

II Encontro de Cooperación para o Desenvolvemento da Administración Electrónica. "Un compromiso conxunto cara os cidadáns"

23/24 de marzo de 2017

Santiago de Compostela

Mesa: La Tramitación del procedimientos administrativo por medios electrónicos.

PONENCIA: Cuestiones conflictivas en la implementación de los expedientes administrativos electrónicos: Régimen Transitorio en la aplicación de la LPAC; Examen del contenido y naturaleza jurídica de los instrumentos Técnico-normativos de obligada aprobación por las administraciones publicaciones en aplicación del ENS y ENI; La posibilidad de impugnación jurisdiccional de las aplicaciones informáticas utilizadas en la gestión de los expedientes administrativos y la Seguridad informática en los procedimientos de contratación pública.

Jorge Fondevila Antolín

Letrado y Jefe de la Asesoría Jurídica

Consejería de Presidencia y Justicia (Gobierno de Cantabria)

I.- La compleja transición del expediente administrativo en papel al íntegramente electrónico.

En este apartado vamos a examinar dos cuestiones directamente relacionadas, si bien, con un alcance jurídico material diferenciado con relación a la implementación del expediente administrativo electrónico o la utilización de medios o instrumentos electrónicos en aquellos expedientes no íntegramente electrónicos, es decir, sustanciados básicamente en papel.

1.1. Régimen transitorio tras la entrada en vigor parcial de la Ley 39/2015 LPAC.

Consideramos en estos momentos resulta necesario establecer criterios interpretativos de determinados aspectos del procedimiento administrativo derivados de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, y a este respecto debemos indicar que en alguna comunidad autónoma (Cataluña) ya se han dictado previsiones al respecto, Circular 1/2016 de 19 de diciembre de 2016 de la Secretaria de Administración y Función Pública sobre determinados aspectos derivados de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, cuyos criterios compartimos totalmente y así lo habíamos anticipado en otros trabajos, y por ello, vamos a realizar una aproximación a los citados criterios siguiendo la citada Circular, en concreto:

1.1. Las consecuencias de la existencia de dos plazos de entrada en vigor de la Ley 39/2015.

De entrada debemos tener en cuenta las previsiones sobre la entrada en vigor de la Ley 39/2015 establece la disposición final séptima:

"La presente Ley entra en vigor al cabo de un año de su publicación en el Botín Oficial del Estado".

No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico producen efectos al cabo de dos años de la entrada en vigor de la Ley".

Eso supone la existencia de dos plazos de entrada en vigor: con carácter general, la Ley 39/2015 entra en vigor el 2 de octubre de 2016, salvo las previsiones relativas al registro electrónico, en el registro de empleados públicos habilitados, el

punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico, las cuales no entrarán en vigor hasta el 2 de octubre de 2018.

Este doble entrada en vigor, como señala la citada circular y también en nuestra opinión, plantea serias dudas desde el punto de vista de la posibilidad real de implementar un expediente electrónico íntegramente electrónico conforme reconoce la Ley, dado que el registro administrativo (de carácter electrónico exclusivamente, tal como prevé el artículo 16 de la Ley 39/2015) es el requisitos esencial y único para el inicio de cualquier procedimiento administrativo, y toda la documentación que recibe la Administración procedente de particulares se tiene que registrar previamente para poder integrar o formar parte de un procedimiento (expediente administrativo).

Por lo tanto, existe una imposibilidad material y real para poder aplicar las previsiones de la Ley 39/2015 a este respecto, pues no existe expediente electrónico si el mismo no ha comenzado por medio de un documento electrónico generado en el registro electrónico, luego mientras no entre en vigor o se ponga en funcionamiento de forma voluntaria este registro, no se puede desplegar íntegramente el cambio normativo con respecto a la tramitación electrónica.

Como fundamento de esta conclusión coincidimos con la Generalitat, que lo primero a tener en cuenta es el régimen transitorio previsto en la disposición transitoria cuarta (Régimen transitorio de los archivos, registros y punto de acceso general) de la Ley, que establece:

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

A partir de este punto debemos nos remitirnos al contenido literal de la citada circular, cuyos criterios y fundamentación compartimos, salvo parcialmente en lo referido al soporte legal necesario, a nuestro juicio, de los expedientes que podemos calificar como mixtos o híbridos, y así lo hacemos constar y desarrollaremos en el segundo apartado de esta ponencia:

<<Este precepto es relevante, a la hora de valorar la transitoriedad, por diferentes motivos: en primer lugar, porque vuelve a hacer referencia al registro electrónico – conjuntamente con el registro electrónico de apoderamientos, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico– y a su entrada en vigor (2 de octubre de 2018); en segundo lugar, porque indica que, mientras no entren en vigor, se tienen que mantener los mismos canales vigentes relativos a las materias mencionadas (lo cual supondría mantener el registro presencial actualmente existente paralelamente a los registros electrónicos creados para determinados servicios y trámites), y finalmente, en tercer lugar, porque hace referencia expresa al derecho de las personas a relacionarse electrónicamente con las administraciones.

Esta referencia al derecho de las personas no es irrelevante. Hace falta recordar que una de las novedades más significativas de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, fue la de reconocer a los ciudadanos el derecho subjetivo a la tramitación electrónica y el derecho al cambio indiscriminado de canal y avanzar en la obligatoriedad de la tramitación electrónica mediante la habilitación para poder imponerla reglamentariamente. La Ley 39/2015 va más allá y amplía significativamente la obligatoriedad por la vía de la inclusión ex lege de determinadas personas en el párrafo segundo del artículo 14. Pero la disposición transitoria cuarta mantiene, hasta el 2 de octubre de 2018, este derecho a relacionarse, sin imponer la obligatoriedad hasta la última consecuencia. Los términos del precepto son claros: Mantendrán canales para "garantizar el derecho a relacionarse electrónicamente" (sin mencionar la obligación que introduce la rúbrica del artículo 14 (Derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas)).

En resumidas cuentas, hasta el 2 de octubre de 2018 se tiene que mantener, en relación con las personas o ciudadanía, el derecho a relacionarse con las administraciones tanto electrónicamente como presencialmente. En este sentido, será a partir de esta fecha cuando los sujetos obligados por ley a la tramitación electrónica estén sometidos a todas las previsiones legales que derivan de esta obligatoriedad, mientras que los que no estén incluidos en la obligatoriedad mantendrán el derecho al doble canal (de manera que a partir de aquel momento, al entrar en vigor la previsión relativa a la existencia del registro electrónico general, los registros administrativos pasarán a configurarse como oficinas de asistencia en materia de registro).

En esta línea interpretativa, el apartado segundo de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015 deroga, entre otros, la Ley 11/2007 (letra b), pero al final reitera:

"Hasta que, de acuerdo con lo que dispone la disposición final séptima, produzcan efectos las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico,

punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, se mantienen en vigor los artículos de las normas previstas a las letras a), b) y g) relativos a las materias mencionadas.”

La interpretación sistemática de los preceptos analizados es clara: hasta el 2 de octubre de 2018 no entran en vigor los preceptos relativos al registro electrónico de apoderamientos, el registro electrónico, el punto de acceso general electrónico de la Administración y el archivo único electrónico, y se mantienen en vigor las previsiones sobre estas materias de la Ley 11/2007.

En resumidas cuentas, parece que el legislador ha ponderado la racionalidad de la entrada en vigor y la aplicabilidad de la norma, y, de manera similar a como hizo en otros ámbitos de actuación (por ejemplo, en el caso de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia), ha establecido un plazo de entrada en vigor posterior para determinadas materias, en qué la exclusividad del canal electrónico se establezca de manera directa, lo cual tiene que permitir hacer las adaptaciones técnicas y organizativas necesarias que garanticen que el año 2018 se aplique íntegramente la Ley 39/2015.

Las previsiones tratadas más arriba hacen referencia a la vertiente ad extra del procedimiento: la relación de las administraciones públicas con las personas en el marco de un procedimiento administrativo que, como hemos dicho anteriormente, tanto en el caso de los procedimientos iniciados de oficio como en los iniciados a instancia de parte, se articula en torno al sello de un registro administrativo que actúa como registro de salida desde la perspectiva de los interesados] o como registro de entrada de una determinada solicitud, escrito o comunicación [desde la perspectiva de la Administración].

Otra cuestión es la vertiente interna o ad intra del procedimiento. En este sentido, la Ley 39/2015, tal como analizaremos en el punto siguiente, no contiene ninguna norma transitoria que suponga un atraso en el tiempo con respecto a las previsiones que contiene.

2. Obligación de producir los actos administrativos a través de medios electrónicos. Tramitación interna electrónica

Con respecto a la tramitación interna, el título III de la Ley 39/2015 (De los actos administrativos) se estructura en tres capítulos y se centra en la regulación de los requisitos de los actos administrativos, su eficacia y las reglas sobre nulidad y anulabilidad.

En particular, hay que destacar el artículo 36 (Forma), el cual dispone:

"1. Los actos administrativos se tienen que producir por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia".

El artículo 36.1 impone, pues, la forma electrónica, como regla general, en la emisión de los actos administrativos, sin ninguna excepción, más allá de los supuestos en que una norma exija otra forma de expresión o constancia.

Hace falta poner de manifiesto que, si lo comparamos con el artículo 55 de la Ley 30/1992, al cual sustituye, vemos que el tenor literal es casi idéntico, a diferencia, sin embargo, que la referencia a "permita" que hay en la Ley 30/1992 ("a menos que su naturaleza exija o permita...") ha sido suprimida, lo cual acredita la voluntad del legislador que la forma electrónica sea la forma de producción de los actos administrativos.

En esta misma línea, el artículo 26.1 de la Ley 39/2015, cuando define los documentos administrativos, indica:

"Se entiende por documentos públicos administrativos los emitidos válidamente por los órganos de las administraciones públicas. Las administraciones públicas tienen que emitir los documentos administrativos por escrito, a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia."

La forma de producción o emisión de los actos administrativos en apoyo electrónico requiere, por un lado, un componente tecnológico y, por otra parte, decisiones organizativas y jurídicas, no tan sólo en relación con los sistemas y aplicaciones que se tienen que utilizar, sino también en relación con los sistemas de identificación y autenticación que se tienen que aplicar en cada trámite, acto o resolución.

Así se regula en los artículos 40 y siguientes de la Ley 40/2015, en el ámbito del funcionamiento electrónico del servicio público. En este sentido, el artículo 43.1 de la Ley 40/2015 establece que "sin perjuicio de lo que prevén los artículos 38, 41 y 42, la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se tiene que hacer mediante firma electrónica del titular del órgano o empleado público".

De acuerdo con esta previsión, al margen de la identificación de las administraciones públicas y la actuación administrativa automatizada, la regla general es la firma electrónica del empleado público. Eso supone que la Administración correspondiente tiene que determinar los sistemas de identificación y firma que se tienen que utilizar para la identificación de la Administración, para la actuación administrativa automatizada y para la firma del personal que presta sus servicios.

Así se prevé en el apartado 2 del artículo 43, conforme al cual "cada Administración Pública tiene que determinar los sistemas de firma electrónica que tiene que utilizar a su personal, los cuales pueden identificar de manera conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y la administración u órgano en que presta sus servicios."

De la misma manera, el artículo 45 de la Ley 40/2015 (Aseguramiento e interoperabilidad de la firma electrónica) indica:

"1. Las administraciones públicas pueden determinar los trámites e informes que incluyan una firma electrónica reconocida o calificada y adelantada basada en certificados electrónicos reconocidos o calificados de firma electrónica".

En definitiva, en aplicación de las leyes 39/2015 y 40/2015, las administraciones públicas requieren una adaptación muy profunda desde la vertiente tecnológica y organizativa, lo cual incluye determinar el tipo de firma que se tiene que utilizar en función del trámite, dotar de firma electrónica a los empleados públicos y desarrollar sistemas y aplicaciones que den respuesta a la tramitación electrónica, que permita dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 39/2015 relativas al régimen de validez y eficacia de las copias, los requisitos necesarios para que una copia sea auténtica y las características que tienen que tener los documentos emitidos por las administraciones públicas para ser considerados válidos, así como los que tienen que aportar los interesados en el procedimiento.

En este punto es preciso señalar que si bien compartimos la conclusión de la imposibilidad de aplicación de las previsiones de la Ley 39/2015, en cuanto a la cuestión de la posibilidad de sustanciar expedientes administrativos mixtos o híbridos, es decir, que comparten documentos en papel y electrónicos, y por ello debemos manifestar que estamos de acuerdo con el hecho de que resulta muy difícil poder calificar a los mismos como nulos o anulables, en cambio, estimamos que en aras al principio de seguridad jurídica como explicaremos posteriormente, resulta adecuado y necesario proceder a la aprobación de un marco legal que regule el uso de los instrumentos o medios electrónicos en los expedientes administrativos no íntegramente electrónicos.

En cualquier caso, es una realidad que el mandamiento derivado del artículo 36 de la Ley 39/2015, a pesar de entrar en vigor el 2 de octubre de 2016, no se podrá aplicar totalmente en la tramitación interna del procedimiento, por lo tanto, la tramitación interna en papel convivirá con la tramitación electrónica y los expedientes administrativos podrán incluir documentación producida inicialmente en papel y documentación electrónica.

Eso obliga a ponderar los efectos que derivan del incumplimiento del artículo 36.1 de la Ley 39/2015. ¿Es decir, qué pasa con los actos administrativos y las resoluciones de que, con posterioridad al 2 de octubre de 2016, se formalicen en apoyo papel?

La respuesta no es fácil. De entrada, un incumplimiento de una previsión legal en la producción de un acto administrativo supone un vicio de procedimiento que puede afectar a la validez del acto, pero esta valoración dependerá de las circunstancias del caso en concreto.

A grandes rasgos, el régimen de validez de los actos administrativos, en los casos en que se producen vicios de procedimiento, se valora en función de sí el incumplimiento de la forma electrónica determina la invalidez del acto administrativo correspondiente o, lo que es lo mismo, si concurre un supuesto de nulidad de pleno derecho o de simple anulabilidad.

La doctrina general del derecho administrativo, aplicable al caso que nos ocupa, indica que la nulidad de pleno derecho tiene que declararse exclusivamente en los casos estrictamente previstos en la ley, y podemos concluir que las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 no incluyen el supuesto de emisión de un acto administrativo en apoyo papel.

Descartada la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad del artículo 48 se produce con respecto a los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, como sería la vulneración de la forma impuesta por el artículo 36 de la misma norma.

A pesar de esta previsión, el apartado 2 del artículo 48 dice:

"No obstante, el defecto de forma sólo determina la anulabilidad cuando el acto no tenga los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados".

En este sentido, cuando el acto administrativo no ha dejado de alcanzar su finalidad, ni ha producido indefensión, no se produce la anulabilidad. En la valoración de la concurrencia de una causa de anulabilidad, la jurisprudencia se reitera en la necesidad de ponderar la relevancia del defecto procedimental en cada supuesto específico.

En tanto que se acaba de producir la entrada en vigor de la Ley 39/2015 y que la Administración tiene que acabar de adoptar las medidas técnicas y organizativas que hagan viable dar cumplimiento a la emisión de actos administrativos en apoyo electrónico, en los casos de emisión de un acto administrativo en apoyo papel no concurre una causa de anulabilidad. No entenderlo de esta manera nos llevaría a no poder continuar la tramitación y la resolución del procedimiento si no estamos en condiciones de cumplir con la forma electrónica. Esta

consecuencia sería claramente contraria al interés general y a la obligación de resolver que tiene la Administración.

De acuerdo con el expuesto, los actos administrativos emitidos en apoyo papel a partir del 2 de octubre de 2016 no incurren en causa de anulabilidad. No obstante, cómo indica el mismo precepto legal y como ya hemos adelantado, en función de las circunstancias del caso en concreto, podríamos encontrarnos con algunos supuestos de anulabilidad si existieran situaciones de indefensión o no se cumplieran los requisitos formales indispensables para alcanzar la finalidad del acto, cómo sería el caso si se hubiera producido una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, que incidiera en la decisión de fondo y alterara eventualmente el sentido, en perjuicio del administrado y de la misma Administración.

No entraremos en disquisiciones sobre cuál es la finalidad del acto administrativo en general, o de un acto administrativo en particular, más allá de entender que la Administración actúa por razones de interés general, con objetividad y transparencia, y que la finalidad del procedimiento administrativo es el control de la actuación administrativa. Igualmente, la introducción de la tramitación electrónica, no tan sólo es una herramienta de eficacia y eficiencia, sino que también incrementa la transparencia y la objetividad, como consecuencia de la trazabilidad y sellado de tiempo que acompaña las actuaciones administrativas.

En resumidas cuentas, a partir del 2 de octubre de 2016 se tienen que emitir los actos en apoyo electrónico, mediante las herramientas, los sistemas y las aplicaciones que las administraciones públicas ponga a disposición de los empleados públicos. En caso de que eso no sea posible, por falta de instrumentos adecuados para dar cumplimiento a los requerimientos legalmente existentes, los actos administrativos se pueden producir en apoyo papel, tal como se ha expuesto previamente.

3. Obligatoriedad en relación con las personas jurídicas. Las notificaciones electrónicas obligatorias

a) Los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.

Hay que tener presente que una de las novedades más relevantes de la Ley 39/2015 es el sustancial incremento de los sujetos obligados a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas. Nos referimos a los sujetos enumerados en el apartado 2 del artículo 14, en concreto:

"a) Las personas jurídicas.

b) Las entidades sin personalidad jurídica.

c) Los que ejerzan una actividad profesional para la cual se requiera la colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que lleven a cabo con las administraciones públicas en ejercicio de la actividad profesional mencionada. En todo caso, dentro de este colectivo se entienden incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Los que representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

e) Los empleados de las administraciones públicas para los trámites y actuaciones que efectúen con ellas en razón de su condición de empleado público, tal como determine reglamentariamente cada Administración.”

Evaluar cuando resulta aplicable esta obligación requiere una atención especial, ya que, aparentemente, el artículo 14.2 entraría en vigor el 2 de octubre de 2016. Hay que tener presente que, por su magnitud cuantitativa y cualitativa, es esencial determinar esta cuestión en relación con las personas jurídicas.

A nuestro entender, tal como hemos indicado en el primer apartado, en tanto que el registro electrónico general no entra en vigor hasta el 2 de octubre de 2018, no resulta aplicable la obligatoriedad hasta aquella fecha para los colectivos enumerados en el artículo 14.2, ya que estos colectivos no tendrían las herramientas necesarias para poder cumplir con la tramitación electrónica obligatoria.

No tenemos que olvidar que la Ley 39/2015 excluye, en el artículo 12.2 (Asistencia en el uso de los medios electrónicos) los colectivos del artículo 14.2. Por otra parte, el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 indica:

“Si alguno de los sujetos a que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las administraciones públicas tienen que requerir al interesado para que la repare a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considera como fecha de presentación de la solicitud aquella en que se haya llevado a cabo la enmienda”.

*Si no admitiéramos que la obligación de tramitación electrónica para los colectivos a que hace referencia el artículo 14.2 no se aplica hasta el 2 de octubre de 2018 (cuándo haya un registro electrónico general), **nos encontraríamos que personas jurídicas aparentemente obligadas a tramitar electrónicamente no podrían llevar a cabo actuaciones ante las administraciones públicas, ya que sus solicitudes presenciales no serían válidas y tendrían que ser requeridas para que las presentaran en apoyo electrónico, momento a partir del cual serían válidas (pero obviamente no podrían presentarlas, ante la inexistencia del registro general antes indicado). En resumidas cuentas, se produciría una situación de indefensión material.***

Además, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley 39/2015, la simultaneidad de canal o el derecho a escoger canal, mientras no entre en vigor el registro electrónico, se reconoce de manera indiferenciada como un derecho de todas las personas.

b) La Cuestión de las Notificaciones Electrónicas.

En este caso, la Ley 39/2015 no tiene ninguna previsión que demore en el tiempo la obligación que las notificaciones a las personas jurídicas sean realizadas obligatoriamente en apoyo electrónico.

En cualquier caso, la práctica de la notificación electrónica requiere la existencia previa de un medio electrónico y, si procede, de una dirección de correo electrónico y/o un dispositivo electrónico a fin de que las administraciones públicas avisen a los interesados del envío o puesta a disposición de la notificación.

En los casos en que se disponga de este medio electrónico para la práctica de la notificación, la notificación se podrá realizar de manera directa. Por ejemplo, el artículo 66.1, cuando habla de los requisitos de las solicitudes en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, incluye en el apartado b), la identificación del medio electrónico o, si no está, el lugar físico en que el interesado quiere que se practique la notificación.

En los casos en que la persona obligada a ser notificada electrónicamente no disponga previamente de este medio electrónico –o no tenga conocimiento de este medio–, a efectos de evitar situaciones de indefensión, habrá que notificar previamente a la persona jurídica o sujeto obligado que las notificaciones que le afecten, ya sea en relación con un procedimiento concreto o en relación con todos los procedimientos de aquella Administración en que tenga la condición de interesado se llevarán a término por el medio electrónico que haya determinado la Administración, tal como prevé el artículo 43.1:

"Las notificaciones por medios electrónicos se tienen que practicar mediante la comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través d la dirección electrónica habilitada única o mediante los dos sistemas, según disponga cada Administración u organismo".

En el artículo 41.1, la Ley, cuando regula las condiciones generales para la práctica de las notificaciones, prevé:

"1. Las notificaciones se tienen que practicar preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado esté obligado a recibirlas por esta vía.

No obstante, las administraciones pueden practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los supuestos siguientes:

a) Cuando la notificación se efectúe con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en este momento.

b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa sea necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificadora”.

En este sentido, en los casos en que la persona jurídica no disponga previamente de un medio electrónico predeterminado para la práctica de la notificación, habría que notificarle previamente por medios no electrónicos la identificación de este medio, cosa que sería especialmente relevante en el caso de los procedimientos iniciados de oficio por la Administración.

A la vista del contenido de esta circular y su excelente fundamentación poco más podemos añadir, y desde luego uno de sus principales responsables, el compañero Xavier Urios Aparisi, seguro que podrá ofrecer mayores explicaciones al respecto, pero lógicamente nuestra ponencia no puede limitarse a destacar una excelente buena práctica, sino que nuestra finalidad es también incorporar al debate jurídico otras cuestiones que entendemos esenciales en la implementación de los expedientes electrónicos (procedimiento administrativo).

1.2 La utilización de instrumentos o medios electrónicos en los expedientes no íntegramente electrónicos.

Como ya hemos indicado anteriormente con relación a la posibilidad de sustanciar expedientes administrativos mixtos o híbridos, es decir, que comparte documentos en papel y documentos electrónicos, estimamos que en aras al principio de seguridad jurídica resulta adecuado y necesario la aprobación de un marco legal que regule el uso de estos instrumentos o medios electrónicos en los expedientes administrativos no íntegramente electrónicos.

Así, debemos realizar una breve aproximación, si bien con la limitación de una ponencia de estas características, al marco normativo vigente que regula la figura del expediente administrativo, pudiendo afirmar, a nuestro juicio, que solo tenemos una regulación normativa de dos clases de expedientes, en función de su tipo de soporte,

en concreto, íntegramente en papel (tradicional) o íntegramente electrónico, resultando que su marco normativo sería el siguiente:

a) Expediente Tradicional (en papel), que conforme lo manifestado anteriormente al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria cuarta, garantía de los derechos de los ciudadanos y la imposibilidad jurídico-material de la implementación del expediente electrónico integral conforme las exigencias de la Ley 39/2015 LPAC, en especial el artículo 70 de la precitada norma, continúa siendo su único régimen jurídico las previsiones de la Ley 30/1992, que recordemos solo regula el expediente administrativo sustanciado **íntegramente** en papel.

b) Expediente íntegramente electrónico, en el caso de los expedientes sustanciados al amparo de las previsiones de la LAE, estos se encontraban regulados en las previsiones del artículo 32 de la LAE, y estas previsiones fueron completadas por lo establecido la Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Expediente Electrónico. (BOE núm. 182, de 30 de julio de 2011), previsiones que es importante tener en cuenta continúan en vigor, y que examinado su contenido no hay duda de que no existe colisión normativa con el vigente contenido del artículo 70 de la LPAC, y al amparo de la misma podemos determinar los componentes de un expediente electrónico que son:

a) Los documentos electrónicos. Estos pueden encontrarse como elementos independientes o bien agrupados en una carpeta que responde a un motivo funcional, o conceptualmente a un sub-expediente electrónico, que de hecho funciona como otro expediente, anidado en el primero (por ejemplo la ejecución en diversas fases de una procedimiento sancionador y la ejecución de la sanción impuesta). Por lo tanto dentro de un expediente pueden convivir documentos sueltos y agrupaciones documentales.

b) El índice electrónico que es el que garantiza la vinculación entre los documentos que conforman el expediente, señalando a su vez su orden y su posible disposición en carpetas. El contenido del índice reflejará el patrón documental señalado para la ejecución del procedimiento. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este no es un documento administrativo electrónico, por ello no tiene metadatos, y es responsabilidad de cada organización su diseño e implementación.

c) La firma del índice electrónico que garantiza la autenticidad e integridad de su contenido, y por extensión, de los documentos que conforman el expediente electrónico así como de su estructura.

d) Los metadatos del expediente electrónico o conjunto de datos que proporciona contexto al contenido, estructura y firma del expediente, contribuyendo al valor probatorio de éste a lo largo del tiempo y haciendo posible su disponibilidad y recuperación.

Para que los expedientes puedan ser puestos a disposición o remitidos, o simplemente recuperados requieren de un código de identificación único, que compartirán con cada uno de los documentos que lo integran, añadiendo estos además a dicho código su carácter de documento y no de expediente y su número de orden dentro del mismo, figurando en el Anexo I de la citada Orden, un ejemplo de esta clase de identificador.

Pues bien, como puede apreciarse estas previsiones regulan exclusivamente los **expedientes integralmente sustanciados por medios electrónicos**, de manera que en este caso, tampoco existe previsión legal sobre la posible utilización de medios o instrumentos de forma mixta (papel y electrónicos), y esta es precisamente la clave del debate que planteamos en esta punto de la ponencia, dado que como consecuencia del proceso de implementación de la LPAC, puede resultar organizativamente adecuado ir incorporando de forma paulatina la utilización de medios electrónicos (firma, comunicaciones, notificaciones, etc.), pero la cuestión es determinar si existe una concreta norma estatal que ampare esta decisión, y nuestra respuesta, es que no existe, ya que como hemos visto nos encontramos que la regulación de los medios materiales de sustanciación de un expediente administrativo, se centran exclusivamente en la utilización exclusiva de medios tradicionales (en papel), y por otro lado, electrónicos, en ningún caso existe regulación sobre la posibilidad de incorporación al mismo de documentos originados en papel, y en sentido contrario, tampoco existe previsión legal alguna que regule la posibilidad y forma de incorporación de documentos electrónicos a los expedientes tradicionales (en papel).

Ante esta situación estimamos que es posible articular una salida legal mediante la regulación normativa, sobre el régimen jurídico de utilización de medios

electrónicos en los expedientes que no tengan la condición de íntegramente electrónicos, y ello básicamente tendría su fundamento en las **siguientes consideraciones:**

Primera.- Desde un punto de vista de eficacia (art. 103.1 CE) y eficiencia (art. 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) administrativa, resulta razonable y coherente establecer medios de implementación para la incorporación paulatina al funcionamiento de la organización administrativa de los instrumentos técnicos de la e-administración regulados en la Ley 39/2015 (LPACAP) y Ley 40/2015 (LRJSP). Ya que esperar al último momento para proceder a un cambio sin tránsito del expediente integro en papel al electrónico, solo puede ser origen de problemas de implementación que repercutirían de forma inmediata en el funcionamiento ordinario de la organización y los derechos de los ciudadanos.

Segunda.- Estamos en presencia de una regulación que para nada afecta al régimen jurídico básico estatal, tanto en la regulación del denominado "procedimiento administrativo común" como tampoco de las previsiones básicas sobre el expediente administrativo electrónico, que no son objeto de regulación específica alguna, sino que la finalidad de la norma sería cubrir el vacío normativo a este respecto y por otro lado, y esto es lo esencial dar cobertura legal, que ahora no existe, a la utilización de instrumentos técnicos de carácter electrónico en la sustanciación de expedientes instruidos de forma tradicional (en papel).

Es más, con esta clase de instrumento normativo se alcanzarían una serie de objetivos básicos en las relaciones de la administración con los ciudadanos:

a) No se alteran ninguno de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración previstos en la LRJPAC y la LAE, y tampoco existe colisión con las previsiones de la LPAC que se refieren exclusivamente al expediente electrónico integro y que tiene demorada su entrada en vigor.

b) Tampoco se modifica ni se incorpora previsión alguna que modifique el régimen jurídico general del procedimiento administrativo común regulado en la Ley 30/1992 LRJPAC y en la LPAC y LRJSP. De manera que no existe invasión competencial alguna, con relación al Estado Central en el ejercicio de sus competencias al amparo de las previsiones del artículo 149.1.18 C.E.

c) Además, se consigue otorgar mayor seguridad jurídica a las relaciones de los ciudadanos con la administración, ya que hasta estos momentos es una realidad en todas las administraciones públicas la incorporación a los expedientes tradicionales de copias en papel de documentos electrónicos (certificaciones emitidas por Actuaciones administrativas automatizadas sobre la situación administrativa del ciudadano con relación a la Seguridad Social, Deudas tributarias, etc.), y no existe regulación alguna sobre el régimen jurídico de esos documentos en papel, es decir, que requisitos deben cumplir en su emisión (metadatos, firma longeva, etc.) y si se les puede atribuir la condición de "copia auténtica" de un documento electrónico, pues tampoco existe regulación alguna sobre el archivo electrónico específico, y estas certificaciones no forman parte de ningún expediente electrónico al cual podrían quedar integrados mediante índice electrónico firmado que es lo que regula específicamente la LAE, de manera que nos podemos encontrar con un documento electrónico, en sentido amplio, que no cumpla los requisitos de la LAE ni del ENI, sin que pierda su naturaleza electrónica, pero en cambio para los ciudadanos su garantías jurídicas quedan seriamente mermadas, y además sin amparo normativo alguno para la propia administración para utilizar esta clase de instrumentos en los expedientes tradicionales.

Pero es más tampoco se regulan estas cuestiones con relación a una resolución firmada electrónicamente que finalice un expediente tradicional, es decir, no hay marco normativo de soporte (política de firma electrónica y régimen jurídico de utilización de la firma de autoridades y empleados públicos) que determine que tipo de firma electrónica utilizar y en que condiciones, de manera que podría darse el dislate de utilización de "firma electrónica simple" o la utilización de un CSV – que esta reservado en exclusiva para las actuaciones administrativas automatizadas y no para actuaciones personales--, para la firma de resoluciones en esta clase de expedientes tradicionales, obviando el uso de firma avanzada o cualificada y el correspondiente "time-stamping", lo que supondría que el documento electrónico generado incumpliría las más elementos garantías técnicas y jurídicas, por ello, resulta esencial la regulación de un régimen jurídico que ofrezca la obligada seguridad y garantías jurídicas, pues se puede hablar que en muchos casos estamos ante "actuaciones de hecho", ya que, no existe marco normativo que las ampare, pues la regulación específica de la e-administración solo regula su aplicación a los expedientes administrativos electrónicos, y no existe previsión alguna de la utilización parcial de medios en otra clase de expedientes.

En este sentido se puede tomar como ejemplo la regulación del RDL 3/2011, de 14 de noviembre TRLCSP, en concreto, su disposición adicional decimosexta que regula la utilización de instrumentos electrónicos en los procedimientos de licitación pública, que lógicamente son de competencia estatal su regulación integra, y por ello, se encuentran excluidos en la disposición adicional. Así, el marco normativo estatal sobre contratos establece una regulación específica sobre la utilización de medios electrónicos en los procesos de licitación, cuya sustanciación como es conocida hasta estos momentos es íntegramente en papel, salvo en aquellas administraciones que hayan adelantado la aplicación de las Directivas comunitarias al respecto, y como sigue reconociendo en el mismo sentido el Anteproyecto de Ley de Contratos que ha sido objeto de informe por el Consejo de Estado.

Finalmente debemos indicar que estas consideraciones han tomado forma normativa en la Comunidad Autónoma de Cantabria, mediante la aprobación del Decreto 10/2017 de 9 de marzo, por el que se regula la utilización de medios tecnológicos en los expedientes que no tengan la condición de íntegramente electrónicos, texto que desde una consideración técnico-normativa debemos señalar que personalmente no compartimos en algunas de sus previsiones, pero que de forma global estimamos que el mismo constituye un instrumento adecuado para alcanzar la finalidad de seguridad jurídica que hemos señalado en nuestras anteriores consideraciones.

II.- Los Instrumentos técnico-normativos necesarios para la implementación de los expedientes administrativos electrónicos¹.

En este apartado queremos examinar la cuestión de los instrumentos técnico-normativos que conforme las determinaciones del ENS y ENI y sus disposiciones de desarrollo, normas que recordamos tienen carácter básico, constituyen los cimientos previos a la implementación y puesta en funcionamiento de cualquier aplicación o plataforma de gestión integral de expedientes administrativos o de registro electrónico o apoderamiento, a simple título de ejemplo. Estos instrumentos están pasando

¹ A este respecto, nos debemos remitir al examen general y detallado sobre la naturaleza jurídica de los instrumentos técnico-normativos, en desarrollo del ENS y ENI, en concreto: FONDEVILA ANTOLIN, J., “Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad”, en Director: Eduardo Gamero Casado; Coordinadores: Severiano Fernández Ramos y Julián Valero Torrijos: *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch – Valencia (2017)

desapercibidos en general, pero los mismo son los cimientos de la e-administración y en torno a su configuración y regulación existe un amplio y complejo panorama normativo, siendo uno de los temas esenciales el de su naturaleza jurídica.

A) Tipología de Instrumentos técnico-normativos.

Efectivamente los instrumentos a los que nos referimos serían básicamente los siguientes:

1.- Política de Seguridad Informática. (Real Decreto 3/2010 ENS). Dentro de esta debe regularse necesariamente otros ámbitos complementarios, en especial, la normativa de organización y funcionamiento de la seguridad Informática, y el de utilización de recursos (ordenadores, tablets, teléfonos móviles, etc.) y sistemas tecnológicos.

2.- Política de Firma electrónica y certificados, incluido dentro de esta el régimen legal de autorización y uso de la firma electrónica de los empleados públicos, conforme determina el artículo 18 del ENI y sus anexos, y de forma complementaria la Ley 40/2015 LRJSP.

3.- Política de documento, expediente y archivo electrónicos, conforme determina el artículo 21 del ENI y sus anexos.

Además de los instrumentos señalados resulta necesario tener en cuenta que la aprobación de la política de firma electrónica debe ser sometida a la conformidad del Estado Central, conforme determina la Resolución de 27 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma y Sello Electrónicos y de Certificados de la Administración. (BOE 3-11-2017), que establece expresamente:

II.5 Interacción con otras políticas.

1. Las Administraciones Públicas se acogerán preferentemente a la Política Marco de Firma Electrónica basada en Certificados

a. Cada organización valorará la necesidad y conveniencia de desarrollar una política propia frente a la posibilidad de utilizar una política marco existente.

b. Las Administraciones Públicas podrán aprobar otras políticas de firma y sello electrónicos dentro de sus ámbitos competenciales si las características particulares de

los procedimientos administrativos bajo su competencia lo hacen necesario. Las políticas de firma y sello particulares estarán orientadas a un contexto concreto, de carácter horizontal, no a una organización concreta. En el caso de que en una organización se deseen normalizar únicamente aspectos técnicos de las firmas electrónicas, se optará por otro instrumento distinto de una Política de firma y sello, como instrucciones técnicas internas o directrices de aplicaciones.

c. Serán aprobadas con informe favorable del Comité Sectorial de Administración Electrónica y del Comité Ejecutivo de la Comisión de Estrategia TIC, una vez verificada su interoperabilidad con la Política Marco de Firma Electrónica basada en Certificados.

d. Con objeto de permitir la interoperabilidad de las firmas electrónicas acordes a políticas, las políticas que las Administraciones Públicas aprueben deberán ser comunicadas, junto con sus correspondientes ficheros de implementación, a la Dirección de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Estas previsiones deben ser calificadas de claramente inconstitucionales, pero en estos momentos resultan de directa aplicación, y por ello, de obligado cumplimiento por todas las AA.PP.

Asimismo, también es preciso no olvidar que sus sistemas de seguridad deben ser auditados tanto internamente como externamente por operados autorizados, conforme establece la Resolución de 13 de octubre de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad. (BOE 2-11-2016).

III. Procedimientos de determinación de la conformidad

III.1 En función de la categoría de los sistemas de información del ámbito de aplicación del Esquema Nacional de Seguridad, de acuerdo con el Anexo I del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, se define el procedimiento de determinación de la conformidad. Así los sistemas de categoría BÁSICA solo requerirán de una autoevaluación para su declaración de la conformidad, mientras que los sistemas de categoría MEDIA O ALTA precisarán de una auditoría formal para su certificación de la conformidad.

III.2 La declaración de la conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de los sistemas de información con categoría BÁSICA se realizará mediante una autoevaluación que, con carácter ordinario, verifique el cumplimiento de los requerimientos contemplados en el Esquema, al menos cada dos años. Dicha autoevaluación atenderá a lo dispuesto sobre auditoría en el artículo 34 y en el anexo III del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero. Dicha autoevaluación podrá ser desarrollada por el mismo personal que administra el sistema de información o en quién éste delegue.

III.3 La certificación de la conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de los sistemas de información con categorías MEDIA o ALTA se realizará mediante un procedimiento de auditoría formal que, con carácter ordinario, verifique el cumplimiento de los requerimientos contemplados en el Esquema, al menos cada dos años. Dicha auditoría se realizará según lo dispuesto en el artículo 34 y en el anexo III del Real Decreto 3/2010, de 8 de enero.

III.4 Siendo obligatoria la auditoría formal para los sistemas de categoría MEDIA Y ALTA nada impide que un sistema de categoría BÁSICA se someta igualmente a una auditoría formal de certificación de la conformidad, siendo esta posibilidad siempre la deseable.

IV. Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de sistemas de categoría BÁSICA y su publicidad

IV.1 La Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de sistemas de categoría BÁSICA o inferior será expedida por la propia entidad bajo cuya responsabilidad se encuentren dichos sistemas, y se completará mediante un Distintivo de Declaración de Conformidad cuyo uso estará condicionado a la antedicha Declaración de Conformidad.

IV.2 Dicha Declaración de Conformidad así como su distintivo se expresarán en documentos electrónicos, en formato no editable y poseerán el aspecto que se muestra en los Anexos I y II respectivamente de la presente Instrucción Técnica de Seguridad.

IV.3 Para publicar la Declaración de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en el caso de sistemas de información de categoría BÁSICA o inferior bastará con la exhibición en la sede electrónica de la entidad pública titular o usuaria

del sistema de información en cuestión, del Distintivo de Declaración de Conformidad que incluirá un enlace al documento de Declaración de Conformidad correspondiente, que también permanecerá accesible a través de dicha sede electrónica.

V. Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad de sistemas de categoría MEDIA o ALTA y su publicidad

V.1 La Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad, de sistemas de categorías MEDIA o ALTA, será expedida por una entidad certificadora y se completará mediante un Distintivo de Certificación de Conformidad cuyo uso estará condicionado a la antedicha Certificación de Conformidad.

V.2 Dicha Certificación de Conformidad así como su distintivo se expresarán en documentos electrónicos, en formato no editable y poseerán el aspecto que se muestra en los Anexos III y IV respectivamente de la presente Instrucción Técnica de Seguridad.

V.3 Para publicar la Certificación de Conformidad con el Esquema Nacional de Seguridad en el caso de sistemas de información de categoría MEDIA O ALTA bastará con la exhibición en la sede electrónica de la entidad pública titular o usuaria del sistema de información en cuestión, del Distintivo de Certificación de Conformidad que incluirá un enlace al documento de Certificación de Conformidad correspondiente, que también permanecerá accesible a través de dicha sede electrónica.

Estas previsiones además de suponer un grave costo económico para todas las corporaciones locales, resultan claramente inconstitucionales y han sido recurridas en estos momentos por la Comunidad Autónoma de Cataluña.

B) Naturaleza Jurídica de estos instrumentos y consecuencias jurídicas.

A este respecto, debemos señalar que nos encontramos ante una cuestión que esta resultando una auténtico dislate regulatorio por parte de todas las administraciones públicas, encabezando este problema la Administración General del Estado al utilizar instrumentos inadecuados para la regulación y desarrollo del ENS y ENI, nos referimos a la denominadas Guías e Instrucciones Técnicas, esta cuestión ha sido objeto de un

estudio detallado en otro trabajo al cual nos remitimos², dadas las limitaciones de una ponencia.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de estos instrumentos de obligada aprobación por todas las administraciones públicas, en gran parte su contenido tiene naturaleza reglamentaria, es decir, necesitan de un instrumento de aprobación y regulación revestido tanto desde el punto de vista jurídico material como formal de Decreto u Orden, y para una adecuada comprensión de esta conclusión vamos a realizar una breve aproximación a dos de estos instrumentos técnico-normativos, cuyas conclusiones a este respecto son directamente trasladables a la Política de documento, expediente y archivo electrónico:

1.- La Política de Seguridad³.

Nos encontramos ante uno de los instrumentos más importantes en la ejecución y desarrollo del ENS, puesto que el mismo es la bóveda de clave de todo el sistema de seguridad de la información que debe implantar toda administración pública en su organización.

A) Concepto y contenido material.

Lógicamente la primera cuestión a examinar es la delimitación del concepto de Política de Seguridad, y a este respecto nos encontramos con algunas pequeñas orientaciones en el texto normativo, en concreto, debemos comenzar por lo establecido en el artículo 11.1 del ENS, que obliga a todas las Administraciones Públicas a disponer de la misma, siendo su finalidad regular la gestión continuada de la seguridad en su seno.

También, podemos tomar como referencia la definición incorporada al anexo IV (Glosario) del ENS, que establece:

"Conjunto de directrices plasmadas en documento escrito, que rigen la forma en que una organización gestiona y protege la información y los servicios que considera críticos."

² FONDEVILA ANTOLIN, J., Capítulo IX, "Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El Esquema Nacional de Seguridad", en Director: Eduardo Gamero Casado; Coordinadores: Severiano Fernández Ramos y Julián Valero Torrijos: *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch – Valencia (2017).

³ Esta exposición recoge lo publicado en FONDEVILA ANTOLIN, J., (2017), *Opus. Cit.*

Texto que merece de entrada una seria crítica desde un criterio de seguridad jurídica y respeto al ordenamiento jurídico, ya que, la utilización de un término como "documento" resulta sorprendente, pues la pregunta a formular a continuación sería ¿se están refiriendo a documento en papel o electrónico?, y en el último caso, cuáles serían los metadatos a incluir en el mismo, pues por principio toda directriz o información hay que plasmarla sobre un elemento físico material, aunque quizás hayan querido evitar la tentación de utilizar las órdenes verbales, lo cual demostraría a su juicio que estamos en una administración del siglo XXI. Hay que exigir una mínima seriedad cuándo estamos en presencia de una regulación normativa, pues lo esencial es determinar la naturaleza jurídica de los instrumentos a utilizar por las administraciones (Resolución, Acuerdo, Decreto, Reglamento, Orden, etc.), el medio material de plasmación es obvio y superfluo.

Asimismo, otra pista la encontramos en el examen de los requisitos establecidos en el apartado 1º del artículo 11, destacando a este respecto, y ello, por cuánto, a nuestro juicio, no estamos propiamente ante lo que denomina la norma como requisitos, sino que se ha utilizado incorrectamente esta denominación, pues realmente lo que describe este apartado son los contenidos materiales mínimos que debe contener la política de seguridad, y nos remitimos a la lectura del precepto⁴.

Finalmente, resulta esencial para el examen del contenido material de la política de seguridad, lo determinado por las previsiones del apartado 3º del Anexo II del ENS⁵,

-
- ⁴ a) Organización e implantación del proceso de seguridad.
b) Análisis y gestión de los riesgos.
c) Gestión de personal.
d) Profesionalidad.
e) Autorización y control de los accesos.
f) Protección de las instalaciones.
g) Adquisición de productos.
h) Seguridad por defecto.
i) Integridad y actualización del sistema.
j) Protección de la información almacenada y en tránsito.
k) Prevención ante otros sistemas de información interconectados.
l) Registro de actividad.
m) Incidentes de seguridad.
n) Continuidad de la actividad.
o) Mejora continua del proceso de seguridad.

⁵ 3. El marco organizativo está constituido por un conjunto de medidas relacionadas con la organización global de la seguridad.

3.1 Política de seguridad

[.....]

del examen concurrente de todas estas previsiones podemos formular una clasificación por criterio material con relación al contenido obligatorio de la Política de seguridad, en concreto:

a) Contenido Organizativo:

En este grupo debemos agrupar todas aquellas materias que contienen exigencias legales tanto de establecimiento de los objetivos o "misión" de esta, como su estructuración organizativa, es decir, creación y atribución del ejercicio de competencias y funciones a órganos y unidades administrativas, y su lógica proyección sobre el contenido de las Relaciones de Puestos de Trabajo, lo que supone la necesidad de una regulación normativa al respecto.

Así, podemos incluir en este apartado las previsiones del artículo 11.1 apartados a) y c) del ENS, que hacen referencia a la organización e implantación de la seguridad y la gestión del personal asignado a la misma. Asimismo, también encuentran su ubicación aquí las previsiones del apartado 3.1 apartados b),c),d) y e) del Anexo II del ENS, cuyo contenido se centra en la regulación del marco normativo aplicable, creación de Comités de gestión y coordinación de la seguridad, así como la atribución de las "funciones", en sentido técnico jurídico "competencias y funciones" de los diferentes

La política de seguridad será aprobada por el órgano superior competente que corresponda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11, y se plasmará en un documento escrito, en el que, de forma clara, se precise, al menos, lo siguiente:

- a) Los objetivos o misión de la organización.
- b) El marco legal y regulatorio en el que se desarrollarán las actividades.
- c) Los roles o funciones de seguridad, definiendo para cada uno, los deberes y responsabilidades del cargo, así como el procedimiento para su designación y renovación.
- d) La estructura del comité o los comités para la gestión y coordinación de la seguridad, detallando su ámbito de responsabilidad, los miembros y la relación con otros elementos de la organización.
- e) Las directrices para la estructuración de la documentación de seguridad del sistema, su gestión y acceso.

La política de seguridad debe referenciar y ser coherente con lo establecido en el Documento de Seguridad que exige el Real Decreto 1720/2007, en lo que corresponda.

3.2 Normativa de seguridad

[.....].

Se dispondrá de una serie de documentos que describan:

- a) El uso correcto de equipos, servicios e instalaciones.
- b) Lo que se considerará uso indebido.
- c) La responsabilidad del personal con respecto al cumplimiento o violación de estas normas: derechos, deberes y medidas disciplinarias de acuerdo con la legislación vigente.

3.3 Procedimientos de seguridad

[.....].

Se dispondrá de una serie de documentos que detallen de forma clara y precisa:

- a) Cómo llevar a cabo las tareas habituales.
- b) Quién debe hacer cada tarea.
- c) Cómo identificar y reportar comportamientos anómalos.

“cargos”⁶, debiendo estimarse que este término hace referencia a los titulares de diferentes órganos administrativos (competencias) y unidades administrativas (funciones). En este mismo Anexo II, debemos remitirnos a las previsiones del apartado 3.1 a), que establece la obligación de regulación de algo tan esencial como el objeto material de la misma y sus fines, ya que responde este contenido al concepto clásico normativo de delimitación de objeto y ámbito de aplicación, materia que desde luego supera la esfera de las denominadas instrucciones, por lo que deviene la obligación de su regulación por medios normativos, ya que en caso contrario no podría exigirse obligación alguna para los órganos y unidades administrativas encargadas de la ejecución de la política de seguridad, además de resultar determinantes a la hora de interpretar por los gestores cualquier problema que pueda surgir en la aplicación de las previsiones del ENS y de la propia Política de Seguridad de esa administración pública.

Por lo tanto, nos encontramos en este ámbito organizativo dos actuaciones básicas: la creación de los órganos y unidades administrativas responsables de la seguridad y en segundo lugar, la atribución del ejercicio de las competencias y funciones en materia de seguridad que cada administración pública tiene atribuido competencialmente, pues recordemos que la organización (personalidad jurídica única) es la titular de las competencias que se distribuye y es ejercida por los órganos y unidades administrativas dependiente de esta, incluidos los denominados “cargos” que no son otra cosa que las personas físicas que desempeñan la titularidad de un órgano o unidad.

Pues bien, la articulación de estas dos actuaciones tiene su fundamento en la potestad organizativa de la Administración, pudiendo ser definida esta como la potestad de creación, configuración, modificación y supresión de organizaciones con personalidad jurídica y de órganos que actúen en el seno de estas organizaciones y, desde un punto de vista más amplio, podemos incluir en esta potestad la determinación de las competencias y las relaciones recíprocas, así como la dotación de medios personales y materiales⁷, y el desarrollo de esta potestad exige la aprobación de una norma jurídica que otorgue amparo legal a estas actuaciones, cuestión esta pacífica, y en este sentido debemos remitirnos a la doctrina española, en especial,

⁶ Con respecto al alcance y contenido de esta figura nos remitimos a GALLEGO ANABITARTE, A. (2000); “Conceptos y Principios fundamentales del Derecho de Organización”; Marcial Pons; Madrid; pp. 29 y ss.

⁷ PAREJO ALFONSO, L. (1982), *Apuntes de Derecho Administrativo (La Organización Administrativa en General)* - Cátedra Profesor García de Enterría - Universidad Complutense; Madrid; pp. 22 y ss.

Santamaría Pastor, que a su vez sigue el trabajo de Parejo Alfonso⁸, que considera que la actividad constitutiva de las organizaciones se realiza a través de un conjunto de actuaciones que, desde un punto de vista lógico, constituyen un proceso de organización, en el cual cabe distinguir, tal como señala la dogmática alemana, tres fases ideales:

1. La creación de la organización (Bildung) consistente en la decisión del poder público competente de que una determinada función o conjunto de funciones sean realizadas por un aparato orgánico que a tal fin se establezca.

2. La segunda fase sería el establecimiento o configuración de la organización (Errichtung), que supone la determinación concreta de la estructura interna, el detalle de sus funciones y potestades y su distribución entre los diferentes órganos de la Administración.

3. Por último, estaría la puesta en marcha o funcionamiento de la organización (Einrichtung) que, suponen la dotación material de los elementos personales y materiales para que la organización pueda desempeñar sus funciones.

Según la dogmática alemana las dos primeras fases señaladas poseerán un carácter normativo y se instrumentalizarán a través de normas jurídicas, en tanto que la tercera, se realizará a través de actos singulares (nombramientos de cargos, concursos para provisión de puestos de trabajo, adquisición de material, etc.). Esta posición doctrinal compartida por la nacional, ha sido recogida en nuestro ordenamiento jurídico, y a este respecto solo debemos remitirnos a las previsiones del artículo 12 de la LRJPAC, y en conjunto a la LG y la LOFAGE, en el caso estatal y en el mismo sentido lo observamos en las diferentes normas autonómicas y lo mismo podemos reseñar en el ámbito local por las previsiones de la LRBRL.

Así pues, no hay duda alguna de la necesidad de que los contenidos organizativos de la denominada "Política de Seguridad", deben ser objeto de regulación por medio de algún instrumento de naturaleza jurídica normativa, no es posible regular estos contenidos por medio de una instrucción u orden de servicio, que como ya hemos visto son actos administrativos, pero tampoco es admisible la referencia genérica del ENS de considerar como instrumento idóneo para regular la Política de seguridad que esta

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Fundación Ramón Areces, Madrid, pp. 304 y ss, y asimismo, PAREJO ALFONSO, L. (1982), *op. cit.*, pp. 22 y ss y 31 y ss.

quede "plasmada en un documento", más bien se queda uno "pasmado" ante esta clase de expresiones recogidas en una norma.

b) Contenido Procedimental.

En este apartado incluimos aquellas determinaciones que establecen la exigencia legal de una creación y regulación de procedimientos administrativos de funcionamiento y gestión de la seguridad, lo que supone que esta clase de contenidos también deban ser considerados de carácter normativo, ya que, recordemos no puede confundirse la finalidad de las "instrucciones u ordenes de servicio" *ad intra* que consisten en el establecimiento de criterios que informan, aclaran y regulan criterios de aplicación de la legislación o de un procedimiento administrativo previamente establecido por la correspondiente norma, con el establecimiento y creación de previsiones normativas como ocurre en este caso.

Las previsiones a las que nos referimos son las establecidas por el artículo 11.1 apartados b), e) y k), que establecen la obligación de regular un procedimiento para la gestión de riesgos, otro sobre el régimen de autorización y control de accesos y finalmente la regulación de la prevención ante otros sistemas interconectados.

Por otro lado, nos encontramos con las previsiones de los apartados 3.2 c), 3.3 b) y 3.4 del Anexo II del ENS, a este respecto es muy importante destacar que estas previsiones hacen referencia al establecimiento y regulación de la responsabilidad de los funcionarios, citando expresamente: derechos, deberes y medidas disciplinarias, es decir, estamos en presencia de una regulación específica de creación de tipos de infracción al amparo de los cuáles los funcionarios pueden ser objeto de sanción, es decir, estamos ante la regulación de un apartado del marco estatutario de los empleados públicos, con lo cual no hay duda de la necesidad de su regulación normativa, a pesar de la remisión general que se realiza a la conformidad de estas previsiones a la "legislación vigente", algo que por obvio resulta absolutamente insustancial.

También, se establece la obligación de regulación de un procedimiento formal de autorizaciones sobre utilización instalaciones, medios de comunicación, acceso a equipos y aplicaciones, etc., detallando incluso los elementos que deben conformar el mismo, dado que el término "autorización", conlleva la existencia de una regulación de derechos y obligaciones tanto para quien la otorga como para los sujetos a la misma,

que exige por su propia naturaleza una regulación normativa de carácter procedimental, y no hay duda posible de que el establecimiento de un procedimiento administrativo, no la orientación o información sobre su gestión, necesita obligadamente de un reconocimiento legal por medio de la correspondiente norma, en este caso sería de carácter reglamentario.

c) Contenido Instrumental Técnico o de Gestión Ordinaria.

Finalmente en este punto nos encontramos con un grupo de contenidos que por su configuración material, no exige una previa regulación normativa, sino que estamos en presencia del campo de las "instrucciones u ordenes de servicio", es decir, su naturaleza no tiene alcance normativo, ya que, se limita a dictar criterios u orientaciones sobre la aplicación o gestión de la política de seguridad de la información.

En este apartado podemos situar las previsiones del artículo 11.1 apartados f), g), i), j), l), m), n) y o) que regulan entre otras cuestiones, la protección de instalaciones, actualización del sistema, protección de la información almacenada y en tránsito, registro de actividad, incidentes de seguridad y la mejora del proceso de seguridad. Asimismo, también forma parte de este grupo el apartado 3.3 apartados a) y c), que deberán regular como llevar a cabo las tareas habituales y como comunicar comportamientos anómalos.

Por lo tanto, acotado el contenido material de la Política de Seguridad, debemos deducir del mismo, que estamos en presencia de un instrumento mixto que en su mayor parte tiene una naturaleza normativa, lo que va a exigir el uso de instrumentos normativos para su aprobación y desarrollo, y por otro lado, otra parte de la misma que hace referencia a la ordenación de la gestión y el funcionamiento del día a día que responde claramente al ámbito de las instrucciones u ordenes de servicio, y por ello, carentes de naturaleza jurídica normativa.

B) Examen de los instrumentos jurídicos adecuados para su aprobación y desarrollo.

Pues bien, nos volvemos a topar con la misma piedra que en el caso de las instrucciones de seguridad, es decir, no se concreta ni precisa los instrumentos de aprobación y desarrollo de la misma, y por ende queda sin precisar su alcance

normativo, desde luego a la vista de lo examinado anteriormente con relación a su contenido y finalidad podemos anticipar la conclusión de que esta figura necesita para su aprobación y desarrollo de una doble actuación, por un lado, la obligada regulación normativa de las áreas referidas a la organización y procedimental, y en segundo lugar, con relación al grupo material del área Instrumental Técnico o de Gestión Ordinaria, entendemos que estamos en presencia de actos administrativos reconducibles a las figuras clásicas de las "instrucciones y ordenes de servicio" (artículo 21 LRJPAC y artículo 6 de la LRJSP), en la práctica operada hasta estos momentos, nos remitimos a este respecto a lo reseñado en apartados anteriores. Así, podemos afirmar que al menos desde un criterio jurídico formal, en general se ha optado por su regulación por medio de instrumentos normativos (Órdenes Ministeriales o autonómicas, Decretos autonómicos, Reglamentos municipales), pero también encontramos ejemplos de aprobaciones de la misma por simples Resoluciones, Decretos de Alcaldía o Acuerdos Plenarios, que desde luego no cumplirían las más mínimas exigencias legales, a la vista de la naturaleza de carácter normativo que ostenta gran parte de su contenido.

Solo un examen detallado del contenido de sus previsiones nos puede orientar sobre la necesidad de formalizar la misma por medio de instrumentos normativos, ya que, además, el ENS, a este respecto se limita a atribuir el ejercicio de la competencia para su aprobación al titular del órgano superior correspondiente, cláusula abierta y lógica desde un criterio constitucional, dada la competencia atribuida por la Constitución Española de autoorganización a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.1. C.E.) y el principio de autonomía local para las entidades locales (artículo 140 C.E.), lo cual queda ratificado por las concretas previsiones del apartado 2º del artículo 11 del ENS, si bien, con una curiosa referencia a la identificación de órganos superiores con los responsables directos de la ejecución de la acción de gobierno, expresión y terminología no demasiado ortodoxa y que puede generar problemas interpretativos especialmente en el ámbito local, si bien, no por ganas sino que dadas las limitaciones de este trabajo no podemos profundizar en los mismos, pero anticipamos a medio plazo problemas al respecto. También es preciso tener en cuenta que este precepto reconoce la posibilidad de que las entidades locales puedan disponer de una política de seguridad común, elaborada por las Diputaciones Provinciales, Cabildo, Consejo insular u órgano unipersonal correspondiente en corporaciones representativas provinciales (Diputaciones Forales) o entidad comarcal a la que pertenezcan.

C) Consideraciones finales

a) La denominada Política de Seguridad, desde luego, no es un simple "documento" (sic), sino que del examen de su regulación legal debemos concluir que la misma se configura como un conjunto de instrumentos de diferente naturaleza, dentro de una "institución jurídica" en el sentido clásico de Santi Romano, así, tenemos un conjunto de áreas organizativas y procedimentales que tienen una clara naturaleza normativa, y como complemento de las mismas nos encontramos con otra área de instrumentos de carácter técnico y de gestión que responden al clásico concepto de las instrucciones y ordenes de servicio.

b) Por lo tanto, resulta imprescindible para la aprobación de la política de seguridad y sus elementos básicos utilizar instrumentos normativos, y en este sentido tenemos que remitirnos al ejemplo de la legislación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en concreto, su Decreto 31/2015, de 14 de mayo, por el que se aprueba la Política de Seguridad de la Información de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (B.O.C. 25-5-2015), este resulta ejemplificativo de los aspectos señalados anteriormente, ya que el mismo regula tanto los aspectos organizativos como posteriormente establece en su artículo 24⁹ un claro ejemplo de desarrollo mediante instrumentos normativos e instrucciones (actos administrativos) de la citada

⁹ artículo 24 Desarrollo de la Política de Seguridad de la Información

1. La Política de Seguridad de la Información que establece este decreto se desarrollará por medio de las Normas de Seguridad de la Información y los Procedimientos de Seguridad de la Información específicos, en aquellos ámbitos en que sea conveniente para su correcta gestión.

2. Las Normas de Seguridad de la Información desarrollan la Política de Seguridad de la Información.

a) Regularán con carácter general los siguientes aspectos:

1º. Usos correctos, e indebidos, de los equipos, servicios e instalaciones.

2º. Responsabilidad respecto al cumplimiento o violación de la Política de Seguridad de la Información y las normas o procedimientos que la desarrollen.

3º. Clasificación y tratamiento de la información.

4º. Criterios para la asignación de accesos, su control y seguimiento.

5º. Continuidad en la prestación de los servicios.

6º. Seguridad física.

7º. Contratación de sistemas o servicios tecnológicos.

8º. Funciones y responsabilidades de seguridad.

9º. Otras materias de similares características.

b) Serán aprobadas mediante orden de la Consejería con competencias en materia informática, previo informe preceptivo de la Comisión General de Seguridad de la Información.

3. Los Procedimientos de Seguridad de la Información son aquellos que, o bien regulan los detalles operativos o técnicos; o bien definen aspectos tecnológicos o metodológicos relacionados con la seguridad de la información, aplicados al desarrollo, implantación o gestión de sistemas, aplicaciones o servicios. Serán aprobados mediante instrucción del titular del órgano directivo con competencias en materia informática, previo informe preceptivo del Comité Técnico de Ciberseguridad.

4. La Política de Seguridad, Normas de Seguridad y Procedimientos de Seguridad, se complementarán con la documentación técnica, metodológica u operativa que resulte necesaria para la adecuación gestión de la seguridad de la información y la implantación de las medidas de seguridad que sean oportunas.

política, consiguiendo con ello, una regulación uniforme y sistemática de la materia, además de articular un completo sistema de relación de los ámbitos materiales de carácter normativo y los de carácter puramente técnico que quedan fuera de ese ámbito, siendo su naturaleza jurídica la de los actos administrativos.

c) Estas consideraciones entendemos que resultan de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, si bien, es preciso destacar que la utilización de la figura de las Órdenes Ministeriales, exigiría en el desarrollo de varios de los contenidos de la política la utilización de la misma figura normativa, con lo cual, a diferencia del modelo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no existiría una relación de jerarquía normativa entre los diferentes ámbitos materiales pero ello, no puede ser óbice para que entendamos que resulta obligada su regulación normativa, y el mismo problema lo encontramos en las Entidades Locales, las cuales solo cuentan con la figura de los Reglamentos u Ordenanzas municipales¹⁰, pero la conclusión final es la misma.

2. La Política de firma electrónica¹¹

1. Régimen Jurídico y contenido

La política de firma electrónica y de certificados de la Administración tiene una misión esencial, en concreto, la determinación de las reglas y obligaciones de todos los actores involucrados en el proceso de firma, y su régimen legal se regula de forma fragmentaria mediante un variado conjunto de normas, lo que supone claramente otro ejemplo de mala técnica legislativa, de manera que es muy difícil delimitar de forma ordenada y precisa el marco normativo regulador de esta figura.

Así, en primer lugar, debemos remitirnos a las previsiones del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración electrónica (ENI) que regula dentro del concepto de interoperabilidad la firma electrónica y los certificados, en su capítulo IX, artículos 18 a

¹⁰ A este respecto resulta recomendable el examen de la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso administrativo) de 10 de abril de 2014 Rec. 2094/2012, que examina la relación entre la potestad reglamentaria local y la Ley, consolidando el principio de vinculación negativa y sus límites.

¹¹ Este apartado recoge lo publicado en FONDEVILA ANTOLIN, J., (2017), Capítulo III, «**La Administración Electrónica en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público**», Director: Jaime Pintos Santiago, «*La Implantación de la Administración electrónica y de la e-factura en las Entidades Locales*», LA LEY - Wolters Kluwer.

20, con una especial referencia a la denominada "política de firma electrónica y de certificados".

Dichos artículos suponen un desarrollo clave del régimen de uso de la firma electrónica en el procedimiento administrativo electrónico, puesto que condicionan, para todas las Administraciones Públicas y de forma absolutamente esencial, el uso de este instrumento de identificación y autenticación, regulado en su momento en la LAE y que sigue resultando de aplicación en estos momentos a las previsiones de la LPACAP y LRJSP, dentro del marco general de uso de la firma electrónica previsto en el ReIDAS, y en lo que no contradiga a este en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Así, el ENI también establece una definición de política de firma electrónica y de certificados de la Administración en su anexo, en concreto, señala: *"conjunto de normas de seguridad, de organización, técnicas y legales para determinar cómo se generan, verifican y gestionan firmas electrónicas, incluyendo las características exigibles a los certificados de firma"*.

Por otro lado, el ENI determina que la política de firma electrónica y de certificados de la Administración General del Estado, servirá de marco general de interoperabilidad para la autenticación y el reconocimiento mutuo de firmas electrónicas dentro de su ámbito de actuación. También establece que dicha política podrá ser utilizada como referencia por otras Administraciones Públicas para definir las políticas de certificados y firmas a reconocer dentro de sus ámbitos competenciales.

Finalmente, debemos recordar que el ENI tiene como finalidad la creación de las condiciones necesarias para garantizar el adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones públicas, que permitan el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través del acceso electrónico a los servicios públicos.

En segundo lugar, y también con carácter general, prevé el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (ENS) diversas reglas sobre firma electrónica, sustancialmente en su artículo 33 y epígrafe 5.7.4 del anexo II que le acompaña.

Así, el artículo 33 del (ENS), establece que los mecanismos de firma electrónica se aplicarán en los términos indicados en el Anexo II de esa norma y de acuerdo con lo preceptuado en la política de firma electrónica y de certificados, según se establece en el Esquema Nacional de Interoperabilidad.

El número 2 de este artículo 33 ENS dice que la política de firma electrónica y de certificados concretará:

- Los procesos de generación, validación y conservación de firmas electrónicas.
- Las características y requisitos exigibles a los sistemas de firma electrónica.
- Los certificados.
- Los servicios de sellado de tiempo.
- Otros elementos de soporte de las firmas, sin perjuicio de lo previsto en el Anexo II, que deberá adaptarse a cada circunstancia.

En tercer lugar, para el ámbito de la Administración General del Estado, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, ya había establecido, entre las disposiciones comunes a la identificación y autenticación y condiciones de interoperabilidad, su propia regulación de la política de firma electrónica y de certificados, referida a los *"requisitos de las firmas electrónicas presentadas ante los órganos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos"*.

Y en cuarto lugar, debemos mencionar la existencia de diversas Normas Técnicas de Interoperabilidad, dictadas en desarrollo del ENI, que se refieren a la firma electrónica, en especial:

- Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Documento Electrónico (*BOE* núm. 182, de 30/07/2011).

- Resolución de 19 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma Electrónica y de certificados de la Administración (*BOE* núm. 182, de 30/07/2011).

En cuanto al régimen legal de los usos de la firma electrónica estos se mencionan en el subapartado 11.4 de la Norma Técnica de Interoperabilidad de Política de Firma Electrónica y de certificados de la Administración (NTI) publicada en la Resolución de 19 de julio de 2011 (*BOE* del 30), de la Secretaría de Estado para la Función Pública. De acuerdo con lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta las aclaraciones que da el ENI en su Guía de Aplicación de la Norma Técnica de Interoperabilidad, se entiende, tal y como afirma dicha guía, que la firma electrónica, considerada como mecanismo para la seguridad de la información, puede aplicarse con diferentes propósitos y a diferentes niveles, conllevando distintos tratamientos e implicaciones. Por lo tanto, el desarrollo de cualquier política de firma debe recoger los usos que es necesario contemplar según el ámbito de aplicación y alcance de ésta, especificando condiciones para cada uno de los usos que corresponda.

Conforme a lo expuesto el desarrollo de una política de firma electrónica definirá los usos de la firma en su alcance o ámbito de aplicación atendiendo a las necesidades de la organización que la desarrolla.

2. Naturaleza jurídica e instrumentos para su aprobación

2.1. Naturaleza Jurídica

En este apartado debemos comenzar recordando la definición sobre la política de firma del ENI que la define como el "*conjunto de normas de seguridad, de organización, técnicas y legales para determinar cómo se generan, verifican y gestionan firmas electrónicas, incluyendo las características exigibles a los certificados de firma*", esta previsión recuerda mucho la regulación que el ENS establece sobre la Política de seguridad de las Administraciones Públicas, y la determinación de su naturaleza jurídica, a nuestro juicio, de claro carácter normativo como hemos estudiado en otro trabajo al cual nos remitimos¹², y tal como exponemos en el mismo podemos establecer unos criterios básicos con relación a la determinación de la

¹² FONDEVILA ANTOLIN, J. *Opus. Cit.* (2017).

naturaleza de los instrumentos a utilizar por la administración para el desarrollo de esta clase de figuras (instrucciones, circulares y órdenes de servicio), así:

a) El criterio general es considerar a estas figuras como los instrumentos adecuados para formular criterios interpretativos, informativos u orientadores de previsiones normativas y también, para ordenar la actuación de los órganos y unidades administrativas subordinadas, de manera que su ámbito esencial de actuación es *ad intra*. También se ha admitido la posibilidad de que estas instrucciones se refieran a terceros ajenos a la administración, ámbito *ad extra*, o con una vinculación específica con la misma, nos estamos refiriendo por ejemplo a los casos de Registradores de la Propiedad (STS Sala de lo contencioso, sección 6ª de 5-11-2008, Rec. 10549/2004) o corredores de comercio y de notariado (STS Sala de lo contencioso, sección 6ª de 9-5-2007. Rec. 3426/2003). De todas formas lo determinante para fijar su naturaleza jurídica es que su contenido no tiene fuerza obligatoria para los administrados de forma que no se generan sujeciones generales o derechos, por ello, se considera que las mismas no tienen naturaleza normativa, son simples actos administrativos con una pluralidad de destinatarios.

b) Ahora bien, en algunos casos se ha reconocido naturaleza normativa a alguna de estas figuras cuando del contenido de sus previsiones se podía concluir que estas tenían fuerza obligatoria para los administrados creando obligaciones y derechos para los mismos, es decir, se estaba produciendo una innovación del ordenamiento jurídico (teoría ordinamental).

c) Otro tema relacionado con los casos de reconocimiento de naturaleza normativa tiene su origen en dos cuestiones muy importantes, en concreto: La no utilización para su elaboración del procedimiento legalmente previsto para las disposiciones generales, y por otro lado, la cuestión de la falta de competencia del órgano para dictar disposiciones de carácter general, y la consecuencia ante la presencia de estos problemas en la mayor parte de los casos ha sido la declaración de nulidad de la instrucción, circular u orden de servicio, si bien, como ya hemos reseñado hay algún caso donde se ha mantenido la vigencia de estas figuras a pesar de estas infracciones procedimentales.

d) Debemos añadir a lo expuesto que, a nuestro juicio, la referencia al ámbito *ad intra* de estos instrumentos no puede ser el único criterio determinante, sino que

además debe aplicarse la teoría ordinamental, y a este respecto, podemos señalar un ejemplo ilustrativo, nos referimos a los instrumentos que atribuyen ámbitos de ejercicio competencial a los diferentes órganos administrativos, los cuales por principio tienen carácter *ad intra*, pero sus consecuencias se proyectan a terceros ajenos a la administración, y además no olvidemos la exigencia legal de que esta atribución debe realizarse por medio de una regulación normativa.

Por lo tanto, de un examen concreto del contenido de esta conforme las determinaciones legales del ENI, ENS y demás normas complementarias ya examinadas, podemos apreciar que nos encontramos en su contenido con áreas referidas a la organización, y en especial la determinación del régimen de uso de la firma tanto con relación a terceros ajenos a la organización (ciudadanos y otras administraciones públicas), como también en el ámbito *ad intra*, es decir, el régimen de uso de las firmas electrónicas en el seno de la organización y es este punto en el que nos encontramos directamente con la configuración legal del uso de la firma por los empleados públicos. De esta clase de contenido que hemos expuesto, a nuestros juicio, no hay duda de que nos encontramos ante contenidos materiales de clara naturaleza normativa, ya que, afectan tanto a cuestiones procedimentales como en especial, las consecuencias sobre los derechos y obligaciones de los ciudadanos y otras administraciones en sus relaciones con esa concreta administración (y en especial el régimen de responsabilidades por posibles incumplimientos), y desde el momento que se incide en esa concreta área no hay duda de la necesidad de que su regulación deba realizarse por medio de un instrumento de naturaleza normativa, no siendo suficiente la utilización de figuras no normativas como las instrucciones, ordenes de servicio o similares¹³.

2.2. Examen de los instrumentos jurídicos adecuados para su aprobación

Pues bien, nos volvemos a topar con la misma piedra que en el caso de la Política de Seguridad, es decir, no se concreta ni precisa los instrumentos de aprobación y desarrollo de la misma, y por ende queda sin precisar su alcance normativo, desde luego a la vista de lo examinado anteriormente con relación a su contenido y finalidad podemos anticipar la conclusión de que esta figura necesita para su aprobación y desarrollo de una doble actuación, por un lado, la obligada regulación normativa de las

¹³ En este punto, disentimos con la opinión contraria de ALAMILLO DOMINGO, I., “*Las Políticas de firma electrónica en la Administración Electrónica*”, Trabajo de obtención de suficiencia investigadora, págs. 100 y ss., Universitat Autònoma de Barcelona, 2012.

áreas referidas a la organización y procedimental, y en segundo lugar, con relación al grupo material del área Instrumental Técnica o de Gestión Ordinaria, entendemos que estaríamos en presencia de actos administrativos reconducibles a las figuras clásicas de las “instrucciones y órdenes de servicio” (artículo 21 LRJPAC y artículo 6 de la LRJSP). Así, podemos afirmar que al menos desde un criterio jurídico formal, en general se ha optado por su regulación por medio de todo tipo de instrumentos normativos (Órdenes Ministeriales o autonómicas, Decretos autonómicos, Reglamentos municipales), pero también encontramos ejemplos de aprobaciones de la misma por simples Resoluciones, Decretos de Alcaldía o Acuerdos Plenarios, que desde luego no cumplirían las más mínimas exigencias legales, a la vista de la naturaleza de carácter normativo que ostenta gran parte de su contenido.

Solo un examen detallado del contenido de sus previsiones nos puede orientar sobre la necesidad de formalizar la misma por medio de instrumentos normativos, ya que, además, el ENI, a este respecto no concreta el órgano competente para su aprobación, si bien, esto puede resultar lógico desde un criterio constitucional, dada la competencia atribuida por la Constitución Española de autoorganización a las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.1. C.E.) y el principio de autonomía local para las entidades locales (artículo 140 C.E.), si bien, parece que lo lógico en el caso de las entidades locales sería la aprobación de una ordenanza municipal¹⁴ reguladora de su política de firma, dentro de la cual debería incorporarse el régimen de uso de firma electrónica de los empleados públicos, con especial regulación de los habilitados nacionales (secretarios), es decir, la regulación *ad intra*, y por otro lado, también debe comprender *ad extra* la regulación de los estándares de firma electrónica aplicable en las diferentes actuaciones administrativas.

3.- Conclusiones:

a) Nos encontramos ante unos instrumentos técnicos-jurídicos que resultan imprescindibles y previos a la puesta en funcionamiento de cualquier implementación de aplicaciones de gestión de expedientes administrativos electrónicos, lo que supone que los mismos adquieren una gran importancia en la puesta en funcionamiento de las previsiones de la LPAC y la e-administración.

¹⁴ En este mismo sentido también se ha manifestado HERRERO POMBO, C., “Una propuesta concreta: la firma electrónica “secretarial” y su traslado al reglamento/ordenanza de política de firma electrónica de la entidad local”, en *Revista El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5 (Especial: Firma Electrónica), pág. 656, Wolters Kluwer-LA LEY, Madrid, 2015.

b) De un examen detallado y profundo de los contenidos preceptivos establecidos por la legislación básica estatal ENS y ENI, debemos concluir que gran parte de su contenido tiene un claro contenido jurídico material de carácter reglamentario, lo que supone la necesidad de que los procesos de aprobación y regulación de los mismos se realice por medio de los correspondientes instrumentos normativos, es decir, Decretos u Ordenes básicamente.

III.- La Posibilidad de impugnación jurisdiccional de los programas y aplicaciones utilizados por las administraciones públicas en la gestión de un expediente administrativo electrónico.

1.- Consideraciones Previas.

Una de las cuestiones mas interesantes es el examen de la posibilidad de impugnación directa de aquellas aplicaciones informáticas que, por ejemplo, gestionen todo tipo de datos de carácter personal o incluyan información calificada de confidencial, o deba garantizarse el secreto de la documentación (ofertas), y presenten problemas o deficiencias de seguridad de la información, a este respecto debemos recordar que la LRJPAC, en su redacción original incluyo una previsión en su artículo

45.4, derogado posteriormente por el nº 1 de la disposición derogatoria de la LAE, que establecía:

"Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características."

Lo anteriormente expuesto supuso la desaparición legal de una previsión que consideramos de gran importancia en todos los sentidos y especialmente en el ámbito de la seguridad de la información, provocando con ello un gran vacío legal y una merma, en principio, de los derechos de reacción de los ciudadanos con respecto a los contenidos y consecuencias de la operabilidad de las aplicaciones a las cuales están obligados a utilizar, y que las previsiones tanto de la LPAC como de la LRJSP no han subsanado, produciendo con ello un gran vacío legal que debe ser objeto de critica.

Sorprende este "olvido" del legislador, salvo que estemos en presencia de una oscura y oculta finalidad lo que no resultaría sorprendente a la vista de otras actuaciones legislativas, cuándo por ejemplo se mantiene en el artículo 21 de la LOPD, se obliga a la aprobación y publicación de los archivos informáticos que se crean para esta clase de datos. Además, nos encontramos también con que a diferencia de las citadas previsiones del citado régimen jurídico general, la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece a este respecto:

"artículo 96 Utilización de tecnologías informáticas y telemáticas.

4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por la Administración tributaria para el ejercicio de sus potestades habrán de ser previamente aprobados por ésta en la forma que se determine reglamentariamente¹⁵."

Con relación al ámbito de los programas/aplicaciones utilizadas por la Agencia Tributaria consideramos que no existe ningún tipo de inconveniente para su impugnación directa e incluso indirecta como consecuencia de una concreta aplicación de estos programas, mejor ejemplo que el que hemos referido en anterior nota a pie de página no podemos encontrar al respecto, la verdad es que sorprende que los operadores jurídicos no hayan utilizado esta vía de impugnación ante actuaciones y problemas de gestión de la Agencia Tributaria, pues estamos ante un campo de oportunidades que en estos momentos no tiene límite a la vista de la calidad tecnológica (aplicación del ENS) del software utilizado por esa administración.

2.- La posible Impugnación de Aplicaciones.

a) Objeto de recurso: Tipos de aplicaciones.

Una cuestión previa que es preciso delimitar es el objeto del recurso y que no sería otro que la propia aplicación informática. Ahora bien, dicho lo anterior debemos examinar a que tipo de aplicaciones nos estamos refiriendo, dado que las posibles

¹⁵ Véase a este respecto el artículo 85 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y también la Resolución de 16 abril 2004, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se regula la generación y archivo de documentos electrónicos a partir de documentos en soporte papel, la emisión de copias en papel de dichos documentos electrónicos y se aprueban los programas y aplicaciones a utilizar.

consecuencias e instrumentos de reacción pueden variar. Efectivamente, podemos hablar con carácter general de dos tipos:

-Aplicaciones de mera gestión de expedientes administrativos (que a su vez pueden estar implementadas por otras aplicaciones integradas – notificaciones, comunicaciones intraadministrativas, portafirmas y similares -, donde reproduce una intervención continua y personal de los empleados públicos para su ejecución.

- Aplicaciones para Actuaciones Administrativas Automatizadas.

b) Causas o motivos de impugnación

En este punto estimamos que básicamente los motivos que podrían amparar esta impugnación serían:

1. El incumplimiento por la aplicación de las exigencias legales establecidas en el E.N.S.
2. El incumplimiento por la aplicación de las exigencias legales establecidas en el E.N.I., por ejemplo por el incumplimiento de los requisitos en la generación de un documento electrónico, o la incorrecta generación de un índice electrónico en un expediente administrativo.
3. Que la aplicación incumpla otras exigencias legales de carácter electrónico derivadas de la Política de firma electrónica, de gestión de documentos y archivo y similares.
4. También por incumplimiento de las previsiones Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a este respecto entendemos que podría existir un elemento concurrente con la seguridad informática (ENS).

Por último, debemos realizar una reflexión específica con relación a las **actuaciones administrativas automatizadas**, pues en este caso, además de las causas anteriormente expuestas, concurre un motivo añadido de impugnación, nos referimos a la incorporación a la aplicación de los criterios interpretativos del responsable de la gestión que son el soporte básico para que de forma automatizada se dicte la correspondiente resolución, de manera que en este caso no estaríamos impugnando la aplicación informática en si misma y el posible incumplimiento de

requisitos técnico-legales por parte de la misma, sino que en este otro supuesto estamos impugnando el contenido material del acto dictado y en especial el fundamento jurídico (interpretativo) que ha servido de base para la emisión de la resolución automatizada. Ahora bien, en este caso podría profundizarse sobre un posible derecho de los ciudadanos a conocer previamente los criterios incorporados a la aplicación, lo que les habilitaría para un inmediata impugnación, o bien, resultaría necesario que se dictara el acto automatizado para posteriormente impugnar los citados criterios, estimamos que ambas posibilidades serían posibles, de todas maneras la extensión de la intervención me impide profundizar más a este respecto.

c) Procedimiento de impugnación.

Lo primero que debemos plantearnos es si es necesaria la existencia de un acto administrativo previo (resolutorio o de trámite) que de soporte a la impugnación, y a este respecto la respuesta no es clara, y ello por:

1. Recordemos que una cuestión es el contenido jurídico material del acto administrativo, que puede ser perfectamente legal, por ejemplo la concesión de una subvención, y otra diferente es que la plataforma de gestión del expediente de subvención, por ejemplo, no cumpla los requisitos legales del E.N.S., de manera que los datos personales del ciudadano quedan en riesgo.

En este caso no existiría un acto administrativo propiamente dicho, sino una falta de actos de aplicación de las exigencias legales previstas en el ENS.

2. También podría utilizarse la fórmula de realizar una solicitud expresa a la administración, directamente reclamando el respeto del ENS y ENI en unas concretas aplicaciones, o bien, también previa petición de información al amparo de la Ley de Transparencia, del contenido y adecuación de las aplicaciones a los requerimientos legales del ENS, ENI y LOPD, en el caso de respuesta en la cual se manifieste por la administración con los correspondientes datos que cumple los requisitos y no resulta correcta su fundamentación, ya tenemos abierta una posible vía de reacción, y en caso de silencio, también. Indudablemente, en cuanto a la cuestión de la legitimación entendemos que el ciudadano debería acreditar su relación con los servicios que vaya a prestar la administración por medio de esas aplicaciones, de forma que se cumplan las exigencias del artículo 4 de la Ley 39/2015 LPACAP.

3. Otra posibilidad es la impugnación como consecuencia de la producción de un daño al ciudadano por el incorrecto funcionamiento de la aplicación, por ejemplo, pérdida de los datos personales por un "hacker", pero en estos casos nos encontramos que la reacción es a posteriori, y la vía de impugnación sería claramente la responsabilidad patrimonial de la administración, si bien, con un problema añadido, que esta clase de acción no permite de forma complementaria solicitar la prohibición de utilización de la aplicación generadora del problema, solo indemniza.

4. Otra posibilidad en caso de posibles riesgos a los datos de carácter personal, podría pasar por la correspondiente denuncia ante la Agencia Estatal de Protección de Datos, o en el caso de algunas CC.AA., por las competentes en su territorio.

5. La última posibilidad es la que permite la normativa específica del ámbito tributario, en concreto el artículo 96.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, a la que nos hemos referido anteriormente, y en este caso, es claro que la existencia de un previo acto administrativo de aprobación habilita la inmediata reacción de cualquier ciudadano que por su actividad económica pueda resultar afectado.

6. Dicho lo anterior, debemos preguntarnos si es posible impugnar jurisdiccionalmente y de forma directa una aplicación en los casos en que no exista resolución previa de aprobación de la misma, y a nuestro juicio, estimamos que "ad limine" se puede considerar razonablemente que estaríamos ante un supuesto reconducible a las previsiones del artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que establece:

*«1. Cuando la Administración, **en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación** o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, **esté obligada a realizar una prestación concreta** en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.»*

Efectivamente, estamos en presencia de un nuevo tipo de acción/preensión que resulta anticipada en la redacción del artículo 1 de la Ley al establecer el ámbito de la

jurisdicción por relación con la «actuación» de las Administraciones públicas en lugar de mencionar los «actos», como decía la vieja Ley.

En el artículo 29 de la LJCA se exige todavía que los particulares presenten una reclamación que, si no es resuelta en el plazo de tres meses, abre directamente el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Algunos han querido ver en esta reclamación una forma de provocar el silencio administrativo, pero, en realidad, el precepto no habla de silencio, sino de que se puede acceder directamente a los Tribunales. **A la falta de actividad de la Administración no hace falta darle ningún significado, ni negativo ni positivo, porque lo que se quiere, en definitiva, es obtener una prestación de la Administración que ésta no realiza.** No se trata, entonces de un proceso a un acto o a una actuación o falta de actuación, **sino que en realidad se trata de obtener una condena de la Administración para que haga alguna cosa.**

La fórmula del artículo 29 LJCA es técnicamente más correcta que la revisora del acto administrativo, pues si existe un derecho reconocido por el ordenamiento, éste se erige en el centro del debate, en lugar del acto, pues éste condicionaría y restringiría en cierta medida la cognición procesal al acto mismo. Es también técnicamente más correcta, en cuanto configura con mayor precisión lo que constituye **el núcleo esencial de la pretensión de la parte; núcleo que no consiste en que se declare válido o inválido el acto, sino en que se condene a la Administración a comportarse de una determinada manera.** La pretensión es así una condena y no una declaración de nulidad del acto.

Este artículo 29.1. LJCA acota su ámbito de aplicación en atención a la concurrencia de tres elementos:

a) Por la fuente de la obligación incumplida por la Administración, que ha de proceder de una disposición general que no precise de actos de aplicación o de un acto, contrato o convenio administrativo.

b) Por el contenido de la obligación, que ha de consistir en realizar una prestación concreta.

c) Por los destinatarios de la obligación, que han de ser una o varias personas determinadas.

Para las situaciones de inactividad que no quepa encuadrar en la delimitación que hace el artículo 29.1 LJCA, los interesados deberán acudir al mecanismo utilizado conforme a la legislación anterior, de provocar la existencia de un acto expreso o presunto, que pudiera impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, posibilidad a la que me he referido anteriormente.

Como señalan Sala Sánchez, Xiol Ríos y Fernández Montalvo¹⁶:

«...la consagración legal del recurso judicial frente a la inactividad administrativa no significa que con anterioridad a la nueva Ley no se admitiese el control jurisdiccional de la inactividad, sino que el Tribunal Constitucional en diversos fallos lo fue admitiendo, a través de una doctrina que superaba la dificultad de la inexistencia de acto administrativo impugnable, en íntima relación con el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE».

Asimismo, este precepto requiere, como hemos dicho, los siguientes presupuestos para su aplicación:

A) Fuente de la obligación incumplida

Para ejercitar la acción reconocida en el artículo 29.1 LJCA es preciso que la prestación cuya realización se pretenda de la Administración derive de una disposición general que no precise de actos de aplicación, de un acto, de un contrato o convenio administrativo.

En el presente caso la fuente que abriría la vía de la acción del artículo 29.1 LJCA sería el de la disposición de carácter general, que de forma obligada debe ser respetada, así, nos encontramos ante una referencia a la falta de necesidad de «actos de aplicación», cuando la obligación deriva de una disposición general, lo que parecería

¹⁶ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R. (drs.), (1999), Práctica Procesal Administrativa, Bosch, Madrid.

dar a entender que la obligación tiene que resultar evidente y establecida desde la disposición general misma, de forma que cuando la disposición reconoce la obligación de realizar una prestación, pero deja abierta al criterio de la Administración el momento o el alcance, en definitiva, cuando configura una potestad discrecional, entonces no se puede ejercitar la acción del 29 de la nueva Ley, pero este no es el caso, dado el contenido obligacional directo del marco normativo informático al que nos hemos referido.

Como señala De la Quadra Salcedo¹⁷:

«la hipótesis plena de ausencia de necesidad de actos de aplicación sería aquella en que la norma contenga la designación nominativa de las personas beneficiadas de la prestación; pero esa hipótesis es más bien excepcional y no parece que el legislador haya querido restringir la acción contra la inactividad a tan limitados y casi inexistentes supuestos. Una hipótesis más verosímil acerca de la intención del legislador sería la designación en la disposición general de los supuestos en que se tiene derecho a una prestación, aunque sin mención expresa y nominativa de las personas beneficiarías. La falta de necesidad de actos de aplicación no aludiría así a innecesariedad de determinar si la persona reclamante reúne los requisitos para obtener la prestación, sino al hecho de que en la comprobación de sí se reúnen dichos requisitos la función administrativa carece de todo margen de apreciación».

Se acepta por la generalidad de la doctrina que bajo el concepto de disposiciones generales han de incluirse tanto las leyes como los reglamentos, aunque, como advierte Sánchez Morón¹⁸:

«el supuesto puede ser excepcional, pero no es inverosímil, pues no todas las leyes reguladoras de los servicios públicos precisan de un reglamento para su desarrollo y ejecución. Además también pueden dictarse leyes singulares que reconozcan derechos prestacionales a determinadas personas y que sean auto ejecutivas».

B) Contenido de la obligación

¹⁷ De LA QUADRA SALCEDO, T., “Comentarios a la LJCA de 1998”, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 100, de diciembre de 1998, Civitas.

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M. (1999) “Comentarios a la LJCA”, Valladolid, Lex Nova.

La Ley habla de que la Administración está obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas. El precepto exige precisar en primer lugar qué ha de entenderse por prestación y, después, determinar los términos en que esa precisión debe resultar concretada.

El concepto de prestación no debe reducirse a la idea de obligaciones surgidas en el seno de un servicio público de las que sean acreedoras las personas llamadas a su utilización. Basta para descartar esta interpretación el considerar las fuentes de donde pueden surgir esas prestaciones, entre las que se encuentran algunas, como el contrato administrativo, ajenas a la idea del servicio público en el moderno estado de bienestar proveedor de prestaciones de toda índole a los administrados. A nuestro juicio, el concepto de prestación correspondería al utilizado por la doctrina civilista que considera que la prestación es el objeto de la obligación y que el contenido de ésta consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa¹⁹.

Por lo tanto, podríamos considerar que el concepto de prestación abarca tanto las de carácter material como formal, en este sentido De la Quadra²⁰ señala:

«El artículo 29 se limita a emplear la locución de que la Administración esté obligada a realizar una prestación concreta, con lo que deja en la imprecisión la naturaleza exacta de esa prestación; si consiste en una actividad material o en un hacer formalizado —dictar un acto administrativo o expedir una licencia o autorización—. Tampoco resulta evidente si la acción en caso de tratarse de una actividad material consiste en un hacer o en un omitir, es decir, si se trata de una actividad positiva o negativa, en un hacer o en un dejar de hacer. En principio, la prestación puede comprender cualquiera de sus variantes.»

En este sentido destacamos la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) de 21 de enero de 2002 (rec. 516/1999) la cual no cuestionó que la falta de convocatoria de un concurso-oposición para cubrir plazas de letrados del Tribunal Constitucional pudiera considerarse un supuesto de inactividad impugnabile por la vía

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, A. (1983), Derecho de obligaciones, CEURA, Madrid.

²⁰ DE LA QUADRA SALCEDO, T. (1998).

del artículo 29.1 LJCA, aunque el recurso fuera finalmente desestimado por considerar que la legislación aplicable no imponía la obligación de convocar ese concurso.

Por lo tanto, esta prestación incumplida por la Administración debe ser una prestación concreta, tanto en cuanto a sus destinatarios como en cuanto a su contenido, y a mi juicio, no hay duda de que en el caso de las aplicaciones informáticas y el cumplimiento de los requisitos técnicos del ENS y ENI concurren las exigencias legales, ya que, no son precios actos de desarrollo o implementación de las normas, sino que estas ya incluyen las determinaciones técnicas de directa aplicación, y desde luego la legitimación viene determinada por el objeto material de gestión de la aplicación con relación al colectivo concreto de personas afectadas (por ejemplo, subvenciones para empresas turísticas, ayudas ganaderas, etc.).

C) Determinación de la obligación

En cuanto a los destinatarios, la obligación incumplida por la Administración debe referirse a una o varias personas determinadas. Pueden ser destinatario de la obligación tanto una como varias personas siempre que la fuente de la obligación precise los requisitos para tener derecho a ella en forma que resulten determinables. No puede exigirse que la determinación que requiere el artículo 29.1 LJCA precise la identificación personal de cada uno de los beneficiarios. En tal caso, lo lógico es que nos situásemos en el ámbito del artículo 29.2 LJCA.

También respecto a su contenido la obligación exigible ha de ser concreta, el artículo 32.1 LJCA limita el objeto de la pretensión del recurrente en este caso a que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones "en los concretos términos en que estén establecidas".

La exigencia de concreción de la obligación cuyo cumplimiento se exige no equivale a que dicha obligación resulte de un modo evidente. La pretensión del recurrente se ha de dirigir precisamente a demostrar que tiene derecho a ella rechazando las objeciones que a su cumplimiento haya opuesto la Administración. Para

su estimación sólo se requiere que el tribunal, utilizando los criterios interpretativos ordinarios, llegue a la conclusión de que la obligación existe²¹.

Esta acción contra la inactividad **sólo es posible si la prestación que debe realizar la Administración resulta de la disposición general a favor de una o varias personas sin necesidad de «actos de aplicación»**. Ahora bien, la hipótesis plena de ausencia de necesidad de actos de aplicación sería aquella en la que la norma contenga designación nominativa de las personas beneficiarias de la prestación; pero esa hipótesis es más bien excepcional y **no parece que el legislador haya querido restringir la acción contra la inactividad a tan limitados y casi inexistentes supuestos. Una hipótesis más verosímil acerca de la intención del legislador sería la designación en la disposición general de los supuestos en que se tiene derecho a una prestación**, aunque sin mención expresa de las personas y nominativa de las personas beneficiarias. **La falta de necesidad de «actos de aplicación»** no aludiría, así, a la innecesariedad de determinar si la persona reclamante reúne los requisitos para obtener la prestación, sino **al hecho de que en la comprobación de si se reúnen tales requisitos, la función administrativa carece de todo margen de apreciación**.

Así pues, en nuestro caso estimamos que no hay duda de que nuestra reclamación sería claramente precisa y concreta «cumplimiento del requisitos técnico (Anexo y art.) establecido por el ENS/ENI en la aplicación». Es decir, la administración sería condenada a cumplir los estrictos términos previstos en una disposición de carácter general, sin necesidad de actos o interpretaciones, por ello, reiteramos que esta vía no puede ser descartada de inicio, y merece una mayor reflexión a este respecto, ante la ausencia de regulación normativa, que lo único que provoca es una manifiesta indefensión de los ciudadanos ante las administraciones.

7.- Por otro lado, tampoco se podría descartar que aunque no exista norma específica que establezca obligación legal al respecto, no resulte procedente por seguridad jurídica y también la aplicación de los principios jurídicos de transparencia y confianza legítima la necesidad de que antes de la implementación de aplicaciones informáticas en nuestras administraciones, estas sean objeto de autorización previa, es decir, se dicte la correspondiente resolución administrativa en la cual se incluyan las

²¹ El criterio de la claridad de la obligación se desliza en la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 30 de septiembre de 2004 (rec. 2030/2000). Por lo demás, la sentencia contiene muy atinadas consideraciones sobre la naturaleza de este recurso.

características técnicas de las mismas que puedan afectar a la seguridad de los datos de carácter personal u otros elementos que deban ser objeto de protección.

Además, esos mismos principios de transparencia y especialmente el de confianza legítima serían títulos suficientes, a nuestro juicio, para habilitar una legitimación activa de los ciudadanos para impugnar cualquier programa/aplicación que deban obligadamente utilizar por incumplimiento de las exigencias legales en materia de seguridad de la información u otras causas normativas o técnicas por colisión con el ENI.

Por lo tanto, ante la inmediata incorporación de plataformas de gestión de expedientes de contratación, entendemos que una de las cuestiones esenciales en toda decisión a este respecto, debe tomar en consideración las exigencias de seguridad de la información, y lo mismo debemos predicar con relación a aquellos sistemas que se encuentre ya en funcionamiento, debiendo procederse a una revisión detallada de los mismos con relación a esta cuestión.

IV.- La Seguridad de la información en los Pliegos de cláusulas Administrativas y Técnicas reguladoras de los procesos de licitación: Buenas Prácticas.²²

Incorporamos este cuarto apartado, que si bien no afecta directamente a las cuestiones directas de la mesa, si estimamos puede resultar de interés al congreso, y ello, por cuanto en el mismo explicamos una innovación normativa incorporada en la Comunidad Autónoma de Cantabria por medio de la *Orden PRE/57/2016, de 14 de septiembre, por la que se regulan las condiciones sobre seguridad de la información y de los sistemas de información a incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas en la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, que estimamos resulta esencial en materia de seguridad informática y de la propia licitación pública y que complementa lo expuesto sobre los instrumentos técnico-normativos, en concreto, la Política de Seguridad.

²² Este texto se corresponde con el artículo de FONDEVILA ANTOLIN, J. (2016), “La Seguridad de la información en los Pliegos de cláusulas Administrativas y Técnicas reguladoras de los procesos de licitación: Buenas Prácticas”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Noviembre 2016, Editorial Wolters Kluwer y en Revista El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 1, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Ene. 2017.

1. Los Principios de la Contratación Pública en las nuevas Directivas Europeas y su proyección en los instrumentos de la e-contratación.

La Unión Europea ha culminado un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden conseguir un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas y la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020. Para una breve aproximación al alcance de esta reforma comunitaria hay que examinar los principios que informan esta reforma, así:

1º.- Principio de eficiencia en el uso y destino de los fondos públicos, es decir, es preciso obtener una optimización de los recursos públicos, obteniendo una adecuada relación calidad precio y una buena ejecución de los contratos (aumento de los controles y límites).

2º.- Otro principio esencial es el de **transparencia** cuya finalidad especialmente es garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE).

Este principio encuentra su principal manifestación práctica, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta:

a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales.

b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (Acoset), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de

todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Al respecto, es *leadingcase* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública.

3º.- Por último, tenemos el **Principio de Integridad** en la contratación pública que está relacionado con los "CONFLICTOS DE INTERESES". Se ha reconocido que estos conflictos favorecen la corrupción, y que detrás de cada caso de corrupción hay normalmente un conflicto de intereses.

Las Directivas de 2004 no incluían normas específicas para prevenir y sancionar los conflictos de intereses, en general no se ocuparon de luchar contra el favoritismo y la corrupción en la contratación pública. Las Directivas de 2014 sí se enfrentan directamente a esta cuestión. Es cierto que la propuesta inicial era más contundente y ambiciosa que lo que finalmente llegó a la Directiva, pero desde luego es un cambio sustancial. En concreto, nos referimos básicamente a las previsiones del artículo 24 de la Directiva 2014/ 24 que (en idénticos términos art. 42 Directiva 2014/25):

«Los Estados miembros velarán para que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.»

«El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación»

Asimismo, destaca el artículo 35 de la Directiva 2014/23 que establece:

"En lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados".

En el Anteproyecto en su Artículo 64 ALCSP. Se regula en un único precepto: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. [Artículo 35 DC] y [artículo 24 DN].

Pues bien, estos principios también se proyectan sobre los instrumentos de la e-contratación, de forma que tanto la regulación normativa de estos instrumentos (comunicaciones electrónicas, registros, plataformas de gestión, firmas electrónicas, etc.), como su implementación técnica debe estar orientada a garantizar que los medios utilizados son los más eficientes para una buena licitación, como asimismo, que permitan una adecuada transparencia y por ende sirvan de soporte para evitar clientelismos, es decir, garantizar la integridad.

Esto supone que resulte necesario que las plataformas de gestión de expedientes presenten una serie de características, especialmente en materia de seguridad de la información y protección de datos, que garantice la transparencia real (libre concurrencia) como la imposibilidad de alteración de los resultados por intereses espurios. Ahora bien, debo realizar también una llamada de atención sobre un clásico conflicto entre garantías jurídico-procedimentales y la necesidad de facilitar el acceso a la licitación a las empresas obteniendo con ello una mejora de la libre competencia, es decir, evitar cualquier restricción, puesto que esta tensión se suele romper generalmente en perjuicio de las garantías jurídicas, ejemplo de ello es la falta de integración sistemática en la regulación normativa del Anteproyecto de Ley del Reino de España de esta materia, como la muy discutible y criticable regulación de la firma electrónica cualificada o reconocida, lo que resulta esencial en la formalización de ofertas (cuestión esta que examinaremos posteriormente), pero hay otros ámbitos donde también se debe ser muy cuidadoso como por ejemplo las comunicaciones "ad extram" durante la sustanciación de la licitación, es el caso de las consultas de los licitadores sobre contenidos o elementos de los Pliegos (tipo de firma, seguridad de los datos transmitidos, confidencialidad de esa información, etc.). Es decir, en función de la importancia de los principios de transparencia e integridad, es preciso asegurar que los instrumentos de la administración electrónica son los idóneos para cumplimentar de forma adecuada el mandato de los citados principios.

Como conclusión de lo expuesto, entendemos que es preciso tener en cuenta en el ámbito de la e-contratación, la influencia y proyección que de forma específica tienen los principios examinados y que deben orientar la implementación de la e-contratación, ahora bien, partiendo del hecho incuestionable de que las previsiones generales de la Ley 39/2015 LPAC y Ley 40/2015 LRJSP a nuestro juicio, resultan de directa aplicación al ámbito del procedimiento de contratación conforme el actual marco normativo, si bien esta es una cuestión muy conflictiva, ya que hay otras opiniones que reclaman su carácter supletorio, dada la naturaleza de «*lex specialis*» de la normativa contractual, y tampoco es descartable que cuando se apruebe la nueva legislación contractual de transposición de las Directivas europeas se establezca expresamente esa supletoriedad, desde luego lo que si resulta llamativa es la poca coordinación entre los contenidos normativos que afectan a la regulación de los instrumentos técnicos de la administración electrónica entre ambos ordenamientos y algunas cuestiones conflictivas como la complicación que para la gestión puede suponer, por ejemplo, la obligación de utilización del nuevo régimen de notificaciones electrónicas de la LPACAP y la actividad de subsanación del licitador por requerimiento de la mesa de contratación o por oferta anormalmente baja (baja temeraria), de todas formas no nos extendemos más sobre esta cuestión dados los límites de esta intervención, pero sirva de llamada de atención sobre un problema futuro.

2. La Seguridad de la información y la e-Contratación.

La Seguridad de la información, a nuestro juicio, constituye uno de los pilares básicos para un adecuado desarrollo de la administración electrónica con carácter general, ante los riesgos cada vez más cotidianos y permanentes de incidentes de seguridad y la necesidad de garantizar especialmente la protección de los datos de carácter personal de los ciudadanos, además, de la propia información "ad intra" de las administraciones públicas, si la implementación de la e-administración se desarrolla con toda su intensidad, por cuánto, el desarrollo de las bases de datos personales e internos deberán crecer de forma exponencial; o incluso el tratamiento informático de otro tipo de informaciones como las calificadas legalmente como *confidenciales* en el caso de las licitaciones públicas. Este papel de la seguridad de la información, en la regulación normativa de la LPAC y la LRJSP aparece de forma esporádica, de forma que en una primera lectura de los citados textos parece que esta no resulta relevante, cuándo esta resulta esencial para el funcionamiento adecuado y con plenas garantías

jurídicas para los ciudadanos y las propias administraciones en el nuevo marco tecnológico establecido por las citadas leyes.

Así, en el siguiente apartado vamos a analizar un ejemplo de buena práctica administrativa que en estos momentos entendemos va a resultar esencial en el desarrollo de la seguridad de la información en la contratación pública, que con carácter general afecta de forma directa o indirecta a este ámbito de seguridad, como de forma específica para la prestación de servicios y suministros informáticos, herramientas básicas para la puesta en funcionamiento de la e-administración conforme determina la Ley 39/2015 LPAC, dada su carácter obligacional sobre el contenido y desarrollo de las aplicaciones y plataformas electrónicas necesarias para su implementación.

Así, resulta llamativo que tanto la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública como la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de aplicación parcialmente a nuestro ordenamiento a partir del día 18 de abril de 2016, no regula ni menciona la cuestión de la seguridad de la información en los procedimientos de licitación, que como ya es conocido en estos momentos ya presentan un amplio abanico de actuaciones informatizadas, no debiendo olvidarse que esta incorporación de la e-Administración tiene un plazo limitado para su ejecución que finaliza el mes de octubre de 2018 con la incorporación obligatoria del expediente electrónico de contratación, lo que no supone impedimento alguno para que la administración que así lo considere oportuno incorpore esta posibilidad antes de la citada fecha. Ahora bien, lo que si regula la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en su apartado 6º y Anexo IV, es la interoperabilidad, en las comunicaciones electrónicas y especialmente para la recepción de ofertas y solicitudes de participación, lógicamente dentro de la interoperabilidad se incorporan una serie de previsiones que conllevan indirectamente la exigencia de las correspondientes medidas de seguridad de la información, pero eso no puede impedir que esta situación resulte criticable por la poca importancia formal que estas Directivas han asignado a esta cuestión.

Curiosamente la legislación española si ha recogido una mención expresa a este respecto, en concreto, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en su Disposición Adicional decimosexta. Uso de medios electrónicos, informáticos y

telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, apartado d), en el cual se hace una mención ilustrativa al respecto exigiendo que los sistemas informáticos cumplan además de las garantías referidas a la integridad de los datos, confidencialidad e integridad de las ofertas, también deberán "ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos". Mención que se mantiene en idénticos términos en la Disposición Adicional 16ª del APLCSP.

Desde luego las referencias a la seguridad no son precisamente un dechado de técnica legislativa y claridad de conceptos, pero si nos aporta una importante referencia a todas las Administraciones Públicas, de manera que obliga a todas ellas a someterse a las previsiones del ENS, normas de desarrollo básicas estatales y las generadas por la "Política de Seguridad" de cada administración. Así, recordemos que existen áreas materiales previstas en el TRLCSP donde la seguridad resulta esencial, así, además de las cuestiones clásicas (recepción de ofertas y documentación, custodia y garantía de integridad de las mismas, comunicaciones electrónicas) podemos destacar otras previsiones también importantes, comenzando por los documentos y contratos sometidos a lo establecido en el artículo 153 (regulador de la información no publicable), que se produce cuando aparezcan cuestiones de competencia comercial, o los contratos hayan sido declarados secretos o reservados, o también porque existan intereses esenciales de seguridad del Estado, entre otras causas, y por otro lado, también resultan destacables las previsiones del artículo 140, regulador de la confidencialidad de la información facilitada por los licitadores y que haya sido expresamente calificada en este sentido por los mismos. En todos estos casos se pone claramente de manifiesto que una incorrecta gestión de la seguridad de la información, puede ser una gran fuente de conflictos y de posibles exigencias de responsabilidades a la administración por una gestión de los incidentes de seguridad inadecuada o incorrecta.

3. La necesaria incorporación de la seguridad de la información en los Pliegos de cláusulas reguladoras de los procesos de licitación.

Examinado brevemente el marco normativo de la seguridad con relación al área de la contratación pública, estimamos conveniente realizar una reflexión sobre la oportunidad de incorporar los requisitos y condiciones de la seguridad de la información a los Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas en

todos los procesos de licitación convocados por nuestras Administraciones Públicas. A este respecto podemos citar un antecedente normativo en el ENS (Anexo V) que actualmente sigue en vigor, si bien, su contenido está claramente desfasado y desde luego, a nuestro juicio resulta totalmente insuficiente e incompleta su regulación.

Pues bien, siguiendo la experiencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en concreto, la "Orden PRE/57/2016, de 14 de septiembre, por la que se regulan las condiciones sobre seguridad de la información y de los sistemas de información a incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas en la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria", que entendemos resulta muy ilustrativa, procedemos a realizar un breve examen de las que estimamos necesarias incorporaciones a los Pliegos reguladores de los procesos de licitación en nuestras Administraciones Públicas, de forma que la seguridad de la información tenga el adecuado reconocimiento y especialmente las administraciones puedan garantizar la protección de la información de los ciudadanos y de sus organizaciones.

1. Tipos de contratos sometidos a la seguridad

Debemos comenzar nuestra exposición por una distinción previa, ya que, a diferencia del antecedente normativo del Anexo V del ENS que se centra exclusivamente en las licitaciones referidas a los contratos de servicios informáticos, consideramos que los requisitos de la seguridad y protección de datos deben proyectarse sobre cualquier clase de contrato, así:

a) Contratos de Servicios no informáticos, en los cuales el personal del adjudicatario accederá a sistemas informáticos y/o datos de carácter personal.

b) Contratos de suministro y servicios informáticos.

c) Contratos Menores.

Desde luego las obligaciones y requisitos a incorporar en los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas deberán ser diferentes según nos encontremos ante un tipo u otro de contrato, de manera que en el caso de los contratos propiamente informáticos, además de los requisitos comunes que expondremos de forma resumida a continuación deberán añadirse las exigencias previstas en el Anexo V del ENS, y también las correspondientes cláusulas más

específicas, especialmente las derivadas de la correspondiente evaluación de seguridad conforme las categorías y criterios establecidos en los anexos I y II del ENS.

En el caso de los contratos menores se ha optado por exigir, conforme un modelo publicado en la Orden, la firma de conformidad de un documento por el licitador antes de - formalizar un contrato, de dictar una resolución de adjudicación o del mero encargo formal de la prestación – en el que se incluyen los aspectos de seguridad de la información que correspondan y que se deberá incorporar al expediente administrativo.

2. Contenidos básicos y comunes en materia de seguridad de la información y protección de datos que deberían incorporarse a los Pliegos

A este respecto, podemos destacar de forma resumida los siguientes:

1. Confidencialidad, Protección de Datos y Seguridad de la información y de los sistemas de información.

En aquellas tareas en las que el adjudicatario necesite acceder a información de la Administración, resida ésta en sus sistemas de información, y por lo tanto necesite acceder a ellos, provenga de ellos y esté alojada en cualquier tipo de soporte (automatizado o no automatizado), o incluso aunque solamente esté contenida en soportes no automatizados, deberá respetar la legislación vigente en materia de confidencialidad, protección de datos y seguridad de la información y de los sistemas de información.

2. Política de Seguridad de la Información, auditorías, incidentes de seguridad, accesos y subcontrataciones.

Si la prestación de los servicios asociados contrato implicara el acceso a los sistemas de información de la Administración, el adjudicatario debería informar de forma fehaciente al personal adscrito a la ejecución del contrato, que vaya a acceder a los sistemas de información de la Administración, sobre las cláusulas de confidencialidad y seguridad del pliego, sobre la Política de Seguridad de la Información de la Administración, así como de las normas de seguridad de la información o procedimientos de seguridad de la información que les afecten, además este debería aceptar la realización de auditorías sobre seguridad de la información por parte de la Administración e informar de aquellos incidentes de seguridad o debilidades potenciales, que detecten durante la prestación del mismo. Finalmente, en el caso de

subcontrataciones, el adjudicatario debería garantizar el mismo grado de cumplimiento de las obligaciones y garantías de seguridad de la información incluidas en el pliego.

3. Obligaciones para la protección de datos de carácter personal a ejercer por el "encargado del tratamiento".

Así, si en la ejecución del contrato el adjudicatario accediera o tratara datos de carácter personal de la Administración, este estará ejerciendo la función de "Encargado del Tratamiento", con las consiguientes responsabilidades y efectos jurídicos. Asimismo, se deberían establecer una serie de exigencias en caso de que en la ejecución se produjera una subcontratación. Finalmente, se deberían incluir previsiones sobre la devolución y destrucción de datos y las medidas de seguridad de la información aplicables al tratamiento de los datos de carácter personal, así como la responsabilidad del adjudicatario y la obligación de secreto profesional en el tratamiento de los mismos.

4. Por último, se estima totalmente necesario incorporar un régimen específico de penalidades en los Pliegos en caso del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad y protección de datos, con motivo de incumplimientos de las exigencias establecidas e incidentes de seguridad, incluida la posibilidad de resolución del contrato.

Estimamos que la incorporación de esta propuesta resulta muy necesaria en nuestros procesos de licitación, dado el alto volumen de contenidos y datos personales que son objeto de tratamiento por los adjudicatarios, así como el acceso de los mismos a las plataformas y servicios informáticos de nuestras administraciones, más si tenemos en cuenta que gran parte de estos han sido objeto de externalización, por lo cual, si no nos dotamos de unos instrumentos adecuados para exigir un cumplimiento escrupuloso de la política de seguridad, estaremos abriendo un enorme agujero negro de gravísimas consecuencias, tanto para la administración como para los ciudadanos ante posibles incidentes de seguridad, que como es sabido cada día son más grandes y virulentos.

Estos grupos básicos de regulación material, han sido desarrollados con mayor detalle en la Orden, regulando un amplio abanico de posibilidades (sistemas en la nube, distinción entre suministros y servicios, etc.), a cuya consulta nos remitimos.