de la funció de l'article 149.1.1 de la CE de garantia de les condicions bàsiques d'igualtat en l'accés a l'habitatge, a partir d'una concepció exclusivament normativa de les facultats estatals que es deriven d'aquest article per part de la majoria del Consell i que resulta inadequada per a la garantia dels drets de contingut prestacional, que només poden ser garantits a través d'actuacions positives.

En aquest sentit, el vot particular exposa que la posició majoritària del Consell nega a l'Estat la facultat d'articular polítiques de foment pròpies en garantia dels drets prestacionals, atès que limita la potestat de foment estatal a la provisió de fons que s'han de traslladar a les comunitats autònomes i anul·la la possibilitat que l'Estat pugui perseguir cap objectiu o finalitat propis en exercici de les seves facultats *ex* article 149.1.1 de la CE.

Addueix també que les finalitats previstes en els articles considerats inconstitucionals (12, 23 i 24 de la Llei 12/2023) es vinculen estretament o bé amb l'accés a un habitatge per part de les persones amb més dificultats i a l'existència d'un parc públic d'habitatges que el faci possible, o bé amb la garantia de les condicions i la funció social que afecten els titulars de béns immobles, amb l'objecte de garantir la igualtat en les posicions bàsiques del dret concret que és objecte de protecció, en aquest cas el dret a l'habitatge dels articles 47 de la CE i 26 de l'EAC. Aquesta connexió amb la garantia del dret de les actuacions de foment i el caràcter genèric i abstracte de les mesures, s'ajusta a les exigències de la jurisprudència constitucional i a la doctrina del mateix Consell en relació amb les actuacions estatals de foment en exercici de la competència de l'article 149.1.1 de la CE.

Així mateix i pel que fa a la necessitat que la Generalitat mantingui la capacitat de determinació d'opcions polítiques pròpies en un àmbit de competència exclusiva com és l'habitatge, el vot particular discrepa també de la consideració del Dictamen que els preceptes examinats comportin una limitació, un constrenyiment o fins i tot un esgotament d'aquesta capacitat. Entén, doncs, que la intervenció de l'Estat a partir dels seus títols transversals necessàriament significarà el desplegament d'opcions i polítiques pròpies o bé sobre la garantia dels drets constitucionals corresponents o bé sobre l'ordenació general de l'economia, i que incidiran en els títols sectorials de la Generalitat, com ho és l'habitatge. Certament, addueix que aquestes decisions no poden ser equivalents a una competència sectorial, ni poden buidar la competència autonòmica, però per força incorporen decisions i polítiques públiques pròpies de l'Estat, i aquesta és la finalitat dels títols competencials que li reconeixen la CE i l'EAC.

2. DICTAMEN 2/2024, DEL 23 DE JULIOL, SOBRE LA PROPOSTA DE REFORMA DEL REGLAMENT DEL PARLAMENT DE CATALUNYA⁷

Són objecte d'anàlisi en aquest Dictamen l'article 2 de la Proposta de reforma del Reglament del Parlament de Catalunya (RPC), en la modificació que efectua del seu article 95 (delegació de vot) i, en relació amb aquest, l'esmena número 4; l'article 3 de la Proposta de reforma quant a la modificació de l'article 98 de l'RPC (procediment per a les votacions); l'article 4 de la Proposta pel que fa a la introducció d'un nou article 98 bis en l'RPC (votació telemàtica) i, en relació amb aquest, l'esmena número 5, i, finalment, l'article 7 de la Proposta, que afegeix una disposició transitòria a l'RPC (aplicació de la Llei orgànica 1/2024, del 10 de juny, d'amnistia per a la normalització institucional, política i social a Catalunya).

7. De resultes de les conclusions del Dictamen del Consell, la Proposta de reforma del Reglament (aprovada el 25 de juliol de 2024, BOPC núm. 22, de 26 de juliol de 2024) es va modificar suprimint l'apartat 4 de l'article 95 RPC (art. 2 de la Proposta que esdevé art. 3 final) i precisant la disposició transitòria RPC (afegida per l'art. 7 de la Proposta).

2.1. LA DELEGACIÓ DEL VOT I EL RESPECTE A L'ARTICLE 23.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA I AL PRINCIPI DE SEGURETAT JURÍDICA DE L'ARTICLE 9.3 DEL MATEIX TEXT

2.1.1. *L'article 2 de la Proposta de reforma en la modificació que efectua de l'article 95.2 del Reglament del Parlament de Catalunya i l'esmena número 4*

L'article 95.2 de l'RPC (segons la reforma prevista en l'article 2 de la Proposta) estableix que els diputats poden delegar el vot en «situacions excepcionals degudament justificades a criteri de la Mesa en què, per impedir el desenvolupament de la funció parlamentària i ateses les especials circumstàncies, es consideri suficientment justificat».

Quant al dret de vot, el Dictamen es fa ressò de la interpretació del Tribunal Constitucional que estima que no només forma part del *ius in officium* dels representants polítics, sinó que, com que incideix en una faceta rellevant de la seva activitat parlamentària com és l'exercici de la funció legislativa, s'integra en el nucli essencial de la funció representativa. Un dels principals drets i deures dels parlamentaris és la participació en les tasques de les cambres, i la manera més habitual de concretar aquesta participació és l'exercici del seu dret de vot, mitjançant el qual manifesten la seva posició en els acords de les assemblees legislatives (STC 361/2006, del 18 de desembre, FJ 3 i 4). El cànon constitucional sobre la delegació del vot el fixa la STC 65/2022, del 31 de maig, dictada en ocasió de la interposició d'un recurs d'empara contra uns acords de la Mesa del Parlament de Catalunya i en el marc d'una interpretació conforme a la CE de l'article 95 de l'RPC, que regula aquesta institució. Posteriorment, es recull en altres pronunciaments (STC 75/2022, del 15 de juny; 85/2022, del 27 de juny; 92/2022 i 93/2022, de l'11 de juliol, i 24/2023, del 27 de març, igualment fruit de recursos d'empara), que projecten en aquest àmbit les consideracions més generals sobre l'exercici presencial i personal de les funcions pròpies del *ius in officium* de l'anterior STC 19/2019, del 12 de febrer (igualment, STC 45/2019, del 26 de març).

Així doncs, la delegació del vot es considera constitucionalment admissible perquè s'entén que «lo que se delega no es la decisión sobre el sentido del voto, sino únicamente su expresión ante los órganos del parlamento» (STC 65/2022, FJ 6). Aquesta jurisprudència constitucional, malgrat que emfatitza el caràcter personal de l'exercici de la funció parlamentària ex article 23.2 de la CE, admet la delegació sotmesa a una sèrie de condicions: en primer lloc, la necessitat que es prevegi aquesta figura en el reglament parlamentari, ja que correspon a aquest tipus normatiu fruit de l'autonomia parlamentària regular els supòsits d'exercici de les funcions parlamentàries que comporten una excepció dels principis de personalitat i presencialitat (STC 19/2019, FJ 4A, i, posteriorment, STC 86/2024, del 3 de juny, FJ 3); en segon lloc, el caràcter excepcional, que es tradueix en l'establiment d'uns supòsits en què es pot autoritzar la delegació del vot, els quals s'han de fonamentar en la salvaguarda de béns o valors constitucionals mereixedors de protecció (STC 65/2022, FJ 6). D'aquesta doctrina no es deriva, però, la necessitat d'especificar, en relació amb tots i cadascun dels supòsits de delegació, quins són aquests béns o valors constitucionals. Per tant, resulta admissible que, més enllà dels supòsits especificats en la norma, hi hagi altres béns susceptibles de protecció que puguin justificar la delegació, d'acord amb la finalitat general a què obeeix aquesta forma de vot en absència, respectant el seu caràcter excepcional i interpretant-los restrictivament (STC

65/2022, FJ 7). I el tercer requisit és de caràcter procedimental i comporta l'establiment per part dels òrgans parlamentaris d'un procediment per a exercir el vot delegat adequat a la comprensió jurisprudencial de la delegació de vot i que garanteixi al diputat delegant manifestar amb caràcter previ el sentit del seu vot (STC 65/2022, FJ 6).

El Dictamen entén que la prohibició assenyalada per la STC 65/2022 en el sentit que les delegacions no poden ser «genèriques o indeterminades» es refereix a la resolució concreta adoptada per la Mesa que va ser impugnada en el cas d'empara enjudiciat, de manera que no és susceptible de trasllat, en els mateixos termes, a la determinació pel legislador parlamentari del marge de configuració de les causes o els supòsits de delegació, ja que no prejutja necessàriament els límits constitucionals de la regulació general d'aquesta figura en seu reglamentària. Això no significa que el legislador parlamentari no hagi de respectar certs límits en regular la delegació de vot, els quals deriven principalment del principi de personalitat del vot, que s'afirma com un límit infranquejable, oposable també a «las normas que configuran las facultades que integran el *ius in officium*» (STC 65/2022, FJ 5).

També argumenta que la reforma de l'article 95.2 de l'RPC afegeix una nova clàusula de tancament menys particularitzada que les causes específiques que ja estan previstes (hospitalització, malaltia greu, incapacitat perllongada), però delimitada i restringida d'acord amb els requisits constitucionals que la mateixa clàusula incorpora. La dificultat o impossibilitat de preveure una llista closa i omnicompreensiva de totes les situacions que poden tenir aquest efecte impeditiu, sempre marcades per l'excepcionalitat i la impossibilitat d'anticipar des del reglament parlamentari totes les situacions excepcionals que poden justificar l'ús de la delegació de vot, justifica l'establiment d'una clàusula de tancament com la que es proposa introduir.

Es tracta d'un nou supòsit que, com es desprèn de la Proposta de reforma de l'RPC, seguint la doctrina constitucional sobre l'article 23 de la CE i el caràcter personal i indelegable del vot, reuneix les exigències d'excepcionalitat i propicia una interpretació restrictiva en la seva aplicació, ja que els casos que pugui emparar la delegació han d'obeir a «situacions excepcionals» que han d'estar «degudament justificades» i que impedeixin «el desenvolupament de la funció parlamentària». La clàusula habilitadora, a més, ha de vincular-se amb una causa concreta que justifiqui aquella excepció, l'existència de la qual ha de ser valorar per la Mesa, sempre amb un criteri restrictiu. La finalitat és, doncs, en aquelles situacions inhabituals dels diputats que afecten valors o béns dignes de salvaguarda o protecció, garantir en última instància el desenvolupament de la funció parlamentària i possibilitar l'exercici del dret de vot en el seu doble vessant del dret fonamental dels apartats 1 i 2 de l'article 23 de la CE.

El marge d'apreciació de la Mesa, reconegut en aquest mateix àmbit en els reglaments de diversos dels parlaments i les assemblees legislatives d'altres comunitats autònomes i en la jurisprudència constitucional, emparat en l'autonomia parlamentària, ha d'estar guiat necessàriament per dos elements: d'una banda, pels criteris restrictius establerts per la STC 65/2022 i que es desprenen del contingut de la mateixa previsió reglamentària, en relació amb l'excepcionalitat i la deguda justificació en la protecció de béns i valors constitucionals que poden emparar la delegació; de l'altra, per la necessitat de preservar el dret de vot dels parlamentaris (facultat essencial del *ius in officium*) i el sistema de majories en coherència amb les exigències del principi democràtic, quan circumstàncies especials i degudament justificades

per a la salvaguarda de béns o valors constitucionals els impedeixen exercir-lo presencialment i ho han de fer a través d'un tercer.

El Dictamen sosté que pressuposar que la Mesa efectuarà una aplicació esbiaixada de l'article 95.2 de l'RPC per a concedir delegacions de vot genèriques i indeterminades difícils de fonamentar és una hipòtesi sobre un eventual abús en l'aplicació d'aquesta norma que no deriva del seu tenor literal i que esdevé, per tant, una impugnació de caràcter preventiu, que no constitueix motiu suficient per a declarar la inconstitucionalitat del precepte. A més, l'actuació de la Mesa resta subjecta a control, si escau, a través del recurs d'empara (art. 42 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, LOTC).

L'esmena número 4 proposa que a l'expressió «degudament justificades» s'afegeixi la necessitat que la Mesa aprecii la concurrència de les situacions excepcionals «de forma motivada», exigència vinculada a la possibilitat de control d'aquesta decisió. I, a més, conté un mandat adreçat a l'òrgan parlamentari per a aplicar la norma «amb respecte al principi de proporcionalitat», previsió que ha de guiar la seva decisió en els termes exposats. Respecte a aquesta qüestió, atès que la dita esmena afegeix garanties addicionals, no ofereix problemes d'inconstitucionalitat.

En conclusió, el Dictamen estima que l'article 2 de la Proposta de reforma de l'RPC, pel que fa a la modificació de l'apartat 2 de l'article 95 de l'RPC, en l'incís «o situacions excepcionals degudament justificades a criteri de la Mesa en què, per impedir el desenvolupament de la funció parlamentària i ateses les especials circumstàncies, es consideri suficientment justificat», com també l'esmena número 4 que hi fa referència, no vulneren l'article 23.2 de la CE.

D'altra banda, conclou que la regulació de l'esmentat article 2 de la Proposta té un sentit cert i clar i no produeix confusió normativa envers els efectes de la seva aplicació ni de les conductes permeses, per la qual cosa no contravé l'article 9.3 de la CE des del vessant de la seguretat jurídica.

2.1.2. L'article 2 de la Proposta de reforma del Reglament del Parlament de Catalunya en l'addició que efectua d'un apartat 4 a l'article 95 del mateix reglament

El Dictamen tracta aquest precepte per connexió amb l'article 95.2 de l'RPC sol·licitat i de conformitat amb l'article 19.1 de la Llei 2/2009, del 12 de febrer, del Consell de Garanties estatutàries. En concret, analitza la compatibilitat amb la doctrina constitucional (STC 65/2022) d'aquest nou apartat 4, pel que fa a la seva primera frase: «El vot de la persona delegant es comptabilitza en el mateix sentit que el vot emès per la persona en qui es delega, tret que s'especifiqui el contrari per part de la persona delegant a la Mesa, amb caràcter previ a l'inici de la sessió corresponent».

L'apartat 4 que es proposa introduir en l'article 95 de l'RPC, relacionat amb el procediment per a exercir el vot delegat que haurà de determinar la Mesa, en el marc del que disposa l'article esmentat (STC 65/2022, FJ 6) sembla establir dues possibilitats alternatives: d'acord amb la primera, el vot emès per la persona delegant es comptabilitza en el mateix sentit del vot emès per la persona en qui delega (primera part), mentre que, d'acord amb la

segona, la persona delegant pot manifestar el sentit del seu vot a la Mesa amb caràcter previ a l'inici de la sessió corresponent (segona part), amb la qual cosa es deixa sense efecte el que es preveu en la primera part del precepte.

El Dictamen recorda que el Tribunal Constitucional configura la delegació com a excepció del principi de personalitat en l'exercici del vot i exigeix que la persona delegant expressi amb caràcter previ i de manera fefaent el sentit del seu vot, una exigència que no satisfà la primera frase de l'apartat 4 de l'article 95 de l'RPC. En conclusió, quant a la modificació que efectua de l'apartat 4 de l'article 95 de l'RPC i, en concret, la primera part de la primera frase del dit apartat, «[e]l vot de la persona delegant es comptabilitza en el mateix sentit que el vot emès per la persona en qui es delega», vulnera l'article 23.2 de la CE, tal com l'ha interpretat la jurisprudència constitucional. Per aquesta raó, el pronunciament del Consell recomana la reformulació de la norma de manera que es mantingui únicament l'opció segons la qual la persona delegant ha d'especificar a la Mesa amb caràcter previ el sentit del seu vot.

2.2. LA VOTACIÓ TELEMÀTICA I LA SEVA ADEQUACIÓ A L'ARTICLE 23.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

El Dictamen es pronuncia també sobre l'article 3 de la Proposta de reforma pel que fa a l'addició d'una lletra *c* a l'article 98.1 de l'RPC, que inclou el vot telemàtic com a modalitat de votació ordinària. Atès que aquest darrer es troba regulat en l'article 98 bis (introduït per l'article 4 de la Proposta de reforma, al qual s'afegeix també l'esmena número 5, que són examinats també pel Dictamen), les consideracions que s'hi efectuen són traslladables a l'article 98.1c de l'RPC.

L'article 98 bis de l'RPC regula per primera vegada, amb caràcter general, la possibilitat d'exercir el vot telemàticament en les situacions excepcionals degudament justificades a criteri de la Mesa en què resulti impedit el desenvolupament normal de la funció parlamentària i, ateses les circumstàncies especials, aquella consideri suficientment justificat fer-ho a distància.

El Dictamen es fa ressò de la doctrina constitucional en relació amb el vot telemàtic que es troba recollida en diverses resolucions emeses en procediments constitucionals de tipologia i abast distints. La STC 19/2019 (seguida per la STC 45/2019, que s'hi remet) elabora una doctrina general que es projecta sobre el procediment d'investidura del president de la Generalitat i, específicament, sobre la previsió de participació del possible candidat a la presidència per mitjans telemàtics. Els pronunciaments en relació amb la participació del candidat en el procediment d'investidura no es poden traslladar automàticament i sense matisos a altres procediments parlamentaris duts a terme en el marc d'altres tipus de sessions o reunions parlamentàries de diferents naturalesa i abast, que no responen a la rellevància i la complexitat inherents a la investidura.

Més en general, pel que fa al caràcter presencial de l'activitat parlamentària, el Tribunal Constitucional recorda que la interacció entre els presents és un element essencial per a garantir el debat i la discussió i perquè la cambra pugui formar la seva voluntat a fi de fer efectiu el pluralisme polític i el principi democràtic. El procés que precedeix i determina la

decisió parlamentària és un procés complex en què el vot conforma la decisió final (STC 19/2019, FJ 4A*b*).

En el DCGE 1/2018, del 26 d'abril, FJ 4.2, el Consell, sobre l'ús de mitjans telemàtics i la participació remota, referint-se també al procediment d'investidura, va dir:

No hi ha dubte que les actuals tecnologies obren noves possibilitats i escenaris inimaginables en el passat i imprevisibles en clau de futur i, en aquest sentit, les normes jurídiques han d'estar amatents a incorporar aquelles millores que contribueixin a la qualitat institucional i democràtica i reforcin l'exercici dels drets fonamentals, entre els quals, sense dubte, hi consta i hi destaca el de la participació política.

La STC 86/2024, emesa recentment en ocasió d'un recurs d'empara, enjudicia un supòsit de vot telemàtic, que tracta com una excepció del principi de presencialitat, al qual aplica la doctrina sobre el vot delegat elaborada per la STC 65/2022 (FJ 6 i 7), exposada prèviament, a la qual fa una remissió expressa (FJ 3).

Pel que fa a l'EAC, no estableix cap previsió sobre l'admissió o no del vot telemàtic, de manera que, si escau, aquesta regulació l'hauria d'introduir el reglament parlamentari (en aquest sentit, vegeu el DCGE 1/2018, FJ 3 i 4, ja citats).

En síntesi, sobre el cànon aplicable als nous articles 98.1*c* i 98 bis de l'RPC, de la doctrina constitucional exposada es desprèn que admet l'ús dels mitjans telemàtics per a exercir el vot amb caràcter excepcional, amb els condicionaments següents: primerament, que aquesta possibilitat de votar en absència estigui prevista en els reglaments parlamentaris; segonament, que se'n garanteixi l'exercici correcte, és a dir, que el vot expressi la voluntat del parlamentari absent de la cambra i no la d'un tercer que pugui actuar en nom seu, i, finalment, que concorrin circumstàncies excepcionals o de força major que ho justifiquin (STC 19/2019, FJ 4A*b*).

El Dictamen assevera que el vot delegat és, consubstancialment, una excepció del principi de personalitat, si bé es pot considerar també que comporta una excepció de la presencialitat del vot perquè s'emet en absència. Per la seva banda, el vot telemàtic constitueix una excepció de la presencialitat, entesa com la presència física del parlamentari, i en si mateix no exceptua el principi de personalitat del vot, atès que no s'hauria d'alterar l'exercici del vot per part del seu titular. La vinculació que s'estableix entre l'article 23.2 de la CE i el vot telemàtic s'ha d'entendre referida a la preservació de les garanties que ha de reunir la conformació i l'emissió d'aquest vot. Cal assenyalar la importància que té en el vot el procediment de formació de la voluntat de la cambra, marcat pel seu caràcter deliberatiu i de debat i discussió parlamentàries, que fa efectiu el pluralisme polític i el principi democràtic (art. 23.1 de la CE). D'altra banda, el vot telemàtic no altera els elements fonamentals del vot, sinó l'exercici d'aquest, de manera que el que cal preservar és que el procediment per a emetre'l, que requereix els mitjans tecnològics adients, respecti les garanties inherents a l'exercici d'aquest dret.

La redacció de la clàusula que empara l'ús del vot telemàtic és coincident amb la de l'incís final de l'apartat 2 del nou article 95 de l'RPC, relatiu als supòsits de delegació del vot. Es tracta d'una clàusula que reuneix les exigències d'excepcionalitat que fixa la jurisprudència

constitucional per a admetre el vot no presencial. Això és, ha d'obeir a «situacions excepcionals» «degudament justificades a criteri de la Mesa» quan, ateses «les especials circumstàncies», aquesta ho consideri «suficientment justificat» mitjançant un «escrit motivat». El fet que el nou article 98 bis de l'RPC no estableixi un ventall de causes taxades a banda d'aquesta (més enllà de la del seu segon paràgraf), no mereix tampoc cap retret d'inconstitucionalitat. L'enumeració de causes pot ser insuficient a la pràctica per a atendre tots els supòsits en què resulti necessari el vot telemàtic, atesa la concurrència de situacions extraordinàries que impedeixen el vot presencial. Tot i la redacció, un punt complexa, la finalitat clara del precepte és garantir el desenvolupament de la funció parlamentària i possibilitar l'exercici del dret de vot del diputat afectat quan es donin les situacions excepcionals que impossibilitin el vot presencial.

En aquest sentit, per bé que no és un paràmetre de constitucionalitat, és il·lustratiu que la pràctica totalitat dels reglaments parlamentaris continguin clàusules d'aquest tipus, a fi de poder encabir-hi els supòsits que reuneixen les característiques d'excepcionalitat indicades. També és el cas dels reglaments del Congrés dels Diputats i del Senat. Quant al fet que la participació en activitats oficials ha d'estar referida als compromisos institucionals a l'estranger, també és un supòsit justificador de l'ús de mitjans telemàtics de votació que està previst, amb la mateixa finalitat, en el Reglament del Congrés dels Diputats.

A més, el Dictamen indica que l'article 98 bis conté totes les cauteles perquè la Mesa autoritzi els casos de conformitat amb la jurisprudència constitucional: situació excepcional, circumstàncies especials, justificació deguda i decisió per escrit i motivada. Per consegüent, pressuposar que la Mesa efectuarà una aplicació esbiaixada de la norma per a autoritzar el vot telemàtic en supòsits que no s'ajustin a l'excepcionalitat de les situacions definides pel precepte o en casos en què no concorre la necessitat de preservar un bé o un valor constitucional mereixedor de protecció, és una hipòtesi sobre un abús eventual en l'aplicació del precepte objecte de dictamen que no deriva del seu sentit literal, ni esdevé motiu suficient per a declarar-ne la inconstitucionalitat.

Per acabar, l'*esmena número 5* planteja afegir el «respecte al principi de proporcionalitat» com a criteri addicional que ha de seguir la Mesa a l'hora d'autoritzar el vot telemàtic, quan es tracti d'apreciar motivadament la concurrència d'una situació que el justifica degudament perquè el diputat no pot exercir-lo presencialment. Així mateix, proposa un redactat que millora la comprensió del paràgraf primer de l'article 98 bis, sobretot quant a la finalitat de l'autorització del vot telemàtic, que és remoure els obstacles que impedeixen el desenvolupament ordinari de la funció parlamentària. Per tant, aquesta esmena no presenta problemes de constitucionalitat ni d'estatutarietat.

En conseqüència, el Dictamen conclou que l'article 3 de la Proposta de reforma de l'RPC —que introdueix una nova lletra c a l'apartat 1 de l'article 98 de l'RPC—, l'article 4 de la Proposta esmentada —que incorpora al Reglament un nou article 98 bis— i l'*esmena número 5* no vulneren l'article 23 de la CE.

2.3. LA DELEGACIÓ DEL VOT I EL RÈGIM TRANSITORI PER A L'APLICACIÓ DE LA LLEI ORGÀNICA 1/2024, DEL 10 DE JUNY, D'AMNISTIA PER A LA NORMALITZACIÓ INSTITUCIONAL, POLÍTICA I SOCIAL A CATALUNYA. EL RESPECTE A L'ARTICLE 23.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA I AL PRINCIPI D'INTERDICCIÓ DE L'ARBITRARIETAT DELS PODERS PÚBLICS EX ARTICLE 9.3 DEL MATEIX TEXT LEGAL

El Dictamen també examina l'article 7 de la Proposta de reforma, que afegeix al Reglament una disposició transitòria en relació amb l'aplicació de la Llei orgànica 1/2024, del 10 de juny, d'amnistia per a la normalització institucional, política i social a Catalunya (LOA), i la delegació del vot. Es tracta d'una regulació *ad intra*, que es limita a preveure els efectes que té en matèria parlamentària una situació externa derivada de l'existència de procediments judicials en els quals es discuteix l'aplicabilitat de les previsions de la Llei orgànica d'amnistia en relació amb diputats del Parlament, que, en conseqüència, poden veure afectades les condicions que fan possible el seu dret de vot a la cambra. Aquest enteniment deriva de la regulació proposada, malgrat que la seva redacció no faci referència expressa als procediments judicials interns, que són l'origen dels procediments, que sí que s'esmenten, davant del Tribunal Constitucional, el Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea i el Tribunal Europeu de Drets Humans, i que l'expressió «causes incloses a la Llei orgànica 1/2024» resulti poc clara quan es vol referir als procediments judicials en què s'invoca l'aplicació de la llei orgànica esmentada. Així, no qüestiona la competència dels òrgans judicials per a l'aplicació de l'amnistia (art. 10 de la LOA) ni afecta el desenvolupament en seu judicial dels procediments corresponents, de manera que no interfereix en l'exercici de la funció jurisdiccional que correspon als tribunals.

En conseqüència, el Dictamen constata que la disposició qüestionada estableix per si mateixa un supòsit d'aplicació del vot delegat que: *a)* es justifica objectivament amb les eventuais afectacions de la possibilitat de vot presencial; *b)* s'aplica de manera delimitada i excepcional, ja que només té lloc durant la vigència objectiva dels procediments judicials esmentats, i *c)* respon a una ponderació adequada, que no interfereix amb cap altra finalitat constitucional i que, en conseqüència, satisfà les exigències del cànon de constitucionalitat, atès que respon a la finalitat legítima de garantir, en una situació que encara és objecte de discussió jurisdiccional, l'exercici del dret fonamental de vot dels diputats, protegit per l'article 23.2 de la CE, i coadjuva a una conformació de la voluntat de la cambra respectuosa amb els resultats electorals, sense que es lesioni el *ius in officium* de la resta de diputats de la cambra.

Així mateix, en el pronunciament del Consell es posa de manifest la manca d'identitat del supòsit ara regulat per la nova disposició transitòria de l'RPC respecte dels supòsits examinats per les STC 65/2022, 85/2022, 92/2022, 93/2022 i 24/2023, que van ser objecte d'empara. En aquells casos, el Tribunal Constitucional va considerar que la decisió esmentada d'eludir voluntàriament l'acció penal espanyola no podia emparar la delegació del vot. Ara, la justificació de la delegació del vot és, en canvi, el fet que estan pendents les decisions judicials sobre l'aplicabilitat de la Llei orgànica 1/2024. En conseqüència, no són aplicables a la situació dictaminada els pronunciaments de l'alt tribunal emesos amb relació a determinats actes anteriors de la Mesa del Parlament de Catalunya.

D'acord amb l'argumentació precedent, el Dictamen determina que l'article 7 de la Proposta de reforma de l'RPC, que afegeix una nova disposició transitòria, no vulnera l'article 23.2 de la CE.

No obstant això, el Dictamen, per a una millor precisió del text de la norma, es remet en les seves conclusions a la recomanació feta en el fonament jurídic segon 3Bb en el sentit de precisar l'expressió «causes incloses a la Llei orgànica 1/2024» quan es vol referir als procediments judicials en què s'invoca l'aplicació de la llei orgànica esmentada.

A més a més, quant a la valoració de la dita disposició transitòria des del vessant de la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics exigida per l'article 9.3 de la CE, el Dictamen sosté que, amb independència de la valoració política i fins i tot tècnica que se'n faci, respon a una explicació racional, a la qual es refereix, de manera escaïda, la mateixa exposició de motius de la Proposta de reforma:

[...] una disposició transitòria en què s'especifica que tots els diputats que es troben dins de les causes judicials incloses a la Llei orgànica 1/2024, de 10 de juny, d'amnistia per a la normalització institucional, política i social a Catalunya, també podran delegar el seu vot, d'acord amb el procediment establert en el Reglament del Parlament de Catalunya, per tal de garantir el ple i efectiu desenvolupament de la seva funció parlamentària.

Igualment, persegueix una finalitat legítima, preservar el dret de vot dels diputats i, en conseqüència, el seu dret de participació política i també el de les persones que els han elegit *ex* article 23 de la CE, afectades per la LOA fins que el seu cas es resolgui judicialment de manera definitiva. Tot això porta a considerar que la disposició transitòria respon a una motivació raonable, suficient per a superar el cànon de la prohibició de l'arbitrarietat. D'altra banda, aplica el règim general de la delegació del vot a una circumstància específica sense introduir cap regulació especial. Per aquest motiu, cal descartar, així mateix, que produeixi una discriminació, prohibida també —quan resulti il·legítima— pel cànon de control de la interdicció de l'arbitrarietat. Per acabar, tampoc no impedeix el control d'aquesta delegació, ni afecta la funció jurisdiccional, ni els procediments judicials en curs.

Per aquests motius, el Dictamen conclou que l'esmentat article 7 de la Proposta de reforma de l'RPC no vulnera l'article 9.3 de la CE des del vessant mencionat de la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics.

RECALL DE DOCTRINA DE LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA

Judit Florensa Miguel
Comissió Jurídica Assessora

Sumari: 1. Disposicions generals; 1.1. Comentari de dictàmens; 1.2. Procediment d'elaboració de les normes: actualització necessària de determinats tràmits participatius quan es facin modificacions substancials en la norma; 2. Procediment administratiu; 2.1. Intervenció preceptiva de la Comissió en procediments de revisió d'ofici, malgrat que s'invoquin els límits de la revisió; 2.2. Ampliació de terminis en el procediment administratiu; 3. Contractació pública. La resolució contractual per incompliments de la contractista: valoració dels incompliments en el context de la prestació i en termes d'impedir assolir la finalitat del contracte; 4. Revisió d'ofici. L'objecte de la revisió: l'acte tàcit *versus* una pràctica continuada contra la llei; 5. Responsabilitat patrimonial. La vulneració del dret a la protecció de dades en l'àmbit sanitari; 6. Recurs extraordinari de revisió. La doctrina de la Comissió sobre el caràcter extraordinari i excepcional d'aquest recurs; 7. Consultes. Aplicació de la Sentència del Tribunal Constitucional 55/2018, del 24 de maig, als ens locals en relació amb la realització de la consulta pública prèvia en l'elaboració d'ordenances i la diferenciació entre la consulta pública de l'article 133 de la LPAC i la consulta popular de la Llei 10/2014, del 26 de setembre.

1. DISPOSICIONS GENERALS

1.1. COMENTARI DE DICTÀMENS

La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora en els projectes de reglaments o de disposicions de caràcter general que es dictin per a desplegar les lleis o el dret comunitari es troba prevista en la seva normativa reguladora, això és, en la Llei 5/2005, del 2 de maig, i en la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, amb la finalitat de coadjuvar amb l'encert i la legalitat del Govern en l'aprovació de normes jurídiques.

En el marc d'aquesta competència, és doctrina reiterada d'aquest òrgan consultiu que, en l'examen d'un projecte de reglament o d'una disposició general, l'abast de la seva intervenció comporti l'estudi de la competència de la Generalitat de Catalunya, l'habilitació del Govern per a dictar la norma de què es tracta, la comprovació que s'han seguit els tràmits procedimentals i, especialment, l'anàlisi de la legalitat del contingut del projecte, així com la formulació de suggeriments sobre eventuais deficiències que caldria evitar o possibles millores que caldria introduir-hi.

D'entre els darrers dictàmens emesos en aquesta matèria, se'n poden portar a col·lació dos, per l'anàlisi competencial i de legalitat feta per aquest òrgan.

El primer d'ells és el Dictamen 35/2024, de l'1 de febrer, del projecte d'ordre sobre el reconeixement de les organitzacions de productors i les seves associacions i l'homologació dels contractes tipus agroalimentaris. La Comissió destaca la competència prevalent per a aprovar la norma, que no és altra que la competència exclusiva en la regulació i el desenvolupament de l'agricultura, la ramaderia i el sector agroalimentari (art. 116.1a de l'Estatut d'autonomia de Catalunya; en endavant, EAC), amb respecte al que estableixi l'Estat en l'exercici de les seves competències (art. 149.1.13 de la Constitució espanyola; en endavant, CE). La Comissió recorda en el dictamen que el fet d'haver de respectar el que estableixi l'Estat no sostreu o limita la competència exclusiva de la Generalitat en la matèria, i cita jurisprudència del Tribunal Constitucional i doctrina del Consell de Garanties Estatutàries sobre la relació existent entre els preceptes esmentats.

Així mateix, la Comissió també reconeix que concorren dues competències més que possibiliten aprovar la norma. D'una banda i des d'una perspectiva instrumental, atès que el Projecte d'ordre regula diversos procediments *ad hoc* relatius a les organitzacions i associacions de productors, la norma també troba empara en l'article 159.1c de l'EAC. Aquest precepte estableix que corresponen a la Generalitat, en matèria de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques catalanes, les normes de procediment administratiu que derivin de les particularitats del dret substantiu de Catalunya o de les especialitats de l'organització de la Generalitat, en tot el que no estigui afectat per l'article 149.1.18 de la CE. D'altra banda, atès que el projecte preveu la creació i regulació del registre d'organitzacions de productors i llurs associacions a Catalunya, el Projecte d'ordre se situa en l'àmbit de la competència exclusiva de la Generalitat prevista en l'article 150b de l'EAC en matèria d'organització de la seva administració.

I, finalment, la Comissió manifesta que el fet que el Projecte d'ordre sotmès a dictamen desplegui la legislació europea, no altera aquest marc competencial.

Pel que fa a l'anàlisi de l'adequació del Projecte d'ordre a la legalitat, escau destacar les cinc observacions essencials formulades per l'alt òrgan consultiu respecte dels articles següents: 5.2, apartats e i g, sobre els estatuts de les organitzacions de productors; 8.2, sobre el reconeixement de les associacions d'organitzacions de productors, i 12.6, sobre l'extensió de les normes d'una organització de productors o d'una associació d'organitzacions a altres organitzacions o associacions de productors. També respecte de la disposició addicional única, sobre la normativa específica de la Unió Europea.

Atesa la gran incidència de la normativa de la Unió Europea en la matèria, les observacions formulades a la legalitat es justifiquen, en part, per la conculcació de la normativa europea, concretament el Tractat de Funcionament de la Unió Europea i el Reglament (UE) 1308/2013, pel qual es crea l'organització comuna de mercats dels productes agraris. Però també per la inseguretats jurídica i l'arbitrarietat generada en matèria sancionadora davant d'incompliments dels volums de producció comercialitzables compromesos per a la negociació, així com per la determinació d'un sistema de prelació de fonts que no es pot establir per ordre.

El segon dels dictàmens destacables és el Dictamen 196/2024, del 2 de maig, relatiu al Projecte de decret sobre normes reguladores de les eleccions de representants del Cos de Mossos d'Esquadra al Consell de la Policia – Mossos d'Esquadra i la determinació d'organitzacions sindicals representatives.

Pel que fa a l'anàlisi dels títols competencials invocats per a l'aprovació d'aquest projecte de decret, en el Dictamen es diu que, atès el seu objecte, la regulació s'insereix amb caràcter prevalent en l'article 164.1b de l'EAC, que reconeix la competència de la Generalitat de Catalunya en matèria de seguretat pública, d'acord amb el que disposa la legislació estatal, i, més concretament, la creació i l'organització de la Policia de la Generalitat – Mossos d'Esquadra. En el Dictamen es concreta que la legislació estatal que s'esmenta en aquest article 164 és actualment la Llei orgànica 2/1986, del 13 de març, de forces i cossos de seguretat (LOFCS), la qual integra l'anomenat «bloc de constitucionalitat», que cal tenir en compte per a fixar el règim de la competència (STC del 23 de març i del 24 de maig de 1981).

Així mateix, una altra competència que es porta a col·lació per a considerar possible l'aprovació de la norma pel Govern és la continguda en l'article 136b de l'EAC en matèria de funció pública. Aquest precepte atribueix a la Generalitat, entre d'altres, la competència compartida per al desenvolupament dels principis ordenadors de l'ocupació pública, les situacions administratives i els drets, els deures i les incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques.

I, finalment, atès que el Projecte regula una administració electoral específica per a aquest àmbit material, com també modifica el decret que regula la composició del Consell de la Policia – Mossos d'Esquadra, des d'una perspectiva instrumental s'invoca la competència exclusiva de la Generalitat en matèria d'organització de la seva administració, que es concreta en l'apartat a de l'article 150 de l'EAC.

Quant a l'anàlisi de la legalitat del text normatiu, el Dictamen 196/2024 conté la formulació d'una observació amb caràcter essencial respecte de l'article 3 del Projecte. La Comissió recorda que la matèria relativa a les organitzacions sindicals que tenen la condició de representatives té reserva de llei i, per tant, cal fer coincidir el contingut d'aquest article 3, relatiu a la definició d'*organització sindical representativa*, amb l'establert en la LOFCS.

1.2. PROCEDIMENT D'ELABORACIÓ DE LES NORMES: ACTUALITZACIÓ NECESSÀRIA DE DETERMINATS TRÀMITS PARTICIPATIUS QUAN ES FACIN MODIFICACIONS SUBSTANCIALS EN LA NORMA

El compromís de la Comissió Jurídica Assessora per a contribuir amb l'encert i la legalitat de l'exercici de la potestat reglamentària del Govern és una constant de la institució i la fa pionera, sobretot, en l'anàlisi del procediment d'elaboració dels reglaments. Així, en la *Memòria d'activitats* de l'any 1992, aquesta comissió ja va incloure una observació específica sobre la necessitat de respectar escrupolosament la tramitació dels projectes reglamentaris i complir els requisits exigits d'una manera substantiva i funcional, i no merament formal. I l'any 2013 va publicar una Guia sobre el procediment d'elaboració de reglaments en la doctrina de l'òrgan, com un document de consulta i coneixement en un format innovador per tal de facilitar un accés àgil i rigorós als seus principals pronunciaments en la matèria.

Un dels tràmits procedimentals en el qual la Comissió ha posat una atenció especial en els darrers anys ha estat el de la participació, com a conseqüència de l'acomodació progressiva del procediment als principis de participació, transparència i eficiència de les normes. I, preci-

sament, el mes d'abril passat la Comissió va tenir ocasió de pronunciar-se sobre els dèficits en la substanciació dels tràmits d'informació pública i audiència duts a terme en el procediment d'elaboració d'una norma.

En particular, es tracta del Dictamen 178/2024, del 25 d'abril, sobre el Projecte de decret pel qual s'aprova el Pla Territorial Sectorial d'Habitatge i es desenvolupa l'objectiu de solidaritat urbana que preveu la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge.

El Projecte presentava la peculiaritat que aquest òrgan ja havia dictaminat mitjançant el Dictamen 242/2023, però se sol·licitava novament un pronunciament de la Comissió sobre la base dels canvis substancials que s'havien introduït en el text normatiu respecte de la versió anterior. Concretament, la nova versió de la norma estimava una de les propostes contingudes en el dictamen emès pel Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya, relativa a la necessitat d'incrementar el percentatge de lloguer social fins al 9% del parc d'habitatges principals de Catalunya, en comptes del 7% previst inicialment en el Projecte i remès a aquesta comissió.

En el Dictamen, aquest òrgan formula una observació amb caràcter essencial en relació amb els tràmits d'informació pública i audiència, atès que en l'actualització d'aquests tràmits participatius tan sols constava que la Comissió Tècnica del Pla Territorial Sectorial d'Habitatge s'havia reunit de nou per tal d'explicar les darreres modificacions introduïdes en el Pla Territorial i que es va fer una sessió de presentació del pla actualitzat davant del Consell Assessor de l'Habitatge de Catalunya, on cap dels assistents no hi va posar cap objecció.

La Comissió manifesta que, d'acord amb la doctrina jurisprudencial, la mera presentació de les darreres modificacions introduïdes en el text normatiu no es pot equiparar amb un tràmit d'audiència, quan s'introdueixen modificacions substancials en un norma, com era el cas. L'augment significatiu del percentatge de lloguer social del parc d'habitatges principals de Catalunya previst en el projecte normatiu tenia uns efectes significatius i rellevants en la política pública d'habitatge, de manera que aquest tràmit s'havia de dur a terme de tal manera que els destinataris potencials de la norma tinguessin la possibilitat d'emetre la seva opinió:

Com recorda la Comissió, la reiteració del tràmit d'audiència, derivada de les modificacions substancials del text del projecte, permet «garantir la defensa de posicions subjectives o interessos de les persones, administracions i entitats directament afectades per la disposició i ha coadjuvat a servir com a garantia addicional de l'encert, l'oportunitat, la transparència, l'efectivitat i la legitimitat de la disposició general que es projecta» (Dictamen 316/2020). Així, doncs, a parer de la Comissió, aquesta modificació (amb la resta de canvis necessaris per a implementar-la) suposa una innovació substancial respecte del text del projecte que es va sotmetre a informació pública i audiència, la qual cosa exigeix sotmetre novament el Projecte de decret a aquests tràmits participatius (Dictamen 178/2024).

2. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

2.1. INTERVENCIÓ PRECEPTIVA DE LA COMISSIÓ EN PROCEDIMENTS DE REVISIÓ D'OFICI, MALGRAT QUE S'INVOQUIN ELS LÍMITS DE LA REVISIÓ

Com reiteradament ha assenyalat aquest òrgan consultiu, la potestat de revisió d'ofici és una manifestació del privilegi d'autotutela administrativa i permet expulsar de l'ordenament jurídic els actes administratius que presenten vicis de legalitat especialment greus. La naturalesa excepcional de la potestat de revisió és expressió coherent del caràcter també excepcional que té la nul·litat de ple dret dins de la institució de la invalidesa, atès que, com se sap, en el dret administratiu la regla general és l'anul·labilitat.

Aquest caràcter excepcional de la institució i de la nul·litat de ple dret justifica la intervenció dels òrgans consultius en els procediments de revisió d'ofici, entre els quals hi ha la Comissió Jurídica Assessora. La salvaguarda del principi de seguretat jurídica i la necessària estabilitat dels actes administratius i de les relacions jurídiques que se'n deriven, imposen una aplicació excepcional de la institució que tan sols pot ser valorada per òrgans objectius i independents de les administracions, com els òrgans consultius, de manera que s'impedeixi la desnaturalització de la institució i la figura de la nul·litat absoluta.

D'acord amb això, la intervenció preceptiva d'aquesta comissió en els procediments de revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret que instrueixin l'Administració de la Generalitat i l'Administració local es troba recollida en els articles 8.3c de la Llei 5/2005, del 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, i 72 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya. Així mateix, en l'article 106.1 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), es disposa que les administracions públiques, en qualsevol moment, per iniciativa pròpia o bé a sol·licitud de la persona interessada, i amb el dictamen previ favorable de l'òrgan consultiu corresponent, han de declarar d'ofici la nul·litat dels actes administratius que hagin posat fi a la via administrativa o que no hagin estat objecte de recurs en el termini corresponent, en els supòsits de nul·litat de ple dret que es recullen en l'article 47.1 d'aquesta llei.

Recentment, aquesta comissió ha tingut coneixement d'un supòsit de fet en el qual l'Administració municipal posava en dubte la tramitació d'un procediment de revisió d'ofici i, consegüentment, la intervenció d'aquest òrgan, en el cas d'aplicar-se els límits de la revisió previstos en l'article 110 de la LPAC. Es tracta del Dictamen 197/2024, del 2 de maig, relatiu a la revisió d'ofici d'un acord pel qual se cedia gratuïtament una finca municipal.

En aquest dictamen, la Comissió recorda el caràcter obstatiu del dictamen en el cas d'un pronunciament de l'òrgan desfavorable, o habilitador en el cas d'informar favorablement sobre la revisió d'ofici, així com la necessitat de tramitar el procediment de revisió corresponent amb independència de l'aplicació o no dels límits de l'article 110 de la LPAC, en els termes següents:

[...], aquest òrgan consultiu aprecia certa contradicció i confusió en la posició que manifesta [es refereix a l'Ajuntament] sobre l'aplicació dels límits de la revisió. Així, l'infor-

me jurídic que s'incorpora com a fonament de l'acord d'iniciació del procediment de revisió d'ofici sembla partir de la consideració errònia que si es considerés que operen els límits de la revisió, d'acord amb la valoració que efectua l'informe, no seria procedent iniciar un procediment de revisió d'ofici, sinó que el Ple podria anul·lar directament o deixar sense efecte l'Acord de [...]. [...] En aquest punt, la Comissió Jurídica Assessora ha d'advertir que la valoració de l'aplicació dels límits de la revisió previstos en l'article 110 de la LPAC, tant si l'Administració considera que s'han d'apreciar per a excloure la potestat de revisió com si considera que no s'han d'apreciar, és una qüestió que l'Administració no pot valorar sense tramitar el procediment de revisió corresponent, perquè és una part inseparable i ha de constar motivada degudament en la proposta de resolució que s'ha de trametre a aquest òrgan consultiu, el qual també s'ha de pronunciar sobre l'aplicació dels límits de la revisió als efectes de la resolució final del procediment.

Com s'ha dit, el dictamen de la Comissió té caràcter obstatiu en cas de pronunciar-se en sentit desfavorable a la revisió, i habilitador en cas de pronunciar-se en sentit favorable a aquesta, i, per tant, només en aquest darrer cas l'Administració pot acordar la nul·litat dels actes.

Sobre el que s'acaba d'assenyalar, es pot fer referència a la Sentència 254/2021, del 24 de febrer, de la Secció Cinquena de la Sala Tercera del Tribunal Suprem, dictada en el recurs de cassació 8075/2019, que fixa doctrina general en què determina que no és possible no tramitar un procediment de revisió d'ofici per la suposada concurrència dels límits de la revisió previstos en l'article 110 de la LPAC. La Sentència declara que dels termes d'aquest precepte s'ha de concloure el següent:

[...] lo que habilita el Legislador es que la Administración no podrá ejercitar sus «facultades de revisión de oficio» cuando «su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes», y lo que autoriza el precepto es que esos óbices a las potestades de auto revisión pueden concluirse («cuando por...» de la «prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias»; porque lo importante no son estas circunstancias, sino el fundamento de la exclusión de la potestad de revisión.

Pues bien, difícilmente sería pensable que la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes o incluso con menor razón la prescripción, puedan servir de fundamento de excluir la revisión de oficio sin trámite alguno, porque es difícil apreciar esas circunstancias sin, al menos, algunos trámites que permitan concluir su concurrència. Podría admitirse que hay supuestos en los que el procedimiento que deba tramitarse esté simplificado por ser patente y ostensible el óbice para la declaración de nulidad al amparo de la potestad de revisión, pero en modo alguno declararla *a limine* sin ningún trámite, en especial, los de audiencia de los afectados y la posibilidad de aportación de pruebas.

La mateixa sentència assenyala amb anterioritat:

[...] la revisión de oficio no es sino una potestad de revisión que se confiere por el Legislador a las mismas Administraciones para declarar esa nulidad de sus propios actos, pero esa potestad está sometida a la regla general que ya se impone, el mayor rango normativo, en el artículo 105.c) de la Constitución, es decir, al procedimiento administrativo.

I finalment conclou:

De lo expuesto ha de concluirse, en relación a la cuestión casacional delimitada al principio de este fundamento, que para apreciar que una revisión de oficio es contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, debe realizarse en una resolución tras la iniciación del correspondiente administrativo, de conformidad con los principios generales que al respecto se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo.

2.2. L'AMPLIACIÓ DELS TERMINIS EN EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

Tradicionalment, les diferents lleis de procediment administratiu han previst l'ampliació o les pròrrogues dels terminis establerts. Aquest ha estat el cas de les derogades Llei del 17 de juliol de 1958, sobre procediment administratiu i Llei 30/1992, del 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LR-JPAC). I també la vigent LPAC recull l'ampliació dels terminis en el procediment. La finalitat d'aquestes previsions normatives no ha estat altra que pal·liar la insuficiència temporal que en algunes ocasions pot sorgir per a instruir determinats procediments, tot i la tramitació diligent duta a terme per l'administració instructora. Les ampliacions dels terminis són, per tant, una excepció a la regla general de compliment obligat dels terminis previstos legalment i que vinculen les autoritats, el personal al servei de les administracions públiques i els interessats, de conformitat amb el que estableix l'article 29 de la LPAC.

Els supòsits específics d'ampliació dels terminis previstos en la vigent llei del procediment administratiu comú han estat objecte d'estudi per aquesta comissió en el Dictamen 116/2024, del 14 de març, relatiu a la revisió d'ofici d'un acord d'adjudicació d'un dret de superfície i d'opció de compra d'una finca per a la construcció d'oficines. I en un sentit similar s'ha pronunciat aquest òrgan en els dictàmens 267/2024 i 271/2024.

En el primer dels dictàmens esmentats, quan s'aborda la temporalitat del procediment de revisió, l'òrgan consultiu constata que aquest s'ha ampliat fins en quatre ocasions, de manera que el termini màxim per a resoldre s'ha ampliat en tres mesos i quinze dies respecte del termini màxim de sis mesos establert en l'article 106.5 de la LPAC.

L'administració instructora havia acordat aquestes ampliacions de conformitat amb l'article 23 de la LPAC, que, com sabem, preveu que, excepcionalment, quan s'hagin exhaurit els mitjans personals i materials disponibles als quals es refereix l'article 21.5 de la mateixa llei, l'òrgan competent per a resoldre, a proposta, si escau, de l'òrgan instructor o superior jeràrquic de l'òrgan que resol, pot acordar motivadament l'ampliació del termini màxim per a resoldre i notificar, sense que aquesta ampliació sigui superior al termini establert per a la tramitació del procediment. Al seu torn, l'article 21 de la LPAC, si bé estableix l'obligació de resoldre dins del termini fixat en la normativa reguladora del procediment corresponent, preveu en l'apartat cinquè:

[...] quan el nombre de les sol·licituds formulades o les persones afectades pugui suposar un incompliment del termini màxim de resolució, l'òrgan competent per a resoldre pot habilitar els mitjans personals i materials per complir el despatx adequat i en termini.

D'acord amb això, el departament que ha sol·licitat aquest dictamen havia justificat totes les ampliacions per:

[...] la concurrència d'una sèrie de circumstàncies de caràcter excepcional que es tradueixen en una instrucció especialment complexa per a l'instructor, per la qual cosa es constata que no és possible resoldre l'expedient en el termini predeterminat per la normativa aplicable. En concret, l'anàlisi del fons de l'assumpte requereix l'estudi i valoració d'un expedient amb 119 documents i 83 correus electrònics, així com rebre la declaració de les nombroses persones que, segons consta a l'expedient, van intervenir directament o indirecta en l'operació de referència.

I, addicionalment, en la tercera resolució d'ampliació s'afegia la necessitat de valorar l'escrit d'al·legacions que l'entitat mercantil interessada havia presentat i, en la quarta resolució, que la interessada havia sol·licitat ampliar en cinc dies més el termini que li havia estat conferit per a presentar al·legacions, i que l'instructor havia estimat aquesta sol·licitud.

En el Dictamen 116/2024, en primer lloc la Comissió recorda el caràcter obligatori dels terminis com una garantia essencial del procediment, així com la garantia que suposa la institució de la caducitat per als interessats en els procediments iniciats d'ofici que poden tenir efectes desfavorables o de gravamen.

A continuació, examina si es donen, d'una banda, els pressupòsits necessaris previs d'esgotament de la dotació de mitjans personals i materials que exigeix l'article 23 de la LPAC, i, de l'altra, si concorren les circumstàncies excepcionals per tal que l'ampliació efectuada pugui trobar cobertura en aquest article 23. La Comissió, amb una argumentació fonamentada en la jurisprudència del Tribunal Suprem en relació amb aquest precepte, desestima en els termes següents que es donin aquests pressupòsits:

La fonamentació de l'ampliació basada estrictament en la complexitat de la instrucció i el volum de l'expedient no constitueix una habilitació prevista legalment que permeti ampliar el termini d'acord amb aquest precepte, com tampoc no ho és la necessitat de valorar l'escrit d'al·legacions que la mercantil interessada havia presentat ni el fet que li havien conferit un termini de cinc dies més per a presentar-hi al·legacions.

La jurisprudència del Tribunal Suprem ha interpretat els requisits que excepcionalment, d'acord amb l'article 23 de la LPAC (abans, l'article 42.6 de la LRJPAC), habiliten per a ampliar el termini de resolució del procediment. En aquest sentit, es poden esmentar, entre d'altres, la Sentència 1718/2017, del 13 de novembre, de la Secció Cinquena de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem (ECLI:ES:TS:2017:3993) i la Sentència 178/2020, del 12 de febrer, de la Secció Quarta de la mateixa Sala del Tribunal Suprem (ECLI:ES:TS:2020:402). En els supòsits examinats en ambdues sentències el Tribunal ha considerat que no es donen aquests requisits per a ampliar el termini per a resoldre el procediment. En la primera sentència esmentada, la del 13 de novembre de 2017, en què l'Administració havia fonamentat l'ampliació del termini en el gran nombre d'expedients que es tramitaven i en l'estat de la tramitació del procediment, el Tribunal es pronuncia sobre aquesta justificació en els termes següents (fonament jurídic [FJ] tercer):

Se trata de una afirmación genérica, indeterminada y sin concreción numérica suficiente, que, en modo alguno, permite una valoración del cumplimiento del requisito de referencia exigido y que no puede ser considerada una motivación suficiente. En todo caso, como se ha expuesto, la acreditación de tal requisito —lo que no ha acontecido— lo que hubiera permitido era la posibilidad de «habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo».

I més endavant, en el mateix FJ, la Sentència assenyala:

[...] si la consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos para la procedencia de la ampliación del plazo máximo de duración de los procedimientos administrativos previstos en el citado artículo 42.6 es, según la doctrina jurisprudencial aplicable, la caducidad del procedimiento, la consecuencia ineludible de tal declaración, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la LRJPAC, es el archivo de las actuaciones, lo que no implica que no sea posible iniciar posteriormente otro procedimiento al amparo de los correspondientes preceptos.

En la Sentència 178/2020, del 12 de febrer, també esmentada més amunt, el Tribunal Suprem, després de reproduir literalment l'article 23 de la LPAC, assenyala (FJ 2):

Es claro pues que la posible prórroga del expediente exige, en primer lugar, el agotamiento de la dotación de medios que regula el artículo 21.5 de la LPAC y, además, que se motive en circunstancias excepcionales.

La mateixa sentència sosté a continuació que, fins i tot en el supòsit que s'acceptés que es dona el primer requisit, és a dir, l'esgotament de la dotació de mitjans, caldria justificar igualment que es donen les circumstàncies excepcionals, i en aquest punt indica que no poden considerar-se circumstàncies excepcionals les ordinàries i previsibles en el procediment. La Sentència conclou:

Es indudable que se dieron razones para motivar la decisión de ampliación del plazo de tramitación y finalización del expediente sancionador, pero lo cierto es que ninguna de las empleadas representan o integran las circunstancias excepcionales habilitantes de la ampliación del plazo que la norma legal exige y, por ello, debe admitirse la pretensión de nulidad por no haber sido respetado el plazo de caducidad del expediente, siendo consecuencia directa la estimación del recurso (FJ 3).

En el dictamen, addicionalment, la Comissió aborda la possible aplicació al cas de l'article 32 de la LPAC, relatiu a l'ampliació de terminis, malgrat que no havia estat invocat per l'Administració.

En aquest sentit, porta a col·lació la jurisprudència sobre el caràcter compatible dels articles 23 i 32 de la LPAC, atès que ambdós habiliten l'ampliació de terminis si es donen les circumstàncies legalment previstes, malgrat el seu abast diferent; abast diferent que, per cert, aquest òrgan ja va posar en relleu en els dictàmens 52/2018 i 53/2018.

Ara bé, en el Dictamen 116/2024 es conclou que tampoc no és possible considerar ampliat el termini en aplicació d'aquest article 32 de la LPAC i s'aprecia la caducitat del procediment:

En el cas que s'examina, malgrat que en cap moment no s'ha invocat l'article 32 de la LPAC, cal remarcar que tampoc no es donen els requisits necessaris per a poder entendre que l'ampliació del termini hauria trobat el seu fonament en aquest precepte, ja que les quatre resolucions d'ampliació incorporades a l'expedient han comportat una ampliació total en tres mesos i quinze dies del termini màxim legal de sis mesos establert per a resoldre el procediment de revisió d'ofici, de manera que l'ampliació és superior a la meitat del termini inicial. [...] D'acord amb el que s'ha exposat fins ara, s'ha de concloure que, tenint en compte que les resolucions d'ampliació del termini màxim per a resoldre el procediment de revisió d'ofici no compleixen els requeriments exigits legalment en l'article 23 de la LPAC, en els termes exposats, s'han de tenir per no fetes, de manera que escau apreciar que s'ha produït la caducitat del procediment de revisió d'ofici iniciat el 19 d'abril de 2023 per haver transcorregut sis mesos sense que s'hagi dictat la resolució que posa fi al procediment que estableix l'article 106.5 de la LPAC.

3. CONTRACTACIÓ PÚBLICA. LA RESOLUCIÓ CONTRACTUAL PER INCOMPLIMENTS DE LA CONTRACTISTA: VALORACIÓ DELS INCOMPLIMENTS EN EL CONTEXT DE LA PRESTACIÓ I EN TERMES D'IMPEDIR ASSOLIR LA FINALITAT DEL CONTRACTE

En l'anterior recull de dictàmens de la Comissió publicat en aquesta revista es va comentar el Dictamen 328/2023, sobre la reclamació iniciada d'ofici per l'Administració de la Generalitat pels danys i perjudicis ocasionats a les persones aspirants que van concórrer a les proves selectives d'estabilització de l'ocupació temporal del seu personal. S'hi plantejava la responsabilitat de l'Administració catalana pel patiment i l'angoixa experimentats pels aspirants, que derivaven de les irregularitats produïdes en la realització de les proves selectives celebrades el dia 29 d'abril de 2023. Relacionat amb aquests fets, i ara en matèria de contractació pública, el passat mes de febrer aquest òrgan va conèixer la voluntat de l'Administració de resoldre el contracte de serveis formalitzat amb una empresa per a la realització dels processos selectius. La resolució es fonamentava en la manca de compliment de l'obligació principal del contracte per part de la contractista, així com en l'incompliment d'altres obligacions essencials (art. 211.1f de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic [LCSP]).

En concret, es tracta del Dictamen 86/2024, del 29 de febrer, en el qual s'analitza alguna qüestió procedimental rellevant relacionada amb el dret de defensa. Però, sobretot, la Comissió aborda amb rigor i deteniment els motius que justificaven, segons l'Administració, la resolució culpable del contracte, així com si aquests constituïen un incompliment de l'obligació principal i de les obligacions essencials del contracte, en els termes exigits per l'article 211.1f de la LCSP. I és que cal recordar que la Comissió s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre com s'ha de valorar l'incompliment i quina gravetat ha de tenir aquest per a justificar la resolució del contracte. Així, en el Dictamen 46/2017 es va dir, pel que fa al primer punt, que

els incompliments s'han de valorar «en el context de la prestació, complexa, a la qual restava obligada l'adjudicatària, de la incidència que va tenir el funcionament inicial en els usuaris del servei i també en funció de la repercussió que tot el que va succeir [...]».

En el Dictamen 86/2024, objecte ara de comentari, en primer lloc la Comissió posa en relleu que, segons els plecs de prescripcions tècniques, el contracte incloïa fins a nou serveis, tots ells vinculats a la realització de les proves del procés selectiu. Però no tots tenien la mateixa repercussió en el preu final del contracte i, per tant, hi havia prestacions més importants que d'altres des de la perspectiva econòmica, malgrat que es reconeixia que totes les prestacions s'havien de dur a terme preceptivament, perquè totes estaven estretament relacionades entre si. A continuació, el Dictamen recull la doctrina de l'òrgan relativa a la causa de resolució prevista en l'article 211.1f de la LCSP, per a examinar després la regulació dels plecs i les previsions contractuals establertes amb la contractista. I, com es destaca en el Dictamen:

[...] la doctrina i la jurisprudència han mantingut que no tot incompliment és causa de resolució, sinó que el principi de proporcionalitat exigeix que es tracti d'incompliments rellevants i no nimis o sense transcendència, i per això cal interpretar-los a la vista de la naturalesa i la realitat del contracte. Així ho ha entès aquesta Comissió Jurídica Assessora en diverses ocasions i, en conseqüència, cal determinar quin ha estat l'incompliment que s'imputa a l'empresa i analitzar si pot ser considerat com a incompliment de les obligacions essencials que fonamentin en aquest cas la resolució del contracte. Únicament l'incompliment greu i de naturalesa substancial pot fonamentar una resolució contractual.

En aquest mateix Dictamen 86/2024, la Comissió també recorda la seva doctrina sobre la interpretació del que són obligacions essencials, amb citació del Dictamen 345/2022, en afirmar:

Com s'ha dit, l'article 211.1.f) de la LCSP presenta una redacció sensiblement diferent a la prevista en l'article 223.1.f) del TRLCSP, en virtut de les quals, perquè el seu incompliment pugui ésser considerat com a causa de resolució, les obligacions essencials han de ser qualificades com a tals «de manera precisa, clara i inequívoca en els plecs». En un sentit semblant es va manifestar el Consell d'Estat en el Dictamen 1116/2015, relatiu a l'avantprojecte de llei de la vigent LCSP: «b) En el caso de las restantes obligaciones esenciales la calificación sí es imprescindible en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, exigiéndose, como novedad, que se respeten los límites a la libertad de pactos (interés público, ordenamiento jurídico y principio de buena administración) y que esta calificación esté expresada de manera precisa, clara e inequívoca, descartándose “cláusulas de tipo general”. En otras palabras, se trata de impedir que el pliego configure como obligaciones esenciales cuyo incumplimiento determine la resolución contractual todas las obligaciones asumidas por el contratista [...]».

D'acord amb tot el que s'ha exposat, la Comissió informa favorablement sobre la resolució del contracte per incompliment culpable de la contractista i afirma:

[...] la globalitat dels incompliments produïts permeten afirmar clarament que, considerats en el seu conjunt, aquests han impedit clarament assolir la finalitat del contracte en els termes de respecte als principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat que han de regir

aquests tipus de processos i, per tant, que es considera que s'hi dona clarament un incompliment de l'obligació principal del contracte.

I, més endavant, manifesta:

En conseqüència, s'ha de concloure que la prestació efectuada per la contractista, pel que fa a tots els components d'aquesta examinats en els apartats anteriors d'aquest Dictamen, no s'ha ajustat a les prescripcions establertes per a la seva execució i compliment, i s'ha produït un incompliment inequívoc de la contractista quant a l'obligació principal del contracte.

4. REVISIÓ D'OFICI. L'OBJECTE DE LA REVISIÓ: L'ACTE TÀCIT *VERSUS* UNA PRÀCTICA CONTINUADA CONTRA LA LLEI

Com se sap, l'article 106 de la LPAC preveu que les administracions públiques declarin, d'ofici o a instància d'una part, la nul·litat tant dels actes administratius que posin fi a la via administrativa o que no hagin estat recorreguts en el termini legal, com de les disposicions administratives, quan aquests incorrin en alguna de les causes de nul·litat previstes en els apartats 1 i 2, respectivament, de l'article 47 de la mateix llei. D'acord amb aquesta previsió legal, és doctrina de la Comissió que les administracions peticionàries en matèria de revisió d'ofici determinin amb precisió l'objecte del procediment de revisió d'ofici, així com el fonament de la revisió (Dictamen 330/2018, per exemple). La qüestió no és insignificant perquè, entre altres qüestions, l'objecte del procediment de revisió d'ofici pot determinar la improcedència de la revisió d'ofici iniciada.

En els darrers mesos la Comissió ha conegut fins a un total de catorze expedients on ajuntaments i institucions de l'àmbit local revisaven d'ofici presumptes actes tàcits en matèria retributiva. Concretament, l'acte pel qual es fixaven els criteris d'abonament dels triennis, segons el darrer grup o subgrup del personal funcionari, i de les autoritzacions i ordres de pagament dels triennis (dictàmens 141/2024, 166/2024, 170/2024, 171/2024, 180/2024, 201/2024 i 203/2024, entre d'altres).

En el primer dels pronunciaments emesos, el Dictamen 141/2024, del 4 d'abril, però en igual sentit que en els dictàmens posteriors, la Comissió recorda la definició d'*acte tàcit* recollida en el Dictamen 286/2018: és l'acte en què, tot i no haver-hi una manifestació clara i externa de la voluntat de l'Administració, es presumeix o es dedueix raonablement de la conducta administrativa que existeix aquesta voluntat, la qual produeix efectes jurídics. I, seguidament, recorda la seva doctrina sobre la possibilitat que els actes tàcits siguin també objecte de revisió d'ofici:

Tot i que la revisió d'ofici per nul·litat de ple dret d'actes tàcits no constitueix un supòsit habitual, la Comissió s'hi ha pronunciat en diverses ocasions, com és el cas dels dictàmens 198/2017 i 199/2017, en què es va informar favorablement sobre la nul·litat de ple dret d'actes tàcits i favorables d'aprovació d'uns complements salarials reconeguts a diversos treballadors d'un organisme públic; els dictàmens 157/2018 i 158/2018, en què es va informar

favorablement sobre la nul·litat dels actes administratius tàcits pels quals es van concedir increments retributius a tres persones que treballaven a una entitat pública, i el Dictamen 265/2020, en què es va informar favorablement sobre la nul·litat de l'acte administratiu tàcit que conferia a sis treballadors d'un consell comarcal el dret a percebre uns complements de dedicació especial.

Ara bé, en el cas analitzat, aquest òrgan consultiu va considerar que no era possible interpretar que existia un acte tàcit, sinó que en realitat s'havia adoptat una pràctica administrativa repetitiva, almenys des de l'any 1988, contrària a l'establert en la llei. Més concretament, es volia revisar una suposada instrucció interna que establia un criteri interpretatiu de l'abonament de triennis contrari a la normativa de funció pública i que havia tingut efectes al llarg del temps. Però el cert era que aquest criteri interpretatiu es podia corregir en qualsevol moment complint el que determina l'ordenament jurídic en la matèria. I, per tot el que s'ha exposat, es conclou que l'objecte del dictamen se circumscriu a les autoritzacions i ordres de pagament que es refereixen als triennis abonats al personal funcionari de l'Ajuntament, i no pròpiament al presumpte acte tàcit, com pretenia l'Administració sol·licitant.

5. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL. LA VULNERACIÓ DEL DRET A LA PROTECCIÓ DE DADES EN L'ÀMBIT SANITARI

Les dades sobre l'estat de salut són dades de caràcter personal, definides en l'article 4 del Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 d'abril, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades, RGPD). Aquestes dades constitueixen una categoria especial de dades personals, protegides especialment d'acord amb l'article 9 del mateix RGPD.

Així mateix, la protecció de les persones físiques en relació amb el tractament de dades personals és un dret fonamental segons l'article 18.4 de la CE. En l'àmbit legislatiu, el desplegament d'aquest dret es preveu en l'actualitat en la Llei orgànica 3/2018, del 5 de desembre, de protecció de dades personals i garantia dels drets digitals (LOPDGDD). I el tractament de les dades sobre la salut es troba regulat en la Llei 14/1986, del 25 d'abril, general de sanitat (LGS), i la Llei 41/2002, del 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i les obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, que s'emparen en les lletres *g*, *h*, *i* i *j* de l'article 9.2 de l'RGPD, d'acord amb la disposició addicional dissetena de la LOPDGDD.

La Comissió ha conegut de la vulneració d'aquests drets fonamentals a la intimitat, a la protecció de dades i a la pròpia imatge en l'àmbit de la salut, en virtut de la seva competència en matèria de responsabilitat patrimonial (art. 8.3a de la seva Llei 5/2005, del 2 de maig). A tall d'exemple, vegeu els dictàmens 221/2011, 259/2012 i 135/2024.

És especialment interessant aquest darrer, el Dictamen 135/2024, del 21 de març, sobre la reclamació de responsabilitat patrimonial instada davant el Departament de Salut pels danys i perjudicis ocasionats per vulneració de la intimitat de qui reclama i de la protecció de les

seves dades personals en l'assistència sanitària dispensada arran d'una intervenció quirúrgica per un accident sofert en una activitat recreativa en el medi natural.

La reclamació es presentava per la lesió dels drets fonamentals a l'honor, a la intimitat personal i a la pròpia imatge, com també del dret a la protecció de dades de caràcter personal, per la captació i difusió de fotografies i vídeos de l'operació quirúrgica que es va practicar al pacient en un hospital sense el seu consentiment. En concret, en l'escrit de reclamació, l'instant indicava que, cinc dies després de la intervenció en les seves extremitats inferiors, va ser alertat per amics i coneguts sobre les imatges i els vídeos que circulaven i es reenviaven per diferents grups d'aficionats a l'activitat recreativa per la plataforma WhatsApp i es publicaven en la plataforma Instagram. Presumptament, la captació d'imatges l'hauria dut a terme el personal sanitari a través dels seus telèfons mòbils privats, sense cap finalitat mèdica, i s'hi veia l'aspecte que presentaven les lesions sofertes arran de l'accident, mentre practicava una activitat recreativa, com també els genitals. Reclamava, així mateix, pels danys morals causats pel fet que en un vídeo s'apreciava el to de burla i sornegueria dels metges que van intervenir en l'operació.

En el dictamen, en primer lloc la Comissió considera que es pot tenir per acreditada l'existència d'un dany moral real en la persona del reclamant, derivat d'una intromissió il·legítima en el dret a la intimitat i el dret a l'autodeterminació informativa o protecció de dades, en el sentit exigít per l'article 32.2 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP). I si bé en les imatges que van circular per les plataformes WhatsApp i Instagram no es visualitzava la cara de l'instant, segons la Comissió això no impedia identificar-lo, ja que l'accident va tenir lloc en un municipi de poca població i la difusió es va fer, entre altres vies, a través dels grups d'aficionats d'un altre municipi de la mateixa comarca, que constitueixen comunitats o organitzacions integrades probablement per un nombre reduït de persones, i un diari local es va fer ressò de l'accident.

Conseqüentment, en el Dictamen es diu el següent:

La difusió d'aquestes dades sobre el cos de la persona sense consentiment de l'interessat o sense que hi concorren les circumstàncies previstes legalment comporta una vulneració del dret a la protecció de dades susceptible de produir un dany moral. És una intromissió il·legítima que vulnera la intimitat del pacient, que és un dret consagrat en l'article 18 de la Constitució, i que el Tribunal Constitucional considera un dret fonamental, estrictament vinculat a la dignitat de les persones, reconegut en l'article 10.1 de la Constitució (sentències del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de novembre, ECLI:ES:TC:2000:292, i 58/2018, de 4 de juny, ECLI:ES:TC:2018:58).

Pel que fa a l'anàlisi del necessari nexa causal entre el funcionament del servei sanitari i el dany causat, en el Dictamen s'aprecia l'existència del nexa pel fet que les imatges van ser captades dins de quiròfan, sense que es consideri provada la finalitat mèdica de l'enregistrament i —fet que resulta més rellevant— sense el consentiment exprés del pacient per a la captació i divulgació d'imatges.

El dret dels pacients a la confidencialitat de tota la informació relacionada amb el seu procés assistencial i amb la seva estada en institucions sanitàries públiques i privades que col·laborin amb el sistema públic es preveu en l'article 10.3 de la LGS. També l'article 7 de la

Llei reguladora de l'autonomia del pacient imposa la confidencialitat de les dades relatives a la salut i la necessitat d'obtenir autorització prèvia per a accedir-hi, i el deure dels centres sanitaris de garantir aquest dret. I l'article 19 de la mateixa llei, en relació amb l'article 17, sobre el deure de conservar la documentació clínica en condicions que en garanteixin el manteniment correcte i la seguretat, estableix que el pacient té dret que els centres sanitaris estableixin un mecanisme de custòdia activa i diligent de les històries clíniques.

En la mateixa línia, la Llei 21/2000, del 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica, estableix en l'article 5 que tota persona té dret que es respecti la confidencialitat de les dades que fan referència a la seva salut i que ningú que no hi estigui autoritzat hi pugui accedir, si no és emparant-se en la legislació vigent. El mateix precepte preveu que els centres sanitaris han d'adoptar les mesures oportunes per a garantir aquests drets i a aquest efecte han d'elaborar, si escau, normes i procediments protocol·litzats per a garantir la legitimitat de l'accés a les dades dels pacients. Al seu torn, l'article 9 de la mateixa llei, que regula la definició i el tractament de la història clínica, preveu que els centres sanitaris han de prendre les mesures tècniques i organitzatives adequades per a protegir les dades personals recollides i evitar-ne la destrucció o la pèrdua accidental, i també l'accés, l'alteració, la comunicació o qualsevol altre processament que no siguin autoritzats.

Per tot el que s'ha exposat, en el Dictamen 135/2024 s'aprecia la responsabilitat de l'Administració sanitària en els fets, amb el reconeixement d'una indemnització econòmica de dotze mil euros. I això, sens perjudici de la facultat de l'Administració sanitària de repetir contra el personal al seu servei la responsabilitat en la causació del dany, d'acord amb els requisits i el procediment establerts en l'article 36.2 de la LRJSP.

6. RECURS EXTRAORDINARI DE REVISIÓ. LA DOCTRINA DE LA COMISSIÓ SOBRE EL CARÀCTER EXTRAORDINARI I EXCEPCIONAL D'AQUEST RECURS

Aquest òrgan s'ha pronunciat reiteradament sobre la finalitat del recurs extraordinari de revisió: «corregir la manifesta injustícia d'una decisió que ha guanyat fermesa i que, en conseqüència, resulta inatacable mitjançant els mecanismes ordinaris legalment establerts» (per tots, vegeu el Dictamen 282/2021). Es tracta d'una via especial d'impugnació dels actes administratius i ha de comptar, preceptivament, amb el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, atès l'establert en l'article 8.3b de la seva llei, l'article 78 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, i l'article 126.1 de la LPAC.

La doctrina de la Comissió sobre la matèria es va recollir l'any 2016 en la publicació electrònica *El recurs extraordinari de revisió en la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora*, la qual analitza d'una manera clara i sistemàtica un total de trenta-quatre dictàmens emesos entre els anys 1992 i 2016.

En els darrers mesos aquest alt òrgan consultiu ha conegut de dos nous recursos extraordinaris de revisió i ha tingut l'oportunitat, entre altres qüestions, de recordar la seva doctrina general sobre aquest recurs singular. Es tracta dels dictàmens 63/2024, del 22 de

febrer, en relació amb la revisió de la inscripció d'un menor al padró d'habitants d'un municipi, i el 257/2024, del 6 de juny, per la inadmissió d'un recurs d'alçada contra una resolució sancionadora en considerar que el recurs d'alçada s'havia presentat fora de termini.

Ambdós dictàmens contenen pronunciaments molt interessants respecte de qüestions tant formals com substantives i que van més enllà de l'anàlisi estricta de la causa de revisió invocada. A tall d'exemple, s'aborda el fet que no es coneix l'òrgan emissor de l'acte d'inscripció al padró, així com el principi antiformalista reconegut en l'article 115.2 de la LPAC, que disposa que l'error o l'absència de qualificació del recurs per part del recurrent no és un obstacle per a tramitar-lo, sempre que se'n dedueixi el caràcter verdader (Dictamen 63/2024). Però, quant al caràcter extraordinari i excepcional del recurs extraordinari de revisió, ambdós dictàmens diuen el següent:

Que el recurs tingui caràcter extraordinari significa que no es pot fonamentar en l'existència de qualsevol infracció normativa, sinó que només es pot interposar si hi concorre alguna de les causes expressades i específicament previstes en l'ordenament jurídic (art. 113 i 125 de la LPAC).

En concret, són els quatre motius recollits taxativament en l'article 125 de la LPAC:

- 1) Que en dictar-los s'hagi incorregut en un error de fet, que resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient.
- 2) Que apareguin documents de valor essencial per a la resolució de l'assumpte que, encara que siguin posteriors, evidenciïn l'error de la resolució recorreguda.
- 3) Que en la resolució hagin influït essencialment documents o testimonis declarats falsos per sentència ferma, anterior o posterior a aquella resolució.
- 4) Que la resolució s'hagi dictat com a conseqüència de prevaricació, suborn, violència, maquinació fraudulenta o d'una altra conducta punible i s'hagi declarat així en virtut d'una sentència judicial ferma.

En conseqüència, la tramitació del recurs de revisió exigeix la constatació prèvia de la possible concurrència d'almenys un dels motius establerts legalment. És per això que, si no s'incorre en alguna de les causes legals, l'article 126.1 de la LPAC permet l'acord motivat d'inadmissió a tràmit, sense necessitat del dictamen previ de la Comissió Jurídica Assessora; també és possible inadmetre'l si s'haguessin desestimat quant al fons altres recursos substancialment iguals.

I, en relació amb l'excepcionalitat del recurs, es diu el següent:

La conseqüència més evident que es deriva de la naturalesa excepcional del recurs administratiu de revisió és la necessitat d'una interpretació restrictiva de les causes que el fonamenten i dels requisits procedimentals establerts legalment, tant per a la interposició, com per a la resolució del recurs (en aquest sentit, Dictamen 2065/2011, de 26 de gener de 2012, del Consell d'Estat).

El Tribunal Suprem també ha destacat reiteradament la naturalesa excepcional del recurs de revisió. Recentment, en la Sentència 469/2022, del 25 d'abril, de la Secció Sisena

de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem (ECLI:ES:TS:2022:1590), en el fonament de dret tercer es recorda:

El hecho de que el recurso se refiera a actos administrativos firmes determina su carácter extraordinario, en cuanto supone la excepción de dicha firmeza, y que se delimite el alcance de la impugnación que se circunscribe a la concurrencia en el acto impugnado de alguna de las circunstancias previstas en las letras a), b), c) y d) del art. 125.1, fuera de las cuales no cabe la revisión del acto administrativo impugnado.

I després s'afegeix:

[...] es un recurso excepcional que, a parte de una interpretación estricta de los motivos invocados —sólo los enumerados en dicho precepto—, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en la jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso *sine die* la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos.

Justament, atès el caràcter extraordinari i excepcional del recurs extraordinari de revisió, la Comissió informa desfavorablement sobre el recurs que es planteja en el Dictamen 63/2024 perquè considera que existeix un procediment específic diferent al propi del recurs. Concretament, es tracta del procediment específic per a donar de baixa les inscripcions indegudes en el padró municipal, que és el que hauria d'haver tramitat en aquell cas l'Administració municipal.

7. CONSULTES. APLICACIÓ DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 55/2018, DEL 24 DE MAIG, ALS ENS LOCALS EN RELACIÓ AMB LA REALITZACIÓ DE LA CONSULTA PÚBLICA PRÈVIA EN L'ELABORACIÓ D'ORDENANCES I LA DIFERENCIACIÓ ENTRE LA CONSULTA PÚBLICA DE L'ARTICLE 133 DE LA LPAC I LA CONSULTA POPULAR DE LA LLEI 10/2014, DEL 26 DE SETEMBRE

És propi de la funció consultiva que exerceix la Comissió Jurídica Assessora respondre les consultes que el Govern o les administracions li adrecin (art. 9.2 de la Llei 5/2005, del 2 de maig, d'aquest òrgan). Tanmateix, cal advertir que l'article 39 del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora, aprovat pel Decret 69/2006, de l'11 d'abril, concreta els aspectes relatius a la formulació i l'objecte de les consultes referides. Així, es preveu que les administracions consultants s'adrecin a la Comissió per mitjà del Govern i adjuntin una memòria explicativa de la rellevància de la consulta i de la seva incidència per a l'interès general. Com ha recordat aquest òrgan, es preveuen, doncs, unes exigències especí-

figues de procediment i de documentació, així com el fet que no es consulti sobre assumptes sobre els quals correspon a la Comissió dictaminar. Com es va dir en el Dictamen 367/2022, la consulta «és una via addicional d'ordre diferent, ja que s'exigeix rellevància, incidència en l'interès general i justificació específica».

Doncs bé, en l'exercici d'aquesta competència, el passat 4 d'abril aquest òrgan va emetre el Dictamen 152/2024, sobre la consulta formulada per un ajuntament en relació amb la interpretació de la normativa d'elaboració d'ordenances i reglaments pel que fa a la consulta pública prèvia, el tràmit d'audiència i la fase d'informació pública.

En la consulta adreçada, l'ens local volia aclarir si el pronunciament del Tribunal Constitucional en la Sentència 55/2018, del 24 de maig, sobre l'article 133 de la LPAC i la no preceptivitat que les administracions autonòmiques realitzin el tràmit de consulta pública prèvia en l'elaboració de les normes, és també d'aplicació als ens locals. Seguidament, per al supòsit hipotètic en què els ajuntaments estiguin obligats a efectuar una consulta pública prèvia a l'elaboració de llurs ordenances via l'article 133.1 de la LPAC, es consultava sobre quan s'hauria de fer i, a continuació, es demanava determinar si el concepte de *consulta pública* de la LPAC és homònim al de *consulta popular* de l'article 3 de la Llei 10/2014, del 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana.

En el mateix Dictamen 152/2024 la Comissió recorda, en primer lloc, el principi constitucional d'autonomia local i la potestat normativa dels municipis, i a continuació descarta que les consultes no referendàries de la Llei 10/2014, del 26 de setembre, puguin equiparar-se amb la consulta prèvia de l'article 133.1 de la LPAC, atesos la naturalesa i l'abast diferents d'ambdues figures. S'explica que les consultes populars no referendàries (articles 3-39 de la Llei 10/2014) tenen per finalitat permetre que les persones físiques legitimades per a participar-hi expressin la seva opinió sobre una determinada actuació, decisió o política pública, mitjançant una resposta directa («sí», «no», «no ho sé»). I, a més, exigeixen la constitució d'una organització *ad hoc* de garantia del procés de consulta. En canvi, la consulta pública prèvia s'adreça a la ciutadania en general per tal que pugui emetre la seva opinió sobre les diferents qüestions que involucra una iniciativa normativa concreta.

Així mateix, en el Dictamen s'analitza el fet que, al costat de les consultes populars no referendàries, la Llei 10/2014, del 26 de setembre, també regula uns processos de participació ciutadana no vinculants (articles 43-52), i s'estudia si la consulta prèvia de l'article 133.1 de la LPAC es pot articular mitjançant aquests processos participatius. Sobre això, la Comissió afirma:

En opinió d'aquest òrgan consultiu, aquesta regulació (es refereix a la continguda en els articles 43 a 52 de la Llei 10/2014) té més afinitat amb el tràmit participatiu de la LPAC. En aquest sentit, és més funcional, ja que es pot obrir a tota la població del municipi o a col·lectius específics, amb la possible participació d'entitats, organitzacions i persones jurídiques en general, tal com requereix l'article 133.1 de la LPAC. Es tracta d'una regulació més garantista de la participació ciutadana, atès que permet presentar aportacions i propostes respecte de les qüestions plantejades en la consulta municipal, les quals han de ser objecte de valoració per a decidir si es prenen en consideració. A més, s'ha de fer una avaluació de resultats de la consulta i, si bé els processos de participació ciutadana de la Llei 10/2014 no són vinculants per a l'Administració convocant, la memòria final a què fa referència l'article 50 ha d'incloure un apartat

específic sobre els efectes que el procés de participació ha de tenir en l'actuació de l'Administració convocant i sobre els compromisos derivats del procés que aquesta assumeix. En síntesi, es pot convenir que el procés de participació ciutadana l'estructura del qual es regula específicament en l'article 46 de la Llei 10/2014 es conforma com un procés independent, pensat per a ser desplegat amb caràcter autònom quan es vulgui obtenir l'opinió dels ciutadans. Tanmateix, cal observar que la seva estructura formal també és susceptible, si així ho valora l'ens local, de ser reproduïda en el tràmit de consulta prèvia de l'article 133.1 de la LPAC. Una altra possibilitat és que l'ens local abordi el desplegament normatiu de la consulta prèvia de l'article 133.1 (contingut, termini, manera de realitzar-se, etc.) mitjançant l'aprovació d'un reglament orgànic municipal.

A continuació, la Comissió fa una anàlisi profunda de la regulació del procediment d'aprovació i modificació de disposicions de caràcter general per a determinar si els tràmits de participació i/o consulta previstos en aquestes lleis són d'aplicació als ens locals, així com quin és el moment procedimental oportú per a efectuar-los i quina és la normativa específica de règim local. En particular, en el Dictamen s'examinen: la Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL); el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003 (TRLMRLC); el Decret 179/1995, del 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS); els tràmits participatius de la Llei 26/2010, del 3 d'agost; el tràmit de participació ciutadana de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i el tràmit participatiu de l'article 133 de la LPAC. I, finalment, d'acord amb la consulta objecte de dictamen, també s'aborda la regla de preferència en l'aplicació de les lleis especials per raó de la matèria que regulen l'elaboració d'ordenances i reglaments locals.

D'acord amb el que s'ha exposat, el Dictamen 152/2024 conclou, entre altres qüestions:

D'acord amb la disposició addicional primera de la LPAC, les ordenances i reglaments municipals reguladors de matèries que no es puguin considerar incloses en aquesta disposició, se subjecten a la consulta pública exigida en l'article 133.1, amb les excepcions identificades en el primer paràgraf de l'article 133.4, ambdós de la LPAC, i les que estableixi la legislació autonòmica. El mateix Tribunal Suprem ha indicat que aquesta consulta pública prèvia és obligatòria respecte de les ordenances locals que no afectin les matèries identificades en la disposició addicional primera de la LPAC (Sentència 1453/2023).

En canvi, els procediments d'elaboració d'ordenances municipals regulats en lleis especials per raó de la matèria es regeixen pel que disposen aquestes lleis especials i, per tant, en aquests casos no resulta d'aplicació el tràmit participatiu addicional de consulta pública prèvia establert en l'article 133.1 de la LPAC. El Tribunal Suprem s'ha referit a les ordenances tributàries en la Sentència 108/2023 i, específicament als instruments de planejament urbanístic, en la Sentència 133/2023. En el mateix sentit, l'article 60.2 del ROAS disposa que, per a aprovar i modificar les ordenances fiscals i les d'edificació i ús del sòl s'ha de seguir el procediment que preveu la legislació específica aplicable.

Pel que fa al moment procedimental de realització, la consulta pública prèvia de l'article 133.1 de la LPAC és, en termes cronològics, un tràmit que cal efectuar abans de l'ela-

boració del projecte de reglament, igual que el que preveu l'article 66 bis de la Llei 26/2010. En aquest moment, totes les opcions de regulació (fins i tot la no-regulació) resten encara obertes, la qual cosa garanteix que les opinions dels destinataris potencials de la norma i de tots els que vulguin fer-hi aportacions, puguin ser degudament valorades i ponderades abans de l'aprovació inicial de la disposició de caràcter general.

Un cop finalitzada la consulta prèvia i elaborat l'avantprojecte normatiu, l'ens local pot acordar potestativament, si ho considera convenient, desplegar el tràmit participatiu de l'article 69 de la Llei 19/2014. Conseqüentment, aquest tràmit és distint del que preveu l'article 133.1 1 de la LPAC, atès que es reserva per a un moment posterior, quan el reglament o l'ordenança ja ha estat aprovat inicialment; a més, involucra l'examen d'un text normatiu, mentre que el tràmit previ de la LPAC recull l'opinió dels ciutadans i les organitzacions més representatives sobre qüestions d'índole primigènia (necessitat i oportunitat de l'aprovació de la norma, objectius que cal perseguir, possibles solucions alternatives, etc.) plantejades en el document informatiu.

Finalment, cal substanciar el tràmit d'informació pública i audiència regulat en els articles 178 del TRLMRLC i 49 de la LBRL. Aquest tràmit té caràcter preceptiu.

Amb aquest pronunciament la Comissió dona resposta a la inquietud municipal sobre l'aplicació als ens locals del pronunciament contingut en la STC 55/2018, del 24 de maig, sobre l'article 133 de la LPAC en relació amb la consulta pública prèvia, que es descarta d'acord amb la interpretació que fa la jurisprudència sobre la disposició addicional primera de la LPAC. Així mateix, en el Dictamen es configura la consulta pública prèvia com un tràmit clarament diferenciat de la «consulta popular» de l'article 3 de la Llei 10/2014, del 26 de setembre, i es determina el moment temporal per a fer-la.

RÈGIM LOCAL

CONSULTES SOBRE NEGOCIS JURÍDICS RELATIUS AL PATRIMONI DELS ENS LOCALS

Albert Guilera i Planas¹
Associació Catalana de Municipis
Cap dels Serveis Jurídics

Sumari: 1. Gestió del bar d'una pista poliesportiva; 1.1. Delimitació entre contracte públic i concessió demanial; 1.2. La concessió demanial; 1.3. El contracte de concessió de serveis; 2. Instal·lació de màquines de venda automàtica (*vending*) a les dependències d'un consell comarcal; 3. Instal·lació d'un caixer automàtic en un municipi rural; 3.1. Concessió administrativa; 3.2. Contractació d'un servei de caixer automàtic; 4. Adquisició d'un habitatge provinent del tanteig i retracte de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya; 5. Procediment per a seleccionar els arrendataris de dos pisos de propietat municipal; 5.1. Habitatge que es rehabilita amb una subvenció condicionada a l'arrendament futur; 5.2. Habitatge obtingut en exercici del dret de tanteig i retracte de l'Acord marc amb l'Agència de l'Habitatge de Catalunya.

La gestió del patrimoni dels ens locals i els negocis jurídics a través dels quals aquesta se substancia són objecte de consulta habitual als serveis jurídics de l'Associació Catalana de Municipis (ACM) com a conseqüència de la complexitat que es deriva del sistema de fonts aplicable (legislació bàsica de règim local, legislació bàsica de patrimoni de l'Estat, legislació de règim local de Catalunya, normativa patrimonial pública catalana, legislació de contractació pública, etc.), així com del fet que, si bé l'article 9 de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, del 26 de febrer de 2014, exclou del seu àmbit d'aplicació les relacions jurídiques, els negocis i els contractes en l'àmbit del domini públic i en l'àmbit patrimonial, la mateixa normativa patrimonial en certs casos remet a la legislació de contractació pública. Així, l'article 30.1 del Decret 336/1988, del 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL), determina que l'adquisició de béns a títol onerosos requereix el compliment de les normes sobre contractació dels ens locals, i l'article 110.1 (no bàsic) de la Llei 33/2003, del 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques (LPAP), estableix:

Els contractes, convenis i altres negocis jurídics sobre béns i drets patrimonials es regeixen, quant a la seva preparació i adjudicació, per aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament i, en el que no preveuen aquestes normes, per la legislació de contractes de les administracions públiques. Els seus efectes i la seva extinció es regeixen per aquesta Llei i les normes de dret privat.

1. Aquest article s'ha elaborat tenint en compte les aportacions dels membres dels serveis jurídics de l'ACM Àlex Tarroja Piera, Joan Ramon Casals i Mata, Pablo Fernández Flores i Berta Morató Vinyes.

En consideració a l'interès de la matèria, en aquest espai oferim alguns exemples de respostes que, des d'una perspectiva pràctica, s'han donat a consultes que els ens locals han plantejat en relació amb aquestes qüestions.

1. GESTIÓ DEL BAR D'UNA PISTA POLIESPORTIVA

Es planteja la necessitat d'encarregar la gestió del bar situat en una instal·lació esportiva municipal a una entitat privada, preferiblement un club esportiu sense ànim de lucre.

Atès que el bar es troba en un espai de domini públic, es planteja si la gestió s'hauria de vehicular mitjançant un contracte de serveis o de concessió de serveis regulat en la LCSP o bé mitjançant una concessió demanial subjecta a la normativa patrimonial.

1.1. DELIMITACIÓ ENTRE CONTRACTE PÚBLIC I CONCESSIÓ DEMANIAL

La delimitació entre el contracte públic i la concessió demanial no sempre és fàcil: en el primer cas, la relació jurídica s'articula per a satisfer un fi d'interès públic competència de l'Administració, mentre que el segon cas es troba més a prop de la mera autorització de l'ús d'un bé de domini públic per a la seva explotació privada. La jurisprudència i la doctrina han anat establint criteris per a diferenciar ambdues figures, però és una referència especial l'informe emès per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en relació amb l'expedient 87/18, relatiu al règim jurídic del contracte de cafeteria i restauració, en el qual s'ofereixen una pautes per a distingir un supòsit de l'altre partint de l'anàlisi de tres factors:

a) Predomini en la relació jurídica analitzada de la finalitat pública que l'Administració pretén aconseguir (ordenar jurídicament la titularitat d'un servei) o de l'interès privat consistent en l'aprofitament econòmic que s'obté de la instal·lació d'un negoci determinat sobre un bé demanial. Si el receptor del servei que presta l'adjudicatari privat no és la mateixa entitat contractant sinó un particular, sense que l'entitat pública tingui cap interès, ni tan sols remot o difús, en la prestació d'aquell servei, la relació jurídica respon més al concepte de *concessió demanial*.

b) Origen de la iniciativa de l'activitat: si la iniciativa és pública, la relació jurídica pot articular-se com un contracte públic, mentre que si la iniciativa prové d'una sol·licitud del particular interessat, estarem més aviat davant la sol·licitud d'autorització d'ús del domini públic.

c) Beneficiari de la utilitat de la relació jurídica establerta: si la beneficiària és l'entitat pública, encara que el servei es presti a favor dels usuaris, ens trobem en presència d'un contracte públic, mentre que si aquesta utilitat només arriba o beneficia el negoci privat en termes de rendibilitat o lucre, estarem davant d'una concessió demanial.

En tot cas, el concepte clau és la prevalença de l'interès públic del servei que es lícita, en contraposició amb l'interès privat del servei, que requereix l'ocupació privativa d'un bé de domini públic: en un contracte públic s'atén de manera primordial la satisfacció d'un interès

públic i l'Administració és la beneficiària encara que el destinatari final del servei (i fins i tot l'eventual pagador) sigui l'administrat o l'usuari, ja que la finalitat perseguida és obtenir una prestació que permeti a l'Administració intervinent oferir un millor servei públic.

Cal partir del reconeixement d'un marge de llibertat de l'ens local a l'hora de decidir la forma de gestió concreta dels serveis de la seva competència sobre la base de la seva potestat d'autoorganització municipal (art. 249.1 del Decret legislatiu 2/2003, del 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), sense oblidar que tota decisió discrecional es troba sotmesa a certes restriccions imposades per la normativa, a més dels límits formals i materials d'aplicació a tot acte administratiu. Els òrgans de contractació disposen d'una àmplia capacitat per a configurar les seves relacions jurídiques i la solució dependrà de com es configuri el negoci. En supòsits com el present, la gestió del bar d'un poliesportiu, tot dependrà de les característiques concretes de l'activitat licitada i de quin valor d'interès públic li atorgui l'ajuntament. En cas de dubte, la Junta Consultiva estatal remarca la conveniència d'aplicar la legislació de contractes del sector públic, perquè és la regulació més estricta i respectuosa amb la concurrència.

En el cas concret que es planteja, la voluntat de l'ajuntament és que l'adjudicatari assumeixi el risc operacional de l'activitat, per la qual cosa s'ha de descartar l'opció del contracte de serveis i s'ha de fer la tria entre un contracte de concessió de serveis i una concessió demanial.

Vegem a continuació les principals característiques de cada instrument jurídic.

1.2. LA CONCESSIÓ DEMANIAL

El sistema de fonts que regeix la legislació patrimonial en relació amb els ens locals és el següent:

a) En primer lloc, la normativa bàsica de règim local (Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local [LRBRL], i Reial decret legislatiu 781/1986, del 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local [TRRL]).

b) En segon lloc, els preceptes bàsics de la LPAP que siguin aplicables als ens locals (que són els que determina l'apartat cinquè de la disposició final segona, d'acord amb l'art. 2.2 de la LPAP), així com els articles que desenvolupen aquests preceptes bàsics del Reglament de desplegament de la LPAP (Reial decret 1373/2009).

c) En tercer lloc, la normativa catalana de règim local, és a dir, el TRLMRLC, i, pel que fa a la normativa patrimonial, el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL).

d) Per acabar cal acudir, de manera supletòria, a la legislació estatal de caràcter no bàsic: és a dir, als preceptes no bàsics de la LPAP (els no mencionats per l'apartat cinquè de la disposició final segona de la LPAP) i als articles que desenvolupen aquests preceptes no bàsics del seu reglament de desplegament (Reial decret 1373/2009, del 28 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei 33/2003, del 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, així com al Reial decret 1372/1986, del 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de béns de les entitats locals [RBEL]).

Ja que es tracta de l'explotació del bar d'uns instal·lacions esportives municipals, des de la perspectiva del patrimoni ens trobem davant d'un ús privatiu en què s'ocupa una porció del domini públic i s'hi limita o se n'exclou l'ús per altres interessats (art. 85.3 LPAP, 57 RPEL i 218.4 TRLRMLC). Els títols habilitadors que corresponen a un ús privatiu per part d'un particular són:

- La llicència, si aquest ús privatiu no comporta transformació ni modificació del domini públic (art. 218.4 TRLRMLC i 57.2 RPEL).
- La concessió administrativa (art. 218.4 TRLRMLC i 59 RPEL).

La distinció entre si existeix o no modificació del domini públic pot ser difusa i difícil de determinar i depèn, en bona mesura, de les particularitats de cada supòsit concret, del criteri de cada entitat, etc. En general es considera que no hi ha transformació si l'ús s'efectua únicament amb instal·lacions desmuntables o béns mobles, mentre que si aquesta ocupació es duu a terme amb obres o instal·lacions fixes, cal que estigui emparada per la concessió administrativa corresponent. La determinació d'un o l'altre supòsit depèn de la justificació que se'n faci.

Les llicències s'atorguen directament als peticionaris que reuneixen les condicions requerides, excepte si el nombre és limitat, cas en què ho seran en règim de concurrència (art. 92.1 de la LPAP). Les concessions, en canvi, amb caràcter general s'atorguen en règim de concurrència, excepte els supòsits d'atorgament directe que preveu l'article 137.4 de la LPAP quan es donin circumstàncies excepcionals, degudament justificades, o en altres supòsits establerts en les lleis (art. 93.1 de la LPAP). D'entre aquestes circumstàncies especials que permetrien l'adjudicació directa, hi ha:

- Quan l'adjudicatari sigui una altra administració o una persona jurídica del sector públic o bé una entitat sense ànim de lucre, declarada d'utilitat pública. En el cas plantejat, si hi hagués una entitat esportiva interessada en la gestió del bar que hagués estat declarada d'utilitat pública, es podria valorar l'aplicació d'aquesta possibilitat.

- Quan l'immoble sigui necessari per a donar compliment a una funció de servei públic o a la realització d'un fi d'interès general per una persona diferent de les esmentades en l'apartat anterior. És difícil justificar aquesta opció perquè es tracta d'un bar o restaurant, i no d'una activitat de competència municipal, especialment si hi ha diverses entitats que se'n podrien fer càrrec.

- Quan sigui declarada deserta la subhasta o el concurs promogut per a l'alienació (en el cas d'una concessió, quedarà desert el procediment de concurrència per a assignar-la) o aquests resultin fallits com a conseqüència de l'incompliment de les seves obligacions per part de l'adjudicatari, sempre que no hagi transcorregut més d'un any des de la seva celebració.

En el cas de les llicències, la competència per al seu atorgament correspon a l'alcaldia (art. 60.1 del RPEL). En el cas de de les concessions, en canvi, la competència per al seu atorgament correspon al ple. Es requereix el vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal de membres de la corporació quan les concessions s'atorguin per més de cinc anys i el valor dels béns de domini públic sigui superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost (art.

60.1 del RPEL i 221 del TRLMRLC). Les altres concessions també s'atorguen pel ple, però l'adopció de l'acord no requereix cap majoria reforçada i poden ser aprovades per la junta de govern local si en té la competència delegada (art. 60.2 del TRLMRLC).

1.3. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVEIS

Es tracta d'un contracte típic regulat per la LCSP (art. 284-297) pel qual l'ajuntament encarrega a títol onerós a una o diverses persones, naturals o jurídiques, la gestió d'un servei la prestació del qual sigui de la seva titularitat o competència i la contrapartida del qual estigui constituïda pel dret a explotar els serveis objecte del contracte o per aquest dret acompanyat del de percebre un preu.

A diferència del contracte de serveis, en un contracte de concessió de serveis el dret d'explotació dels serveis comporta la *transferència al concessionari del risc operacional*. El risc operacional implica que el concessionari no té garantida, en condicions normals de funcionament, la recuperació de les inversions realitzades i haurà de cobrir els costos en què hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació del servei que sigui objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposa una exposició real a les incerteses del mercat que implica la possibilitat que el concessionari incorri en pèrdues que no siguin merament nominals o menyspreables.

En el cas d'un bar, el concessionari obtindrà la seva remuneració dels clients que abonin els preus corresponents al servei de begudes i aliments que s'hi ofereixin, i estarà subjecte a les oscil·lacions que experimenti la demanda dels usuaris, sense que l'administració concedent no li pugui garantir un nivell d'ingressos que n'asseguri la viabilitat davant de tota circumstància. L'administració concedent, però, té la potestat d'intervenir en la determinació de les tarifes, que no poden ser establertes unilateralment pel concessionari.

En definitiva, en el cas plantejat l'Ajuntament hauria d'optar entre el contracte de concessió de serveis i la concessió demanial, tenint en compte que, almenys teòricament, la via del contracte de concessió comporta una implicació més intensa de l'ens local perquè implica reconèixer l'interès públic de l'activitat, a diferència dels serveis que es presten en el marc d'una concessió demanial.

2. INSTAL·LACIÓ DE MÀQUINES DE VENDA AUTOMÀTICA (VENDING) A LES DEPENDÈNCIES D'UN CONSELL COMARCAL

Un consell comarcal demana quina fórmula jurídica es podria aplicar per a instal·lar un parell de màquines de vending expendedores de begudes i menjar a les seves oficines centrals, amb la possibilitat que l'empresa propietària de les màquines les instal·li sense cap cost per a l'ens local.

Tot i que no té caràcter bàsic, és oportú fer esment de l'article 89 de la LPAP, que regula supòsits com el que es planteja per als edificis administratius del patrimoni de l'Estat i que, com que no existeix una norma equivalent per a l'àmbit de Catalunya, seria d'aplicació supletòria al cas plantejat:

Article 89. Ocupació d'espais en edificis administratius

L'ocupació d'espais per tercers en els edificis administratius del patrimoni de l'Estat es pot admetre, amb caràcter excepcional, quan s'efectuï per donar suport a serveis dirigits al personal que hi està destinat o al públic visitant, com cafeteries, oficines bancàries, caixers automàtics, oficines postals o altres d'anàlegs, o per a l'explotació marginal d'espais no necessaris per als serveis administratius. Aquesta ocupació no pot entorpir o menyscar la utilització de l'immoble pels òrgans o les unitats que s'hi allotgen, i ha d'estar emparada per l'autorització corresponent, si s'efectua amb béns mobles o instal·lacions desmuntables, o concessió, si es produeix per mitjà d'instal·lacions fixes, o per un contracte que permeti l'ocupació, formalitzat d'acord amb el que preveu el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

A partir d'aquesta norma entenem que la via jurídica més recomanable seria la d'atorgar una *llicència* o *concessió administrativa* per a l'ús d'un espai de les dependències del consell comarcal per a la seva explotació privada. Aquesta figura es regeix per la normativa patrimonial i d'entrada es troba exclosa de l'àmbit d'aplicació de la LCSP (art. 9 de la LCSP).

Com que la instal·lació d'una màquina expenedora, tot i tractar-se d'un ús privatiu, no comporta ni la transformació ni la modificació del domini públic (es tracta d'un bé moble transportable), el títol habilitant que requereix és una *llicència* (art. 218.4 del TRLMRLC), que, segons el que resulta de l'article 57.2 del RPEL, serà una llicència d'ocupació temporal, en virtut de la qual s'origina una situació de possessió precària essencialment revocable per raons d'interès públic i amb dret a indemnització, si escau. En canvi, l'ús privatiu inherent a l'afectació dels béns i el que comporta la transformació o la modificació del domini públic, resta subjecte a una concessió administrativa. Segons l'article 86.2 de la LPAP, no bàsic, si l'ús privatiu que no comporta transformació ni modificació s'atorga per a un període superior a quatre anys, també restarà subjecte a una concessió. La legislació catalana no estableix el límit de quatre anys, però cal tenir en compte que, segons l'apartat 3 de l'article 92 de la LPAP, no bàsic però supletori, les autoritzacions s'han d'atorgar per a un temps determinat que com a màxim, incloses les pròrrogues, pot ser de quatre anys. Atès que, segons l'article 57.2 del RPEL, es tractaria d'una llicència temporal, a manca de regulació autonòmica podem entendre d'aplicació el límit dels quatre anys, de tal manera que si es volgués atorgar un títol habilitador per a un termini més llarg, caldria tramitar una concessió.

Les principals diferències entre llicència i concessió es troben en el seus respectius procediments d'atorgament i en l'òrgan competent per a atorgar-los:

— *Procediment*: malgrat que les llicències, per regla general, s'atorguen directament als peticionaris que reuneixen les condicions requerides, en un supòsit com el plantejat, en què el nombre de màquines que es poden col·locar és limitat per raons d'espai i són diverses les empreses que s'hi poden interessar, s'hauria de seguir un procediment en règim de concurrència (art. 92.1 de la LPAP). Caldria convocar un concurs públic obert sotmès als principis de publicitat i de lliure concurrència, inspiradors de la gestió del patrimoni públic (art. 56.4 o 57.3 del RPEL), en el qual tot interessat pugui presentar una oferta. En el cas de la concessió, la regla general és l'aplicació del règim de concurrència, excepte que es donin circumstàncies excepcionals.

— *Competència*: l'atorgament de la llicència correspon a l'alcaldia o la presidència de l'ens local (art. 60.1 del RPEL) i l'atorgament de la concessió correspon al ple. Si la concessió fos per a un termini superior a cinc anys i el valor dels béns de domini públic fos superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost (art. 60.1 del RPEL i 221 del TRLMRLC), l'atorgament requeriria el vot favorable de la majoria absoluta de membres de la corporació local. En els altres casos no es requereix la majoria absoluta i la competència es pot delegar en la junta de govern local (art. 60.2 del TRLMRLC) o bé, tractant-se d'un consell comarcal, en la comissió permanent si així ho preveu el Reglament d'organització comarcal (ROC) (art. 17 del Decret legislatiu 4/2003, del 4 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya (TRLOC).

— *Preu*: la llicència pot donar lloc a la percepció de *preus públics* (art. 58 del RPEL) o no, mentre que les concessions poden ser gratuïtes, poden atorgar-se amb contraprestació o condició, o poden estar subjectes a la taxa per utilització privativa o aprofitament especial de béns del domini públic (art. 93.4 de la LPAP). Si s'establís un preu públic o taxa, l'empresa adjudicatària en pagaria l'import al consell comarcal, però es quedaria els ingressos obtinguts de l'explotació de la màquina. Per aquesta via, el consell comarcal garantiria el servei de venda automàtica a les seves instal·lacions sense haver d'abonar cap quantitat i amb la possibilitat d'obtenir-ne un preu públic o taxa.

— La llicència pot ser revocada unilateralment per l'administració concedent en qualsevol moment per raons d'interès públic, sense generar un dret a indemnització quan resulti incompatible amb les condicions generals aprovades amb posterioritat, produeixi danys al domini públic, n'impedeixi la utilització per a activitats de més interès públic o menyscabi l'ús general (art. 92.4 de la LPAP), si bé podrien donar-se altres circumstàncies que justificassin una indemnització. Les concessions, en canvi, poden ser resoltes per l'ens local abans del seu venciment si ho justifiquen les circumstàncies sobrevingudes d'interès públic, però el concessionari ha de ser rescablat dels danys que se li hagin produït (art. 61 del RPEL).

També es pot pensar en altres fórmules per a oferir el servei de màquines expenedores al consell comarcal, com ara mitjançant un contracte subjecte a la LCSP i no a la legislació patrimonial. El lliurament de màquines expenedores podria regular-se mitjançant un contracte típic de subministrament (art. 16 de la LCSP), en virtut del qual el consell comarcal arrendaria les màquines i subministraria la reposició de begudes i aliments a canvi d'un preu que hauria d'abonar el consell comarcal, el qual, per la seva banda, ingressaria els preus públics que abonarien els usuaris de les màquines per a accedir als diferents productes oferts. Si la prestació principal de subministrament de les màquines anés acompanyada d'algun tipus de servei, com ara el manteniment, la reparació d'avaries, etc., ens trobaríem davant d'un contracte mixt de subministrament i serveis.

3. INSTAL·LACIÓ D'UN CAIXER AUTOMÀTIC EN UN MUNICIPI RURAL

Es planteja la necessitat de dotar un municipi rural del servei de caixer automàtic, atès que cap entitat bancària no hi té presència.

Davant d'aquesta mancança i sens perjudici que puguin prosperar les iniciatives legislatives que tenen com a objectiu assegurar aquest servei a tots els municipis, així com altres mesures impulsades per les entitats supramunicipals i pels governs català i estatal, un ajuntament es pot plantejar la possibilitat de garantir aquest servei, entre altres vies, mitjançant una concessió administrativa per a la instal·lació d'un caixer automàtic en un espai de domini públic o bé mitjançant un contracte de serveis.

3.1. CONCESSIÓ ADMINISTRATIVA

La instal·lació d'un caixer en un edifici de titularitat municipal afecte a l'ús públic comporta la utilització privativa d'un bé demanial per una entitat financera, que pot articular-se a través d'una concessió administrativa, tenint en compte que l'ús comporta la transformació o modificació del domini públic (art. 3.1, 53.1, 55, 57 i 59 del RPEL).

En aquest cas, podem fer novament referència a l'article 89 de la LPAP, transcrit abans, si bé el supòsit no és exactament el mateix, ja que en el cas plantejat l'objectiu no és oferir un servei als empleats i als visitants de les oficines municipals, tal com preveu el precepte esmentat, sinó a tot el poble, atès que no es disposa d'altres possibilitats d'accés als serveis bancaris dins del mateix municipi.

Tant la LPAP com el RPEL estableixen que l'atorgament de concessions sobre béns de domini públic s'ha d'efectuar en règim de concurrència (art. 93 de la LPAP) o concurs (107.1 de la LPAP i 60.2 del RPEL). La via més garantista és tramitar el concurs per algun dels procediments previstos en la legislació contractual, que permet l'aplicació dels principis de lliure concurrència, publicitat, igualtat i no discriminació (de fet, el mateix art. 66.1 del RPEL fa referència al plec de clàusules administratives com a document necessari previ a l'adjudicació de la concessió).

Es pot plantejar la possibilitat d'una concessió en virtut de la qual l'ajuntament percebi un cànon de la concessionària, el qual s'afegiria a la taxa per ocupació del domini públic si aquest concepte es troba previst en les ordenances fiscals. L'adjudicatària hauria d'assumir despeses com ara el pagament d'un cànon, la taxa per l'ocupació del domini públic, si es troba prevista en les ordenances fiscals, les despeses de redacció del projecte i les de les obres d'adequació.

En definitiva, mitjançant la licitació d'una concessió administrativa s'obre la possibilitat que les entitats bancàries o altres entitats que poden oferir aquest servei, presentin una oferta per a instal·lar un caixer automàtic al municipi en un espai de domini públic. Tanmateix, atès que el problema que es vol resoldre té la seva causa en la manca d'interès de les entitats bancàries per a tenir presència als municipis rurals i poc poblats, és dubtós que la possibilitat d'optar a una concessió com la que es planteja els resulti atractiva, tenint en compte les despeses a què haurien de fer front, tot i que, segons com es configurés la concessió, podria ser més avantatjosa que no pas instal·lar el caixer en un espai privat.

3.2. CONTRACTACIÓ D'UN SERVEI DE CAIXER AUTOMÀTIC

A manca d'altres incentius, la via més efectiva per a assegurar la presència d'un caixer automàtic al municipi és la licitació d'un contracte públic en virtut del qual, en comptes de percebre'n un cànon i les taxes, l'ajuntament remuneraria l'entitat adjudicatària per la instal·lació del caixer. Aquesta ha estat l'opció per la qual s'han decantat molts ens locals, ja sigui a través d'un contracte de serveis, ja sigui amb un contracte de concessió de serveis, segons si el risc operacional és assumit per l'ens local o per l'entitat financera. En tot cas, es passaria de cobrar un cànon a pagar a l'entitat per la prestació del servei, opció que tindria una clar efecte incentivador i reduiria el risc que la licitació quedés deserta. En aquesta línia, també es podrien oferir altres avantatges per a fer més atractiva la proposta als ulls dels possibles licitadors.

A partir de la informació obtinguda de diferents ajuntaments que han licitat aquest servei, s'ha comprovat que la majoria de contractes es plantegen com a contracte mixt de subministrament, instal·lació i manteniment d'un caixer automàtic. Per a la selecció de l'adjudicatari s'apliquen criteris automàtics (import del subministrament, import de les comissions, reducció del termini en cas d'avaria) i criteris subjectes a judicis de valor en relació amb el projecte (forma de prestació del servei de manteniment, característiques tècniques del caixer, característiques d'accessibilitat al caixer i adaptacions d'aquest per a les persones amb necessitats especials, etc.).

En cas de promoure una licitació del servei, caldria tenir en compte les qüestions següents:

— La necessitat del contracte (art. 28 de la LCSP) quedaria justificada per la dificultat d'accés de la població als serveis bancaris després que se n'hagi reduït la presència als municipis amb menys habitants, fet que ha generat un problema d'exclusió financera, sobretot per als col·lectius de la gent gran, les persones amb dificultats de mobilitat i les persones poc familiaritzades amb el funcionament dels mitjans digitals, així com pel fet que l'ajuntament no disposa d'equipaments ni de recursos tècnics especialitzats per a la prestació del servei.

— L'entitat adjudicatària hauria d'estar qualificada com a «entitat de pagament» als efectes de l'article 5 del Reial decret llei 19/2018, del 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera.

— Es tractaria d'un contracte privat, ja que tindria per objecte serveis d'intermediació financera (art. 25.1.1r de la LCSP).

— Pel que fa als criteris d'adjudicació, es podria justificar la utilització de criteris únicament automàtics, basats, per exemple, en puntuacions que se sumen per cada nou servei que s'ofereixi (retirada d'efectiu, ingrés d'efectiu, pagament de rebuts, lector de llibretes, recàrrega de mòbils, etc.) i altres millores com ara l'eliminació de les comissions. Tanmateix, com ja hem indicat, també s'hi podrien tenir en compte criteris subjectes a judicis de valor en relació amb el projecte (forma de prestació del servei de manteniment, característiques tècniques del caixer, característiques d'accessibilitat, etc.).

— El pressupost base del contracte hauria d'incloure tots els costos directes i indirectes derivats del servei (manteniment dels caixers, personal associat al servei, llicències necessàries, manteniment del *software*, sistemes de seguretat, etc.).

4. ADQUISICIÓ D'UN HABITATGE PROVINENT DEL TANTEIG I RETRACTE DE L'AGÈNCIA DE L'HABITATGE DE CATALUNYA

Es planteja com ha de procedir un ajuntament adherit a l'Acord marc per a l'adquisició d'habitatges provinents del tanteig i retracte i la compra directa per a destinar a lloguer social de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya (AHC).

Les ofertes d'habitatges subjectes a l'exercici dels drets de tanteig i retracte de què gaudeix l'AHC en virtut del Decret llei 1/2015, del 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització d'habitatges provinents de processos d'execució hipotecària, es publiquen a l'entorn web de l'Agència, al qual tenen accés els ajuntaments adherits a l'Acord marc. Segons l'apartat setè de l'Acord, per a l'adjudicació dels habitatges oferts tenen prioritat els municipis, les entitats que en depenen i les empreses públiques d'àmbit municipal on es trobin ubicats els habitatges. En cas que l'ajuntament o l'entitat municipal no es presenti a l'oferta, els habitatges s'han de destinar a les diferents entitats socials que hagin manifestat l'interès a adquirir habitatges, amb el finançament i en les condicions que s'hi estableixen.

Els ens locals tenen capacitat jurídica plena per a adquirir tota classe de béns i drets i per a posseir-los, i també per a exercir les accions i els recursos procedents en defensa del seu patrimoni (art. 206.1 del TRLMRLC). La normativa reguladora del patrimoni dels ens locals estableix, per als supòsits d'adquisició onerosa d'un bé, el compliment de les normes sobre contractació dels ens locals (art. 30 del RPEL), si bé és possible, com a excepció, l'adquisició directa quan ho requereixin les peculiaritats dels béns, les necessitats del servei que s'ha de satisfer o les limitacions del mercat immobiliari, i alguns supòsits d'urgència extrema (art. 30 del RPEL i 206 del TRLMRLC).

Entenem que el cas plantejat, en què es tracta d'habitatges provinents de l'exercici dels drets de tanteig i retracte d'acord amb el Decret llei 1/2015, del 24 de març, s'insereix, per la seva naturalesa excepcional, en els supòsits habilitadors als quals fa referència l'article 206 del TRLMRLC que permeten l'adquisició directa de l'immoble.

Pel que fa al procediment, com que es tracta d'una adquisició directa, caldrà, a més d'una valoració pericial, disposar de l'informe previ del departament competent en matèria d'Administració local si el valor dels béns excedeix els 100.000 €. En la resta de casos, i també en el supòsit d'urgència extrema, seria suficient incorporar-hi l'informe del secretari municipal.

La competència per a l'adquisició correspon al ple quan el valor del bé adquirit superi el 10% dels recursos ordinaris del pressupost i, en tot cas, quan sigui superior a 3.005.060,52 € (art. 52.2p del TRLMRLC), i a l'alcaldia en la resta de casos (art. 53.1q del TRLMRLC).

Aquestes previsions entren en una lleu contradicció amb l'apartat 9 de la disposició addicional segona de la LCSP, que substitueix la xifra de 3.005.060,52 € per la de 3.000.000 €, però entenem aplicables les previsions del TRLMRLC d'acord amb el principi d'especialitat, en la línia del posicionament de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya en el seu Informe 14/2023, del 4 de maig. També existeix una contradicció amb el RPEL, però, en tot cas, per jerarquia normativa ha de prevaldre allò establert en la Llei.

D'acord amb el que s'ha exposat, l'expedient de compra hauria de contenir:

— La resolució de l'AHC d'exercici del tanteig i retracte a favor de l'ajuntament (d'acord amb tot el procediment regulat per l'Acord marc).

— El certificat del secretari municipal en què s'expliciti la circumstància excepcional justificativa de l'adquisició directa de l'immoble, d'acord amb el Decret llei 1/2015, del 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització d'habitatges provinents de processos d'execució hipotecària.

— L'informe del tècnic corresponent sobre la valoració pericial de l'immoble que es vol adquirir.

— L'informe favorable del departament competent de la Generalitat (si el valor del bé immoble és superior a 100.000 €).

— El plec de clàusules administratives particulars que regiran el contracte de compra-venda de l'immoble.

— L'informe del secretari en què s'acredita el tant per cent dels recursos ordinaris del pressupost municipal que representa l'import de compra de l'immoble, a l'efecte de determinar la competència per a l'aprovació de la compra.

Adicionalment, hi ha un seguit de documents que també haurien de constar a l'expedient però que no deriven de la normativa patrimonial, sinó de normativa sectorial d'àmbits com el pressupostari i l'urbanístic, com ara el certificat de compatibilitat urbanística de l'ús de la finca amb la finalitat que se li vol donar o l'informe de l'interventor en relació amb la subjecció de l'adquisició de la finca als principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, així com amb l'existència crèdit disponible.

D'altra banda, si bé entenem que en aquest cas ens trobem davant d'un supòsit en què es pot optar per l'adquisició directa de l'immoble, hi ha qui defensa que, en un cas com aquest, s'hauria de tramitar un procediment negociat sense publicitat de la LCSP amb un únic participant.

5. PROCEDIMENT PER A SELECCIONAR ELS ARRENDATARIS DE DOS PISOS DE PROPIETAT MUNICIPAL

Seguint el cas presentat en l'apartat anterior, se'ns planteja, d'una banda, quins procediments haurà de seguir l'ajuntament per a arrendar l'immoble adquirit a partir de l'exercici del dret de tanteig i retracte i, de l'altra, com s'ha de procedir per a arrendar un altre habitatge de propietat municipal que s'ha rehabilitat amb l'import d'una subvenció condicionada a destinar-lo a lloguer en els termes següents:

Els ens beneficiaris hauran de posar els habitatges en règim de lloguer un mínim de 10 anys, garantint que aquest sigui l'habitatge habitual dels llogaters. Un cop acabada l'actuació subvencionada, l'edificació residencial pública haurà de destinar-se al lloguer de primera residència.

Procedirem a analitzar cadascun dels supòsits plantejats.

5.1. HABITATGE QUE ES REHABILITA AMB UNA SUBVENCIÓ CONDICIONADA A L'ARRENDAMENT FUTUR

L'explotació dels béns patrimonials es pot fer a través de qualsevol negoci jurídic, típic o atípic, com ara l'arrendament (art. 106.1 de la LPAP). Com a regla general, segons l'article 219 del TRLMRLC, els béns patrimonials dels ens locals s'han d'administrar d'acord amb els criteris de màxima rendibilitat en les condicions usuals de la pràctica civil i mercantil. Segons el mateix precepte, l'arrendament o qualsevol altra forma de cessió de l'ús s'ha de fer per mitjà d'una subhasta pública o, excepcionalment, un concurs.

Cal posar en relació les previsions anteriors amb les prescripcions de l'article 107 de la LPAP, de caràcter bàsic, segons el qual els contractes d'arrendament s'adjudiquen per *concurso* excepte en els casos d'adjudicació directa (per les peculiaritats del bé, la limitació de la demanda, la urgència resultant d'esdeveniments imprevisibles o la singularitat de l'operació).

En el mateix sentit, l'article 72.3 del RPEL determina:

[...] no obstant el que preveu l'apartat anterior, els ens locals poden valorar motivacions de prestació de serveis socials, promoció i reinserció socials, activitats culturals i esportives, promoció urbanística, foment del turisme, ocupació del temps lliure, o altres anàlogues, que facin prevaler una rendibilitat social per damunt de la rendibilitat econòmica.

Com es pot observar, en aquest punt existeix una contradicció entre el concurs imposat per la LPAP, d'una banda, i el que estableixen els articles 219.2 del TRLMRLC i 72.2 del RPEL, en virtut dels quals l'arrendament i qualsevol altra forma de cessió d'ús dels béns patrimonials s'han de fer mitjançant *subhasta pública* o, excepcionalment, *concurso*. Ja que l'article 107.1 de la LPAP té caràcter bàsic, entenem que preval i, en conseqüència, si no es pot justificar l'adjudicació directa de l'arrendament, s'haurà d'aplicar un procediment de concurs.

Per a la tramitació d'un procediment obert, el reglament de desplegament de la LPAP (el Reial decret 1373/2009) estableix unes previsions respecte a aquesta qüestió. Entre aquestes, hi ha la que estableix que en el procediment d'adjudicació de l'explotació de béns, juntament amb la memòria que justifiqui els motius que aconsellen aquesta explotació, cal aportar a l'expedient un plec de condicions del concurs que haurà de contenir almenys els punts següents:

- a) Descripció tècnica i jurídica del bé o dret d'explotació del qual es dirimeix, incloent-hi, si escau, les certificacions registral i cadastral.
- b) Criteris d'adjudicació i forma de valoració i ponderació.
- c) Condicions per les quals es regirà l'explotació.
- d) Garanties que s'han de constituir per al compliment adequat de l'explotació i formes o modalitats que puguin adoptar.
- e) Model de presentació d'ofertes i mode en què es desenvoluparà la licitació.

Complementàriament, els articles 73 i 74 del RPEL inclouen les previsions següents:

Article 73

En l'expedient de cessió de l'ús d'un bé patrimonial, la competència del qual és del ple, ha de quedar justificada l'oportunitat o la conveniència, i s'ha d'acreditar el caràcter patrimonial del bé i la valoració tècnica.

Article 74

Els efectes de l'arrendament o qualsevol altra forma de cessió d'ús s'han de regir per les normes de dret privat que siguin d'aplicació, atesa la naturalesa del bé.

5.2. HABITATGE OBTINGUT EN EXERCICI DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE DE L'ACORD MARC AMB L'AGÈNCIA DE L'HABITATGE DE CATALUNYA

Els habitatges adquirits a l'empara de l'Acord marc de l'AHC han de ser qualificats de protecció oficial i, d'altra banda, els ajuntaments han de complir amb el seguit d'obligacions que determina el mateix Acord marc en funció de si l'immoble s'adquireix amb finançament de l'Institut Català de Finances (ICF) o no.

Si l'immoble s'adquireix sense finançament de l'ICF, els ajuntaments resten obligats a (punt quart de l'Acord marc):

- a) Instar la qualificació dels habitatges com a habitatges amb protecció oficial de règim general, o la modalitat que el substitueixi, destinats a lloguer pel període mínim de 30 anys.
- b) Destinar els habitatges a lloguer o cessió d'ús onerosa per a unitats de convivència amb ingressos no superiors a 4,5 vegades l'IRSC.

Si l'immoble s'adquireix amb la línia de finançament de l'ICF, els ajuntaments resten obligats a (punt cinquè de l'Acord marc):

- a) Constituir un dret temporal de propietat amb l'AHC. En aquest cas, l'ajuntament hauria hagut d'adquirir l'habitatge en règim de propietat temporal d'acord amb l'article 547 del Codi Civil de Catalunya i establir-ne la titularitat successiva a favor de l'AHC.
- b) Instar la qualificació de protecció oficial dels habitatges a lloguer pel període equivalent a la vigència del préstec bonificat i amb el compromís de destinar els habitatges a lloguer social durant tot el temps en què es mantingui el règim de propietat temporal, el qual es fixarà per un màxim de 75 anys.
- c) Destinar els habitatges a lloguer o cessió d'ús onerosa per a unitats de convivència amb ingressos no superiors a 3,5 vegades l'IRSC.
- d) El lloguer/cànon contractual màxim mentre estigui vigent el préstec serà el que correspongui a un habitatge amb protecció oficial de règim general o tipologia que el substitueixi en el moment de la subscripció dels corresponent contracte de lloguer o cessió d'ús.

Una vegada amortitzat el préstec, els habitatges hauran de continuar destinant-se al lloguer o cessió d'ús, i la renda màxima permesa serà la corresponent a la xifra inferior entre el mòdul aplicable als habitatges amb protecció oficial en règim general, o la tipologia que el substitueixi, i la que resultaria d'aplicar una deducció del 25% sobre la mitjana del lloguer de mercat corresponent al municipi en què es trobi l'habitatge.

Per acabar, cal recordar que la normativa patrimonial també admet la possibilitat de portar a terme cessions gratuïtes directes (art. 211 i 212 del TRLMRLC) o cessions d'ús directes a precari (art. 75 i seg. del RPEL) per raons d'interès públic, si bé entenem que no seria d'aplicació al cas plantejat.

EVOLUCIÓ JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓ DE LA PLUSVÀLUA MUNICIPAL

Estel Patrís Armengol
Lletrada dels Serveis Jurídics
Federació de Municipis de Catalunya

Sumari: 1. Introducció; 2. Declaracions d'inconstitucionalitat: sentències del Tribunal Constitucional 59/2017, 126/2019 i 182/2021; 2.1. Sentència del Tribunal Constitucional 59/2017: declaració d'inconstitucionalitat dels articles 107.1, 107.2a i 110.4 del TRLHL *únicament perquè sotmeten a tributació situacions d'inexistència d'increments de valor*. No es limiten els efectes de la declaració d'inconstitucionalitat; 2.2. Sentència del Tribunal Constitucional 126/2019: declaració d'inconstitucionalitat de la regla de càlcul de l'article 107.4 del TRLHL quan se'n derivi un increment de valor superior a l'obtingut efectivament pel subjecte passiu. Es limiten els efectes de la declaració d'inconstitucionalitat: revisió de les situacions que no siguin fermes; 2.3. Sentència del Tribunal Constitucional 182/2021: declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 107.2a i 107.4 del TRLHL. Es limiten més els efectes de la declaració d'inconstitucionalitat: referència a les situacions consolidades; 3. Modificació de la regulació de l'IIVTNU: Reial decret llei 26/2021; 3.1. Nou supòsit de no-subjecció; 3.2. Nou supòsit de subjecció; 3.3. Nova regulació de la base imposable; 3.4. Gestió; 4. Doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem sobre el procediment de revisió de liquidacions fermes per l'IIVTNU: comentari de la recent Sentència del Tribunal Suprem 339/2024, del 28 de febrer; 5. Conclusions.

Resum

El present article té per objecte analitzar la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem que ha anat modulant la regulació de l'impost sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana fins a culminar amb la seva modificació pel Reial decret llei 26/2021, del 8 de novembre, pel qual s'adapta el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals. Així mateix, s'analitzen les novetats introduïdes pel Reial decret llei 26/2021 i la viabilitat de les possibles vies de reclamació d'aquest impost per part dels contribuents en vista de la recent Sentència del Tribunal Suprem 339/2024, del 28 de febrer.

Paraules clau: capacitat econòmica, situacions d'inexistència d'increment del valor, declaració d'inconstitucionalitat, limitació d'efectes, nova regulació pel Reial decret llei 26/2021, mètode d'estimació objectiva, mètode d'estimació directa, revisió de liquidacions fermes, força de cosa jutjada.

1. INTRODUCCIÓ

L'impost sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana (en endavant, IIVTNU), conegut popularment com a plusvàlua municipal, és una peça clau del nostre sistema tributari local perquè és el segon impost que aporta més ingressos als ajuntaments, després de l'impost sobre béns immobles.

De la regulació d'aquest impost, que actualment es troba en els articles 104-110 del Reial decret legislatiu 2/2004, del 5 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals (en endavant, TRLRHL), es desprèn que es tracta d'un impost municipal de caràcter potestatiu, que es configura com un impost directe, de caràcter real i de meritació instantània. Concretament, l'article 104 del TRLRHL el defineix com un tribut directe que grava l'increment de valor que experimenten els terrenys de naturalesa urbana com a conseqüència de la transmissió de la propietat d'aquests terrenys per qualsevol títol (ja sigui per mitjà d'una venda, una donació o una herència, entre d'altres).

La regulació de l'IIVTNU ha estat molt controvertida des de la seva regulació inicial per la Llei 39/1988, del 28 de desembre, reguladora de les hisendes locals, fonamentalment per dos motius. En primer lloc, perquè atemptava contra el principi de capacitat econòmica previst en l'article 31 de la Constitució espanyola (en endavant, CE), atès que sotmetia a tributació situacions que no sempre eren indicatives de capacitat econòmica; i, en segon lloc, perquè el mètode de càlcul de la base imposable no tenia en consideració la capacitat econòmica real del subjecte passiu.

No obstant això, no va ser fins a la crisi econòmica dels anys 2008-2014, que va afectar de manera especial el sector immobiliari, que les deficiències de la regulació de l'IIVTNU es van fer més evidents. De manera que, tot i que el valor de mercat dels immobles va patir una caiguda dràstica, l'aplicació de les regles objectives per a calcular la base imposable de l'IIVTNU no tenia en consideració aquesta situació i el valor dels terrenys de naturalesa urbana seguia creixent. Per tant, malgrat que abans de la crisi les situacions d'increment del valor dels terrenys eren la regla general, durant aquella l'excepció va ser la generació de plusvàlues.

Aquest escenari ha donat lloc a diferents pronunciaments judicials del Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem que han anat modulant la regulació d'aquest impost fins a culminar amb la seva modificació pel Reial decret llei 26/2021, del 8 de novembre, pel qual s'adapta el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals a la jurisprudència del Tribunal Constitucional dictada en aquesta matèria.

2. DECLARACIONS D'INCONSTITUCIONALITAT: SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 59/2017, 126/2019 I 182/2021

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat fins a onze vegades sobre la inconstitucionalitat de les disposicions de rang legal relatives a l'IIVTNU quant a les normatives forals i les de règim comú. A continuació s'exposen els tres pronunciaments més rellevants en aquesta matèria.

2.1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 59/2017: DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT DELS ARTICLES 107.1, 107.2A I 110.4 DEL TRLHL ÚNICAMENT PERQUÈ SOTMETEN A TRIBUTACIÓ SITUACIONS D'INEXISTÈNCIA D'INCREMENTS DE VALOR. NO ES LIMITEN ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT

La primera declaració d'inconstitucionalitat és la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 26/2017, del 16 de febrer, que va enjudiciar la Norma foral 16/1989, del 5 de juliol, de l'impost sobre l'increment del valor dels terrenys de naturalesa urbana del territori històric de Guipúscoa. Aquesta primera declaració d'inconstitucionalitat va anar seguida de les STC 37/2017, 59/2017 i 72/2017.

La STC 59/2017, de l'11 de maig, que es va pronunciar respecte al règim comú, va declarar inconstitucionals i nuls els articles 107.1 i 107.2a del TRLHL, relatius a les regles de valoració de la base imposable, i, per connexió, l'article 110.4 TRLHL, ja que impedia als subjectes passius que poguessin acreditar l'existència d'una situació inexpressiva de capacitat econòmica. Així mateix, l'alt tribunal apel·lava al legislador, en el marc de la seva llibertat de configuració normativa, perquè dugués a terme «las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar la manera de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana».

Fet aquest apunt, cal posar de manifest que un dels aspectes d'aquesta sentència que ha generat més controvèrsia ha estat la seva part dispositiva, quan, a l'hora de declarar la inconstitucionalitat i nul·litat de determinats preceptes de la normativa de dret comú, ho ha fet amb el matís que «únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor». Ara bé, s'ha de subratllar que aquesta sentència no va limitar els efectes de la declaració de nul·litat, cosa que, tal com s'analitzarà més endavant, té rellevància a l'efecte de la revisió d'ofici de les liquidacions fermes de l'IIVTNU.

Aquesta precisió que es declarin inconstitucionals i nuls aquells preceptes només quan se sotmetin a tributació situacions d'inexistència d'incrementos del valor, va donar lloc a pronunciaments judicials heterogenis que van culminar amb la Sentència del Tribunal Suprem (STS) 1163/2018, del 9 de juliol de 2018, que va fixar doctrina pel que fa a la interpretació de l'esmentada STC 59/2017. En aquest sentit, la STS va concloure que els articles 107.1 i 107.2a del TRLHL són inconstitucionals i nuls parcialment o de manera condicionada, atès que seran d'aplicació quan se sotmetin a tributació situacions d'inexistència d'incrementos del valor, i l'article 110.4 del TRLHL és inconstitucional i nul de manera total i incondicionada, cosa que comporta la possibilitat de provar, davant l'Administració i en el procés judicial, la inexistència de plusvàlua.

No obstant això, malgrat la declaració d'inconstitucionalitat mencionada, sumada a la manca de regulació per part del legislador i la dificultat d'aplicar la doctrina establerta pel Tribunal Suprem, tot plegat va comportar que els problemes d'aplicació de l'IIVTNU persistissin.

2.2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 126/2019: DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT DE LA REGLA DE CàLCUL DE L'ARTICLE 107.4 DEL TRLHL QUAN SE'N DERIVI UN INCREMENT DE VALOR SUPERIOR A L'OBTINGUT EFECTIVAMENT PEL SUBJECTE PASSIU. ÈS LIMITEN ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT: REVISIÓ DE LES SITUACIONS QUE NO SIGUIN FERMES

En aquest context, un dels problemes que van sorgir va ser analitzar si era procedent que la quota de l'impost fos superior a l'increment de valor dels terrenys, atès que aquesta situació podia qüestionar-se des del principi de no confiscatorietat de l'article 31 de la CE.

Aquesta qüestió va ser resolta per la STC 126/2019, del 31 d'octubre, que va declarar la inconstitucionalitat de l'article 107.4 del TRLHL per vulnerar el principi de capacitat econòmica i la prohibició de confiscatorietat, consagrats en l'article 31.1 de la CE, en els supòsits en què la quota que calia de pagar era superior a l'increment patrimonial obtingut pel contribuent.

En aquest cas, per exigència del principi de seguretat jurídica, el Tribunal Constitucional va limitar els efectes de la declaració d'inconstitucionalitat, de manera que:

[...] únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme.

2.3. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 182/2021: DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT I NUL·LITAT DELS ARTICLES 107.2A I 107.4 DEL TRLHL. ÈS LIMITEN MÉS ELS EFECTES DE LA DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT: REFERÈNCIA A LES SITUACIONS CONSOLIDADES

Finalment, la STC 182/2021, del 26 d'octubre, tanca el cercle dels pronunciaments sobre la matèria declarant la inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 107.1, segon paràgraf, 107.2a i 107.4 del TRLRH en els termes previstos en el seu fonament jurídic sisè, que afecten les normes de determinació de la base imposable de l'IIVTNU. En aquest sentit, expressa que «supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad» i apel·la de nou al legislador perquè dugui a terme les modificacions legals pertinents per a adequar-lo a les exigències de l'article 31.1 de la CE, atès que en la data de la Sentència ja «han trascurrido más de cuatro años desde la publicación de la STC 59/2017».

Un dels aspectes més controvertits ha estat la limitació dels efectes de la declaració d'inconstitucionalitat. En aquest sentit, la STC —cito de manera literal— estableix:

[...] no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con

fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada *ex art.* 120.3 LGT (RCL 2003, 2945) a dicha fecha.

D'aquesta sentència s'extreuen les consideracions següents: *a)* s'insta de nou el legislador perquè reformi la regulació de l'IIVTNU, tal com ja s'havia posat de manifest en la STC 59/2017; *b)* pel que fa a la limitació dels efectes retroactius, delimita quines tenen la consideració de «situacions consolidades», de manera que només podran ser revisades amb fonament en aquesta sentència les dels contribuents que hagin impugnat les liquidacions i les dels que hagin sol·licitat la rectificació de l'autoliquidació prèviament a la data de la seva emissió, és a dir, el 26 d'octubre de 2021.

Respecte a la consideració de situacions consolidades i no susceptibles de revisió, cal posar de manifest que no trobem coherent que s'equiparin dues situacions clarament diferents i que haurien de merèixer un tractament desigual, la dels actes i sentències fermes i la dels actes susceptibles d'impugnació, cosa que comporta una restricció per la revisió d'aquests últims i que podria qüestionar-se des de la perspectiva de la vulneració del dret a la tutela judicial efectiva.

3. MODIFICACIÓ DE LA REGULACIÓ DE L'IIVTNU: REIAL DECRET LLEI 26/2021

La regulació de l'IIVTNU ha estat objecte de modificació per mitjà del Reial decret llei 26/2021, del 8 de novembre, per a adaptar el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals a la jurisprudència del Tribunal Constitucional exposada anteriorment (en endavant, RDL 26/2021) i que va ser convalidat d'acord amb la Resolució del Congrés dels Diputats del 2 de desembre de 2021 (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 296, de l'11 de desembre de 2021).

D'aquesta manera s'esmena el buit normatiu que va generar la STC 182/2021 sobre la determinació de la base imposable de l'impost. A més, la norma integra la doctrina continguda en les dues STC referenciades anteriorment, la 59/2017 i la 126/2019.

En primer lloc, cal destacar que el Reial decret llei 6/2021 va entrar en vigor el dia 10 de novembre de 2021, l'endemà de la seva publicació al BOE, i no té efectes retroactius. Això comporta un buit legal per a les operacions celebrades entre el 26 d'octubre de 2021 (data en què es va conèixer la STC 182/2021) i el 10 de novembre de 2021, que és quan va entrar en vigor el Reial decret llei.

De conformitat amb la disposició transitòria única del Reial decret llei, els ajuntaments que tenien establert l'IIVTNU havien de modificar en el termini de sis mesos, a comptar de l'entrada en vigor del Reial decret llei, les seves ordenances fiscals per a adequar-les a aquest. Mentre no es produeixi aquesta modificació, els ajuntaments han d'aplicar, per a la determinació de la base imposable de l'impost, els coeficients màxims establerts en l'article 107.4 del TRLRHL.

Feta aquesta consideració, a continuació s'analitzen els principals canvis introduïts pel Reial decret llei 26/2021, que són els següents:

- a) Introdueix un nou supòsit de no subjecció a l'impost per als casos en què es constati, a instància de l'interessat, que no s'ha produït un increment del valor.
- b) Sotmet a tributació les plusvàlues generades en menys d'un any.
- c) Estableix dos mètodes diferents per a determinar la base imposable i disposa l'obligació d'aplicar el més beneficiós per al contribuent.

3.1. NOU SUPÒSIT DE NO SUBJECCIÓ

La nova regulació afegeix a l'article 104 del TRLRHL un nou apartat 5 on s'estableix la no subjecció a l'impost en les transmissions de terrenys respecte dels quals es constati la inexistència d'increment del valor per diferència entre els valors d'aquests terrenys en les dates de transmissió i adquisició.

3.2. NOU SUPÒSIT DE SUBJECCIÓ

La nova regulació estableix la subjecció a l'impost dels increments de valor generats en menys d'un any, que anteriorment no estaven subjectes. D'aquesta manera, la norma pretén gravar les transaccions especulatives.

Tot i que amb la redacció anterior de l'article 107.4 del TRLHL no hi havia una regla explícita de no subjecció, aquest precepte establia que per a la quantificació de l'increment de valor només es consideraven els anys complets. La nova regulació tampoc no estableix explícitament aquest nou supòsit de subjecció, però la nova redacció de l'article 107.4 del TRLHL estableix que si el període de generació és inferior a un any, s'ha de prorratejar el coeficient anual tenint en compte el nombre de mesos complets, és a dir, sense tenir en compte les fraccions de mes.

3.3. NOVA REGULACIÓ DE LA BASE IMPOSABLE

Les regles per a determinar la base imposable s'han modificat en dos sentits: d'una banda, s'introdueixen canvis en l'anterior model de càlcul d'estimació objectiva; de l'altra, s'afegeix la possibilitat de calcular-la per estimació directa.

Pel que fa al mètode d'estimació objectiva, la regulació és similar però amb algunes diferències. La primera, afegida en l'article 107.2 del TRLRHL, és que els ajuntaments poden regular en la seva ordenança un coeficient reductor màxim del 15% sobre el valor cadastral del sòl en el moment de la meritació de l'impost, a l'efecte de ponderar el seu grau d'actualització a la realitat del mercat immobiliari. Però la principal modificació introduïda per la nova normativa és en els coeficients màxims de determinació de l'increment, que ara són objecte

d'actualització anual mitjançant una norma amb rang legal, de manera que ara es pot fer, per exemple, a través de les lleis de pressupostos generals de l'Estat, tal com disposa l'article 107.4 del TRLRHL. Els ajuntaments tenen la potestat de determinar els seus propis coeficients, però sempre respectant els límits màxims.

D'aquesta manera, els ajuntaments disposen de tres possibilitats d'actuació per a atenuar les obligacions tributàries de l'IIVTNU: *a)* aplicar el coeficient reductor sobre el valor cadastral; *b)* aplicar coeficients de determinació de l'increment inferiors als màxims previstos en la llei; *c)* establir tipus de gravamen inferiors al tipus màxim previst en l'article 108 del TRLRHL, que és del 30%.

Els imports màxims dels coeficients que s'han d'aplicar a l'IIVTNU per a la meritació d'aquest a partir de l'1 de gener de 2024 són els que estableix l'article 24 del Reial decret llei 8/2023, del 27 de desembre, que són els següents:

Periodo de generación	Coefficiente	Periodo de generación	Coefficiente
Inferior a 1 año.	0,15	11 años.	0,10
1 año.	0,15	12 años.	0,09
2 años.	0,14	13 años.	0,09
3 años.	0,14	14 años.	0,09
4 años.	0,16	15 años.	0,09
5 años.	0,18	16 años.	0,10
6 años.	0,19	17 años.	0,13
7 años.	0,20	18 años.	0,17
8 años.	0,19	19 años.	0,23
9 años.	0,15	Igual o superior a 20 años.	0,40
10 años.	0,12		

Font: article 24 del Reial decret llei 8/2023, del 27 de desembre.

Com es desprèn del contingut de la taula, l'increment de valor ara es determina mitjançant l'aplicació de coeficients que varien en funció del període de generació considerat. És a dir, no hi ha un coeficient lineal com el que existia en la regulació anterior, que no tenia en consideració les circumstàncies del mercat en els períodes de generació de l'increment, sinó un coeficient específic establert per a cada període de generació en funció de l'increment de valor del sòl estimat per a aquest període. Per aquest motiu, el coeficient creix els primers anys; després, a partir del setè any decreix, ja que a partir d'aquest moment s'inclouen dintre del període els anys de la crisi econòmica, en què el creixement va ser negatiu; i després, a partir de l'any quinze torna a créixer, atès que a partir d'aquell moment s'inclouen en el còmput els darrers anys del *boom* immobiliari, durant els quals es va produir un creixement significatiu del valor del sòl.

Quant al càlcul de la base imposable pel mètode d'estimació directa, en les transmissions d'un immoble en les quals hi hagi sòl i construcció, s'obtindrà en aplicar a la diferència entre el valor de transmissió del sòl i el d'adquisició, la proporció que representa el valor cadastral del sòl sobre el valor cadastral total, de conformitat amb l'article 104.5 del TRLHL.

L'aplicació d'aquest nou mètode es configura en l'article 107.5 del TRLHL, del qual es desprèn que el sistema objectiu de determinació de la base imposable de l'impost és optatiu i només és aplicable en els casos en què el subjecte passiu no faci ús del nou mètode de càlcul. D'aquesta manera, si el contribuïent demostra que la plusvàlua real és inferior a la resultant del mètode d'estimació objectiva, podrà aplicar la real.

3.4. GESTIÓ

Pel que fa a la gestió, el Reial decret llei 26/2021 modifica l'apartat 4 de l'article 110 del TRLRHL: reconeix als ajuntaments la facultat d'exigir el deute pel règim d'autoliquidació¹ i afegeix a aquest article un nou apartat 8² per a imposar la col·laboració entre l'Administració local i l'autonòmica especialment per a la liquidació de l'IIVTNU en els supòsits en què s'apliqui el règim d'estimació directa.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREM SOBRE EL PROCEDIMENT DE REVISIÓ DE LIQUIDACIONS FERMES PER L'IIVTNU: COMENTARI DE LA RECENT SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM 339/2024, DEL 28 DE FEBRER

En aquest apartat ens volem centrar en les possibles vies de reclamació després de la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 107.1, 107.4 i 110 del TRLRHL en virtut de les STC 59/2017, 126/2019 i 182/2021.

Una de les vies més utilitzades pels contribuïents per a instar la devolució de la plusvàlua ha estat la sol·licitud de devolució d'ingressos indeguts per declaració d'inconstitucionalitat de la liquidació practicada a través de la nul·litat de ple dret de l'acte administratiu que dicta la liquidació, de conformitat amb l'article 217 de la Llei general tributària (en endavant, LGT).

El Tribunal Suprem, en diverses sentències, a saber, les STS 435/2020, 436/2020 i 454/2020, del 18 de maig, va fixar una sèrie de criteris interpretatius sobre la viabilitat per a instar la revisió d'ofici per nul·litat de ple dret de liquidacions fermes per plusvàlua en els

1. Art. 110.4 TRLHL: «4. Los ayuntamientos quedan facultados para establecer el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo, que llevará consigo el ingreso de la cuota resultante de aquella dentro de los plazos previstos en el apartado 2 de este artículo. Respecto de dichas autoliquidaciones, sin perjuicio de las facultades de comprobación de los valores declarados por el interesado o el sujeto pasivo a los efectos de lo dispuesto en los artículos 104.5 y 107.5, respectivamente, el ayuntamiento correspondiente solo podrá comprobar que se han efectuado mediante la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto, sin que puedan atribuirse valores, bases o cuotas diferentes de las resultantes de tales normas.»

2. Art. 110.8 TRLHL «(...) las Administraciones tributarias de las comunidades autónomas y de las entidades locales colaborarán para la aplicación del impuesto y, en particular, para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 104.5 y 107.5, pudiendo suscribirse para ello los correspondientes convenios de intercambio de información tributaria y de colaboración.»

casos en què no existia un increment de valor en la transmissió gravada. Aquesta doctrina es va concretar en els termes següents (STS 436/2020):

a) En l'IIVTNU, la sol·licitud de devolució d'ingressos indeguts derivats de liquidacions fermes com a conseqüència de la declaració d'inconstitucionalitat dictada en la STC 59/2017, s'ha d'efectuar per les vies previstes en el capítol II del títol v de la LGT.

b) La declaració d'inconstitucionalitat de la STC 59/2017 no determina que les liquidacions fermes de l'IIVTNU girades amb anterioritat i que hagin guanyat fermesa en la via administrativa incorrin en els supòsits de nul·litat de ple dret de les lletres *a, e, f* i *g* de l'article 217.1 de la LGT, atès que: i) no han lesionat drets fonamentals susceptibles d'empara constitucional, ja que l'article 31.1 de la CE no estableix un dret fonamental; ii) no han prescindit per complet del procediment establert legalment; iii) no han provocat que el sol·licitant adquireixi facultats o drets sense els requisits essencials per a aquella adquisició; i iv) no es pot identificar una norma amb rang legal que estableixi la nul·litat radical i aquesta no pot ser al·legada d'acord amb l'article 47.2 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, que fa referència a disposicions generals i no a actes administratius, com ho és la liquidació ferma que ens ocupa aquí.

Aquesta doctrina ha estat reiterada en diverses STS posteriors. A títol merament exemplificatiu, esmentarem les següents: 1190/2021, del 29 de setembre; 33/2022, del 19 de gener; 71/2022, del 27 de gener; 1665/2022, del 16 de desembre, i 1159/2022, del 20 de setembre.

No obstant aquesta jurisprudència, la STS 339/2024, del 28 de febrer, posa de manifest que és necessari reexaminar-la tenint en compte la STC 182/2021, del 26 d'octubre, i sobretot la STC 108/2022, del 26 de setembre. L'alt tribunal destaca la rellevància de la STC 108/2022 i argumenta que, quan es declara la inconstitucionalitat i nul·litat d'una disposició legal, quan no hi ha un pronunciament sobre la limitació dels efectes ha de regir la regla general dels efectes de la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat d'una disposició legal i això habilita a utilitzar les vies de revisió corresponents per a eliminar, d'acord amb l'article 40.1 de la LOTC, tot efecte de la norma declarada inconstitucional.³

Finalment, aquesta sentència conclou:

Estas liquidaciones firmes pueden ser objeto de revisión de oficio a través del procedimiento previsto en el artículo 217 Ley General Tributaria, por resultar de aplicación el apartado g) del apartado 1, en relación con lo dispuesto en los artículos 161.1.a) y 164.1 CE y 39.1 y 40.1 LOTC (RCL 1979, 2383) , todo ello con los límites previstos en los artículos

3. STS núm. 339/2024: «en tanto que la misma remarca algo que, aunque resulte obvio, quizá no ha sido suficientemente considerado, y es que la ausencia de limitación de efectos en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la STC 59/2017 no es fruto del olvido, ni carece de significado, antes bien, que en ausencia de pronunciamiento sobre limitación de efectos debe regir, necesariamente, la regla general de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que deriva de la Constitución y de la LOTC, regla que impone que, como explica la STC 108/2022 que [...]cuando se declara la inconstitucionalidad y nulidad de una disposición legal, “el respeto a la Constitución debe regir en todo momento” (STC 70/2022, de 2 de junio (RTC 2022, 70), FJ 4), “lo que presupone la existencia de cauces de revisión” para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 40.1 LOTC , todo efecto de la norma declarada inconstitucional.»

164.1 CE y 40.1 LOTC, que impiden revisar los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales.

Per altra part, la Sentència conté un pronunciament rellevant: el Tribunal Suprem avisa que per a decidir si escau la nul·litat de ple dret s'ha de ponderar el temps transcorregut des que es va produir l'ingrés de la quantitat liquidada fins al moment en què s'insta la revisió. Aquest matís no està exempt de dubtes, que s'hauran d'anar analitzant en cada cas concret.

5. CONCLUSIONS

a) La regulació de l'IIVTNU ha estat molt controvertida des de la seva regulació inicial des de la perspectiva dels principis de capacitat econòmica i no-confiscatorietat consagrats en l'article 31 de la CE. Però no va ser fins a la crisi econòmica dels anys 2008-2014, que va afectar de manera important el sector immobiliari, que es van evidenciar les deficiències en la regulació d'aquest impost.

b) La jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem ha anat modulant la regulació de l'IIVTNU fins a culminar amb la seva modificació pel Reial decret llei 26/2021, del 8 de novembre, pel qual s'adapta el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals.

c) Les sentències del Tribunal Constitucional més rellevants dictades en aquesta matèria són: la STC 59/2017, que declara la inconstitucionalitat i nul·litat dels articles 107.1, 107.2a i 110.4 del TRLHL *únicament perquè sotmeten a tributació situacions d'inexistència d'increment del valor* i no limita els efectes de la declaració; la STC 126/2019, que declara la inconstitucionalitat de la regla de càlcul de l'article 107.4 del TRLHL quan la quota que s'ha de pagar és superior a l'increment patrimonial obtingut pel subjecte passiu i limita els efectes de la declaració, atès que poden ser revisades les situacions que no siguin fermes; i la STC 182/2021, que declara inconstitucionals i nuls els articles 107.2a i 107.4 del TRLHL, sobre les regles de determinació de la base imposable, i limita més els efectes de la declaració en el sentit que estableix que tenen la consideració de situacions consolidades les liquidacions provisionals o definitives que no hagin estat impugnades i les autoliquidacions de les quals no s'hagi sol·licitat la rectificació prèviament.

d) La regulació de l'IIVTNU ha estat objecte de modificació per mitjà del Reial decret llei 26/2021, del 8 de novembre, per a adaptar el text refós de la Llei reguladora de les hisendes locals a la jurisprudència esmentada del Tribunal Constitucional. Les principals novetats són: nou supòsit de no subjecció a l'impost per als casos en què es constati, a instància de l'interessat, que no s'ha produït un increment del valor; tributació de les plusvàlues generades en menys d'un any; establiment de dos mètodes diferents per a determinar la base imposable (es modifica el mètode anterior d'estimació objectiva i s'afegeix la possibilitat de calcular-la per estimació directa), i es disposa l'obligació d'aplicar el més beneficiós per al contribuent.

e) Es valora positivament la modificació de l'impost pel Reial decret llei 26/2021 ja que suposa una millora respecte al sistema anterior tant perquè té en consideració la capacitat econòmica del contribuent com per la seguretat jurídica que atorga.

f) Finalment, cal posar de manifest que un altre aspecte controvertit ha estat l'anàlisi de la procedència de la revisió de liquidacions fermes per l'IIVTNU. D'acord amb la recent STS 339/2024, del 28 de febrer, que apel·la a l'argumentació de la STC 108/2022, les liquidacions fermes poden ser objecte de la revisió d'ofici de l'article 217.1g de la LGT, amb els límits dels articles 164.1 de la CE i 40.1 de la LOTC, que impedeixen revisar els processos finalitzats amb una sentència amb força de cosa jutjada. Així mateix, el Tribunal Suprem avisa que per a decidir si escau la nul·litat de ple dret s'ha de ponderar el temps transcorregut des que es va produir l'ingrés de la quantitat liquidada fins al moment en què s'insta la revisió. Aquest aspecte s'haurà d'anar perfilant a mesura que els tribunals el vagin aplicant cas per cas.

COM INCIDEIX EL SISTEMA DE DETERMINACIÓ DEL PREU DELS CONTRACTES PÚBLICS SOBRE LES SEVES POTENCIALS MODIFICACIONS?

Isabel Bobet Viladot
Rafael Gimeno Martínez

Interventors delegats de l'Ajuntament de Barcelona
Col·legi de Secretaris, Interventors i Tresorers d'Administració Local de Barcelona

Sumari: 1. Introducció. Punt de partida i objectius; 2. Antecedents i evolució normativa; 3. La LCSP i els sistemes de determinació del preu dels contractes públics i de les modificacions i variacions que s'hi vinculen; 3.1. Els sistemes de determinació del preu considerats en la LCSP; 3.2. Les modificacions i els altres sistemes d'alteració del preu recollits en la LCSP; 3.2.1. L'extensió del sistema d'excés d'amidaments dels contractes d'obra als contractes de subministraments i serveis; 3.2.2. L'especialitat dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats; 4. Altres qüestions derivades d'aquesta regulació; 4.1. Els contractes de la disposició addicional trenta-tresena de la LCSP, com a contractes amb preus unitaris, poden aplicar els increments de fins al 10% del preu que regulen els articles 301 i 309 de la mateixa norma?; 4.2. Quin és el règim de modificacions contractuals que pot aplicar-se en els contractes amb preus fixos o amb pressupost tancat?; 4.3. S'inclou el 10% d'excés d'amidaments en el càlcul del VEC?; 4.4. Com s'acredita el finançament en el cas de l'article 301.2 de la LCSP? I què passa amb els serveis? 5. Quadre resum.

1. INTRODUCCIÓ. PUNT DE PARTIDA I OBJECTIUS

Durant la fase d'execució dels contractes públics, un dels riscos d'infracció de la integritat contractual es concentra en les modificacions contractuals i, en conseqüència, la regulació d'aquestes ha d'anar dirigida a evitar que es conculquin els principis rectoris de la contractació, que amb tanta intensitat s'han blindat en les fases de licitació i adjudicació. A la vegada, cal garantir als poders públics el recurs legítim al *ius variandi*, vinculat a la satisfacció de l'interès públic. Per tant, el repte del legislador és dissenyar un règim jurídic de les modificacions contractuals que sigui garantista i operatiu de la mateixa manera.

La resposta de l'actual Llei de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) a aquest desafiament es concreta en una reglamentació que, tot i ser menys restrictiva que l'anterior recollida en els articles 105-107 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2011, del 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), supera en exigència la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (en endavant, Directiva), la qual transposa. Així, la LCSP configura un sistema que inclou:

— Un grup normatiu que constitueix el règim general de les modificacions contractuals (art. 203-207), el qual, tal com fa la Directiva, distingeix dues modalitats en funció de si les variacions necessàries estan previstes en els plecs o no. Així, l'article 204 regula les modificacions previstes en el moment d'aprovar la licitació, limitant-les al 20% del preu del contracte, i l'article 205 s'encarrega de les modificacions no previstes, que poden arribar fins al 50% del preu del contracte, quan concorrin causes justificades.

— Diverses previsions disseminades al llarg de la norma que complementen el règim general: els articles 242 (obres), 301.2 (subministraments) i 309 (serveis) i la disposició addicional (en endavant, DA) trenta-tresena de la LCSP.

La lectura conjunta d'aquest sistema normatiu posa de manifest l'existència d'una relació entre el sistema de determinació del preu del contracte i el règim de modificacions que li és aplicable. I aquesta relació esdevé el germen del present treball, el qual, a partir dels diferents sistemes existents de determinació del preu dels contractes públics, analitzarà el règim de modificacions contractuals aplicable, fent un èmfasi especial en els preceptes que la Llei ubica fora de la subsecció dedicada al règim general i que han donat lloc a no poques dificultats interpretatives.

Des de l'entrada en vigor de la LCSP, aquesta relació entre el sistema de determinació del preu dels contractes i les seves potencials modificacions i altres variacions del preu, ha despertat el nostre interès i, en conseqüència, hem analitzat i discutit en diverses ocasions quina és la interpretació més ajustada d'alguns d'aquests preceptes. Així, hem recopilat les manifestacions doctrinals que han tractat el tema, entre les quals destaquen les enunciades per Teresa Moreo¹ i Èlia Vilaseca,² qui amb les seves tesis han establert les bases que posteriorment han recollit i desenvolupat diferents òrgans consultius; entre aquests, cal ressaltar el paper que ha tingut la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

Aquestes referències han donat resposta a moltes de les nostres preguntes, tot i que encara queden alguns interrogants per resoldre, que ens limitarem a assenyalar perquè aquest no és l'objectiu que perseguim. Al contrari, el nostre propòsit és recopilar en un sol document el conjunt d'interpretacions validades per la doctrina de manera sistemàtica i completa, sense altra pretensió que elaborar un document de treball que resulti d'utilitat a companys que, en la seva pràctica professional, es facin preguntes com les que ens fem nosaltres.

Quant a l'organització de l'exposició i considerant que no és possible analitzar la relació existent entre les dues figures sense conèixer les característiques de cadascuna per separat, hem considerat necessari, abans d'entrar a formular i resoldre les qüestions que ens plantejgem, fer una anàlisi dels aspectes més rellevants d'aquestes dues regulacions: la dels sistemes de determinació dels preus, per una banda, i la de les modificacions i altres alteracions del

1. Teresa MOREO MARROIG, «La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017», *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, núm. 60 (setembre 2018), p. 219-258.

2. Èlia VILASECA ARQUÉS, «Contractes amb preus unitaris: modificació per increment d'unitats», *EAPC – Aprofundim en matèria de contractes del sector públic* (blog), 6 d'octubre de 2020, <<https://formaciooberta.eapc.gencat.cat/espaistematics/contractacio/contractes-amb-preus-unitaris-modificacio-per-increment-dunitats.html>>.

preu dels contractes, per l'altra, considerant la regulació actual però també tenint en compte la seva evolució.

2. ANTECEDENTS I EVOLUCIÓ NORMATIVA

Les directives europees mai no han regulat les modalitats de determinació del preu dels contractes, de manera que, quant a l'evolució d'aquests sistemes, ens circumscriurem a les previsions estatals, que no han experimentat grans innovacions. A Espanya, la classificació tradicional s'ha mantingut i avui existeixen dos grans mètodes de fixació del preu dels contractes: el sistema de preus unitaris i el de preus fixos. El primer constitueix el sistema general i el segon, que la mateixa regulació qualifica com a excepcional, es limita a determinats supòsits. Així mateix, i tot i que la normativa no ho indica expressament, en la primera modalitat trobem dues tipologies: preus unitaris quan resulta possible establir exactament el nombre d'unitats que integren la prestació, i preus unitaris quan el nombre d'unitats és estimat perquè es troba supeditat a les necessitats que puguin sorgir durant la vigència del contracte. Per acabar, existeix la possibilitat de configurar contractes amb diferents tipologies de preus, quan la naturalesa de les prestacions tingui característiques pròpies dels diferents sistemes i sigui necessari combinar-los en un mateix contracte.

Les fites recents més destacables de l'evolució d'aquests sistemes han estat, per ordre d'aparició, les següents:

— En primer lloc, l'aparició del concepte de *preu unitari en funció de les necessitats*, que va regular la LCSP del 2007 per als contractes de subministrament, però no per als contractes de serveis.

— En segon lloc, l'expansió d'aquesta previsió als contractes de serveis, que va introduir la disposició final (DF) tretzena de la Llei 8/2013, del 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, mitjançant la incorporació al TRLCSP del 2011 d'una DA 34a, la qual, a banda d'incloure-hi els serveis, va aportar novetats significatives com ara la necessitat d'aprovar un pressupost màxim sempre que *a priori* no sigui possible concretar el nombre d'unitats requerides amb exactitud, així com la necessitat de tramitar un expedient de modificació contractual, d'acord amb l'article 106 del TRLCSP (modificacions previstes), quan les necessitats reals superessin les previstes, sempre que no s'hagi esgotat l'import compromès. La novació introduïda per la DA 34a va resultar transcendent, ja que fins a aquell moment, tot i que a la pràctica existien realitats que demanaven aplicar als serveis una figura anàloga a la prevista per als subministraments, aquesta no existia legalment i, a més, la doctrina havia negat aquesta possibilitat.

Així mateix, en el dibuix d'aquesta nova modalitat va tenir un paper molt important la Intervenció General de l'Administració de l'Estat³ (IGAE) a través de la Circular 10/2013, del 20 de novembre, a la qual ens referirem més endavant.

3. Circular 10/2013, del 20 de novembre, de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat.

Quant a l'altre paràmetre d'aquesta anàlisi, fins a la Directiva del 2014 la Unió Europea no havia entrat a regular les modificacions contractuals, sinó que havia focalitzat els seus esforços en la fase de selecció del contractista, perquè entenia que en aquesta concorrien els majors riscos d'afectar la integritat de la contractació pública.

Davant d'aquesta manca de regulació específica, va ser el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE) qui, amb els anys, va construir una jurisprudència pròpia respecte a aquesta qüestió, establerta sobre els tres pressupòsits següents:

— Les condicions de la licitació s'han de mantenir durant tota l'execució del contracte, ja que són la manifestació d'una correcta selecció del contractista i, per tant, garanteixen l'observança dels principis generals que han de presidir la contractació pública.

— Les alteracions contractuals es poden vehicular a través de modificacions del contracte sempre que aquestes no tinguin «caràcter substancial», cas en què requeriran una nova adjudicació.

— Les futures modificacions s'han de preveure en la documentació que reglamenta la licitació de manera clara, precisa i inequívoca, sempre que sigui possible, i en cas contrari han de respondre a situacions imprevisibles per un poder adjudicador diligent.

A Espanya, la Directiva de contractació del 2004 va ser transposada mitjançant la LCSP del 2007, la qual no emfatitzava aquesta matèria. Ara bé, posteriorment, d'acord amb la doctrina del TJUE, la Comissió Europea va exigir-ne la revisió amb la finalitat d'implementar-hi les pautes assenyalades per l'alt tribunal. En resposta a aquest requeriment, la Llei 2/2011, del 4 de març, d'economia sostenible, va introduir-hi els articles 92 bis a 92 quinquies, els quals van dissenyar una regulació de les modificacions contractuals molt controvertida, que va ser fortament criticada per la seva rigidesa. Així, es va passar d'una regulació molt permissiva amb les modificacions a una que establia que qualsevol modificació d'un import igual o superior al 10% del preu del contracte constituïa una alteració de les condicions essencials de la licitació i, per tant, en requeria una de nova. Tot i les crítiques, aquesta regulació es va mantenir vigent fins a l'entrada en vigor de la LCSP actual.

Quant a les variacions que no requereixen la tramitació d'una modificació contractual, l'únic destacable fins a la LCSP actual és que la Llei del 2007 considerava la figura de l'excés d'amidaments o 10% de la liquidació exclusivament en contractes d'obra.

L'any 2014, amb l'aprovació de la Directiva 2014/24/UE, la Unió Europea va ampliar el seu àmbit objectiu de reglamentació i per primera vegada va regular les modificacions contractuals. Concretament, la Directiva hi dedica els considerants 107-111 i l'article 72, el qual, sota la rúbrica «Modificació dels contractes durant la seva vigència», classifica les modificacions contractuals en dos grups, les previstes i les no previstes, recollint l'essència de la doctrina del TJUE.

Per una banda, l'article 72.1a de la Directiva regula les *modificacions previstes*, les quals admet «amb independència del seu valor pecuniari», sempre que es compleixin una sèrie de requisits. Essencialment, exigeix que hi consti: la previsió en els plecs i una definició clara, precisa i inequívoca. I prohibeix que amb les modificacions es pugui alterar la naturale-

sa global del contracte. D'aquesta regulació destaca l'absència de limitació quantitativa de les modificacions previstes.

Altrament, l'article 72.1*b* i *c* de la Directiva fa referència a les *modificacions no previstes* i imposa que la necessitat ha de derivar de circumstàncies imprevisibles, que no alteri la naturalesa global del contracte i que l'increment del preu derivat de la modificació no excedeixi el 50% del seu valor inicial.

3. LA LCSP I ELS SISTEMES DE DETERMINACIÓ DEL PREU DELS CONTRACTES PÚBLICS I DE LES MODIFICACIONS I VARIACIONS QUE S'HI VINCULEN

El 9 de març de 2018 entra en vigor la LCSP, la qual neix de la necessitat d'incorporar a l'ordenament jurídic espanyol les noves disposicions comunitàries, especialment les contingudes en la Directiva 2014/24/UE, sobre contractació pública.

Pel que fa al sistema de determinació dels preus, la LCSP manté la clàssica distinció entre preus unitaris i preus fixos, i confirma la previsió introduïda l'any 2013 per als contractes de subministraments i serveis amb preus unitaris en funció de les necessitats de l'Administració. Quant a les modificacions contractuals i altres variacions del preu, incorpora una nova regulació de la modificació dels contractes alineada amb les previsions de la Directiva però amb algunes peculiaritats, així com dos articles, el 301.2 i el 309.1, mitjançant els quals sembla estendre la clàssica previsió de l'excés d'amidaments en obres a contractes de subministraments i serveis.

3.1. ELS SISTEMES DE DETERMINACIÓ DEL PREU CONSIDERATS EN LA LCSP

La LCSP manté la regulació anterior, de manera que s'admeten els quatre sistemes que hem assenyalat més amunt i que desenvoluparem tot seguit.

L'elecció d'un d'aquests sistemes és una manifestació de la discrecionalitat de l'òrgan de contractació. En conseqüència, tots els contractes han de motivar de manera suficient i adequada aquesta decisió, tenint en compte que el sistema escollit serà determinant per a establir les retribucions del contractista, així com per a concretar la forma de pagament de les obligacions que es reconeguin.

— *Preus unitaris amb unitats certes*. Aquest sistema és aplicable als contractes en què el preu es determina en funció de les unitats que conformen la prestació i es coneix el nombre exacte d'unitats requerides (unitats d'obra, de prestació, de temps...). Aquest sistema permet establir un pressupost de sortida fix, sobre el qual els licitadors presentaran una oferta a la baixa. L'oferta es formularà a la baixa sobre un pressupost global i el preu d'adjudicació serà el preu ofert. S'autoritzarà crèdit (A) per l'import del pressupost base de licitació i es disposarà (D) l'import de l'oferta guanyadora de la licitació.

Aquest és el sistema general de determinació del preu dels contractes públics, no té caràcter excepcional i, en conseqüència, la motivació que requereix la seva utilització és mí-

nima. La principal implicació de les licitacions amb preus unitaris, unitats certes i pressupost fix és que amb la formalització del contracte neix el dret de l'adjudicatari a percebre la totalitat de l'import fixat i, amb algun matís que veurem més endavant, l'alteració d'aquest import implicarà recórrer al règim general de modificació dels contractes, contingut en els articles 203-207 de la LCSP.

Aquesta modalitat és pròpia dels contractes de resultat i l'exemple paradigmàtic és el cas dels contractes d'obra, on existeixen opcions estandarditzades que permeten elaborar un pressupost del cost total d'una obra partint de preus per unitat. En l'elaboració dels projectes d'obres s'utilitzen codis —com, per exemple, el codi ITeC— que aporta una metodologia que permet valorar diversos paràmetres, com ara el temps, el cost econòmic, la qualitat dels materials o el cost energètic.

Altres exemples de contractes amb preus unitaris i unitats certes poden ser el subministrament del mobiliari per a un nou equipament municipal o un servei de producció, instal·lació, manteniment i retirada de cartells informatius als fanals d'uns carrers determinats per a difondre una activitat concreta. Aquests contractes solen ser de tracte únic, però no necessàriament. No ho és, per exemple, un contracte de serveis amb execucions periòdiques, on està determinat exactament el nombre d'unitats que s'han d'executar en cada període (p. ex., servei de neteja d'oficines amb el nombre d'hores predeterminat en el contracte).

En aquests casos, el sistema utilitzat per a la determinació del preu del contracte és el de preus unitaris, però el sistema de licitació s'assimila al propi d'un contracte amb preu fix, ja que la baixa es presenta sobre el pressupost base de licitació. Ara bé, tot i aquesta semblança, la diferència rau en el fet que l'oferta es fa sobre el pressupost total però descompost en unitats, de manera que els contractes amb preus unitaris i unitats certes, i específicament els contractes d'obra, requereixen un mesurament cert de les unitats realment executades. Aquest amidament definitiu permet que la certificació final inclogui els corresponents ajustos entre allò pressupostat i allò executat. Aquest procés, propi dels contractes d'obra, és un dels aspectes que desenvoluparem més endavant, ja que es tracta del principal mecanisme que permet alterar el preu del contracte sense haver de tramitar un expedient de modificació contractual, sempre que concorrin una sèrie de requisits que analitzarem en el subapartat 3.2.

— *Preus unitaris amb unitats estimades.* En aquest sistema el preu del contracte es determina també en funció de les unitats de prestació, però, a diferència del sistema anterior, aquí no és possible fixar amb exactitud el nombre d'unitats que s'executaran, ja que es troben superades a les necessitats que puguin sorgir durant la vigència del contracte. És el sistema propi dels contractes de serveis i subministraments, on l'element temporal cobra una rellevància especial perquè el que es pretén és que l'Administració tingui la certesa que l'empresa contractista li subministrarà o li prestarà el servei quan ho necessiti i durant un període concret. En aquest sistema caldrà fixar un pressupost base de licitació màxim, calculat a partir d'uns preus unitaris i de les unitats d'execució que s'estima que necessitarà l'administració contractant durant la vigència del contracte. Aquí, per tant, el pressupost base de licitació no es configura com un pressupost de sortida a partir del qual els licitadors faran ofertes a la baixa, sinó que es tracta simplement d'un límit màxim de despesa a mode de bossa pressupostària que es podrà esgotar o no. Les ofertes dels licitadors ho seran respecte a cadascun dels preus unitaris, que

esdevenen els autèntics preus de sortida, i, si bé en el moment de l'adjudicació caldrà disposar (D) la despesa, en principi pel mateix import del crèdit autoritzat (A), els veritables preus d'adjudicació seran els diferents preus unitaris oferts per l'empresa adjudicatària.

A diferència del sistema de preus unitaris amb unitats certes, en aquest cas, si les necessitats reals són inferiors a les que es van estimar per a la licitació, el contractista no té dret a cap indemnització i l'Administració pot alliberar el crèdit sense necessitat de modificar el contracte, amb la mera reforma de l'expedient comptable, anul·lant part del crèdit autoritzat i disposat, tal com confirma la IGAE en la circular esmentada abans. En canvi, en cas que les necessitats de l'Administració superin el crèdit disposat, serà necessari tramitar, amb caràcter previ a l'esgotament del crèdit, un expedient de modificació contractual en els termes de l'article 204 de la LCSP, en concordança amb la DA 33a de la mateixa norma. D'acord amb aquesta regulació, si no es compleixen els requisits esmentats, caldrà iniciar una nova licitació. En resum, si sobra crèdit perquè les necessitats són inferiors a les previstes o perquè, tot i no ser inferiors, el contracte s'ha adjudicat amb preus unitaris inferiors als de sortida, no caldrà tramitar una modificació, però si les necessitats són superiors a les estimades inicialment i el crèdit disposat resulta insuficient, haurem de modificar el contracte.

Aquest punt posa de manifest una de les principals característiques del sistema, puix que si el preu del contracte es determina mitjançant preus unitaris amb unitats certes, tant l'increment com el decrement requeriran la tramitació d'una modificació contractual en els termes recollits en els articles 203-207 de la LCSP, mentre que en els contractes amb preus unitaris i amb unitats estimades, aquest requeriment només apareixerà respecte als increments i amb subjecció als matisos de la DA 33a de la LCSP.

Exemples d'aquest sistema són els contractes de subministrament consistents en l'arrendament de material divers (taules, cadires, equips de música, micròfons...) per a esdeveniments a la via pública que es puguin celebrar durant un període, o els de serveis d'impartició de cursos de natació amb preus unitaris per monitor i hora, on no es pot precisar la demanda de participació que hi haurà i, per tant, no es pot fixar un nombre d'hores exacte de prestació. I, com a contrapunt dels exemples esmentats en l'apartat anterior, cal dir que escauria aplicar el sistema de preus unitaris segons les necessitats, als contractes de subministrament de mobiliari on no sigui possible determinar *a priori* el nombre d'unitats que s'han de subministrar perquè estan destinats a cobrir totes les necessitats del conjunt d'equipaments de l'administració contractant, o, en igual sentit, podrien establir-se preus unitaris que s'haurien de determinar en funció de les necessitats, en els contractes de serveis de producció, instal·lació, distribució, manteniment i retirada de cartells publicitaris destinats a cobrir totes les necessitats de l'administració contractant durant un termini determinat.

— *Preu fix*. Es tracta d'un sistema excepcional de determinació del preu dels contractes. S'utilitza únicament quan no és possible quantificar els diferents components que integren una prestació, de manera que cal que la pròpia naturalesa del contracte admeti l'ús d'aquesta modalitat.⁴

4. Miguel Ángel CONSUEGRA REVUELTA, «Las obras a tanto alzado: diversos aspectos a tener en cuenta en su fiscalización», *Revista de Auditoría Pública*, núm. 57 (2012) p. 45-54.

Es caracteritza per l'absència de vinculació amb cap unitat de mesura, ja que s'associa directament amb la consecució d'un resultat. Pot aplicar-se a tot l'objecte del contracte, però a la pràctica és comú utilitzar aquest recurs per a pressupostar prestacions puntuals que no poden fragmentar-se en unitats apreudades singularment, les quals s'incorporen al pressupost base de licitació com a partides alçades per justificar o partides alçades d'abonament íntegre. Així, aquesta modalitat d'establiment del preu a la pràctica es manifestarà, majoritàriament, en contractes amb el preu determinat per sistemes híbrids.

Un exemple de l'ús d'aquesta modalitat de determinació del preu seria un contracte de serveis per a la redacció d'un estudi o informe concret, o per a la redacció d'un projecte d'obres.

Tot i tractar-se d'un sistema excepcional, amb una regulació escassa i poca incidència pràctica, curiosament disposa d'una especialitat pròpia, aplicable únicament als contractes d'obra. Es tracta del sistema de preu tancat, regulat en l'article 241 de la LCSP, en el qual es garanteix que el preu ofert per l'adjudicatari es mantindrà invariable, sense que sigui possible abonar les modificacions que siguin necessàries per a corregir deficiències o omissions del projecte sotmès a licitació, sempre que es compleixin una sèrie de requisits.

— *Preus híbrids o combinats.* Els sistemes anteriors de determinació del preu no són excloents entre si, sinó que poden coexistir en una mateixa licitació sempre que s'apliquin a partides diferents, tal com es desprèn de l'article 102.4 de la LCSP quan diu que els contractes fixos es podran aplicar a la totalitat o a part de les prestacions del contracte. En aquests supòsits, la Llei no ens indica expressament com s'han de conjugar a la pràctica els diferents sistemes de determinació del preu d'un contracte, si bé en aquests casos és habitual dividir el preu del contracte en tants grups com sistemes de determinació del preu s'apliquin a les diferents partides, i cada grup es regeix pel seu règim específic i, a la vegada, vetlla perquè el contracte en el seu conjunt compleixi amb els paràmetres establerts legalment. Són exemples d'aquest sistema de determinació del preu:

a) *Combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus fixos.* Tenen el seu major exponent en els contractes d'obra. De vegades, algunes partides del projecte d'obres no admeten una descomposició en unitats i, en aquests casos, es pot fixar un preu parcial que englobi la part de la prestació indivisible, la qual haurà de ser susceptible d'entrega parcial i no s'inclourà en el mesurament general que s'incorporarà a la certificació de final d'obra. En podria ser un exemple la reforma d'una plaça mitjançant un projecte d'obra ordinari amb el sistema de preus unitaris segons el codi ITeC, el qual inclogués la restauració d'una creu de terme centenària amb valor historicoartístic. En aquest cas, una opció seria incloure en el projecte una partida fixa comprensiva d'aquesta restauració en conjunt. Caldria motivar la impossibilitat de descompondre-la en unitats i acreditar que serà susceptible de recepció independent. I, així mateix, com veurem més endavant, s'haurà de vetllar perquè l'import que representa no s'inclouï en la revisió final d'amidaments.

b) *Combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus unitaris amb unitats estimades.* Es dona quan en un contracte en què el preu es determina en funció d'unitats de prestació, coexisteixen diverses prestacions i algunes es poden determinar amb exactitud en

la fase de preparació del contracte, de manera que són susceptibles de generar un pressupost fix, mentre que d'altres no permeten aquesta concreció i, per tant, resten supeditades a les necessitats reals de l'administració contractant. Com a mostra podem esmentar un contracte de serveis que tingui per objecte la gestió integral d'una residència per a gent gran. En aquest cas, el pressupost base de licitació estarà integrat per una part certa (resultat de multiplicar el nombre exacte de places, per exemple, per un preu unitari calculat a partir dels serveis mínims) i una part variable (que correspon a unitats de serveis indeterminables numèricament, com els de perruqueria o podologia, o fins i tot el subministrament d'àpats), que es poden configurar com a variables, amb un preu unitari i una estimació inicial del nombre d'unitats. En aquest cas, per tant, el pressupost base de licitació estarà format pel pressupost cert global i el pressupost variable màxim. Així, en l'adjudicació del contracte es disposarà un crèdit per un import equivalent a l'oferta feta sobre la part global del pressupost, més el pressupost màxim de la part variable.

Per tancar aquest apunt sobre els sistemes híbrids de determinació dels preus, ens referirem a les retribucions que, sota la denominació de *provisions*, recullen obligacions de fer valorades econòmicament, les quals s'integren en el pressupost base de licitació, però no són susceptibles de baixes licitatòries. Són imports fixos que integren la prestació amb caràcter fix i definitiu i que actuen com a incentiu a participar en la licitació, de manera que generen obligacions que es traslladen tancades a l'adjudicatari. En aquest sentit, seguint amb l'exemple anterior, el plec podria haver previst una provisió econòmica per a fer una auditoria de qualitat del servei, una altra per a garantir la realització de tasques ordinàries de manteniment de l'immoble o, fins i tot, una per a l'execució d'un projecte de musicoteràpia dissenyat prèviament com a part del servei. Aquestes provisions formen part del pressupost base de licitació i no admeten ofertes a la baixa. Per tant, en la fase d'adjudicació, aquests imports es comprometran íntegrament a favor del licitador que resulti seleccionat.

3.2. LES MODIFICACIONS I ELS ALTRES SISTEMES D'ALTERACIÓ DEL PREU RECOLLITS EN LA LCSP

En aquest punt no ens estendrem, sinó que focalitzarem l'anàlisi en els aspectes que més ens interessin, com ara les alteracions derivades d'excessos d'amidaments o l'increment del nombre d'unitats fins al 10% del preu i les peculiaritats de les modificacions previstes en la DA 33a.

No obstant això, amb caràcter previ volem referir-nos a un element de la regulació general que sí que resulta destacable: quan l'article 204 de la LCSP transposa a l'ordenament jurídic espanyol l'article 72.1a de la Directiva 2014/24/UE, ho fa limitant les modificacions previstes en la documentació contractual al 20% del preu del contracte, però aquesta limitació no està prevista en la norma europea, la qual no fixa cap percentatge màxim. En relació amb això, és interessant remarcar que hi ha un sector minoritari de la doctrina⁵ que considera

5. Xavier CODINA GARCÍA-ANDRADE, «La incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea del límite del veinte por ciento establecido en el artículo 204 LCSP para las modificaciones previstas», *Observa-*

que l'article 204 de la LCSP vulnera l'article 72 de la Directiva i que, en conseqüència, no escau aplicar un topall del 20% a les modificacions previstes, perquè entén que aquest article neix amb vocació de plena harmonització i, per tant, té un efecte directe en l'ordenament jurídic estatal, amb independència del que digui la transposició.

La doctrina majoritària, però, no ha entrat a discutir aquesta limitació i ha emfatitzat l'obertura que ha representat en comparació amb el règim anterior. En aquest sentit, comparim les paraules de Moreo Marroig:⁶

En mi modesta opinión, el régimen general del modificado comprendido en el artículo 204 y 205 de la LCSP destila una generosidad inexistente en el antiguo régimen establecido en los artículos 105 a 107 del TRLCSP. Esta generosidad es tributaria sin duda de la novedosa regulación que la DCP despliega en el artículo 72, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, como disponen los considerandos 107 a 110 de dicha directiva. [...] Es posible que, con la Ley de economía sostenible, España fuera demasiado lejos en el régimen jurídico establecido en aquel momento. Podría pensarse que el legislador no solo manifestó un «intento de negar la evidencia», sino que además, con cierto encono, probablemente desbordó los límites dibujados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias referidas al tema de la modificación de los contratos. No es extraño porque, como ya he manifestado, la modificación de los contratos es un área especialmente proclive a la producción de actos de corrupción.

A banda d'aquest límit del 20% per a les modificacions previstes, la resta de la regulació sobre modificacions contractuals es manté fidel a l'establerta per la Directiva. És a dir, dissenya un model dividit en dos supòsits de modificació alternatius la DA: un de referit a les modificacions previstes en els plecs de clàusules administratives particulars (art. 204 de la LCSP) i l'altre, a les que no s'hi troben previstes (art. 205 de la LCSP). Així mateix, recull la consolidada conceptualització europea respecte a les modificacions substancials i determina els supòsits que requereixen sempre una nova licitació.

Fet aquest apunt sobre el règim general, passem directament a analitzar les normes que tenen major incidència en l'assumpte que ens ocupa.

3.2.1. *L'extensió del sistema d'excés d'amidaments dels contractes d'obra als contractes de subministraments i serveis*

En aquest cas, per a començar, reproduïrem de manera literal les tres previsions que fa la LCSP respecte a aquesta qüestió, perquè considerem que l'heterogeneïtat dels redactats introdueix elements que poden tenir incidència a l'hora d'interpretar-ne l'abast i les implicacions pràctiques.

torio de Contratación Pública (blog), 23 de gener de 2023, <<https://www.obcp.es/opiniones/la-incompatibilidad-con-el-derecho-de-la-union-europea-del-limite-del-veinte-por-ciento>>.

6. Teresa MOREO MARROIG, «La ejecución del contrato tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017», p. 219-258.

— *Contractes d'obra**Article 242. Modificació del contracte d'obres*

[...]

4. [...]

c) [...]

No obstant això, no tenen la consideració de modificacions:

i. L'excés de mesuraments, entenent com a tal la variació que durant l'execució correcta de l'obra es produeixi exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les previstes en els mesuraments del projecte, sempre que en global no representin un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte inicial. Aquest excés de mesuraments s'ha de recollir en la certificació final de l'obra.

— *Contractes de subministrament**Article 301. Pagament del preu*

[...]

2. En el contracte de subministraments en què el preu es determini mitjançant preus unitaris, es pot incrementar el nombre d'unitats a subministrar fins al percentatge del 10 per cent del preu del contracte, al qual es refereix l'article 205.2.c).3r, sense que calgui tramitar l'expedient de modificació corresponent, sempre que així s'estableixi en el plec de clàusules administratives particulars i s'hagi acreditat el finançament corresponent en l'expedient originari del contracte.

— *Contractes de serveis**Article 309. Determinació del preu*

1. [...]

En els casos en què es determini el preu mitjançant unitats d'execució, no tenen la consideració de modificacions, sempre que s'hagi establert així en el plec de clàusules administratives particulars, la variació que durant l'execució correcta de la prestació es produeixi exclusivament en el nombre d'unitats realment executades sobre les que preveu el contracte, les quals es poden recollir en la liquidació, sempre que no representin un increment de la despesa superior al 10 per cent del preu del contracte.

La figura de l'excés d'amidaments en contractes d'obres (amb preus unitaris) té una llarga tradició en el nostre ordenament jurídic. Es justifica per la dificultat de redactar un projecte d'obres amb absoluta precisió i té per finalitat facilitar l'execució del contracte al marge del règim general de les modificacions. Cal subratllar dues qüestions:

— L'excés d'amidaments es refereix exclusivament a les unitats d'obra incloses en el projecte d'obres, mentre que la introducció de noves unitats d'obra sempre té la consideració de modificació; també d'acord amb la interpretació que diversos òrgans consultius⁷ han fet

7. Informe 85/2018, del 25 de maig de 2020, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat;

de la segona excepció al règim general de modificacions que incorpora per primera vegada la LCSP en el punt ii de l'article 242.4c, segons el qual aquesta segona excepció permetria només l'aprovació de preus nous en unitats ja previstes en el projecte d'obres. Per tant, la incorporació en una obra d'unitats d'obra no previstes en el projecte s'ha de tramitar sense excepció com a modificació contractual, en concret d'acord amb el que disposa l'apartat 2 de l'article 242 LCSP.

— L'excés d'amidaments es refereix a la variació en el nombre d'unitats realment executades respecte a les previstes en les cubicacions del projecte. És a dir, no són resultat de canvis de criteri ni de l'aparició de noves necessitats durant l'execució de les obres. És evident que si l'objecte del contracte és pavimentar 100 m² de carrer, no podrà tenir el tractament d'excés d'amidaments pavimentar 7 m² addicionals que no estaven previstos en el projecte, encara que no calgui incorporar noves unitats d'obra. Ara bé, si per a pavimentar els 100 m² objecte del projecte cal utilitzar 1.080 unitats de quitrà, però el projecte en preveia només 1.000, sí que ens trobarem davant d'un excés d'amidaments que no tindrà la consideració de modificació.

La vigent LCSP inclou en els contractes de subministraments i serveis, per primera vegada, previsions similars al tradicional excés d'amidaments del contracte d'obres. Són l'article 301.2 per al contracte de subministraments i el 309.1 per al de serveis. L'heterogènia redacció d'aquests preceptes ha donat lloc a certa controvèrsia i ha plantejat molts dubtes en la seva aplicació. Ja anunciem que tenim més preguntes que respostes.

Sobre si aquests preceptes suposen o no una extensió dels sistema d'excés de d'amidaments als contractes de subministraments i serveis, disposem sobretot del criteri de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, que en l'Informe 26/2023, del 18 de juliol, i en referència a l'article 309.1 de la LCSP afirma:

Este precepto tiene su regulación paralela en la de los excesos de mediciones de los contratos de obras regulados en el 242.4.i) de la LCSP y en lo dispuesto para el contrato de suministros en el artículo 301.2 de la misma norma. Como ya señaló esta Junta Consultiva en sus informes 27/2012 y 85/18, respecto al contrato de obras, estamos en presencia de supuestos específicos, dotados de una regulación expresa, que tienen por finalidad facilitar la ejecución de los contratos al margen del régimen general de los modificados de los contratos y cuya regulación responde a las exigencias propias de cada tipo contractual.

Todos estos supuestos tienen como rasgo común su no consideración de modificación contractual, no obstante la concurrencia de un elemento característico de la modificaciones como es la existencia de variaciones en la ejecución del contrato respecto a la fijadas inicialmente en el mismo. En tales casos, concurriendo los requisitos en ellos previstos, se produce el efecto de la no aplicación de los preceptos relativos a las modificaciones de los contratos tanto en lo que se refiere a sus aspectos sustantivos como procedimentales (artículos 203 a 207 de la LCSP). Por ello, y dada la excepcionalidad de su no consideración como modificaciones, sólo cabe su aplicación en los casos y con los límites establecidos específicamente para cada tipo contractual.

Informe 4/2019, del 25 de febrer de 2019, de la Junta Consultiva de la Comunitat Valenciana, i Informe 2/2022, del 21 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó.

També en la doctrina trobem opinions tendents a equiparar aquests dos supòsits amb l'excés d'amidaments del contracte d'obres. És el cas, per exemple, de Teresa Moreo Marroig, que parla d'«[e]xceso de medición sin expediente de contratación también en suministros y en Servicios».

Finalment, també ens sembla interessant destacar que la *Guía marco para control financiero permanente de la contratación pública*, de la IGAE, en l'apartat relatiu a les proves d'auditoria específiques inclou la referència següent:

En los contratos de suministros con precios unitarios en los que se ha incrementado el número de unidades a suministrar hasta el 10% del precio del contrato (exceso de medición), comprobar que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el incremento estaba previsto en los PCAP,
- b) acreditación de la correspondiente financiación en el expediente originario,
- c) no se ha tramitado modificación.

(Art. 301.2 LCSP)

Per tant, sembla que aquests dos nous supòsits s'interpreten majoritàriament en el sentit d'equiparar-los amb l'excés d'amidaments del contracte d'obres, que, com ja hem dit, té una llarga tradició. Des del nostre punt de vista, però, no s'acaba d'entendre que preceptes tan diversos es considerin supòsits paral·lels. Per una banda, l'article 309.1 de la LCSP (serveis) reproduïx essencialment l'article 242.4 de la mateixa llei (obres), mentre que l'article 301.2 (subministraments) té una redacció singular que, amb o sense intenció del legislador, planteja dubtes sobre si realment està regulant o no una figura equiparable amb l'excés d'amidaments.

Els articles 242.4 (obres) i 309.1 (serveis) de la LCSP coincideixen a destacar que l'increment del preu fins al 10% ha de reunir les característiques següents:

— S'ha de motivar la vinculació entre l'excés i l'execució correcta del contracte. Per *execució correcta* s'entén, perquè així ha estat sempre en les obres, execució ajustada al projecte o al plec de condicions tècniques. Per tant, no sembla que sigui possible utilitzar l'article 309.1 de la LCSP en serveis com un títol habilitador per a executar en qualsevol circumstància un 10% addicional per sobre del previst en el contracte, sinó que s'ha d'acreditar que l'increment és el resultat necessari d'haver d'executar el servei conforme al contracte.

— L'increment s'ha de limitar, exclusivament, a l'execució de més unitats que les previstes inicialment, sense que sigui possible incloure'n de noves. És a dir, la variació ha de ser en el nombre, no en la tipologia.

— L'ajust s'ha de posar de manifest, en tot cas, en la fase final del contracte, com a resultat de la comparativa entre el mesurament determinat inicialment i el real.

— L'increment de la despesa de fins al 10% del preu inicial del contracte no té la consideració de modificació contractual.

Per la seva banda, en l'article 301.2 de la LCSP (subministraments), si bé l'increment s'ha de limitar, com en les obres i els serveis, al subministrament de més unitats que les previstes inicialment, sense que sigui possible incloure'n de noves, en canvi no s'hi reproduïxen

les altres previsions dels articles 242.4 (obres) i 309.1 (serveis) de la mateixa llei. Al contrari, de la literalitat de l'article 301.2 es desprèn que:

— No consta la limitació per vinculació a l'execució correcta del contracte, sinó que només es diu que els contractes de subministrament amb preus unitaris *poden augmentar* el nombre d'unitats que s'han de subministrar fins al 10% del preu del contracte. Per tant, aquesta no menció d'una execució correcta podria interpretar-se en el sentit que no cal justificar que l'augment es deu a simples errors de càlcul. Per exemple, en un contracte l'objecte del qual sigui el subministrament d'extintors a totes les sales de les quaranta biblioteques de la ciutat, no és el mateix que calgui incrementar el nombre d'extintors que s'han de subministrar perquè no es va comptar correctament el nombre de sales en el moment de preparar la documentació contractual, que modificar, durant l'execució del contracte, el criteri segons el qual s'havia d'instal·lar un extintor per sala, per un altre criteri segons el qual se n'han d'instal·lar dos a les sales amb major afluència. En el primer cas ens trobem amb un excés d'amidaments, mentre que en el segon ens trobem davant d'un canvi de criteri. Permet aquest article 301.2 de la LCSP tots dos casos o només el primer?

— Quant al moment procedimental en què escau apreciar l'increment, no consta cap referència en aquest sentit, de manera que, s'entén, pot apreciar-se tant al final com durant l'execució.

— La principal diferència entre aquestes dues regulacions rau en el fet que en els subministraments no es nega la naturalesa de modificació contractual de l'increment, com hem vist en les obres i els serveis, sinó que, al contrari, l'article 205.2c.3r de la Llei (modificacions no substancials) fa una referència expressa en aquest sentit i indica que en aquests casos *no serà necessari tramitar l'expedient de modificació corresponent*.

Per tant, almenys a simple vista, les alteracions de preu que estem analitzant no tenen la consideració de modificació contractual en les obres i els serveis, mentre que en els subministraments sí que sembla que es qualifiquin com a modificació no prevista en els plecs, tot i que deslliurada de l'obligació de tramitar l'expedient corresponent.

Una de les preguntes que ens evoca aquesta regulació és la següent: si la remissió que fa l'article 301.2 de la LCSP a l'article 205, afegida al fet que no en nega el caràcter de modificació, sinó que l'eximeix de la tramitació, podria implicar que el 10% addicional de l'article 301.2 computés dins del límit del 50% de les modificacions imprevistes de l'article 205. ¿Ens està dient aquest article que quan en els subministraments amb preus unitaris haguem d'incrementar fins al 10% del preu el nombre d'unitats que s'han de subministrar per raons d'interès públic, tot i ser una modificació imprevista no substancial de l'article 205.2c, no caldrà tramitar-la com a tal? I, si fos així, com és possible que l'article 301.2 hagi qualificat tal situació com de modificació no substancial de l'article 205.2c sense tenir en compte la resta de factors que determinen que una modificació sigui substancial (per exemple, que el valor de la modificació suposi una alteració en la quantia del contracte que impliqui superar el llindar del contracte harmonitzat)?

Des del nostre punt de vista, aquests contrastos tenen prou entitat per a haver obert debats o, fins i tot, per a haver donat lloc a tractaments diferencials. Però no ha estat així. En

conseqüència, ara per ara, considerem que el més sensat actualment, vistos els pronunciaments de la Junta Consultiva («Todos estos supuestos tienen como rasgo común su no consideración de modificación contractual») i de la doctrina, és donar un tractament anàleg a les tres regulacions, sempre que sigui possible; amb independència del tipus contractual i sens perjudici de la necessitat de respectar en cada supòsit els requisits establerts expressament, com, per exemple, l'acreditació del finançament o la necessitat en serveis i subministraments d'incloure expressament en el plec de clàusules administratives particulars la possibilitat d'aplicar les previsions dels articles 301.2 i 309.2 de la Llei.

Un altre element que contribueix a la confusió és la referència expressa que fan tots tres preceptes als preus unitaris, sense concretar si es refereixen als preus unitaris amb unitats certes, amb unitats estimades o als dos. I aquesta és la situació que dona lloc a la principal qüestió que cal resoldre ara, és a dir, si aquesta possibilitat d'incrementar les unitats fins al 10% del preu és o no aplicable a les dues modalitats de preus unitaris. La incertesa resulta evident quan, per una banda, estem davant l'extensió d'una figura pròpia del contracte d'obres, paradigma dels contractes amb preus unitaris i amb unitats certes, als contractes de serveis i subministraments, però, per l'altra, tenim que la redacció literal de la Llei no circumscriu aquesta possibilitat als preus unitaris amb unitats certes. Aquesta és una de les qüestions que resol la Junta Consultiva de les Illes Balears i que necessita una anàlisi prèvia de la DA33a de la LCSP. Per tant, tornarem a abordar aquesta qüestió més endavant.

3.2.2. *L'especialitat dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats*

Com ja hem anat veient, la LCSP incorpora la disposició addicional 33a, relativa a les peculiaritats dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats i els preus unitaris amb unitats estimades. Aquesta DA 33a confirma la previsió introduïda en el TRLCSP el 2013 i diu:

[...] En cas que, dins de la vigència del contracte, les necessitats reals siguin superiors a les estimades inicialment, s'ha de tramitar la modificació corresponent. A aquests efectes, s'ha de preveure en la documentació que regeixi la licitació la possibilitat que es pugui modificar el contracte com a conseqüència d'aquesta circumstància, en els termes que estableix l'article 204 d'aquesta Llei. La modificació s'ha de tramitar abans que s'esgoti el pressupost màxim aprovat inicialment, i amb aquesta finalitat s'ha de reservar el crèdit necessari per cobrir l'import màxim de les noves necessitats.

La primera pregunta que ens fem després de llegir aquesta disposició és si els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de subministraments i serveis en funció de les necessitats i els preus unitaris amb unitats estimades han de preveure forçosament una modificació de fins al 20% del pressupost màxim. La resposta només pot ser afirmativa. La disposició s'expressa en termes imperatius: «s'ha de preveure» i «s'ha de tramitar». La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en l'Informe 5/2016, del 25 de febrer, amb la DA 34a del TRLCSP en vigor, ja va indicar aquesta

necessitat. De manera més rotunda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears ha dit en l'Informe 1/2024, del 27 de juny:

En los contratos de suministros y servicios en función de las necesidades regulados en la DA 33a, la previsión de una modificación del contrato no es potestativa del órgano de contratación, sino que hay que preverla obligatoriamente en el PCAP y en el contrato que se formalice; y cuando las necesidades reales sean superiores a las estimadas inicialmente se tendrá que tramitar el modificado en los términos del artículo 204 de la LCSP.

La segona qüestió que ens podem plantejar en relació amb aquests contractes és si minorar abans de la liquidació el crèdit màxim disposat és o no una modificació contractual. La resposta és evidentment negativa. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en l'Informe 17/12, del 14 de febrer de 2013, ja va dir:

Nos encontramos en estos casos ante un contrato de servicios, en los que éstos se prestan de forma sucesiva y por precios unitarios, sin que exista una cuantía total definida, sino supeditada a las necesidades de la Administración. En este supuesto, el propio contrato no impone el órgano de contratación obligación alguna de adquirir o pedir un número determinado de unidades, sino que supone la facultad de pedir más o menos unidades de prestación. El ejercicio de esta facultad no implica modificación alguna del contrato, ya que es el propio contrato el que atribuye esa facultad. [...] En los contratos de servicios de actividad en los que el contratista se obliga a prestar servicios de forma sucesiva o por precios unitarios, en los que no está determinada la cuantía total de las prestaciones, al no haberse comprometido las partes a la realización de un número total de servicios ni al abono del precio total del contrato, un posible decremento en la prestación como consecuencia de las menores necesidades de la Administración, da lugar simplemente a una modificación en el expediente de gasto, no considerándose una modificación del contrato.

Més tard, la circular de la IGAE esmentada més amunt va concloure:

En este tipo de contratos de servicios, tal y como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 624/2010, de 29 de abril, «el importe del contrato opera como una suma máxima que la Administración puede satisfacer a la contratista, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares [...]. El precio en sentido estricto, como contraprestación, viene determinado en cambio por la aplicación a cada servicio prestado de las tarifas incluidas como anexo del pliego, que se facturan por el contratista. Por este motivo la reducción del precio total del contrato [...] no va a suponer ningún abaratamiento de los precios satisfechos por la Administración, sino tan sólo la reducción de su importe máximo acumulado. En este sentido, su incidencia en los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública considerada en el artículo 123 de la citada Ley 30/2007, de 30 de octubre, será mínima». Por tanto, a juicio de este Centro y teniendo en cuenta el criterio mencionado anteriormente de la JCCA, en este tipo de contratos, la minoración del número de unidades estimadas como consecuencia de una revisión a la baja de las necesidades de la Administración, sin que varíen ni los precios unitarios ni el objeto del contrato, dará lugar a una modificación del expediente de gasto, sin que se considere una modificación contractual, pudiendo descontraer o liberar el crédito comprometido con anterioridad a la liquidación del contrato, previa tramitación de la mencionada modificación del expediente de gasto.

En relació amb la DA 33a, volem acabar fent dues reflexions. En primer lloc, no entenem el motiu pel qual la LCSP enquadra aquesta previsió en una disposició addicional i no en la subsecció que ha creat específicament per a regular les modificacions contractuals. Si bé en el seu moment va ser introduïda com a disposició addicional, cosa que podia justificar la seva ubicació, l'any 2017, amb la norma consolidada, res no obstava perquè la nova llei reubiqués aquesta previsió dins del règim general, com a especialitat de l'article 204 de la LCSP.

Per altra banda, la considerem excessivament garantista. Preveu una correcció a l'alça del nombre d'unitats estimades en un inici, però ho fa sense alterar el preu d'adjudicació, que segueix essent el preu ofert per unitat. Per tant, en aquest punt compartim l'opinió de Moreo Marroig, recollida en l'article sobre l'execució dels contractes amb l'entrada en vigor de la LCSP, citat més amunt, la qual es pronuncia en els termes següents:

A modo de crítica, pienso que habría sido mejor no considerar una modificación el incremento de crédito aprobado para cubrir las obligaciones derivadas de los contratos en función de las necesidades reales [...] y haberlo catalogado de simple ajuste contable, máxime cuando en realidad no se altera el objeto del contrato puesto que no fue determinado ya que el número de unidades no se concreta al tiempo de celebrar el contrato. Eso sí, fijando un límite porcentual, principalmente como garantía de los licitadores, que se obligan a unos previos unitarios de acuerdo con unes unidades estimadas [...].

4. ALTRES QÜESTIONS DERIVADES D'AQUESTA REGULACIÓ

La regulació que hem analitzat fins ara, a banda de caracteritzar cada un dels sistemes objecte d'estudi, posa de manifest l'existència d'una relació entre el sistema de determinació del preu dels contractes i les potencials alteracions que poden experimentar els seus preus. Ara bé, aquest llaç que la llei deixa entreveure, a la pràctica aportava més interrogants que respostes. No obstant això, recentment diverses aportacions doctrinals han contribuït a contestar aquestes preguntes, establint una fonamentació que, des del nostre punt de vista, permet sintetitzar les pautes que s'han de seguir en cada supòsit concret, estandarditzant-ne el procediment.

Si bé ja hem anat tractant algunes de les qüestions que aquesta regulació planteja, quedaria per considerar les següents.

4.1. ¿ELS CONTRACTES DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL TRENTA-TRESENA DE LA LCSP, COM A CONTRACTES AMB PREUS UNITARIS, PODEN APLICAR ELS INCREMENTS DE FINS AL 10% QUE REGULEN ELS ARTICLES 301 I 309 DE LA MATEIXA NORMA?

Com ja hem assenyalat, la referència genèrica dels articles 301.2 i 309.1 de la LCSP als preus unitaris, sense especificar a quina de les seves modalitats es refereix o si es refereix a les dues, ha afavorit la coexistència de diferents interpretacions, amb conseqüències pràctiques significatives.

Són pocs els autors que s'han posicionat respecte a aquesta qüestió. Podem afirmar que segueixen un criteri general força uniforme, tot i que amb petits matisos, però idèntic

en l'essència. A més, aquest criteri ha estat ratificat per l'Informe 1/2024, del 27 de juny, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Resulta inevitable començar al·ludint a la tesi d'Èlia Vilaseca, recollida en l'article publicat al bloc de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya que hem citat a l'inici, la qual advoca per l'existència de dos règims de modificació dels contractes amb preus unitaris: el sistema general dels contractes de subministrament o serveis amb unitats certes i el sistema específic per als contractes amb unitats estimades. Respecte als primers, puntualitza que no és necessari tramitar un expedient de modificació quan l'import no superi el 10% del preu inicial del contracte, sempre que aquesta possibilitat s'hagi establert en el plec de clàusules administratives. I, per acabar, afirma que en contractes amb preus unitaris en funció de les necessitats, en cas d'un increment d'unitats respecte a les previstes, sí que caldrà tramitar un expedient de modificació contractual, sempre que els plecs hagin previst aquesta possibilitat —cosa que és obligatòria, com ja hem vist— i que l'aprovació tingui lloc abans que s'esgoti el crèdit.

Dos anys abans, Moreo Marroig ja s'havia pronunciat en aquesta direcció en l'article ja citat, on establia sobre l'execució dels contractes públics:

De la lectura integrada de estos tres preceptos parece deducirse que la posibilidad de que se encarguen más unidades de las contratadas sin necesidad de aprobar un modificado vía artículos 301 y 309, solo se aplicará en contratos de suministro a precios unitarios con el número de unidades determinado, o bien a contratos de servicios distintos a los de trato sucesivo según necesidades [...]. Si los artículos 301 y 309 significan la regla general para los contratos de suministro y de servicios a precios unitarios, la Disposición Adicional Trigésima Tercera debe entenderse como la regla especial para aquellos contratos en los que el número total de entregas o de prestaciones no se defina con exactitud al tiempo de celebrarse.

Destaquem també la posició de José Antonio Ruiz Sainz-Aja,⁸ circumscrita a l'àmbit dels subministraments, concretament a l'aplicació de l'article 301.2 de la LCSP, la qual, a diferència de les anteriors, conclou que als contractes de subministrament per preus unitaris segons les necessitats els poden ser aplicables tant l'article 301.2 com la DA 33a, en determinades situacions.

Doncs bé, aquesta qüestió la resol l'informe de la Junta de Contractació de les Illes Balears ja esmentat, emès a instància de l'interventor general de la Comunitat Autònoma, que conclou:

El régimen jurídico aplicable a las modificaciones de contratos a precios unitarios en función de las necesidades es el de la DA 33, en relación con el artículo 204 LCSP. En este caso, si surge la necesidad, el modificado a tramitar se podrá hacer hasta el 20% del precio inicial del contrato.

8. José Antonio RUIZ SAINZ-AJA, «Dudas en la aplicación del artículo 301.2 de la Ley de contratos del sector público», *El Blog de Espublico* (blog), 8 de novembre de 2019, <<https://www.administracionpublica.com/dudas-en-la-aplicacion-del-articulo-301-2-de-la-ley-de-contratos-del-sector-publico/>>.

En cambio, para los contratos de suministros y servicios a precios unitarios con unidades ciertas, la LCSP prevé un régimen de pago de los incrementos o variaciones de unidades hasta el 10% del precio del contrato, que no tienen la consideración de modificaciones y que no requieren la tramitación de un expediente de modificación del contrato; ahora bien, en cualquier caso, se tienen que cumplir los requisitos que se prevén por cada tipo de contrato en los artículos 301 (suministros) y 309 (servicios): para los suministros, se exige acreditar la financiación de los incrementos o variaciones desde la tramitación del expediente inicial; y para los servicios, no es necesario acreditar la financiación y se pueden pagar directamente en la liquidación del contrato.

Per tant, avui dia podem afirmar que als contractes regulats en la disposició addicional 33a de la LCSP no els serà aplicable l'increment assimilat a l'excés d'amidaments dels contractes d'obra que la LCSP ha estès a subministraments i serveis mitjançant els articles 301.2 i 309.1 de la LCSP, respectivament.

4.2. QUIN ÉS EL RÈGIM DE MODIFICACIONS CONTRACTUALS QUE POT APLICAR-SE EN CONTRACTES AMB PREUS FIXOS O AMB PRESSUPOST TANCAT?

Els contractes amb preus fixos es caracteritzen per establir el preu per endavant, sense desglossar-lo en unitats o elements integrants de la prestació; en conseqüència, tampoc no és necessari practicar un amidament final. El preu fixat neix amb una vocació de perdurar inalterable, motiu pel qual no són abonables les modificacions derivades de la correcció d'errors o omissions de la documentació reguladora de la licitació. Ara bé, sí que els és aplicable el règim general de la LCSP,⁹ i, per tant, l'Administració podrà preveure modificacions futures o, si escau, podrà apreciar en la fase d'execució circumstàncies que impliquin i emparin la modificació del contracte amb preus fixos, d'acord amb la reglamentació continguda en els articles 203-207 de la LCSP.

Per tant, tal com indica el Tribunal Foral de Recursos Contractuals de Biscaia en la resolució esmentada en la nota del paràgraf anterior, a la pràctica únicament poden aprovar-se les modificacions que imposi l'Administració. Ara bé, aquesta pauta, que d'inici sembla senzilla, a la pràctica esdevé un problema d'interpretació jurídica, ja que, d'acord amb el règim establert, si l'alteració del preu deriva d'un defecte del projecte, no s'ha d'abonar, mentre que si l'origen és una circumstància imprevisible, sí que cal abonar-la.

Quant a l'aplicació de l'ajust per excés d'amidaments en aquests contractes, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat va resoldre aquesta qüestió en l'Informe 26/2023, del 18 de juliol, en el sentit següent:

No se puede establecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula por la que se reconocen excesos de medición en los contratos de servicios de redacción de proyecto y dirección de obra en los que el precio está determinado en un tanto alzado.

9. Resolució 3/2018 del Tribunal Administratiu Foral de Recursos Contractuals de Biscaia.

La aplicación del artículo 309, apartado 1, segundo párrafo de la LCSP, que reconoce la no consideración de modificación a la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, queda circunscrita a los contratos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, siempre que se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares y no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato.

En definitiva, pel que fa als contractes amb preu fix:

— Els és d'aplicació el règim general de modificació dels contractes del sector públic (art. 203-207 de la LCSP).

— No es podran abonar modificacions derivades de la correcció d'errors o omissions en la documentació reguladora de la licitació, que aniran a càrrec del licitador.

— No poden aplicar la figura de l'excés d'amidaments (articles 242.4c, 301.2 i 309.2 de la LCSP).

4.3. S'INCLOU EL 10% D'EXCÉS D'AMIDAMENTS EN EL CÀLCUL DEL VEC?

Des de la seva introducció en l'ordenament jurídic, la delimitació del concepte de *valor estimat del contracte* (VEC) no ha estat una qüestió pacífica. Tant és així que fins i tot l'exposició de motius de la LCSP explica que, per tal d'evitar confusions, s'ha fet una tasca homogeneïtzadora de les diverses expressions que el TRLCSP utilitzava per a referir-se al valor dels contractes, com *quantia* o *import*, i un esforç per a delimitar els conceptes de *valor estimat del contracte*, *pressupost base de licitació* i *preu del contracte*.

Tot i aquest afany, la LCSP no inclou una definició acotada del VEC, sinó que en l'article 101.2 indica que s'han de tenir en compte, com a mínim, les despeses derivades de l'aplicació de les normatives laborals vigents, altres despeses derivades de l'execució material dels serveis, les despeses generals d'estructura i el benefici industrial.

Tanmateix, l'article assenyala que formaran part del VEC les eventuais pròrrogues, les primes que s'hagi previst abonar als candidats i l'import màxim de les modificacions previstes, d'acord amb l'article 204 de la LCSP.

La discussió sobre si el potencial increment de fins al 10% en concepte d'excés d'amidaments s'ha d'incloure o no en el càlcul del VEC, és anterior a l'aprovació de la LCSP. El seu origen és en la LCSP del 2007, que va introduir el concepte de *valor estimat del contracte* i, paral·lelament, regulava el 10% d'excés d'amidaments en els contractes d'obra, obrint el punt de debat. En aquell moment, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat¹⁰ va concloure que aquest 10% no s'havia d'incloure en el VEC, posició que va confirmar més tard un cop entrada en vigor l'actual LCSP.¹¹

10. Informe 43/2008, del 28 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

11. Informe 85/2018, del 25 de maig de 2020, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat.

Actualment, però, aquesta posició ha perdut vigència i s'admet que el 10% d'excés d'amidaments sí que s'ha d'incloure en el VEC. Així ho recull, en relació amb les obres, la Resolució 1516/2021 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, del 4 de novembre de 2021.

Respecte a aquest canvi de criteri, és molt il·lustrativa la reflexió de Manuel Ruiz Daimiel¹² quan, en referència al criteri mantingut per la Junta Consultiva de l'Estat, diu:

Visto lo anterior, resulta difícil de entender, y compartir, el criterio de la Junta Consultiva. ¿Por qué no tiene encaje el 10 por ciento de liquidación en el valor estimado? Porque no forma parte inicialmente del contrato. Bien, pero tampoco la posible prórroga, que sería un nuevo contrato aunque se mantengan las mismas condiciones, o el modificado previsto, y mucho menos las primas, que no son contraprestaciones contractuales, sino incentivos a la participación en un procedimiento administrativo. ¿No entra dentro del importe total pagadero estimado, una cantidad que se tiene que retener presupuestariamente en el momento de la adjudicación si el contrato de obra es plurianual? ¿Para qué se retiene un crédito presupuestario sino para hacer frente a obligaciones económicas de la Administración? ¿No forman parte del valor estimado las posibles obligaciones económicas a las que tenga que hacer frente la Administración contratante como consecuencia del contrato? Más aún, ¿no tendría acomodo el 10 por ciento de liquidación en el importe de las obras al que hace mención el apartado 8 del artículo 101? En el momento de fijar el valor estimado no sabemos cuál será ese importe, hacemos una estimación en función del presupuesto de la obra ¿no es razonable incluir en esa previsión sobre el importe de la obra una partida tan importante y frecuente como el 10 por ciento de liquidación?

El problema de la doctrina de la Junta Consultiva es que no tiene en cuenta la previsibilidad, que es uno de los elementos del valor estimado. No estamos ante certezas sino ante previsiones, estimaciones, de contenido económico, por eso yerra cuando para fundamentar su opinión contraria sostiene que «no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan.

Aquesta qüestió la resol també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en l'informe de referència, que diu:

Los porcentajes adicionales de los artículos 242.4, 301.2 y 309.2 de la LCSP, se tienen que prever dentro del concepto de valor estimado, porque son previsiones económicas que eventualmente pueden suponer un aumento del precio del contrato inicial. El cálculo del valor estimado tiene que hacerse de la manera más precisa posible, ya que es la previsión del impacto económico máximo a que puede ascender el contrato y tiene una importancia sustancial, pues determina las reglas de publicidad, de procedimiento, de solvencia o clasificación exigibles o el régimen de recursos que se pueden interponer.

Així, en tots els contractes amb preus unitaris i unitats certes en què resulti aplicable un possible excés d'amidaments de fins al 10% del preu del contracte, tant en obres com en

12. Manuel RUIZ DAIMIEL, «El valor estimado y el 10 por ciento de liquidación en el contrato de obra...y en el de suministros y servicios», *Observatorio de Contratación Pública* (blog), 30 de juny de 2022, <<https://www.obcp.es/opiniones/el-valor-estimado-y-el-10-por-ciento-de-liquidacion-en-el-contrato-de-obray-en-el-de>>.

serveis i subministraments, aquest import s'ha de sumar al VEC. Això serà sempre així en els contractes d'obres, mentre que en els de subministraments i serveis només s'inclourà en el VEC quan el plec de clàusules administratives particulars consideri de manera expressa la possibilitat d'acudir als mecanismes dels articles 301.2 i 309.2 de la LCSP.

4.4. COM S'ACREDITA EL FINANÇAMENT EN EL CAS DE L'ARTICLE 301.2 DE LA LCSP ? I QUÈ PASSA AMB ELS SERVEIS?

Tant en els subministraments (art. 301.2) com en els serveis (art. 309.1) amb preus unitaris i unitats certes, per tal que els increments o les variacions en el nombre d'unitats fins al 10% del preu del contracte es puguin pagar sense necessitat de tramitar una modificació contractual, s'hauran d'haver previst en els plecs. Ara bé, la LCSP afegeix en el cas dels subministraments un requisit que no exigeix per als serveis: la necessitat d'acreditar el finançament corresponent des de la tramitació de l'expedient originari del contracte. La Junta Consultiva de les Illes Balears, com la doctrina, entén que aquesta acreditació ha de tenir lloc mitjançant una retenció addicional de crèdit de fins al 10% del pressupost base de licitació, que ha de constar en el moment d'aprovar l'expedient de contractació. Aquesta retenció no es veurà afectada per l'autorització de la despesa (A) per l'import del pressupost base de licitació, ni per la disposició de la despesa (D) pel preu d'adjudicació. L'aprovació de la despesa contra aquesta retenció addicional, en les seves fases A, D i O, només s'haurà de fer en cas que finalment s'incrementin les unitats executades. En el cas de contractes plurianuals, la retenció addicional s'haurà d'aplicar a l'exercici pressupostari en què hagi de finalitzar l'execució del contracte.

Per als contractes de serveis, en canvi, l'article 309.1 de la LCSP no exigeix acreditar el finançament de l'increment, per la qual cosa no cal practicar cap retenció del crèdit inicial.

En relació amb les obres, en l'àmbit estatal la disposició addicional 14a (de caràcter no bàsic) del TRLCAP de l'any 2000 preveia una retenció addicional del 10%, però no del pressupost base de licitació, sinó del preu d'adjudicació. Aquesta retenció s'havia d'aplicar a l'exercici previst per a la finalització de l'obra, o al següent, en funció de quan s'hagués de pagar la certificació final. Posteriorment, la LCSP del 2007 no va recollir aquesta previsió, però la seva disposició final 2a la va incorporar a la Llei general pressupostària via modificació del seu article 47. Moltes comunitats autònomes han previst en la seva normativa una previsió similar, però en l'àmbit local no trobem una norma anàloga.

5. QUADRE RESUM

La conclusió de tot el que s'ha exposat es resumeix en la sistematització seqüencial següent:

		Règim general aplicable de la LCSP	Excés d'amidament aplicable de la LCSP (10% liquidació)
Preu unitari amb unitats certes	Obres	Art. 204 i 205	242.4
	Subministraments	Art. 204 (no DA 33a) i 205	301.2
	Serveis		309.1
Preu unitari amb unitats estimades (segons les necessitats)	Obres	No s'aplica	No s'aplica
	Subministraments	Art. 204 (obligatori 20% DA 33a) i 205	
	Serveis		
Preu fix	Obres	Art. 204 i 205	No s'aplica
	Subministraments	Art. 204 (no DA 33a) i 205	
	Serveis		
Preus híbrids	Els sistemes de determinació del preu anteriors poden coexistir en una mateixa licitació sempre que s'apliquin a partides diferents. La Llei no indica expressament com s'han de conjugar a la pràctica. No obstant això, entenem que el més coherent és aplicar a cada part el règim que li és propi, tal com s'observa en l'esquema següent.		

Exemple:

SISTEMA HÍBRID			
<p>Supòsit: contracte de serveis amb un preu híbrid resultat de la combinació de preus unitaris amb unitats certes i preus unitaris amb unitats estimades i pressupost màxim. Podria tractar-se de l'exemple explicat del centre per a la gent gran, en què hi ha un preu unitari per un nombre determinat de places, però a banda s'han de preveure l'alimentació o els serveis complementaris, que es poden estimar, però no establir amb certesa. Els imports escollits responen a la voluntat de simplificar al màxim l'exemple, evitant els decimals i prescindint de l'impost sobre el valor afegit (IVA) (el pressupost base de licitació [PBL] ha d'incloure l'IVA).</p>			
FASE DEL PROCEDIMENT	RÈGIM DE PREU UNITARI AMB UNITATS CERTES	RÈGIM DE PREU UNITARI AMB UNITATS ESTIMADES (segons les necessitats)	TOTAL
LICITACIÓ: el pbl del contracte és de 100 €	40 €	60 €	PBL 100 VEC 120 (100 + DA 33a)
ADJUDICACIÓ: l'oferta que guanya la licitació fa una proposta de reducció del 12,5%	35 € Dels 40 € de preus unitaris autoritzats, únicament se'n comprometen 35	60 € En el cas dels preus estimats, la reducció del 12,5% opera sobre els preus unitaris, i no sobre el pressupost màxim. Per tant, es mantenen els 60 €, però el preu per unitat, suposant que fos de 2 €, es redueix de 2 a 1,75 €, de manera que l'adjudicació permet l'execució de 4 unitats més (60/1,75 = 34 unitats)	95 € L'Administració es compromet als 35 € que generen un dret de cobrament a favor de l'adjudicatari, però no als 60 €, que només actuen com a import límit.
MODIFICACIONS PREVISTES	D'acord amb l'article 204 de la LCSP, el contracte podrà preveure una modificació que pot anar des del 0 al 20%. Per tant, el màxim serà de 42 € (35 + 20%) Caldrà acreditar que la modificació estava definida en els plecs	D'acord amb la DA 33a, és obligatori preveure una modificació del 20% per increment de les unitats requerides; per tant, es pot arribar a 72 € (60 + 20%) L'increment serà del 20% sobre el PBL (60 €), però el preu per unitat serà el de l'oferta (1,75 €)	Amb les modificacions previstes, el preu del contracte podrà arribar a ser de 107 € (35 + 72) fins a 114 € (42 + 72)
INCREMENT DEL 10% (art. 309.1 de la LCSP)	El contracte és de serveis i, per tant, d'acord amb l'article 309 de la LCSP, l'import inicial podrà experimentar un increment de fins al 10%, cosa que suposa un increment màxim de 3,5 €	Els preus unitaris no admeten aquests increments	L'adjudicatari d'aquest contracte, podrà percebre fins a 117,5 € A banda, davant d'eventualitats imprevisibles s'aplicarà l'article 205 de la LCSP, que admet un increment de fins al 50% del preu d'adjudicació (95 + 50%)

CRÒNICA BIBLIOGRÀFICA

NOTÍCIA DE LLIBRES

Joan Amenós Àlamo¹
Professor titular de Dret Administratiu
Universitat Autònoma de Barcelona

Sumari: 1. La reflexió sobre els conceptes centrals del dret públic; 2. José Esteve Pardo, *El camino a la desigualdad: Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023; 3. Francisco Velasco Caballero i M. Mercè Darnaculleta (dir.), *Manual de derecho administrativo*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2024.

1. LA REFLEXIÓ SOBRE ELS CONCEPTES CENTRALS DEL DRET PÚBLIC

Es diu sovint que l'arbre del coneixement arrela en el discret equilibri entre les idees generals fermes i l'especialització punyent i incisiva. Actualment, però, s'ha fet llenya d'aquesta estampa i ha triomfat el cenyiment estricte a un camp minúscul. El món universitari n'és un bon exemple, ja que la configuració legal de la carrera dels professors fomenta la publicació ràpida d'avenços concrets i específics. En el terreny jurídic o de les ciències socials ja no hi ha temps d'enfrontar-se amb una institució basilar des d'una perspectiva pròpia i profunda. És cert que és habitual el llibre col·lectiu sobre un concepte central, però la reflexió fonamental sobre les grans columnes —que sempre fou costeruda— ja només és patrimoni d'alguns esperits selectes i valents.

En aquesta «Notícia de llibres» examinarem un parell d'aquestes obres peculiars i ambicioses, aparegudes recentment. La primera ve de la ploma de **José Esteve Pardo**, que ja fa molt temps que està embrancat en la realitat actual dels conceptes centrals del dret públic. El seu títol és *El camino a la desigualdad: Del imperio de la ley a la expansión del contrato* (Madrid, Marcial Pons, 2023).

El segon treball serà analitzat en el número següent d'aquesta *Revista* i se'ns presenta com un bon contrapunt al llibre precitat. Ens referim al text escrit per **José María Rodríguez de Santiago** amb el títol de *Planes administrativos: Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración* (Madrid, Marcial Pons, 2023). Tenim així, condensada en dues aportacions rellevants, una meditació sobre nocions essencials de les nostres disciplines: la llei, el pla administratiu i el contracte. Amb l'afegit que estem davant de combatents en una posició dialèctica: llei i pla *versus* contracte.

1. joan.amenos@uab.cat.

2. JOSÉ ESTEVE PARDO, *EL CAMINO A LA DESIGUALDAD: DEL IMPERIO DE LA LEY A LA EXPANSIÓN DEL CONTRATO*, MADRID, MARCIAL PONS, 2023

Esteve Pardo, com hem dit, ha portat a terme en els darrers anys una hercúlia tasca d'anàlisi de l'atzucac del dret administratiu. No es tracta ara d'enumerar l'extens llistat de feines fetes en aquesta línia. Però, probablement, la llavor del llibre que comentem ja s'adverteix a *La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al trasfondo de una crisis* (Madrid, Marcial Pons, 2013). Les seves pàgines ja examinen, per exemple, el reforçament de la capacitat d'autoregulació de la societat, la privatització de la justícia, l'entrega d'activitats i funcions públiques a particulars, etc. Els fenòmens ja albirats no han fet més que consolidar-se i multiplicar-se.

El llibre que avui comentem parteix d'una tesi fonamental: l'expansió del contracte —el lliure acord entre particulars— i el naufragi de la llei —heteronormativa, general i d'origen parlamentari—. Aquesta doble pinça obre la porta a la desigualtat. No obstant això, crec que en el llibre es tracta de manera indirecta o secundària aquesta disparitat. El raonament és el següent: en primer lloc, admet, implícitament, que la llei reforça la igualtat (encara que, d'acord amb la referència a una interessant doctrina francesa, accepta que això no sempre és cert); en segon lloc, considera, simètricament, que el contracte presenta normalment un risc elevat d'inequitat. De fet, com anota l'autor, si el segle XIX fou l'època de la llibertat de contractació, el segle XX és la centúria de la llei i de la seva gran realització: l'estat social.

Ara bé, l'examen que fa el professor Esteve Pardo podria ser preocupant per a alguns i una mica exagerat per a d'altres. Podria donar-se el cas que les societats actuals estiguessin disposades a acceptar un grau relativament elevat de diferències, que es consideraria el producte natural d'una civilització fluida, mutant i cada cop més desarticulada.

És cert que l'autor no és pas un «anticontractualista». Simplement, es queixa d'una mena d'invasió descontrolada de les fórmules de transacció i convinença. Opino, però, que el contracte del segle XXI no funciona de la mateixa manera que els lleonins acords vuitcentistes. Fora ingenu pensar que en els pactes que firmem cada dia no gravita l'ombra de la desproporció. Però el contractista d'avui és un ciutadà que ha passat per l'escola obligatòria i que es beneficia de l'ampliació de l'accés a la informació (ja sigui la que arriba a través d'experts, ja sigui la més informal, com la que es ven per les xarxes socials o per la solidaritat dels coneguts).

Les parts contractuals de la contemporaneïtat es mouen com un peix a l'aigua en un oceà d'ofertes en competència i de picaresca perfumada. No necessiten sindicats de classe per a protegir-se i fins i tot les organitzacions de consumidors exhalen un aroma *camp* i antiquat. Els particulars tampoc no estan gaire inflamats per la protesta i la resistència (amb excepcions molt puntuals) i solucionen —amb nous contractes!— la crisi dels serveis públics: classes complementàries i privades per a compensar els defectes de l'ensenyament estatal, alarmes privades per a reforçar la seguretat, taxis Uber o cotxes compartits davant els límits del transport públic, etcètera.

Dit això, el llibre descriu la nostra època com el segle del contracte i de la «desconstrucció de l'estat social». Els exemples són abundants:

- Renúncia a l'exercici del dret de vaga a través de clàusules de pau social.
- Arbitratges i contractes processals en el marc d'una justícia negociada. Conformitats habituals en el procés penal.
- Relleu creixent de les normes tècniques d'origen privat, que certifiquen que el contracte és un mode de producció de normes triomfant.
- Plataformes i aplicacions tecnològiques que incorporen contractacions massives sobre els serveis més variats (transport, lloguers d'habitatges, assessoraments, etc.).
- Liberalització del servei públic i aparició de nous actors i noves relacions contractuals al voltant d'un àmbit ja dividit i triturat (titulars d'infraestructures, operadors diversificats, etc.).
- Expansió de la simple comunicació prèvia en perjudici de la tradicional autorització administrativa.
- Aparició de peculiars mercats de títols administratius (drets de contaminació, per exemple).
- Aplicació als treballadors que operen en un estat europeu, del dret de l'estat de procedència, amb l'estipulació contractual prèvia i d'acord amb la jurisprudència del Tribunal del Justícia de la Unió Europea.
- Certes xarxes socials (probablement, ara de manera destacada Youtube) defineixen al seu arbitri l'abast dels temes prohibits i de la llibertat d'expressió.
- Renúncia dels esportistes professionals a drets fonamentals (per exemple, la seva intimitat) amb l'objectiu d'assegurar la seva participació en el marc d'organitzacions internacionals privades (normalment, amb forma fundacional). La llei respecta aquesta opció, que es reforça amb diversos convenis internacionals.
- Contracte de confidencialitat sobre drets d'expressió i producció científica.
- Entrada del dret mercantil en camps propis del dret laboral.

L'autor subratlla que la trama contractual ha augmentat la seva densitat i que fins i tot s'ha infiltrat en l'aparell executiu de l'Estat. Així, per exemple, els convenis són els que a la pràctica articulen fins on arriba cada administració o, en l'àmbit sancionador, augmenten els acords amb el denunciant protegit (*whistleblower*) de cara a precisar la profunditat d'una investigació administrativa.

Existeix en aquest sentit un cas que l'autor no tracta però que em sembla lluminós. Em refereixo a les clàusules socials i ambientals en la contractació pública, que volen aconseguir a través d'un acord objectius polítics que no consten en cap llei. Una espècie d'enginyeria social aprofitant la feina que ha de fer el contractista.

Assistim, per tant, a una expansió quantitativa de l'eina contractual i també a un afiament qualitatiu, ja que amb meres estipulacions entre particulars s'estan resolent qüestions que abans eren cultivades per l'acció ordinària de la LLEI o de la regulació administrativa. L'autor observa aquí una peculiar revenja històrica del contracte. En efecte, alçat per la llibertat contractual vuitcentista, es veié després assetjat i limitat per un ampli moviment de restriccions *ex lege* amb un inequívoc suport de la jurisprudència. Era el segle xx, el període daurat de l'estat social.

Al segle XXI, però, hem vist que el contracte guanya la partida, a cavall d'algunes idees que li serveixen de catapulta. Vivim l'època de la desvinculació i del ràpid desballestament de les institucions amb regust comunitari: la nació, la família, el sindicat... El canvi que descriu s'intenta fonamentar jurídicament —encara que amb una fragilitat evident— en el lliure desenvolupament de la personalitat que recull l'article 10.1 de la Constitució. A més, creix el convenciment que l'eficàcia ve de la mà del sector privat, que té en la llibertat de pactes la seva primera espasa. I, ja en l'àmbit cognitiu, es confia més en el sentiment que en la veritat objectiva. L'autor afegeix algunes digressions brillants que ens ajuden a entendre l'humus cultural vigent. Recomano especialment la lectura dels comentaris sobre la transformació recent de les classes universitàries i de la pràctica col·lectiva de l'esport.

I, davant la vitalitat del contracte, la llei va caient pel pendent de la seva degradació. L'autor hi aporta diverses pistes. Per exemple, les lleis sense carn material. És a dir, les limitades a articular procediment i competències, deixant la regulació substancial en normes d'origen privat. Les altres mostres de defallença són ja ben conegudes: el nombre excessiu i sempre creixent de normes, el caos de la penosa redacció, el regnat assentat del decret llei, la confessió que certes lleis són senzillament el certificat formal d'un contracte (el cas de la Llei d'amnistia), etcètera.²

Vull agregar un element per a acompanyar la cascada argumental ressenyada. Penso que la llei ha perdut el respecte per si mateixa. **Pablo de Lora** ha examinat fa poc, en un magnífic llibre,³ la proliferació de les lleis simbòliques, que ell bateja com a «legislación santimonia». Sota aquest paraigua han crescut com bolets normes preocupades per la moralització ensucrada —i no tant per la fixació precisa de drets i obligacions— i centrades en llarguíssimes exposicions de motius que imiten els sermons, amb el ja conegut vocabulari de la burocràcia del consol:

Impulsar, implicar, sensibilizar, concienciar, promover, seguir, implementar, informar, inspeccionar, evaluar, educar, orientar, supervisar, acompañar, armonizar, fomentar, vigilar... éstos son, entre otros, los infinitos infinitivos que colonizan la legislación santimonia.⁴

Per a no parlar —afegim nosaltres— de la devastació conceptual i estilística en la determinació dels subjectes de la llei (autoritats, destinataris, obligats, etc.) produïda per aquesta ridiculesa que rep el nom de *llenguatge inclusiu*. Si la factura de la llei fa riure, qui la respectarà?

En conclusió, el món d'ahir, el món de la llei i dels jutges que imparteixen justícia solemnement, es va assimilant dia rere dia a una façana escrostonada. Aquest és l'apunt pessimista d'Esteve Pardo. Em permeto, no obstant això, exposar algunes discrepàncies limitades.

2. Aquests pecats propis de la llei han estat estudiats recentment per Tomás Ramón FERNÁNDEZ i Manuel ARAGÓN, *Motorización o incontinencia legislativa. Producción, normas, análisis económico de los efectos que produce esta situación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023.

3. Pablo de LORA, *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*, Madrid, Deusto, 2023.

4. Pablo de LORA, *Los derechos en broma*, p. 44.

Així, caldria admetre que el sistema de la legalitat objectiva les passa magres, però això no impedeix imposar als ciutadans pressions fiscals superiors al quaranta per cent de mitjana (són dades per a Espanya) i amb una inquietant perspectiva de creixença. Una dada embogida si assumim una perspectiva històrica elemental. D'altra banda, no serà sobrer recordar un cas recent i exemplar: malgrat la indicada feblesa de la llei, la combinació de la legislació estatal i l'autonòmica a Catalunya ha aconseguit estrangular en poc temps el mercat dels lloguers.⁵ És probable que algun lector em recordi que els dos apunts indicats formen part, precisament, de la crisi i la demolició de les classes mitjanes i que això, precisament, també integra el discurs d'Esteve Pardo. Unes classes inermes i obedients, que acaten la legislació vigent que les lamina dia rere dia.

Com hem pogut veure, un dels mèrits principals del llibre rau en la connexió del nou panorama legal amb les transformacions filosòfiques i polítiques. El lector gaudirà aquí de l'extraordinària habilitat que té l'autor per a connectar *l'air du temps* amb el flamant imperi del contracte. Només vull aportar de la meua collita una curiosa i inesperada conseqüència: la mort del pensament institucional d'esquerres. En efecte, aquest corrent s'ha diluït ja dins les alegries de l'autodeterminació identitària (amb una inclinació especial pel laberint sexual). La seva antiga pulsio revolucionària s'ha dissolt en les farinetes del contractualisme i de la desvinculació. De cara al futur, la seva aportació ja és irrellevant. En efecte, sembla que al ring —institucional, polític, filosòfic i també legal— ja només pugnen dues posicions:

— Per una banda, l'aprofundiment en la via del contractualisme. Els seus motors serien una reduïda avantguarda intel·lectual llibertària i, sobretot, el rol creixent de les grans corporacions empresarials (tot i que aquestes tenen una relació d'amor-odi amb la lliure competència). L'estat seguiria assumint, però, papers disciplinaris elementals (des del control ambiental fins a la seguretat ciutadana) i uns serveis públics que farien de coixí col·lectiu mínim (certes parcel·les de l'ensenyament i la sanitat, darrera línia de la justícia, renda mínima universal...) o d'infraestructura territorial elemental (béns públics, certes xarxes de transport i energia, etc.). Aquest decorat que hem descrit de manera tosca té la majoria dels trumfos a la seva mà i compta amb l'indiscutible èxit en les consciències del lliure desenvolupament del propi projecte vital: l'individu concentra en la seva existència el jo cos, el jo empresa i el jo família. Una situació perfecta per al mercat, que basa la seva força solidària a detectar i cobrir les necessitats d'un proïsme solvent. Sense oblidar, a més, el mascaró de proa: els avenços tecnològics de ràpida difusió que circulen per grans autopistes contractuals (observi el lector la precisió del seu traductor automàtic gratuït i comentí amb els avis com s'hauria traduït fa només vint anys).

— Per altra banda, la nostàlgica renaixença o el reforçament de les velles institucions —pàtria, família, potser municipi o comunitat veïnal...— de cara a atenuar els aspectes més desagradables o extrems de les circumstàncies imperants. Aquesta seria l'aportació que farien els denominats *partits patriòtics*, en plena germinació a Occident. De tota manera, el seu avenç

5. Judith GÍFREU FONT, «Intervención pública en el mercado libre de vivienda en alquiler en municipios con áreas tensionadas. Un análisis desde la fallida experiencia catalana», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 230 (2023), mostra una visió més benigna de l'impacte de la legislació que ha afectat els lloguers.

es limitaria a tenyir el marc establert en el paràgraf anterior amb colors comunitaris o amb l'orgull frèvol de la «política nacional».

Tot això, evidentment, partint de la suposició del manteniment del marc democràtic i de l'estat de dret dels països occidentals. Deixant ara de banda la delicada qüestió de la immigració i de la fluïdesa del *limes*, convé no oblidar que els estats amb perfil autoritari i sense gaire preocupació per les garanties de l'estat de dret agrupen una part majoritària de la població mundial. La seva potència econòmica i militar ens permet parlar d'un món multipolar, on els contractes són una institució capaç de bellugar-se sota diferents atmosferes. És a dir, en el vell entorn liberal o dins d'un ventall de diferents autocràcies més o menys suportables.

El nou paradigma podria ser el sistema xinès de la nova ruta de la seda: acords entre estats que donen peu a un al·luvió de contractes entre empreses públiques i privades, operadors de serveis públics, gestors d'infraestructures, consumidors... És a dir, un mecanisme que no altera l'edifici institucional —protagonitzat per la solemne llei i la venerable divisió de poders— però que s'expandeix a través d'una xarxa d'estipulacions i compromisos convinguts mútuament.

3. FRANCISCO VELASCO CABALLERO I M. MERCÈ DARNACULLETA GARDELLA (DIR.), *MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, 2A ED., MADRID, MARCIAL PONS, 2024

Recordo que, ja fa molts anys, en aquestes converses informals que acaben convertides en monedes valuoses, el Dr. **Manuel Ballbé** va comentar que la multiplicació dels manuals d'una matèria implica la crisi de l'assignatura. Hi he donat voltes sovint, a aquesta reflexió, estimulat per la proliferació actual d'aquests instruments. Aquesta «crisi» podia al·ludir a un moment de creixement, a un de necessària generació de nous continguts o a un de forçós replantejament dels límits del que estem parlant.

La idea d'un *codex* o manual rector forma part de la nostra manera d'entendre l'ensenyament. Davant la dispersió del món i la cascada d'informacions que ens arriben pels sentits, l'ordre acadèmic de les matèries i els seus manuals. Uns papers relligats, escrits pel mestre i repartits entre els discents. Podem pensar fins i tot en els diaris com a fill molt posterior, ja fora de les aules, amb la seva arquitectura per a ordenar el criteri dels ciutadans lliures (política interior, política exterior, successos, economia...). Encara que vingut d'un context diferent, podem rescatar aquí el vers de Gil de Biedma «un orden de vivir, es la sabiduría».⁶

L'ecosistema tradicional de manuals que vam conèixer al segle xx no es basava en un règim unitari. El manual únic per a tota la nació va ser una situació rara, encara que va existir. S'observava, més aviat, una pugna entre un nombre reduït de publicacions. És a dir, tres o quatre opcions en competència, sovint amb un repartiment de papers entre el llibre prestigiós i selecte i aquell que —amb menys exquisidesa— presentava l'avantatge de la capacitat de síntesi i el seu fàcil maneig per a exàmens i oposicions.

6. El vers forma part del poema «Píos deseos al empezar el año», que es pot trobar en el llibre *Las personas del verbo*, 3a ed., Barcelona, Seix Barral, 1988, p. 144.

El panorama descrit ha desaparegut, evidentment. El motiu principal és la multiplicació dels claustres universitaris, però també cal tenir en compte la vocació del nostre temps per la disseminació de les fonts del coneixement i pel denominat *treball col·laboratiu*: milers de formigues que van recollint molles de pa acaben superant la visió de l'ocell solitari i astut que vivia al cim. Així, podem dir —en relació amb l'exemple paral·lel que hem presentat abans— que els periòdics encara resisteixen, però el seu nombre es dispara i molts lectors directament els ignoren o comencen a mirar-los a partir del seu impacte a les xarxes socials. De la mateixa manera, cada curs ens presenta, al setembre, l'aparició d'un nou manual de l'assignatura.

Dins d'aquesta tendència, vull consignar aquí el *Manual de derecho administrativo* dirigit per **Francisco Velasco Caballero** i **M. Mercè Darnacullea**, publicat per l'editorial Marcial Pons i que ja ha arribat a la segona edició (2024). Es pot consultar en línia de manera gratuïta, però se segueix oferint la versió en paper i, fins i tot, els autors encoratgen l'ús de la versió impresa. Acudeixen en aquest punt a les raons tradicionals que —fins ara— consideren la lectura una activitat més profunda que el clic o que el passeig visual per la pantalla (que els ulls funcionen de manera diferent és evident, però altres conseqüències no les tinc tan clares).

El *Manual* ha estat molt ben rebut i es considera, al mateix temps, un exemple d'innovació metodològica, de síntesi i d'adaptació als plans docents. Si ho comparem amb altres llibres de text, cal saludar la inserció d'alguns capítols com, per exemple, «Planificación administrativa» (Vaquer Caballería), «Actuación automatizada, robotizada e inteligente» (Cerrillo Martínez), «Información y datos» (Martín Delgado), etc. D'altra banda, la seva estructura ja ens mostra, per exemple, la realitat de la reducció del paper del servei públic en favor de l'ordenació i el control, la promoció i el foment, l'activitat de regulació i l'activitat sancionadora. Com es dedueix del que he dit, cada capítol ha estat redactat per un expert. S'adverteixen, certament, unes orientacions comunes, però és probable que aquest manual —a causa, precisament, del seu èxit i de la seva qualitat— obri la porta a una generació de llibres de l'assignatura d'autoria col·lectiva. Aquest fet presentaria perfils molt positius com, per exemple, la facilitat d'edificació de noves obres gràcies a l'assignació precisa de tasques. Però també riscos, és clar. En concret, el triomf de l'especialista, de l'investigador centrat en la seva cel·la (un capítol o potser un subcapítol del manual). Precisament, a aquest perill es referia el llibre que hem comentat en primer lloc.

En efecte, el treball d'Esteve Pardo insisteix en la dificultat dels juristes i estudiosos socials, entaforats en el seu cau particular, per a percebre les oscil·lacions i els capgirells del dret. I cita un cas concret:

Por muy reciente, J. M. Rodríguez de Santiago, «Fuentes del derecho administrativo», en F. Velasco y M. Darnacullea (dirs.), *Manual de derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023, sin atención alguna al avance imponente de las fórmulas de autorregulación normativa de matriz contractual.

I afegeix:

Algo que sorprende en una obra que se presenta como novedosa en sus contenidos y en la que su directora ha ofrecido aportaciones muy relevantes sobre esas modalidades de autorregulación, particularmente la autorregulación regulada, a las que se ha hecho referencia

aquí, entre otras en el mismo sentido, incluyendo el informe, también invocado, del Conseil d'État de 2008 sobre el contrato como productor de normas.⁷

Aquest apunt acerat reclama una depuració agosarada del sistema de fonts. És un debat que ens ultrapassa, però que caldria afrontar no solament amb el replantejament de la força del contracte, sinó fins i tot amb altres arestes que ja no es poden amagar, com el defalliment del Tribunal Constitucional en la seva solemne posició de legislador negatiu.

7. José ESTEVE PARDO, *El camino a la desigualdad: Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid, Marcial Pons, 2023, p. 162-163.

REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

NORMES PER ALS AUTORS

1. INFORMACIÓ GENERAL

1.1. OBJECTIUS I CARACTERÍSTIQUES DE LA REVISTA

La *Revista Catalana d'Administració Pública* (en endavant, RCAP) és una revista nascuda el 2024 i editada per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, entitat filial de l'Institut d'Estudis Catalans, amb un caràcter de recerca i divulgació científica, centrada en la pràctica de les administracions públiques catalanes. La seva finalitat és difondre la recerca en el camp del dret públic català i ser una eina útil i d'informació per a l'exercici de les funcions de tots els professionals d'aquesta branca. La RCAP publica articles i estudis relacionats amb institucions o aspectes concrets del dret públic, a més de tenir unes seccions fixes en què s'analitzen la legislació i la jurisprudència d'interès més recent, així com la doctrina consultiva del Consell de Garanties Estatutàries i de la Comissió Jurídica Assessora. També s'incorpora a la RCAP una secció sobre règim local, amb col·laboracions de les associacions municipalistes catalanes Associació Catalana de Municipis (ACM) i Federació de Municipis de Catalunya (FMC) i del Col·legi de Secretaris, Interventors i Tresorers d'Administració Local de Barcelona (CSITAL), i, finalment, una secció de novetats bibliogràfiques.

La RCAP es publica en format digital, adoptant el sistema de l'Open Journal Systems (OJS), de codi obert i d'ús gratuït. Té una periodicitat bimensual (mesos de juny i desembre). Es regeix pel sistema d'avaluació externa doble cega.

La llengua de la revista és el català. També s'admeten col·laboracions en castellà, francès i anglès.

1.2. CONTINGUT DE LA REVISTA

La RCAP s'estructura d'acord amb l'esquema següent:

- Monogràfic (articles d'encàrrec)
- Miscel·lània (tema lliure, enviats pels autors)
- Legislació (UE, Estat, comunitats autònomes i Catalunya)
- Jurisprudència (Tribunal Constitucional i jurisdicció ordinària)
- Doctrina consultiva (Consell de Garanties Estatutàries i Comissió Jurídica Assessora)
- Règim local (ACM, FMC i CSITAL)
- Crònica bibliogràfica

2. ENVIAMENT DELS MANUSCRITS

2.1. FORMAT I PRESENTACIÓ DELS ORIGINALS

Els originals s'han d'enviar en forma de fitxer informàtic per mitjà del programa Open Journal Systems (OJS) amb què funciona el web de l'Hemeroteca Científica Catalana (HCC): <<https://revistes.iec.cat/index.php/RCAP>>. Prèviament us heu d'haver registrat com a autor de la revista fent servir l'enllaç «REGISTRE» de dalt de les pàgines.

Els documents s'han de presentar en Word. El tipus de lletra del text ha de ser Times New Roman, cos 12, amb interlineat d'un espai i mig i marges estàndard. Les notes a peu de pàgina han d'anar sagnades i s'han de compondre amb lletra del cos 10; la crida de la nota ha d'anar darrere de la puntuació.

El límit d'extensió dels articles monogràfics o de la miscel·lània és de 22.000 paraules, notes a peu de plana incloses. En el cas de les ressenyes i cròniques o notícies, l'extensió màxima és de 10.000 paraules. Només excepcionalment, si el Consell de Redacció considera que hi ha raons justificades, es poden superar aquests límits segons el que indiqui i disposi el mateix Consell.

2.2. CARTA DE PRESENTACIÓ

Juntament amb el manuscrit, els autors han d'enviar una carta de presentació que inclogui: *a)* Títol del treball. *b)* Nom complet de l'autor (o dels autors), filiació institucional, adreça electrònica. *c)* Declaració sobre l'adequació del treball presentat a la revista i descripció de les novetats que aporta. *d)* Si escau, agraïment a algun projecte o institució que hagi donat suport a l'article.

El text d'aquesta carta es pot introduir en el quadre de text «Comentaris per a l'editor/a» del pas 1 de la tramesa («Inici de la tramesa»). També es pot introduir com a fitxer addicional a l'article (pas 4 de la tramesa).

2.3. DECLARACIONS

En fer la tramesa amb l'OJS, els autors han de fer unes declaracions a la pàgina corresponent de la revista, emplenant les caselles pertinents de l'apartat «Llista de comprovació d'enviaments». D'aquesta manera, es confirma que el manuscrit compleix els requisits que l'enviament exigeix:

a) Originalitat. El treball no ha estat publicat anteriorment i ha estat enviat únicament a la RCAP per a la seva avaluació i publicació.

b) Autoria. Tots els autors han llegit i aprovat el manuscrit i els requisits per a l'autoria s'han complert. Cadascuna de les persones que figuri com a autora haurà d'haver participat de manera rellevant en el disseny i el desenvolupament de l'article i haurà d'assumir la responsabilitat dels continguts i estar d'acord amb la versió definitiva del treball.

c) Drets d'autor. La propietat intel·lectual dels articles és dels respectius autors. Amb les declaracions que els autors fan en el lliurament dels articles, en cedeixen els drets d'edició a l'entitat editora. Així mateix, donen el seu consentiment a la difusió del treball en línia d'acord amb la llicència Creative Commons, per la qual s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci un ús comercial ni cap obra derivada. L'obra és subjecta —llevat que s'indiqui el contrari en el text, en les fotografies o en altres il·lustracions— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>>. Per tant, quan l'autor envia la seva col·laboració, accepta explícitament aquesta cessió de dret d'edició i publicació. Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per la llei no queden afectats per l'autorització esmentada.

2.4. ESTRUCTURA DELS MANUSCRITS

Els articles han de constar dels elements següents:

a) Títol en la llengua original i la seva traducció a l'anglès i al castellà. Ha d'aportar el màxim d'informació del tema de què tracta.

b) Nom i cognoms de l'autor o dels autors.

c) Nom complet de la institució a la qual pertanyen els autors, ciutat i país. Per exemple:

Manel Costa Poch
Professor titular de dret constitucional
Universitat de Barcelona

Si els autors pertanyen a institucions diferents, cal assignar-los un número correlatiu volat al darrere i disposar els noms de les institucions l'una sota l'altra precedits del dit número. De l'autor que mantindrà la correspondència, cal donar-ne l'adreça postal completa, el número de telèfon i el correu electrònic.

d) ORCID. Els autors han de donar també l'identificador d'ORCID (si en tenen). En els articles originals enviats, les referències a l'autor/a, universitat d'adscripció, projectes d'investigació, al·lusions a les pròpies publicacions i altres referències que puguin identificar

l'autoria de l'article, han d'anar marcades en vermell, per a facilitar als editors la preparació del text amb vista a l'avaluació externa doble cega.

e) Un resum d'una extensió no superior a les 250 paraules en la llengua original i la seva traducció a l'anglès i al castellà. Ha d'incloure l'objectiu del treball, la metodologia emprada i una síntesi dels resultats i les conclusions.

f) De quatre a deu paraules clau, en la llengua original i la seva traducció a l'anglès i al castellà, que ajudin a la indexació de l'article.

g) El cos del manuscrit, per als articles de recerca, cal que s'ajusti als apartats següents:

— Model IMRID (introducció, material i mètodes, resultats i discussió).

— Conclusions.

— Notes i referències bibliogràfiques segons els proposats per l'Associació Americana de Psicologia (American Psychological Association, APA) (APA 7th Ed.): <http://hdl.handle.net/2445/171291>. Atenció: en l'apartat de bibliografia només hi han de constar les referències utilitzades en el text de l'article (això és, no es poden introduir llibres o articles no esmentats en el text).

— Abreviatures i sigles. Per a la bibliografia, cal unificar les abreviatures amb les formes següents (tant si són en singular com en plural): ed. (editor/a o editors/ores), dir. (director/a o directors/ores), coord. (coordinador/a o coordinadors/ores), p. (pàgina o pàgines). Es recomana reduir al màxim l'ús de sigles en el cos de l'article. Quan n'hi hagi, cal assegurar-se que la primera vegada que hi surten ho fan acompanyant la forma lèxica desenvolupada. Si s'usen sigles per a referir-se a fonts bibliogràfiques, cal indicar-ho també en la bibliografia final. Atenció: no es farà un apartat específic d'abreviatures i/o sigles; aquestes han de constar dins del text de l'article. Per exemple: «La Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú (en endavant, LPAC) estableix que...».

2.5. APARTATS, TÍTOLS I SUBTÍTOLS

La numeració dels apartats s'ha de fer amb numeració aràbiga d'acord amb l'exemple següent:

1. INTRODUCCIÓ
2. LA CLASSIFICACIÓ DEL SÒL
 - 2.1. EL SÒL URBÀ
 - 2.2. EL SÒL URBANITZABLE
 - 2.2.1. Sòl *urbanitzable delimitat*
 - 2.2.2. Sòl *urbanitzable no delimitat*
3. LA QUALIFICACIÓ DEL SÒL
4. DRETS I DEURES
5. CONCLUSIONS
6. REFERÈNCIES

2.8. CRIDES DE NOTA

Les crides de nota van sempre després del signe de puntuació (punt, coma, etc.). Exemple: El concepte d'interessat.¹

2.9. COMETES

Cal utilitzar cometes angulars («...»). Dins d'aquestes, si cal, cometes altes dobles (“...”), i dins d'aquestes, cometes simples ('...').

2.10. USOS DE LA CURSIVA

S'utilitza cursiva:

- En llatínismes i paraules en llengües estrangeres: *dies a quo*, *smart cities*.
- Títols d'estudis, manuals, publicacions periòdiques, monografies i guies, independentment de la llengua en què estiguin escrites.
- Per a destacar expressions o paraules: la *caducitat* és una institució jurídica.

No s'utilitza cursiva:

- En les citacions entre cometes.
- En els noms propis en una altra llengua: Ministeri de Defensa.

2.11. SIGLES I ACRÒNIMS

Van en majúscules i sense punts. La primera vegada que apareixen cal escriure el nom complet seguit de la sigla entre parèntesis. Exemple: Comissió Jurídica Assessora (CJA).

2.12. ABREVIATURES MÉS EMPRADES

art. article/ articles
p. pàgina /pàgines
veg. vegeu
et al. i altres

La paraula *article* ha de constar sencera si s'empra en el text; en canvi, si consta entre parèntesis o en una nota, es pot emprar «art.». Exemples:

L'article 30 de la LRJSP diu que...

L'Administració ha de respondre les peticions dels interessats (art. 30 LRJSP).

2.13. ENLLAÇOS

Com que es tracta d'una revista digital, s'hi poden inserir enllaços. Han d'estar entre angles (</>) i han de conduir a un lloc web.

2.14. NORMES PER A LES REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFIQUES

Atenció: només s'inclouran en les referències les obres que s'hagin esmentat en el text. La citació de les referències bibliogràfiques s'ha de fer conforme a la norma APA 7.0: <<http://hdl.handle.net/2445/171291>>.

A. Publicacions periòdiques (articles de revistes especialitzades)

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. «Títol article. Subtítol de l'article». *Títol de la revista: Subtítol*, núm. x (any), p. primera pàgina de l'article-última pàgina de l'article.

SEGARRA MIQUEL, Joan. «L'Administració pública el s. xx». *Quaderns Francesc Eiximenis*, núm. 1 (2020), p. 220-259. Disponible en línia a: <<https://doi.org/10.3916/C43-2020-12>>.

Si hi ha més de dos autors, els separem amb punt i coma o bé hi posem «*et al.*»:

SERRA MONCLÚS, Roser *et al.* «El dret públic català». *Quaderns Francesc Eiximenis*, núm. 1 (2020), p. 130-165. Disponible en línia a: <<https://doi.org/10.3916/C43-2020-12>>.

B. Llibres i capítols de llibres

1. Llibres complets

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. *Títol*. Ciutat d'edició: Editorial, any, nombre de pàgines.

FRANQUESA RUANA, Maria. *El municipalisme en l'Europa occidental*. Barcelona: Diputació de Barcelona, 2010, 340 p.

2. Capítol o part de llibre

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. «Títol capítol». A: COGNOM, Nom (ed./dir./coord., etc.). *Títol del llibre*. Ciutat d'edició: Editorial, any, p. primera pàgina capítol-última pàgina capítol.

MÓRA FAIÓ, Pere. «Les institucions parlamentàries a Europa». A: PÉREZ JORDÀ, Miquel (coord.). *El parlamentarisme modern*. Barcelona: Noval, 2021, p. 34-141.

3. Tesis doctorals

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. *Títol*. Tesi doctoral. Ciutat: Nom de la Universitat, any, pàgines.

FERNÀNDEZ VIC, Jordi. *La potestat tributària municipal*. Tesi doctoral. Barcelona: Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, 2021, 329 p.

C. Mitjans electrònics

Per a citar mitjans electrònics cal consultar les normes APA7 específiques: <<http://bit.ly/2JkuWs8>>.

Articles en mitjans digitals:

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. «Títol de l'article» [amb l'enllaç vinculat i actiu]. *Títol de la Publicació Periòdica*, dia de mes de any.

Blogs:

COGNOM (EN VERSALETES), Nom sense abreujar. «Títol de l'apunt» [amb l'enllaç inserit i actiu]. *Títol del blog*, dia de mes de any.

Exemple per a citar un tuit:

Revista de Sociologia [@Rev_sociologia]. #Les autonomies a l'Espanya actual [Image attached] [Tweet]. Twitter, 2 de gener de 2021. <<http://bit.ly/labinv>>.

Exemple per a citar un perfil de Twitter:

Revista Sociologia [@Rev_sociologia] (n.d.). # Les autonomies a l'Espanya actual [Twitter profile]. Twitter, 3 de desembre de 2018.

3. PROCÉS EDITORIAL

a) El Consell de Redacció notifica als autors la recepció dels articles i, posteriorment, els informa de l'acceptació o el rebuig de la publicació i els justifica la decisió. La recepció de l'article no en comporta necessàriament l'acceptació.

b) El Consell de Redacció considera el treball per a la publicació després d'una primera valoració editorial consistent a comprovar l'adequació a l'àmbit temàtic i l'interès de l'article d'acord amb els criteris editorials de la revista, així com el compliment dels requisits de presentació formal exigits en les normes de publicació que contenen aquestes pàgines.

c) Un cop l'article ha estat considerat apte per a ser publicat, s'envia a dos o més avaluadors experts, externs al Consell de Redacció, de manera confidencial i anònima, perquè en facin l'avaluació. Els articles són revisats mitjançant el sistema d'avaluació externa doble cega. Els treballs que es consideren que només són acceptables amb determinades modificacions, s'envien als autors perquè els corregeixin i els retornin a la revista. La revisió és oberta, en el sentit que els revisors signen els comentaris. El temps mitjà per a la revisions és de quatre setmanes.

d) La selecció dels avaluadors és competència del Consell de Redacció de la revista, que té en compte els mèrits acadèmics, científics i l'experiència professional dels especialistes, que poden ser tant d'origen nacional com internacional. El Consell de Redacció es reserva els drets d'acceptar o rebutjar els articles a partir dels informes externs, així com d'introduir modificacions d'estil o retallar els textos que sobrepassin l'extensió permesa, amb el compromís de respectar-ne el contingut original. Els factors en què es fonamenta la decisió sobre l'acceptació o el rebuig dels treballs per part dels editors de la revista són els següents: originalitat (text totalment original amb aportacions valuoses); actualitat i novetat; rellevància; significació per a l'avenç del coneixement; fiabilitat i validesa científiques (qualitat metodològica contrastada, adequació de la bibliografia); presentació (organització —coherència lògica i presentació material— i bona redacció).

4. RESPONSABILITATS ÈTIQUES

És responsabilitat i deure del Consell de Redacció de la revista recordar les qüestions següents:

— Originalitat i plagi. Els treballs enviats han de ser originals. No s'acceptaran treballs publicats prèviament o que estiguin en procés de publicació en altres revistes. El compliment d'aquesta norma és responsabilitat de l'autoria. La revista té establerts uns procediments específics per a la detecció i denúncia del plagi en els originals rebuts, quan alguns indicis així ho aconsellin.

— Autoria. Els autors han de declarar que es troben lliures de qualsevol associació personal o comercial que pugui suposar un conflicte d'interessos relacionat amb l'article enviat, així com que han respectat els principis d'originalitat i els principis ètics de la recerca.

— Transmissió de drets d'autoria. S'ha d'incloure en la carta de presentació la cessió de drets d'autoria per a la publicació a la RPAC.

5. AGRAÏMENTS ALS REVISORS

Tots els revisors anònims que col·laboren en l'avaluació dels treballs seran agraits públicament per la seva feina en una llista on sortiran els seus noms, que apareixerà cada quatre anys.

6. CRITERIS PER A LA PREPARACIÓ DE LES TRAMESES

Com a part del procés de la tramesa, els autors han de verificar que compleixen totes les condicions següents. En cas que no segueixin aquestes indicacions, les trameses es podran retornar als autors:

La tramesa no ha d'haver estat publicada anteriorment, ni tampoc s'ha d'haver enviat anteriorment a una altra revista.

El fitxer de la tramesa és en format Microsoft Word, RTF o OpenOffice.

S'han proporcionat els URL per a les referències sempre que ha estat possible.

El text té interlineat simple, utilitza un tipus de lletra de 12 punts i aplica cursiva en lloc de subratllat (excepte per a les adreces URL). Totes les il·lustracions, figures i taules s'han ubicat en la posició que els correspon, i no al final del text.

El text compleix els requisits estilístics i bibliogràfics establerts en la secció «Indicacions per als autors» de la pàgina «Quant a la revista».

Per a les trameses a seccions revisades per persones expertes, s'han seguit les instruccions de la secció «Com assegurar una revisió cega».

7. DRETS D'AUTOR I RESPONSABILITATS

La propietat intel·lectual dels articles és dels respectius autors.

En el moment de lliurar els articles a la RCAP per a sol·licitar-ne la publicació, els autors accepten els termes següents:

— Els autors cedeixen a la Societat Catalana d'Estudis Jurídics (filial de l'Institut d'Estudis Catalans) els drets de reproducció, comunicació pública (incloent-hi la comunicació a través de les xarxes socials) i distribució dels articles presentats per a ser publicats a la RCAP, en qualsevol forma i suport, i per qualsevol mitjà, incloses les plataformes digitals. El Comitè Editorial es reserva els drets d'acceptar o refusar els treballs presentats i, igualment, es reserva el dret de fer les modificacions editorials que consideri convenientes. Si són acceptades pels autors, aquests hauran de lliurar l'article amb els canvis suggerits.

— Els autors responen davant la Societat Catalana d'Estudis Jurídics de l'autoria i l'originalitat dels articles presentats. És a dir, els autors garanteixen que els articles lliurats no contenen fragments d'obres d'altres autors, ni fragments de treballs propis publicats anteriorment, que el contingut dels articles és inèdit i que no s'infringeixen els drets d'autor de tercers. Els autors

accepten aquesta responsabilitat i s'obliguen a deixar indemne la Societat Catalana d'Estudis Jurídics de qualsevol dany i perjudici originat per l'incompliment de la seva obligació. Així mateix, han de deixar constància en els articles que enviïn a la RCAP de les responsabilitats derivades del contingut dels articles.

— És responsabilitat dels autors obtenir els permisos per a la reproducció sense restriccions de tot el material gràfic inclòs en els articles, així com garantir que les imatges i els vídeos, etc., han estat realitzats amb el consentiment de les persones que hi apareixen, i que el material que pertany a tercers està clarament identificat i reconegut dins del text. Així mateix, els autors han d'entregar els consentiments i les autoritzacions corresponents a la Societat Catalana d'Estudis Jurídics en lliurar els articles.

— La Societat Catalana d'Estudis Jurídics està exempta de tota responsabilitat derivada de l'eventual vulneració de drets de propietat intel·lectual per part dels autors. En tot cas, es compromet a publicar les correccions, els aclariments, les retraccions i les disculpes que escaiguin.

— Els continguts publicats a la RCAP estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text o en el material gràfic— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya (by-nc-nd) de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>. Així doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci un ús comercial ni cap obra derivada.

— La RCAP no es fa responsable de les idees i opinions exposades pels autors dels articles publicats.

8. PROTECCIÓ DE DADES PERSONALS

L'Institut d'Estudis Catalans (IEC) compleix el que estableix el Reglament general de protecció de dades de la Unió Europea (Reglament 2016/679, del 27 d'abril de 2016). De conformitat amb aquesta norma, s'informa que, amb l'acceptació de les normes de publicació, els autors autoritzen que les seves dades personals (nom i cognoms, dades de contacte i dades de filiació) puguin ser publicades en el número corresponent de la REVISTA CATALANA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.

Aquestes dades seran incorporades a un tractament que és responsabilitat de l'IEC amb la finalitat de gestionar aquesta publicació. Únicament s'utilitzaran les dades dels autors per a gestionar la publicació de la revista i no seran cedides a tercers, ni es produiran transferències a tercers països o organitzacions internacionals. Un cop publicada la revista, aquestes dades es conservaran com a part del registre històric d'autors. Els autors poden exercir, respecte a les seves dades, els drets d'accés, rectificació, supressió, oposició, limitació en el tractament i portabilitat, adreçant-se per escrit a l'Institut d'Estudis Catalans (carrer del Carme, 47, 08001 Barcelona) o bé enviant un correu electrònic a l'adreça electrònica dades.personals@iec.cat, en què s'especifiqui de quina publicació es tracta.

