

Proceso selectivo de personal laboral e instalación de cámaras en el trabajo

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

juliogalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

Usted está destinado en la asesoría jurídica de la Agencia Española de Cooperación Internacional. Para su informe le llegan los siguientes expedientes o procedimientos:

Primero. La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo se define en la Ley de cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad global como organismo público, en concreto, agencia estatal, adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación a través de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional, responsable del fomento, programación, coordinación operativa, gestión y ejecución de las políticas públicas de la cooperación española para el desarrollo sostenible, la acción humanitaria y educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía global.

La agencia participa activamente en la planificación estratégica de la cooperación española, en la definición de sus prioridades y en la elaboración de los instrumentos para llevarlas a cabo, bajo la dirección política de la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional.

Dicha agencia, a través de su máximo órgano de dirección, dicta resolución, de fecha 9 de marzo del año XXX, sobre convocatoria de proceso selectivo por concurso-oposición para ingreso como personal laboral fijo y temporal con la categoría de responsable de programas de cooperación en las oficinas técnicas de cooperación. La misma se publica en el BOE en fecha 1 de abril del mismo año. Respecto a las reglas del proceso selectivo, el estatuto de esta agencia se remite, íntegramente, al Estatuto Básico del Empleado Público.

El proceso selectivo convocado por la resolución impugnada se configura como un concurso-oposición, según establece la base I.I.2, con las valoraciones, ejercicios y puntuaciones que se especifican en el anexo I de la misma, en la que se establece la fase de concurso, puntuada hasta un máximo de 50 puntos, en la que se valorarían los méritos profesionales (hasta 40 puntos), formativos (hasta 5 puntos) y de idiomas (hasta 5 puntos). La fase de oposición, a la que únicamente serían convocados los aspirantes que hubieran superado la fase de concurso, consiste, según el anexo, en la realización de una entrevista personal,

para la que no se fijó duración alguna ni criterios de valoración, que versaría sobre aspectos del currículum del candidato, puntos concretos de los méritos aducidos, su capacidad de interlocución con las contrapartes en materia de cooperación al desarrollo y, en general, aquellos aspectos que permitan al tribunal evaluar la idoneidad del candidato para el puesto. Este único contenido de la fase de oposición representa una puntuación máxima de 50 puntos, es decir, la mitad de la puntuación máxima posible de todo el proceso selectivo.

Ante esta determinación, el día 21 abril, varios aspirantes presentan el oportuno recurso de reposición, pues entienden que la instauración de tal entrevista en sustitución de las pruebas escritas que componían la fase de concurso de una precedente convocatoria (en el año anterior), respecto de los mismos puestos de trabajo, infringe varios principio sobre esta materia y conlleva excesiva discrecionalidad técnica y falta de transparencia por parte del tribunal calificador del proceso selectivo, resultando además desproporcionada e injustificada la puntuación máxima prevista para la entrevista en relación con el resto de las pruebas selectivas.

El día 13 de mayo se dicta resolución, notificada el 22 de igual mes y año, resolviendo el recurso interpuesto por el que se acuerda la desestimación de la solicitud de los recurrentes, fundamentada en que no cabe apreciar la concurrencia de ninguno de los defectos denunciados.

Afirma el órgano administrativo (máximo órgano de dirección de la Agencia) que se trata de una discrecionalidad técnica y corresponde a la Administración, en el ejercicio de sus competencias legales y facultades discrecionales, determinar en cada convocatoria de procesos selectivos de su personal qué pruebas entiende más adecuadas en cada momento en función de la naturaleza del proceso selectivo y de las plazas a cubrir, de manera que el hecho de que en una convocatoria se establezcan determinadas pruebas selectivas ni crea precedente ni vincula a la Administración respecto de convocatorias posteriores, ni siquiera aunque se trate de plazas de idéntico o similar carácter, pues ello supondría limitar injustificadamente la operatividad y eficacia de la actuación administrativa.

Es por ello por lo que el hecho de que en una convocatoria de 2023 para cubrir plazas de personal laboral fijo se establecieran pruebas selectivas escritas no tiene por qué determinar obligatoriamente que pruebas semejantes tengan que formar parte del proceso selectivo convocado en 2024 para el ingreso de personal laboral temporal, pues, de un lado, cada convocatoria es autónoma en su contenido y regulación, de otro lado, se trata de convocatorias dirigidas a personal de distinto carácter –fijo y temporal–, y finalmente, la prueba de la entrevista personal no puede tildarse genéricamente y *a priori* de opaca y de valoración desproporcionada, a falta de la plasmación de motivación y resultado concretos en algún caso particular que, por supuesto, devendría arbitraria, pero no es el caso.

La sentencia fue recurrida en el orden contencioso-administrativo.

En el trámite de contestación a la demanda y, con carácter previo, en el trámite de alegaciones previas en el proceso contencioso-administrativo, se le plantea a Vd. la

posibilidad de la no admisión del recurso contencioso de una participante que tenía ya la condición de personal laboral fijo, al carecer de legitimación activa, y se le solicita, igualmente, que informe, de forma fundamentada, si se debería estimar o no el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Segundo. Le llega a Vd. el día 7 de septiembre de 2024 el expediente XXX/2024, en el que una persona, vecina de Calatayud, solicita al órgano de contratación competente que se le proporcione una copia del expediente de obras de mejora de la sede de la agencia estatal –cuyo valor estimado es de 3.170.000 euros– y el procedimiento de adjudicación seguido es el abierto, al no estar publicado en el portal de transparencia a que hace referencia la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, solicitando, igualmente, su publicación.

Igualmente, destacamos dos circunstancias en dicho expediente:

- Una empresa licitadora, SA, a través de su representación legal, y antes de la reunión de la mesa de contratación para calificar las ofertas ya presentadas, decidir las oportunas exclusiones, en su caso, y formular la propuesta de adjudicación, sin haber transcurrido en su totalidad el plazo de presentación de ofertas, solicita copia íntegra del expediente hasta entonces tramitado.
- Y, también, el representante legal de otra empresa, SRL, que había participado, como licitadora, en el procedimiento de adjudicación y no había resultado adjudicataria, solicita se le facilite copia de todo el expediente de contratación.

Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas –SA y SRL– determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable a cada caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.

Tercero. En la actualidad, se encuentra destinado en la asesoría jurídica de la Agencia de Protección de Datos y le llega el expediente XXX/2024, incoado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), como consecuencia de la existencia de unas cámaras de seguridad, instaladas en la cafetería-restaurante de la sede del organismo público, así como en los vestuarios y en un espacio reservado para descanso de los trabajadores, toda vez que se venía observando un descuadre en la caja desde hacía un mes. En los tres lugares se instalaron sistema de audio. La cámara de seguridad de la cafetería restaurante estaba situada enfocando a la caja y en lugar visible se colocó un distintivo informativo, según se exigía por la Instrucción 1/2006 de la AEPD (relativa a la captación y tratamiento de imágenes mediante videovigilancia). Respecto a las otras, también estaban en lugar visible con el distintivo antes indicado. La cafetería-restaurante era gestionada indirectamente a tra-

vés de un contratista de un contrato de servicios seleccionado por el ente público a través de procedimiento restringido por una empresa del ramo. La cámara había captado a un camarero sustrayendo dinero de la caja en el centro de trabajo. La empresa adjudicataria detectó con anterioridad descuadres en la caja, como consecuencia de la implantación de nuevos sistemas informáticos, que motivaron que la dirección acordase que la empresa de seguridad instalase una cámara de videovigilancia que controlase la caja e, igualmente, en los vestuarios y en la zona de descanso de los trabajadores. La instalación de las cámaras de seguridad no se comunicó, expresamente, a los trabajadores. El trabajador acudió a la Agencia de Protección de Datos alegando vulneración de la Ley Orgánica 3/2008, de protección de datos y garantía de derechos digitales y la lesión de su derecho al honor, intimidad y dignidad, afirmando que no existía comunicación al público, ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videovigilancia, ni tampoco comunicación a la Agencia de Protección de Datos, ni autorización a la sección de Seguridad Privada de la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía correspondiente.

La empresa reconoció su responsabilidad tras formularse la propuesta de resolución por el instructor y transcurrir el plazo dado para alegaciones a las mismas, beneficiándose, de este manera, de las reducciones contempladas en la Ley 39/2015, LPAC. Al mes, interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo. En trámite oportuno, la demandada se opone a la admisión o, en su caso, a la estimación del recurso, alegando que, con base en los principios de la buena fe y de los actos propios, que vinculan a la recurrente, en vía administrativa reconoció su responsabilidad y se benefició de las dos reducciones acumuladas, logrando así que la sanción se redujese de 20.000 euros a 12.000 euros, y que no puede discutir en ninguna vía lo ya reconocido. La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe, que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos.

Se solicita informe razonado sobre:

- a) **Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDD.**
- b) **Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.**
- c) **Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.**

Cuestiones planteadas:

Primero

1. ¿Cuáles serían, a su juicio, los posibles preceptos infringidos en que se pudieron basar los recurrentes?
2. ¿Resultaría ajustado a derecho la inadmisión del recurso de una participante que ya ostentaba la condición de personal laboral fijo?
3. Informe, de forma argumentada, si el recurso contencioso-administrativo, en su opinión, debe o no estimarse desvirtuando o no, en su caso, los argumentos que sirvieron de base a la resolución del recurso de reposición?

Segundo

4. Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas, determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable al caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.

Tercero

Las cuestiones sobre las que debe versar el informe han sido expuestas en el relato de hechos.

Solución

1. ¿Cuáles serían, a su juicio, los posibles preceptos infringidos en que se pudieron basar los recurrentes?

Los artículos 14 (principio de igualdad), 23.2 («Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»), 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» y 103.3 («La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones») de la Constitución, en relación con el artículo 9.3 («La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irre-

troactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos») del mismo texto legal.

El artículo 55 del EBEP, por su parte, referido a los principios rectores señala:

1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.
2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación:
 - a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases; b) Transparencia; c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

El artículo 61 del EBEP señala:

1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.
2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.
3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes solo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

4. Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.

5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.

6. [...]

7. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

2. ¿Resulta ajustado a derecho la no admisión del recurso de una participante que ya ostentaba la condición de personal laboral fijo?

En absoluto, la mera participación en el proceso selectivo, extremo no cuestionado en vía administrativa, le otorga el interés legítimo en que descansa su legitimación activa (art. 19 Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa).

Además, si la Administración no cuestionó su legitimación en la vía del recurso de reposición, no puede hacerlo ahora, en virtud del principio de los actos propios y consentidos.

3. Informe, de forma argumentada, si el recurso contencioso-administrativo, en su opinión, debería o no estimarse desvirtuando o no, en su caso, los argumentos que sirvieron de base a la resolución del recurso de reposición?

El artículo 11 del Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), referido al personal laboral, señala que:

1. Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

3. Los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

El artículo 114.2 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), señala que ponen fin a la vía administrativa:

En los Organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los emanados de los máximos órganos de dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Por tanto, el recurso de reposición era procedente.

La configuración del sistema de acceso a la condición de personal laboral de la AECID está recogida en el artículo 33 del Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que remite en los siguientes términos al Estatuto Básico del Empleado Público, que señala:

La convocatoria de las plazas y la selección de personal laboral se llevará a cabo por la propia Agencia, a través de sus propios órganos de selección, cuya composición y funcionamiento se ajustará a lo dispuesto en los artículos 55, 60 y 61 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público [hoy, RDL 5/2015, de 30 de octubre].

En el mismo sentido, el artículo 108 quater de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, señala que:

1. El personal al servicio de las Agencias Estatales está constituido por:

- a) El personal que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia Estatal en el momento de su constitución.
- b) El personal que se incorpore a la Agencia Estatal desde cualquier administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta Ley.
- c) El personal seleccionado por la Agencia Estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto en los términos establecidos en esta Ley.
- d) El personal directivo.

2. El personal a que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior mantiene la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable.

3. [...].

El personal laboral se rige por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el resto de la normativa laboral.

4. La selección del personal al que se refiere la letra c) se realiza mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad. A tal efecto, y en el período previsto en el contrato de gestión, las agencias estatales determinan sus necesidades de personal a cubrir mediante pruebas selectivas. La determinación de las necesidades de personal a cubrir se realizará con sujeción a la tasa de reposición que, en su caso, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio correspondiente. La previsión de necesidades de personal se incorpora a la oferta anual de empleo de la correspondiente agencia estatal, que se integra en la oferta de empleo público estatal, de conformidad con lo que establezca la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado.

Las agencias estatales seleccionan a través de sus propios órganos de selección, a su personal laboral de acuerdo con los requisitos y principios establecidos en el párrafo anterior [...].

El artículo 61 del EBEP señala en su apartado 7 que:

Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

Pues bien, dada la inequívoca remisión del artículo 33 del estatuto de la AECID a los principios y criterios del EBEP, como desarrollo legal de los procedimientos selectivos, basados en los principios de mérito y capacidad del artículo 106 de la Constitución española, hemos de concluir que la configuración de la entrevista como elemento esencial del proceso selectivo (no en vano supone el 50 % de la máxima puntuación) no resulta coherente con la finalidad de la fase de oposición de un procedimiento selectivo configurado como concurso oposición.

Sin duda, la entrevista no es en sí un sistema rechazable en el ámbito de la selección del personal público, y de hecho en nuestro ordenamiento jurídico se conocen diversas manifestaciones del sistema de entrevista en el ámbito de los procesos de selección del personal público. Sin embargo, no resulta coherente su inserción en la fase de pruebas de evaluación de conocimientos o capacidad, concretamente en la fase de oposición, como hace la

convocatoria recurrida, pues por su propio significado y alcance la entrevista es propia de la fase de concurso de méritos. Menos aún cuando, como ocurre en este caso, el objeto de la entrevista son los mismos elementos que integran el objeto de valoración de la fase de concurso, ya que la entrevista versa sobre los méritos aportados por los aspirantes y tiene atribuida una puntuación tal que supone por sí misma la mitad de la puntuación máxima posible, por lo que al coincidir el objeto de la misma –al menos parcialmente– con lo que constituye otra fase del proceso selectivo, los méritos alegados en la fase de concurso de méritos suponen en su conjunto un elemento desequilibrador del conjunto del proceso selectivo y vulneran, *de facto*, lo dispuesto en el artículo 61.6, párrafo segundo del EBEP, que establece: «Solo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso, que consistirá únicamente en la valoración de méritos».

Por último, la ausencia de parámetros y criterios preestablecidos con que hubiera de desarrollarse la entrevista –ni tan siquiera se establece su duración, ni los criterios de puntuación–, desnaturaliza por completo el proceso selectivo, que carece de una prueba que pueda cumplir la finalidad de valorar la adecuación de los conocimientos y capacidades de los aspirantes.

En definitiva, la entrevista que prevé la resolución impugnada como prueba selectiva de fase de oposición no se adecua a las características de este tipo de prueba, que resulta preceptiva en todo proceso selectivo (así las denomina el artículo 61.3 del EBEP), salvo el caso excepcional de que una norma con rango de ley permita únicamente la valoración de méritos, conforme al citado artículo 61.6, excepción que no rige obviamente en este caso.

Como conclusión, en atención a lo razonado, no resulta conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad de acceso al empleo público, consagrados en el artículo 103.3 en relación con el artículo 23.2 de la CE, un proceso selectivo a desarrollar por el sistema de concurso-oposición, en el que la fase de oposición prevista se reduzca a una entrevista personal que verse sobre aspectos del *curriculum vitae* y méritos de los aspirantes.

Dos últimas precisiones, alegadas por la agencia al resolver el recurso de reposición y por los recurrentes, quedan por hacer:

- a) Respecto al precedente administrativo alegado por los recurrentes, en el sentido de que el año anterior se había realizado una selección de puestos con arreglo a otros criterios, debemos señalar que el precedente administrativo es una norma inducida a partir de varias decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de actividades discrecionales y vinculantes. En otras palabras, es el criterio decisorio aplicado reiteradamente por un órgano administrativo ante supuestos idénticos. Aunque el precedente no es una fuente formal del derecho, condiciona las decisiones futuras en situaciones similares.

Sin embargo, la Administración puede separarse del precedente si lo justifica adecuadamente. La Administración debe motivar sus decisiones, especialmente

cuando se aparta del precedente (art. 35.c LPAC). Esto es relevante en el ejercicio de la potestad discrecional. Además, en este caso, los recurrentes solo alegan un precedente, que fue la convocatoria del año anterior, y el artículo 35 c) de la LPAC obliga a motivar «los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes».

Finalmente, no se debe confundir el precedente administrativo con la observancia de la jurisprudencia o el precedente judicial. Los jueces tienen más flexibilidad para seguir o apartarse de sus propios precedentes, mientras que la Administración debe justificar cualquier desviación.

- b) Respecto a la discrecionalidad técnica como fundamento de la elección de la entrevista alegada por la agencia, la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Refiere a aquellos casos en los que la ley otorga un cierto margen de interpretación a la Administración, permitiendo elegir entre diversas soluciones basadas en criterios exclusivamente técnicos. Esto significa que la decisión debe estar fundamentada en elementos técnicos y especializados, y solo puede ser tomada por un órgano competente en la materia. En resumen, es la capacidad de la Administración para tomar decisiones dentro de un ámbito técnico sin estar estrictamente limitada por normas o reglamentaciones específicas.

El artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Este precepto, junto con otros, como son los artículos 23.2 y 103 de la Constitución, vienen a obligar a la Administración a actuar motivadamente y sujetarse al ordenamiento jurídico. Esto supone que cuando nos referimos a discrecionalidad administrativa, no nos encontramos ante arbitrariedad, sino más bien se está señalando precisamente que incluso las llamadas decisiones discrecionales de la Administración están sujetas a motivación.

En otras palabras, si entendemos la discrecionalidad administrativa como una libertad que posee la Administración para tomar decisiones, lo que debemos entender es que dicha libertad no es total, y se encuentra, como veremos, sujeta a unos límites y a un control; la discrecionalidad administrativa como aquella potestad en la que la Administración tiene posibilidad de elegir entre diversas opciones, todas admitidas en derecho, y siempre y cuando no se incurra en arbitrariedad y el ejercicio de dicha facultad se encuentre dirigida al cumplimiento del fin perseguido en la norma en que aquella se fundamenta.

Pero, en este caso, no se motivó en la convocatoria la causa del sistema elegido para la oposición, la causa de esa gran puntuación a esa entrevista y la duración y puntuación individualizada de la misma, amén de otros necesarios parámetros, por lo que la agencia se excedió en el uso de esta potestad discrecional, convirtiéndose en una arbitrariedad prohibida por el artículo 103 de la CE.

4. Se solicita a Vd. informe sobre si debe accederse a lo solicitado por el vecino y por esas empresas determinando los fundamentos jurídicos de la propuesta de resolución en el expediente número YYY/2024, analizando el contenido de la solicitud de acceso a la información desde el punto de vista de la normativa aplicable al caso. Igualmente, se le pide información sobre cómo puede reaccionar el vecino de Calatayud si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso.
- A) Solicitud del vecino de que se le facilite copia del expediente de contratación de unas obras no publicado en el Portal de Transparencia, así como que se publique en el mismo.

Es preciso distinguir lo siguiente:

a) Si tiene condición de interesado.

Por otra parte, la condición de interesado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC, deriva de la titularidad de un derecho o interés legítimo, por lo que si el solicitante tuviera esa condición, imaginemos, por ejemplo, que es propietario de un inmueble, una vivienda o un local colindante al inmueble donde se van a realizar las obras, sede de la entidad pública empresarial, y le afectara, perjudicándole el proyecto de obras realizado, no cabe duda de que tendría el derecho anteriormente señalado del artículo 53.1 a) de la LPAC, «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados», aunque con las limitaciones propias de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos de carácter personal y garantía de derechos digitales (LOPDGDD).

b) Si no tiene la condición de interesado.

Respecto a la situación planteada en el relato de hechos, partiendo de la base de que el vecino no es interesado en el expediente de contratación y que solicita la copia del expediente y la publicación del mismo en el Portal de Transparencia, ejerciendo el derecho de información del artículo 12 de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), como se deduce de lo que indican los hechos, que se resuelva la cuestión teniendo en cuenta dicha ley, señalamos lo siguiente:

El artículo 10.1 de la LTBG, señala que:

La Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilitará el acceso de la ciudadanía a toda la información a la que se refieren los artículos anteriores relativa a su ámbito de actuación.

Con las nuevas estructuras orgánicas de los departamentos ministeriales, en concreto el Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, el Portal de la Transparencia pasa a depender del

Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Dirección General de Gobernanza Pública (Secretaría de Estado de Función Pública).

La Administración General del Estado comprende:

1. La organización central, que integra los ministerios y los servicios comunes.
2. La organización territorial.
3. La Administración General del Estado en el exterior.

El Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado es un portal web, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, donde se publica: información de las organizaciones administrativas recogidas en el epígrafe siguiente, información relativa a gobierno abierto y la información que la Ley de transparencia obliga a hacer pública. Además, el portal permite el ejercicio del derecho de acceso a información no disponible en el portal.

Este portal publica información relativa a:

- La Administración General del Estado.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social.
- Los organismos autónomos, las agencias estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la ley, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- Las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones públicas o dependientes de ellas, incluidas las universidades públicas.

Es importante destacar de dicha ley el artículo 12, que establece:

Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley.

Asimismo, y en el ámbito de sus respectivas competencias, será de aplicación la correspondiente normativa autonómica.

Por su parte, el artículo 13 señala que:

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

De estos preceptos destacamos la legitimación para solicitar la información y que estamos en presencia de una información pública. Pero es de destacar que lo que pide el solicitante es la información a través de copia del expediente de contratación, no publicado en el Portal de Transparencia y que se publique en el mismo.

Según el artículo 8.1 a) de dicha ley, deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de la licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Por lo tanto, debe dársele la razón en cuanto a que toda esta información debe ser objeto, como publicidad activa, en el Portal de Transparencia. La Ley de transparencia prevé qué información deben publicar las Administraciones públicas para conocimiento de los ciudadanos, por lo que el acceso al portal es público.

La Administración debe acceder a la publicación en el portal de los datos contenidos en el artículo 8.1 a) de la LTBG y responderle al solicitante que allí constan los datos que son públicos, pudiendo optar por la simple información –en caso de que, de forma efectiva, se publique– o por facilitarle copia de la misma.

Ahora bien, el solicitante pide, literalmente «una copia del expediente de obras de mejora de la sede de la Agencia Estatal». Pues bien, el expediente de contratación se regula, esencialmente, en los artículos 116 a 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP). Este expediente recopila toda la información necesaria sobre el proceso de contratación, desde su inicio hasta su culminación, y está compuesto por una serie de documentos indispensables para la correcta tramitación y seguimiento del mismo.

Pero en el expediente completo, lo lógico es que se contengan datos personales de personas físicas. Se refieren básicamente a cualquier información sobre una persona viva, donde esa persona está identificada o podría ser identificada. Puede cubrir varios tipos de información, como el nombre, la fecha de nacimiento, la dirección de correo electrónico, el número de teléfono, la dirección, las características físicas o los datos de ubicación, una vez que esté claro con quién se relaciona esa información, o si es razonablemente posible averiguarlo, domicilios del adjudicatario, informaciones reservadas, licitadores presentados con indicación, en su caso, de sus domicilios, datos técnicos y otros que no vienen referidos en el artículo 8.1 a) de la ley y que pudieran ser de carácter personal, que exigirían el respecto a los artículos 15 y 16 de la LTBG que, a continuación, exponemos, así como a la LOPDGDD.

Dice el artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos):

A efectos del presente Reglamento se entenderá por: 1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Y el artículo 7.1, respecto a las condiciones para el consentimiento:

Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

Y, el artículo 9.1, referido al tratamiento de categorías especiales de datos personales:

Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

salvo los supuestos allí contemplados.

El artículo 15 de la LTBG señala:

1. Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el in-

terés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivados del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español.

b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.

c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquellos.

d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.

5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

Por su parte, el artículo 16, relativo al acceso parcial, dice:

En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

Por su parte, el artículo 6.1 de la LOPDGDD señala:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, espe-

cífica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

Por tanto, la información sobre alguno(s) dato(s) de este tipo, relativo a persona física, requeriría el consentimiento de la misma.

c) ¿Cómo puede reaccionar el solicitante si no se le contesta o si la respuesta es negativa al acceso?

Señala el artículo 20 de la LTBG:

1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

2. Serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. En este último supuesto, se indicará expresamente al interesado que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo del artículo 22.2.

3. Cuando la mera indicación de la existencia o no de la información supusiera la vulneración de alguno de los límites al acceso se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud.

4. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

5. Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24.

6. El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

Por su parte, el artículo 23:

1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy art. 112 de la Ley 39/2015, LPAC].

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1 f) solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Y el artículo 24:

1. Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa.

2. La reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

3. La tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [hoy, Ley 39/2015, LPAC].

Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada.

5. Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados.

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comunicará al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación de este artículo.

6. La competencia para conocer de dichas reclamaciones corresponderá al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, salvo en aquellos supuestos en que las Comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley.

El órgano jurisdiccional competente para conocer frente a las resoluciones expresas o presuntas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo.

B) Solicitud de información de la Empresa, SA.

Recordamos que, según el relato de hechos, esta empresa solicita copia íntegra del expediente antes de la reunión de la mesa de contratación para calificar las ofertas ya presentadas, decidir las oportunas exclusiones, en su caso, y formular la propuesta de adjudicación,

sin haber transcurrido en su totalidad el plazo de presentación de ofertas. Esta circunstancia temporal de la solicitud puede afectar al contenido de la información que se le facilita para no vulnerar el secreto de las ofertas, los datos confidenciales y el principio de libre concurrencia.

La transparencia en la contratación pública (arts. 1 y 132, entre otros, LCSP) es un principio clave que se aplica a los procedimientos de adquisición de bienes, servicios o obras por parte de las Administraciones públicas y poderes adjudicadores.

Son aspectos fundamentales:

1. **Publicidad y difusión:** La transparencia implica hacer pública la información relevante sobre los procedimientos de contratación. Esto incluye detalles sobre los contratos, criterios de selección, plazos y requisitos técnicos y financieros. El objetivo es permitir que todos los licitadores estén informados y puedan participar en igualdad de condiciones.
2. **Perfiles de contratante:** Los poderes adjudicadores deben utilizar el Perfil de Contratante para publicar información sobre los contratos. Esto facilita la concurrencia en las licitaciones y garantiza la igualdad de trato entre los participantes.
3. **Deber del poder adjudicador:** La transparencia es una obligación del poder adjudicador, y no debe recaer en los licitadores. El poder adjudicador no puede cargar a los licitadores la responsabilidad de interpretar cláusulas dispersas en documentos contractuales.
4. **Garantía de igualdad de trato:** La transparencia está relacionada con los principios de igualdad de trato y no discriminación. Todos los operadores económicos interesados en un contrato deben conocer los factores relevantes para la elección de la oferta más ventajosa.

En resumen, la transparencia en la contratación pública busca asegurar que los procedimientos sean claros, accesibles y justos para todos los participantes.

Partiendo de la generalidad, la facultad de los ciudadanos al acceso de expedientes administrativos tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 105 de la Constitución española quedando igualmente reflejada en los artículos 13.1, «Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas» y 53, «Derechos del interesado en el procedimiento administrativo» de la LPAC.

En el ámbito de la contratación pública, el derecho de acceso al expediente administrativo encuentra su regulación en el artículo 52, «Acceso al expediente» de la LCSP.

Y, más concretamente, en el artículo 16, «Acceso al expediente de contratación», que señala:

1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación,

el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, arts. 133 y 155].

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

2. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado anterior por el órgano de contratación no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, art. 44.2 Ley 9/2017, LCSP]. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso con los efectos establecidos en el artículo 29.3 del presente reglamento.

También, en el artículo 29 del Real Decreto 814/2014, de 11 de septiembre, «Puesta de manifiesto del expediente y alegaciones», que señala:

1. La puesta de manifiesto del expediente a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento de adjudicación para formular alegaciones, se hará por la Secretaría del Tribunal durante el plazo de cinco días hábiles de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público [hoy, art. 46.3 Ley 9/2017, LCSP] y 105.3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

2. Los interesados podrán tomar cuantas notas necesiten para formular sus alegaciones y solicitar copia o certificado de aquellos documentos contenidos en el expediente que sean indispensables para ejercer su derecho de defensa, que se expedirán por la Secretaría siempre que los medios disponibles lo permitan y no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Secretaría no estará obligada a aceptar ninguna solicitud genérica respecto de la expedición de copias.

3. Cuando el recurrente hubiera solicitado en el trámite previsto en el artículo 16 vista del expediente y el órgano de contratación se la hubiera denegado, el Tribunal, a la vista de lo alegado en el escrito de interposición y del informe del órgano de contratación, podrá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas, con carácter previo al trámite de alegaciones, y por plazo de cinco días hábiles, para que proceda a completar su recurso, concediendo en este supuesto un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados comparecidos en el procedimiento para que efectúen alegaciones.

El artículo de la LCSP que trata la confidencialidad es el 133. Este artículo establece que,

sin perjuicio de lo que dispone la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en esta Ley, relativas a la

publicidad de la adjudicación y a la información que se tiene que dar a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar aquella información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.

El carácter confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualquier otra información que pueda ser utilizada para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores. A diferencia del TRLCSP, el artículo 133 de la LCSP hace referencia a la legislación en materia de acceso a la información. Por tanto, para determinar la confidencialidad, se tiene que tener en cuenta la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Además, la nueva regulación sobre contratos públicos amplía los datos que pueden ser confidenciales a cualquier información que pueda ser utilizada para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros posteriores, y establece en qué momento se tiene que hacer la declaración de confidencialidad, indicando que se hará al presentar la oferta. Como novedad, la LCSP pone límites al deber de confidencialidad y establece que el órgano de contratación, así como sus servicios dependientes, no pueden extender el deber de confidencialidad a todo el contenido de la oferta del adjudicatario, ni a todo el contenido de los informes y de la documentación que, si procede, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente se puede aplicar a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, como, por ejemplo, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando lo que dispone la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La resolución 270/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no hace más que seguir los criterios establecidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. En su informe 46/09, de 26 de febrero de 2010, relativo a la adecuada interpretación del artículo 124.1 de la LCSP (actual 140.1 del texto refundido de la LCSP), señaló que este precepto había que interpretarlo, en todo caso, de forma matizada, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, tal y como expresa el Tribunal Administrativo Central de recursos Contractuales, en su resolución 270/2016:

- 1.^a La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo, y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta y descartar las restantes.

- 2.^a El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.
- 3.^a Finalmente, la confidencialidad solo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de esta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad, a lo que este tribunal añade, en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación.

El órgano consultivo estatal sienta en su informe dos criterios fundamentales:

1. Que corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad.
2. Que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración, sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores. Pero la ley exige que este pronunciamiento sea fundado, que esté motivado. La motivación exige un esfuerzo de explicación que sea suficiente para transmitir las razones por las que se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. Si el órgano de contratación considera que en la difícil ponderación entre el principio de confidencialidad y el principio de publicidad ha de prevalecer el primero, ha de justificarlo y motivarlo adecuadamente, identificando qué concreto derecho o interés legítimo del adjudicatario puede verse comprometido por el acceso al expediente y explicando en qué medida la naturaleza de los datos contenidos en el expediente han de ser protegidos del conocimiento por otro licitador. En definitiva, ha de pronunciarse y motivar de modo suficiente.

Por lo demás, y conforme al apartado 2 del artículo 140, la obligación de confidencialidad incumbe también a los contratistas. Durante un mínimo de cinco años (los pliegos pueden establecer un plazo mayor) deberán respetar la confidencialidad de determinada información:

- A la que accedan con ocasión de la ejecución de un contrato.
- La que haya sido designada como tal en los pliegos.
- La que por su propia naturaleza haya de considerarse como tal.
- Que se trate de contratos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente.
- Cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2 d).

Por lo señalado, resulta evidente que ni los contratistas o los órganos de contratación pueden manejar a su antojo la confidencialidad de determinados datos. Como recuerda el dictamen referido en el caso de la denegación a una diputada de la información relativa a los contratos de la Fórmula 1, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sentencia 4285/2014,

de 18 de febrero) ponderó como preferente, frente a la cláusula de confidencialidad de dichos contratos, el derecho de participación en los asuntos públicos de la solicitante de la información, y naturalmente tales cláusulas de confidencialidad tenían que ceder ante tal interés, máxime si se está hablando de contratos que por su naturaleza son «públicos» y que en esencia tal naturaleza es contradictoria con hablar de confidencialidad. La propia sentencia aclara que podría hablarse de confidencialidad en relación con los documentos que contienen datos que únicamente tienen repercusión en el sector privado.

Es por ello por lo que resultan igualmente de aplicación los principios inspiradores de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por cuya virtud se prevé la obligación de los poderes públicos al suministro de información en el marco de sus actuaciones.

Por último, a nivel comunitario, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a una buena administración y al acceso al expediente que le afecte, siempre que se respete la confidencialidad.

Ahora bien, ¿el acceso de vista y copia del expediente de contratación pública puede quedar restringido por el órgano de contratación? Toda aquella persona que ostente la condición de interesado tendrá el derecho de acceder a los documentos del expediente para la copia y vista o exhibición del mismo. No obstante, el órgano de contratación podrá modular o limitar esta facultad en aras de respetar el derecho a la confidencialidad de las ofertas y el respeto a la propiedad intelectual e industrial.

Partimos, por todos y *ad exemplum*, del conocido Informe 46/2009 de la Junta Estatal, de 26 de febrero, que nos ilustra al respecto con las siguientes consideraciones:

Si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador.

De dicho informe, las siguientes dos conclusiones capitales se atisban:

- a) El órgano de contratación tiene la obligación (que no la facultad) de exhibir el expediente de contratación completo, y sin restricción alguna, al licitador que lo solicite. Este último podrá visualizarlo y tomar las notas que considere oportunas con total plenitud.
- b) El órgano de contratación podrá limitar la copia (que no la vista, insistimos) de determinada documentación sobre la que pueda existir un derecho de propiedad

intelectual o industrial a favor del licitador, como pueden ser los proyectos técnicos presentados.

Y es que, la restricción a la copia (que no a la vista o exhibición) de documentos sobre los que pueda existir un posible derecho de propiedad intelectual o industrial tiene toda la lógica y el sentido común, tratando de evitar, con ello, posibles reproducciones a una documental cuya creación está protegida por la norma, violación esta que jamás se podrá producir con la mera exhibición y la toma de notas por parte de terceros que ostenten un interés legítimo en la misma.

Resulta interesante señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, máximo exponente administrativo en materia de contratación pública, viene manteniendo en sus resoluciones, como las 349/2016, 245/2016 y, por todas y *ad exemplum*, la 272/2011, sobre la base del Informe 40/1996 de la Junta Consultiva del Estado, que:

Si bien es cierto que una correcta notificación puede hacer innecesario el acceso al expediente por parte de quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento de licitación al objeto de interponer recurso especial suficientemente motivado, ello no exime de la obligación que incumbe al órgano de contratación de conceder a los interesados en el procedimiento el derecho de información del expediente, el cual se encuentra amparado por el artículo 35 de la LRJPAC [hoy, art. 53.1 a) LPAC], que en su apartado a) reconoce expresamente el derecho de los ciudadanos «a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos».

Concluye que:

A la vista de lo anterior, el órgano de contratación deberá conceder el correspondiente acceso al expediente a la empresa recurrente, si bien deberá tener en cuenta la obligación que incumbe al citado órgano de contratación de respetar la debida confidencialidad.

Este criterio, favorable a reconocer la obligación de dar vista del expediente a los licitadores, si así lo solicitan, se mantiene también por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (entre otras, resolución 52/2011) y por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (resolución 5/2013 y acuerdo 15/2012), así como por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (resolución 265/2016), con argumentaciones en todos los casos compartidas.

Otra cuestión importante al respecto es si puede un contratista u operador económico que participe en un procedimiento licitatorio determinar como «confidencial» alguno o todos

los documentos que presente en el mismo. La respuesta se torna afirmativa. Sin embargo, el hecho de que el licitador señale como confidencial cierta documentación no supone que directamente ya no se pueda obtener copia de la misma. Por ello, el órgano contratante, dado que es quien permite su acceso, deberá buscar un equilibrio entre lo que supone la confidencialidad y el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a los licitadores.

En este sentido, se ha pronunciado la resolución 718/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, rec. núm. 735/2015, de Castilla-La Mancha:

Pues bien, la confidencialidad no puede significar vulneración de los principios de publicidad y transparencia, en el sentido de dejar sin contenido el derecho de otros licitadores a acceder a la información en que se fundamentan las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de selección y adjudicación, de manera que necesariamente debe buscarse el equilibrio y proporcionalidad en la ponderación de los diferentes intereses en juego. El artículo 151.4 del TRLCSP determina la necesaria motivación de la adjudicación, a efectos de poder trasladar al conocimiento del licitador toda la información necesaria para que, si los interesados lo consideran oportuno, puedan interponer el correspondiente recurso. Es en este punto en el que opera el artículo 35 de la Ley 30/92 permitiendo el acceso a los documentos de un expediente administrativo salvo que existan las razones de confidencialidad previstas en el TRLCSP. Sin olvidar que la disposición final 3.^a del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias.

Como conclusión, se puede afirmar que el órgano de contratación tiene la obligación (que no la facultad), de exhibir el expediente de contratación completo y sin restricción alguna al licitador que lo solicite.

No obstante, podrá limitar la copia de determinada documentación sobre la que pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador o cuando la información sea confidencial.

C) Solicitud de la Empresa, SRL.

El proceso de tramitación del expediente de contratación y la adjudicación estaban ya finalizados, por lo tanto, habiendo sido interesado en el expediente de contratación y estando legitimado para conocer y obtener copia del expediente (art. 53.1.a LPAC) y, además, interponer el o los oportunos recursos administrativos –entre ellos, si procede, el recurso especial en materia de contratación del art. 44 LCSP– o contencioso-administrativo, ha de facilitársele copia del expediente para que pueda examinar la legalidad de las actuaciones y de la adjudicación realizada, y a la vista de ello decidir si interpone el recurso, o no, a fin de que no se produzca indefensión.

5. Informe sobre:

- a) Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDG.
- b) Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.
- c) Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.

a) Si existió, realmente, infracción de la LOPDGDG.

Entendemos que sí existió infracción de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantía de derechos digitales.

El artículo 22 de la LOPDGDG señala que:

1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

2. [...].

3. Los datos serán suprimidos en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones. En tal caso, las imágenes deberán ser puestas a disposición de la autoridad competente en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se tuviera conocimiento de la existencia de la grabación.

No será de aplicación a estos tratamientos la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica (si procede su rectificación o supresión).

4. El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información.

En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento.

[...].

8. El tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras se somete a lo dispuesto en el artículo 89 de esta ley orgánica.

Por su parte, el artículo 89 de la LOPDGDG, referente al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, señala:

1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica. [La colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información].

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley.

Además, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores señala:

El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

Entre ellas está que los empresarios coloquen cámaras para verificar que los trabajadores cumplen con sus obligaciones y deberes legales.

Para colocar cámaras de seguridad dentro de la legalidad se requiere, también, cumplir con una serie de requisitos básicos:

- Los trabajadores deben estar informados tanto de la existencia de vigilancia como de sus características: dónde están colocadas, si pueden grabar, etc.
- Está prohibido instalar cámaras en lugares en los que se vulnere la intimidad de los empleados, como vestuarios, aseos o zonas de descanso.

Las imágenes grabadas solamente pueden conservarse durante un mes.

En la STC 39/2016, de 3 de marzo, analizada en este apartado, se analiza un despido disciplinario de una trabajadora del Grupo Inditex (Zara) a la que unas cámaras de seguridad habían captado sustrayendo dinero de la caja en el centro de trabajo. La empresa detectó con anterioridad descuadres en la caja, como consecuencia de la implantación de nuevos sistemas informáticos, que motivaron que la dirección acordase que la empresa de seguridad instalase una cámara de videovigilancia que controlase la caja. La cámara de seguridad se instaló, no comunicando su instalación a los trabajadores.

La trabajadora demandó a la empresa, hasta llegar al Tribunal Constitucional en amparo de la nulidad del despido, alegando la lesión de su derecho al honor, intimidad y dignidad, afirmando que no existía comunicación al público, ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videovigilancia, ni tampoco comunicación a la AEPD, ni autorización a la sección de Seguridad Privada de la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía correspondiente.

El Tribunal de lo Social que juzgó el asunto, antes de que llegará al Tribunal Constitucional, acudió a la STC 186/2000 para afirmar que en el supuesto de esta trabajadora de Zara, concurría la situación precisa para el control oculto, esto es, sin notificar expresamente la colocación de la cámara de vigilancia a los trabajadores, porque era, en principio, el único medio posible para satisfacer el interés empresarial de saber fehacientemente quién estaba realizando actos defraudatorios.

En consecuencia, acudiendo a esta jurisprudencia, podemos apreciar que existen supuestos en los que el derecho de información del trabajador cede a favor del derecho de control del trabajador en el seno de la relación laboral, conclusión que se alcanza cuando en el caso concreto se aprecia que la instalación de un control oculto era el único medio posible para el fin propuesto, sin que existiera ningún otro menos atentatorio al derecho del trabajador.

El Tribunal Constitucional, al analizar el supuesto, es consciente del contenido de la sentencia 29/2013, de 11 de febrero (NormaCEF NSJ046447), que concluía sobre el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin, y también es consciente del contenido de la sentencia 186/2000 (NormaCEF NSJ008216), cuyo contenido se ha expuesto anteriormente, y a tal efecto concluye lo que a continuación se expone, iniciando su fundamentación indicando expresamente que «las especificidades propias del caso permiten a este Tribunal perfilar o aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de video-vigilancia en la empresa»:

- a) El artículo 6.1 de la LOPD prevé que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga de otra cosa», siendo que en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa como regla general a un segundo plano, pues el consentimiento se entiende implícito en la relación laboral, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes. En consecuencia, en la relación laboral existe una dispensa del consentimiento del trabajador, pero ello no significa que la dispensa de recabar el consentimiento para el tratamiento de datos abarque y alcance al derecho de información del trabajador, pues el derecho de información le permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, entre otros. El derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos.
- b) Aplicando la anterior doctrina expuesta al tratamiento de datos obtenidos por la instalación de cámaras de videovigilancia en el lugar de trabajo, se concluye que no es necesario el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme al artículo 20.3 del ET.
- c) La exigencia de finalidad legítima en el tratamiento de datos prevista en el artículo 4.1 de la LOPD viene dada en el ámbito de la videovigilancia laboral, por las facultades de control empresarial que reconoce el artículo 20.3 del ET, siempre que esas facultades se ejerzan dentro de su ámbito legal y no lesionen los derechos fundamentales del trabajador. Por ello, aunque no se requiere el consentimiento expreso, persiste el deber de información del artículo 5 de la LOPD –hoy arts. 12 del Reglamento (UE) 2016/679 y 22.4 de la LOPDGD–.
- d) Ahora bien, podemos encontrar supuestos en los que se ponderen el derecho de protección de datos y las limitaciones del mismo justificadas en el cumplimiento de las obligaciones laborales y las correlativas facultades empresariales de vigilancia y control reconocidas en el artículo 20.3 del ET.
- e) En consecuencia, cuando en un supuesto concreto nos encontremos con la ausencia de información al trabajador en un supuesto de videovigilancia laboral, se deberá analizar el derecho a la protección de datos del trabajador y en contraposición el poder de dirección empresarial, que también encuentran su amparo en la Constitución (arts. 33 y 38), sin olvidar que el artículo 20.3 del ET es la norma que faculta al empresario para adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales (STC 186/2000, NormaCEJ NSJ008216), si bien en cada caso concreto se determinará si el referido control ha generado o no una vulneración del derecho fundamental del trabajador.
- f) En el caso concreto del trabajador, la cámara de seguridad estaba situada enfocando a la caja, y en el escaparate de la tienda, en lugar visible, se colocó un distintivo informativo según se exigía por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, sin que haya que

especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. En consecuencia, la trabajadora conocía que en la empresa se habían instalado un sistema de control por videovigilancia, por lo que solo si la finalidad del tratamiento de datos (imágenes) no guardase relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores. El Tribunal Constitucional considera que el dato –imagen– fue utilizado para el control de la relación laboral.

- g) En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, a diferencia de las anteriores, determina que la trabajadora tenía información previa, siendo que las imágenes fueron tomadas para un control laboral, por lo que no era necesario un consentimiento expreso.
- h) El Tribunal Constitucional, acudiendo al principio de proporcionalidad, una vez salvadas las anteriores valoraciones, considera que la medida, y el resultado –despido disciplinario–, es una medida correcta.
- i) El principio de proporcionalidad con carácter general se fundamenta en tres requisitos: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo fin con igual eficacia (juicio de necesidad); si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad).
- j) El Tribunal Constitucional, en esta sentencia analizada, determina que la instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la trabajadora desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada, pues existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero, idónea para la finalidad pretendida por la empresa, pues permitía verificar si alguno de los trabajadores cometía irregularidades en el seno de la relación laboral, necesaria, pues la grabación servía de prueba a la irregularidades, y equilibrada, pues la grabación de las imágenes se limitó a la zona de caja, concluyendo que la medida adoptada, por todo lo anterior, superó el juicio de proporcionalidad, y en consecuencia no vulneró el derecho de intimidad de la trabajadora y el correcto despido acordado.

Pero, la sentencia dictada el 9 de enero de 2018 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos corrige a los tribunales españoles señalando que, aunque el tribunal reconoce que las medidas adoptadas por el empresario (instalación de cámaras de seguridad ocultas) se llevaron a cabo tras fundadas sospechas de robo, defiende que los empleados tenían derecho a ser informados previamente de la presencia de cámaras de seguridad de «modo expreso, preciso e inequívoco», tal y como indica el artículo 5 de la LOPD. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no hubo equilibrio entre el derecho a la privacidad de los empleados y el interés del empresario.

Tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la escena parecía que había cambiado respecto a la instalación de cámaras de seguridad en trabajo. Según estas sentencias no era necesario el consentimiento expreso de los empleados, pues se entiende explícito en la firma del contrato. Tampoco era necesario indicar la ubicación exacta de las cámaras de seguridad a los empleados, bastaba con informar de la presencia de cámaras de vigilancia en el centro de trabajo (oficina, almacén, despacho, etc.) a través de los distintivos informativos de zona de videovigilada. Esto justificaba la instalación de cámaras de seguridad ocultas en el centro de trabajo siempre que hubiera indicios que justificaran su instalación. No deberemos confundir en ningún caso las cámaras de seguridad ocultas con cámaras de seguridad «clandestinas»; las cámaras de seguridad ocultas no serán visibles a vista del usuario, pero se comunicará su presencia mediante carteles informativos, en cambio las cámaras «clandestinas» serán aquellas de las que, además de estar ocultas a la vista del usuario, el empresario no informe de su presencia mediante los distintivos informativos.

Ahora bien, la última sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha corregido a los tribunales españoles, recalcando que es necesario informar a los empleados de la presencia de las cámaras de seguridad en el trabajo de «modo expreso, preciso e inequívoco», tal y como recoge el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 y el 22.4 de la LOPDGDD.

De cualquier forma sí hubo, con independencia de todo ello, infracción de la LOPDGDG, porque el relato de hechos señala que se instalaron cámaras de vigilancia en un local destinado a vestuario y en otro, al descanso de los trabajadores, pues en principio está prohibido instalar cámaras en zonas de descanso, como vestuarios, aseos o comedores (art. 89.2 LOPDGDD), pues se vulneraría el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen de los trabajadores, reconocido en el artículo 18.1 de la CE. Pero ¡jojo!, sí es legal la grabación en el tiempo de descanso. De hecho, una sentencia del Tribunal Supremo del 13 de octubre de 2021 admitió imágenes filmadas durante una pausa laboral para sancionar el incumplimiento de las obligaciones de un trabajador.

Además, se colocó, también, audio con las cámaras con el evidente propósito de tener acceso a las conversaciones que los trabajadores pudieran tener, y esto está prohibido, y solo se admitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo. Y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas.

Con respecto a que no se comunicara a la Agencia Estatal de Protección de Datos, con el actual Reglamento (UE) 2016/679, en todo caso, los trabajadores han de ser informados de la colocación de cámaras de seguridad.

Podríamos estar en presencia de infracción muy grave, contemplada en el artículo 72 de la LOPD, letra a) consistente en «el tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679» (principios generales), o bien en la del apartado b) «El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento

(UE) 2016/679» (que establece las condiciones para que el tratamiento sea lícito) o cualquier otra contemplada en dicho precepto o en el artículo 73, que enumera las infracciones graves.

b) Si debió admitirse el reconocimiento de responsabilidad, dado el momento procedimental en que se produce.

Señala el artículo 85 de la LPAC:

1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
 2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.
 3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.
- El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

La STS de 15 de febrero de 2023 (RC 430/2021), aunque no fija doctrina jurisprudencial, al no tratarse de un recurso de casación, realiza una serie de afirmaciones sobre cuál es el momento límite en un procedimiento sancionador en que el presunto infractor puede asumir su responsabilidad para poder beneficiarse de la reducción del 20 % de la cuantía de la sanción prevista en el primer apartado del artículo 85 de la LPAC. Ya establecimos lo que dice.

De la redacción del precepto cabe concluir que tanto el reconocimiento de la responsabilidad como el pago voluntario de la sanción pecuniaria propuesta en el procedimiento comporta una reducción de un 20 % de dicha sanción, por cada una de dichas acciones, pago y asunción de responsabilidad, reducciones que son acumulables.

Se dice, literalmente, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia:

Pues bien, en el caso de autos existe no poca confusión al respecto, propiciada por la complejidad en la tramitación de los procedimientos. Ya hemos dicho que por la propia finalidad del reconocimiento de responsabilidad de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos (no los jurisdiccionales, como

hemos declarado en nuestra sentencia 1260/2022, de 6 de octubre, recurso de casación 294/2021; ECLI:ES:TS:2022:3576), es manifiesto que el trámite ha de realizarse al inicio del procedimiento sancionador, como lo evidencia el hecho de que ya en el mismo acuerdo de iniciación debe hacerse dicha posibilidad, como establece el artículo 64.2.º d) de la Ley de procedimiento; debiendo asumirse el compromiso de aceptar la sanción propuesta –con la reducción procedente– y, por tanto, renunciando a impugnar en vía administrativa la preceptiva resolución que deba dictar la Administración poniendo fin al procedimiento. En suma, se trata de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos; y ello al margen de la posibilidad de efectuar, tras dicho reconocimiento, al pago de la sanción propuesta, que comporta una diferente reducción acumulable a la anterior. Sentado lo anterior debemos dejar constancia que en el caso de autos la actuación municipal no deja de ofrecer serios problemas para acoger la reducción propuesta. Ya de entrada, debe reseñarse que iniciado el primero de los procedimientos se formula pliego de cargos en fecha 22 de marzo de 2019, dictándose la propuesta de resolución en el siguiente día 11 de octubre. No obstante lo anterior, es lo cierto que la pretendida admisión de la responsabilidad por parte de la Corporación Municipal no tiene lugar hasta el antes mencionado acuerdo de 28 de mayo de 2021, es decir, después de más de dos años, durante los cuales el procedimiento prácticamente estaba ya concluido, dejando inoperante la finalidad del beneficio reconocido en el precepto cuestionado.

La finalidad del precepto es evidente: simplificar la tramitación de los procedimientos sancionadores en aquellos supuestos en que el mismo interesado reconoce que son ciertos los hechos imputados y ajustada a la legislación la tipificación y la sanción propuesta.

De ahí que el legislador haya acogido el beneficio de que, si se reconoce la responsabilidad en el momento de concretar los hechos que se consideran sancionables, evitando la necesidad de la tramitación del procedimiento sancionador, el imputado puede beneficiarse de una reducción de la sanción propuesta en un porcentaje de hasta 20 % de la sanción.

En suma, se trata de evitar la tramitación del procedimiento, incluidos los recursos administrativos; y ello al margen de la posibilidad de efectuar, tras dicho reconocimiento, el pago de la sanción propuesta, que comporta una diferente reducción acumulable a la anterior.

Pero nos podemos preguntar si era la finalidad del legislador, al permitir la reducción de la sanción previo reconocimiento de responsabilidad, que no se tramitase el procedimiento.

Si acudimos a la exposición de motivos de la LPAC o a los informes de Consejo General del Poder Judicial o al dictamen del Consejo de Estado, no se dice nada, por lo que no nos sirve como elemento interpretativo sobre la supuesta evidencia de que la finalidad del legislador, al introducir esta reducción por reconocimiento de la responsabilidad, era evitar la tramitación del procedimiento (de ahí que la sentencia concluya que solo se pueda obtener el beneficio por el presunto infractor si la reconoce al inicio del procedimiento sancionador).

El profesor Tomás Cano Campos, en su obra *Sanciones administrativas* señala que

la reducción por reconocimiento de la responsabilidad tiene como fundamento fomentar determinados comportamientos posteriores a la infracción que suponen colaborar con la Administración y facilitar su sanción (guarda cierta analogía con el antiguo arrepentimiento espontáneo o la confesión de la infracción del actual CP art. 21.4).

El profesor Javier García Luengo nos dice que

se trata de garantizar que la Administración no va a tener que romper la presunción de inocencia de la persona a la que se le ha abierto el procedimiento sancionador, ya que el propio particular ha propiciado la sanción con el reconocimiento de los hechos y de su culpabilidad. Lo que, al tiempo, aunque no excluye, en los términos que veremos, una posible impugnación en vía contencioso-administrativa, le resta buena parte de las posibilidades de éxito.

Sanz Rubiales nos dice que «la técnica procesal penal comparable al reconocimiento de responsabilidad en Derecho administrativo sancionador es la denominada "sentencia de conformidad" en el proceso penal», citando la STC 76/1990 (Norma CEF NFJ000802), FJ 7.º, en la que se dice:

Se trata de una técnica cuyo designio es lograr una simplificación y celeridad en los procedimientos tributarios y cuyo empleo es por ello frecuente en la legislación comparada, no siendo tampoco completamente ajena al campo de la legislación penal, como lo acredita el hecho de que en el art. 9.9 de nuestro Código Penal se contemple una atenuante que guarda alguna similitud con el criterio sancionador que ahora examinamos, ni tampoco al de la legislación procesal penal, en la cual el art. 793.3.11 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de lo Penal a reducir sensiblemente la pena, llegando incluso hasta la absolución, en una Sentencia de conformidad en la que el acusado hubiese reconocido los hechos.

Respecto al objetivo buscado por el legislador en el artículo 85.1 de la LPAC, este añade, a lo dicho por Cano, que

además, conlleva reducción de trámites, tanto administrativos (terminación del procedimiento sancionador, aunque no supresión del de ejecución forzosa), como judiciales: como se verá *supra*, mientras que el pronto pago no reduce las posibilidades impugnatorias, el reconocimiento de responsabilidad conlleva la impugnabilidad limitada (en la práctica, la casi segura no impugnación) por el juego de la doctrina de los propios actos.

A mi juicio parece claro que, a cambio de ofrecerle al presunto infractor una ventaja económica con esa reducción del 20 %, el legislador busca asegurar la pronta recaudación de la parte no bonificada y disminuir la litigiosidad, cerrando definitivamente el asunto.

En todo caso, sea o no está la finalidad buscada por el legislador, lo cierto es que no se deduce, como afirma la sentencia, que el objetivo sea que el procedimiento administrativo no se tramite, ni siquiera porque el artículo 64.2 d) de la LPAC diga que en el acuerdo de iniciación se deba indicar la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.

Porque una cosa es que se deba ofrecer esa posibilidad al inicio del procedimiento y otra muy distinta que podamos concluir de ese artículo que no se pueda hacer después. Porque no hay ningún otro artículo del que se deduzca lo contrario.

García Llobregat, hablando del artículo 8.1 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto – hoy derogado–, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RP), de idéntica redacción al actual artículo 85.1 de la LPAC, decía que

el reconocimiento de responsabilidad contemplado en el art. 8.1 RP presenta un único requisito temporal: el de su formalización con posterioridad a la notificación del acuerdo de iniciación del expediente sancionador y con anterioridad al comienzo del plazo de resolución ordinario del procedimiento señalado en art. 20.2 RP.

García Luengo entiende que,

ante el silencio de la norma reguladora del procedimiento administrativo común, negar la posibilidad de reconocer la responsabilidad, tras alegar en un primer estadio del procedimiento, es un exceso [y que] ha de tenerse en cuenta que la Administración al inicio del procedimiento ni siquiera puede fijar, en condiciones normales y en la mayor parte de los procedimientos sancionadores, que son más complejos que los que se plantean en el ámbito del tráfico, la cuantía adecuada de la sanción dentro del arco que suelen fijar las leyes, ni puede, en ese momento inicial del procedimiento, definir adecuadamente las circunstancias agravantes o atenuantes que contribuyen a fijar la sanción concreta [...]. Hay que tener en cuenta que la renuncia a los recursos en vía administrativa y la propia existencia de una declaración de responsabilidad que dificulta extraordinariamente la defensa en vía contencioso-administrativa justifican sobradamente la reducción de la sanción, al menos, cuando su importe es moderado.

En definitiva, lo razonable (a salvo, tal vez, de algún caso excepcional en el que se pueda apreciar un abuso de derecho o retraso desleal) será que el particular pueda reconocer su responsabilidad y acogerse a la rebaja de la sanción, tras haber alegado al acto de inicio del procedimiento sancionador, o, en su caso, al pliego de cargos, en el momento en el que se le notifica la propuesta de resolución.

Señala que

aunque una interpretación literal del término «sanción propuesta» (art. 85.3) lleve a que solo se pueden utilizar estas ventajas tras la instrucción del procedimien-

to y la propuesta de sanción, lo cierto es que esta interpretación resulta absurda, no acorde con la finalidad de la técnica [...]. Por otra parte, si el pago puede hacerse en cualquier momento «antes de la resolución» y si el reconocimiento de responsabilidad y el pago voluntario son acumulables (y por tanto, pueden darse simultáneamente, en la medida en que el pronto pago determina la finalización del procedimiento), debe entenderse –la Ley no prohíbe esta interpretación– que también es aplicable el mismo *dies ad quem* al reconocimiento de responsabilidad: no aplicarlo supondría condicionar la acumulabilidad y estaría imponiendo un plazo para el ejercicio de esta carga que la Ley básica no ha querido imponer ni delegar en la legislación sectorial. Puede pensarse, no obstante, que admitir el reconocimiento de responsabilidad hasta el momento antes de la resolución sancionadora es contrario a la finalidad de esta técnica, en cuanto que no conlleva ahorro de la tramitación del procedimiento sancionador; sin embargo, a pesar de ello sí que supone un ahorro importante al evitar de forma segura los recursos administrativos y de forma prácticamente segura la tramitación judicial.

A esto se podría añadir, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, esta interpretación dada por la sentencia, que restringe la posibilidad de reconocer la responsabilidad y beneficiarse a cambio de la reducción de la sanción, supone un importante desincentivo al uso de esta opción, que disminuye costes para ambas partes, al cerrar en la mayor parte de los casos definitivamente el conflicto entre la Administración y el ciudadano. Si, por el contrario, se admite hacerlo en cualquier momento anterior a la resolución, como permite la LPAC, se incentivará su uso y se disminuirán los costes a ambas partes. Y es que, como decía el Gran Capitán, «al enemigo que huye, puente de plata».

Por último, hay que señalar que si el procedimiento sancionador previsto en la LPAC no limita claramente el momento en que se puede llevar a cabo ese reconocimiento de responsabilidad para aprovecharse de la reducción de la sanción, una interpretación restrictiva, como la que realiza la sentencia comentada, *odiosa sunt restringenda*, supondría una limitación de un derecho del presunto infractor sin habilitación legal para ello.

En este caso, el reconocimiento de responsabilidad de la infracción cometida se hizo después de transcurrir el plazo para alegaciones a la propuesta de resolución y habiéndose iniciado ya el plazo para dictar resolución. Es cierto que la normativa, y en concreto el artículo 85 de la LPAC, no establece ningún límite procedimental a este trámite por parte del infractor, sin duda porque el fundamento de dicha posibilidad consiste en abreviar la duración de los procedimientos y cumplir con los principios de eficacia y de eficiencia. Por ello, y en una interpretación favorable al interesado, debemos admitir que el reconocimiento de responsabilidad con los efectos contenidos en dicho precepto puede hacerse en cualquier momento del procedimiento sancionador, pero jugando como límite transcurrido el plazo de alegaciones a la propuesta de resolución, pero no parece que sea el criterio de la sentencia aunque, repetimos, es aislada y no fija doctrina casacional. Además, como hemos visto, la doctrina opina lo contrario, porque, aunque ahorre poco trámite procedimental, ya

siempre eliminará alguno y, sobre todo, la Administración se libra de tener que dictar resolución, asegurándose además el cobro, aunque sea reducido, de la sanción impuesta.

- c) Si tenía razón la Administración oponiéndose al recurso contencioso-administrativo interpuesto, dado que, reconocida la responsabilidad y obtenido el beneficio de la doble reducción, no existía posibilidad de impugnación alguna.

El comentario siguiente pertenece a Joan Buades Feliu, abogado, director de Bufete Buades, publicado en el *Diario La Ley*, núm. 9867, en la sección Comentarios de jurisprudencia.

La reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020, ponente Excmo. don Fernando Román García) aborda una cuestión nuclear en el derecho administrativo sancionador, cual es la posibilidad de impugnar ante los tribunales, en sede de recurso contencioso-administrativo, sanciones recaídas en expedientes administrativos en los que el administrado ha reconocido su responsabilidad y, a los efectos de acogerse a las reducciones que señala el artículo 85 de la Ley 39/2015, desiste o renuncia al ejercicio de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En el comentario se sostiene, siguiendo el criterio de la sentencia comentada, que ese aquietamiento, desistimiento o renuncia dificultará la defensa en sede jurisdiccional en lo relativo a la responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, la tipificación, la consideración de las circunstancias modificativas, el exacto alcance de la participación incluso en lo relativo a la gradación, pero no el importe de la sanción finalmente impuesta. La vinculación de la doctrina de los actos propios no puede ir más allá del estricto alcance de la misma, extendiéndose sobre cuestiones que nada tienen que ver con el sustrato fáctico admitido.

1. Introducción

En un anterior artículo tuve la oportunidad de analizar el alcance del artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, advirtiendo de qué manera este precepto diseña un régimen *ad hoc* de terminación de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora cuando dicha sanción consista en una multa pecuniaria.

Apuntábamos entonces problemas de índole práctico en la aplicación del artículo 85; así, por ejemplo, cuestiones tales como el momento procedimental en que ha de ofrecerse la posibilidad de acogerse a los beneficios de reducción de la sanción previstos, o la gestión práctica del pago anticipado, pero, sobre todo, nos preguntábamos qué debía entenderse por «reconocimiento de la responsabilidad», como una forma de terminación del procedimiento sancionador. En efecto, señala el punto primero el artículo 85 de la LPAC que, iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda,

En nuestros comentarios ya anticipábamos que el análisis de la norma se hacía desde su novedad en nuestro ordenamiento y la ausencia de una doctrina jurisprudencial que diera luz a los operadores jurídicos, de tal modo que supieran a qué atenerse en la aplicación práctica del nuevo régimen de terminación «convenida» de procedimientos sancionadores.

Lógicamente, poco a poco van resolviéndose procesos jurisdiccionales con sentencias que abordan la naturaleza jurídica y el alcance real de la disposición de constante referencia.

Algunas de estas sentencias han sido ya dictadas por el Tribunal Supremo, en vía de recurso de casación, por lo que cabe pensar que en un tiempo no muy largo tendremos una doctrina jurisprudencial consolidada que permita atenernos a criterios interpretativos que nos den la necesaria seguridad jurídica. Mientras tanto nos tendremos que conformar en seguir dando opiniones basadas en el sentido jurídico de quien las emita.

II. Sentencia de la Sala 3.^a número 232/2021 del Tribunal Supremo, de 18 de febrero, Sección 3.^a, de 18 de febrero de 2021 (rec. núm. 2201/2020)

Traemos a colación en este apunte la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 3.^a de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020, ponente Excmo. don Fernando Román García), por cuanto resuelve una cuestión de indudable trascendencia, cual es determinar si el reconocimiento de la responsabilidad en la comisión de los hechos imputados en vía administrativa implica la renuncia al derecho de acudir a la vía jurisdiccional y concretamente al recurso contencioso-administrativo.

Es común por parte de las Administraciones entender que el reconocimiento de la responsabilidad, al que alude el artículo 85.1 de la LPAC, supone una aceptación «in totum» de la resolución administrativa de la que trae causa el reconocimiento de referencia, de modo tal que el infractor ya no puede seguir pergeñando la defensa de sus derechos.

Se ha entendido que el reconocimiento de la responsabilidad es un allanamiento total y absoluto a todo lo dispuesto en la resolución administrativa de la cual trae causa tal reconocimiento, implicando que se admiten los hechos en cuanto constitutivos de la concreta infracción administrativa que se imputa, la autoría, la valoración de si la conducta debe reputarse dolosa o culposa, el grado de participación, las circunstancias modificativas, atenuantes y agravantes que el instructor considerase, y finalmente, la fijación de la cuantía.

Pues bien, lo que la sentencia en cuestión resuelve, por lo que ahora interesa, es que dicha supuesta firmeza de tal resolución no es tal. Efectivamente, el infractor, que ya lo es confeso, pues él mismo lo admite, no podrá seguir discutiendo con el órgano administrativo que le está instruyendo un procedimiento sancionador, ni en vía ordinaria ni en vía de recurso administrativo, pues ha renunciado a ello, pero, y esto es lo realmente relevante de la sentencia, sí podrá acudir a los tribunales, en vía de recurso contencioso-administrativo.

Ciertamente, dicho recurso jurisdiccional estará ya mucho más limitado, pues el reconocimiento de la responsabilidad, tanto desde el punto de vista objetivo, con el reconocimiento de los hechos, como desde el punto de vista subjetivo, con el reconocimiento de la participación en los mismos, no podrá ser puesta en cuestión en sede judicial, ya que de lo contrario el recurrente iría contra sus propios actos, tal como insiste la sentencia comentada.

Puestas así las cosas, uno podría preguntarse qué trascendencia real ofrece tal sentencia, ya que si no es posible atacar la veracidad de los hechos imputados ni la participación en la producción de los mismos, no se alcanza a adivinar qué sentido tendría acudir a un proceso judicial. Pues bien, y este análisis es lo que pretende abordar, la efectividad práctica de la sentencia de constante referencia es muy trascendente.

En efecto, lo que no implica el reconocimiento de responsabilidad, tanto objetiva como subjetiva, es que la tipificación que se haya hecho de tales hechos sea correcta, más allá de que sí se admita que tales hechos son en sí mismos constitutivos de infracción administrativa; que lo sea la consideración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad reconocida; el exacto alcance de la participación, si culposa, dolosa o a título de mera inobservancia leve; la consideración de la gravedad de tales hechos y su concreta gradación.

Que se reconozcan los hechos y la participación en los mismos no implica la admisión pura y dura de todos aquellos matices y circunstancias concurrentes que según el órgano administrativo que haya acordado la resolución del procedimiento determinan lo que al final resulta ser más trascendente en el orden práctico, que es el *quantum* de la multa pecuniaria.

En definitiva, el hecho de que se acaten como ciertos los hechos de los que pudiera derivarse una infracción administrativa, y que se acepte la participación del sujeto pasivo en los mismos es ya muy relevante, pero de ahí a sustraer del control judicial las demás circunstancias determinantes, es decir, de la tutela judicial efectiva una actuación administrativa no es posible.

III. Régimen legal de tipificación y cuantificación de las infracciones administrativas

La cuestión de la fijación de la cuantía de la multa no es en el régimen sancionador un tema menor, ni muchísimo menos.

La norma marco que regula los principios del derecho sancionador, esto es, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del Régimen Jurídico del Sector Público, no aborda un régimen jurídico general de concreción de las sanciones pecuniarias atendiendo a su gravedad y a la concurrencia de circunstancias modificativas. Tendremos que acudir a cada una de las distintas leyes sectoriales que regulan cada concreto sector de la actividad administrativa y analizar el capítulo que tales leyes prescriben en torno al particular régimen sancionador.

Como es lógico suponer, ello nos lleva a una disparidad de casuística enorme, pero lo cierto es que en todas las normas hay un sustrato común que nos permite inferir la existencia de tal régimen general, por más que, sin duda, no positivizado.

Y de dicho sustrato común podemos colegir como la mayoría de las normas sancionadoras gradúan las infracciones que tipifican en leves, graves o muy graves.

Algunas concretan la gravedad para cada concreto tipo; otras normas describen todos los tipos infractores y permiten que la Administración actuante califique los hechos como leves, graves o muy graves, atendiendo a tales o cuales bienes jurídicos que puedan verse afectados. Por ejemplo, la Ley General para la Defensa de los Consumidores (LGDCU) de 2007 regula un cuadro de hasta dieciocho tipos infractores, cuya mayor o menor gravedad vendrá determinada por aspectos tales como criterios de riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y reincidencia; en cambio, la Ley 1702/1987, Ordenación del Transporte Terrestre, tipifica qué concretas infracciones son muy graves, cuáles son graves y cuáles son solo leves.

[En concreto, la LOPDGDD, en su artículo 76, relativo a «sanciones y medidas correctivas», señala:

«1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2 k) del Reglamento (UE) 2016/769 también podrá tenerse en cuenta:

- a) El carácter continuado de la infracción.
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción».]

Sea una o sea otra la solución que cada norma prevea, lo cierto es que calificar unos hechos típicos, como constitutivos de tal o cual infracción; o atender a su concreta gravedad, exige una labor interpretativa que ha de poder ser revisada por los tribunales de justicia, aunque medie un reconocimiento previo de responsabilidad.

Pero es que hay más; aun pudiendo dar su conformidad el afectado en la realidad de los hechos, en su concreta tipificación y en su gradación, lo cierto es que el abanico de la cuantificación de las multas es tan desmedido, que, aunque solo fuera este el concreto extremo por el que un particular pudiera acudir a la tutela judicial, la sentencia comentada tendría una relevancia de primera magnitud.

[...]

Y este no es un ejemplo aislado. La mayor parte de las leyes sectoriales se aplican de igual manera. No importa abundar en ello. Aunque solo fuera por poder discutir la mayor o menor proporcionalidad del *quantum* de la multa, la sentencia de constante referencia es una muy buena noticia que, además, comulga con el espíritu de nuestro Estado constitucional.

III. Conclusión

A modo de conclusión, podemos sintetizar nuestra exposición afirmando que con la sentencia de 18 de febrero de 2021, el sistema del beneficio pecuniario que prevé el artículo 85 de la LPAC por reconocimiento de la responsabilidad quedaría perfilado de la siguiente manera:

Admitir los hechos y reconocer la participación en los mismos supone, para el administrado titular pasivo de la relación jurídico-administrativa entablada un beneficio del 20 % de la sanción impuesta, y si además procede al pago de la misma con carácter inmediato, se verá beneficiado en otra reducción, igualmente del 20 %, pero ello no es óbice para que el perjudicado pueda, acogiéndose al derecho constitucional fundamental de obtener la tutela judicial, acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para que este examine si el instructor del expediente calificó correctamente la gravedad de los hechos, por más que reconocidos, y si dentro de la gravedad acordada graduó correctamente.

Admitir la responsabilidad no es aceptar la corrección jurídica de la actuación administrativa en toda su integridad.

Nuestro artículo de opinión al que hemos aludido en la iniciación del presente, anticipaba que de seguirse con una interpretación incorrecta del mecanismo perfeñado en el artículo 85 de la LPAC iba a suponer el final del derecho administrativo sancionador como un verdadero procedimiento garantista, por cuanto se ponía al límite de la coerción psicológica al interesado, disuadiéndosele de que se defendiese ante una sanción desmesurada.

La sentencia que hemos citado es una bocanada de aire fresco en aquellos que entendemos que el derecho administrativo, y su derivada más evidente, cual es el control jurisdiccional de toda actuación administrativa, es precisamente el mejor instrumento para poner pie en pared a los abusos de la Administración.

La sentencia dice, literalmente:

A juicio de esta Sala, la solución a esta cuestión no ofrece duda alguna. Dada la claridad de la redacción del precepto mencionado, basta su simple lectura para constatar que no cabe alcanzar otra conclusión que no sea la de entender que la renuncia o el desistimiento que se exigen en el referido precepto para poder beneficiarse de las reducciones en el importe de la sanción se proyectan única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía

administrativa y no en la judicial. Y esa claridad hace innecesaria la utilización de cualquier otro método de interpretación («in claris non fit interpretatio»), como reiteradamente ha establecido este Tribunal Supremo (por todas, baste citar nuestra STS 1582/2020, de 23 de noviembre, RCA 4333/2019) [...]. En consecuencia, a la vista de lo expuesto, debemos dar respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión en los siguientes términos: la renuncia o el desistimiento que se exigen en el artículo 85 de la Ley 39/2015 para poder beneficiarse de la reducción en el importe de la sanción se proyecta única y exclusivamente sobre las acciones o recursos contra la sanción a ejercitar en la vía administrativa y no en la judicial.

Añadía también la sentencia referida que:

Esto es, aunque el sujeto renunciante pueda impugnar en vía jurisdiccional la resolución sancionadora, para que dicha impugnación pueda tener éxito tendrá que proporcionar al juzgador una sólida explicación que justifique cumplidamente el motivo por el que, habiendo asumido primeramente su responsabilidad por la infracción cometida –que conlleva el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción, es decir, de su participación en los hechos tipificados y de su culpabilidad–, después, en vía judicial, sostiene la inexistencia de la infracción, negando la concurrencia de los mencionados elementos constitutivos de la infracción y evidenciando así un comportamiento procesal notoriamente contradictorio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 9, 23, 33, 38 y 103.
- Ley Orgánica 3/2018 (protección de datos y garantía de derechos digitales), arts. 4, 5, 6, 22, 72, 73, 7 y 89.
- Ley 29/1998 (LJCA), art. 19.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), arts. 8, 10, 12, 13, 15, 16, 20, 23 y 24.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 13, 35, 53, 64, 85 y 114.
- Ley 40/2015 (LRJSP), art. 107.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 11, 13, 44, 46, 52, 116 a 120, 132 y 133.
- Real Decreto legislativo 2/2015 (TR Ley del Estatuto de los Trabajadores), art. 20.
- Real Decreto legislativo 5/2015 (TR Ley del Estatuto Básico del Empleado Público), arts. 5, 7, 11, 55 y 61.
- Real Decreto 1403/2007 (Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), art. 33.

- Real Decreto 814/2015 (Rgto. de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), art. 29.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), arts. 4, 7, 9, 12 y 83.
- STC 186/2000, de 10 de julio (NormaCEF NSJ008216); 29/2013, de 11 de febrero (NormaCEF NSJ046447), y 39/2016, de 3 de marzo (NormaCEF NSJ053554).
- STS, Sala 3.^a, 1290/2020, 14 de octubre, rec. núm. 1342/2018; de 13 de octubre de 2021; de 18 de febrero de 2021 (rec. de casación 2201/2020), y 15 de febrero de 2023 (rec. de casación 430/2021).
- STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 4285/2014, de 18 de febrero.
- Resoluciones 272/2011, 245/2016, 270/2016 y 349/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Resolución 5/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
- Resolución 718/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de Castilla-La Mancha, rec. núm. 735/2015.
- Resolución 265/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.
- Informes 40/1996 y 46/1990, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.
- Instrucción 1/2006 de la Agencia de Protección de Datos.
- Comentario perteneciente a Joan Buades Feliu, abogado, director de Bufete Buades, publicado en el *Diario La Ley*, núm. 9867, en la sección Comentarios de jurisprudencia.