



INFORME ELABORADO A CONSULTA DEL DIRECTOR DE ATENCIÓN A LA CIUDADANÍA E INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE CONVENIO PARA LA HABILITACIÓN DE PERSONAS AUTORIZADAS A FIN DE QUE PUEDAN REALIZAR ACTUACIONES ELECTRÓNICAS EN REPRESENTACIÓN DE PERSONAS INTERESADAS.

128/2017 DDLCN - OL

I.- Antecedentes

La Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración somete a consulta de esta Dirección la posible pérdida de vigencia del art. 12 del Decreto 21/2012, y su normativa de desarrollo, respecto a la exigencia de convenio previo para la habilitación de representantes, con ocasión de la entrada en vigor de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, del Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y del art. 7.1 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, que prevé, como parte de la función de asesoramiento jurídico, la realización de informes que plasmen opinión legal no preceptiva en respuesta a consulta jurídica planteada al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

El art. 8.3 del mencionado Decreto prevé que la solicitud de opinión legal se acompañe de informe realizado por la Asesoría Jurídica del departamento o del organismo que la promueve, requisito que en este caso se obvia, al no aportarse informe de la Dirección de Servicios que, conforme al art. 6.1 e) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura

orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, tiene atribuidas *las funciones de asesoramiento jurídico en las materias propias del Departamento y en los términos establecidos en los artículos 4 y 5 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en cuanto que la Asesoría Jurídica departamental se encuentra adscrita a esta Dirección.*

II.- El objeto de la consulta

En su escrito, la Dirección citada plantea si, en aplicación de la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, cabe entender derogados el art. 12¹ del Decreto 21/2012, de 21 de febrero, de Administración Electrónica y el artículo 5² de la Orden de 14 de diciembre de 2012,

¹ Artículo 12.- Habilitación para la representación.

1.- La Administración podrá habilitar, con carácter general o específico, a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas actuaciones electrónicas, en representación de las personas interesadas.

2.- La habilitación requerirá la firma previa de un convenio entre la Administración y la persona o entidad donde se especificarán los procedimientos y trámites objeto de la habilitación, las obligaciones de la entidad firmante del convenio y de las personas habilitadas. Estas últimas deberán aceptar expresamente el convenio.

3.- El incumplimiento de las obligaciones por las entidades firmantes del convenio supondrá su resolución y la de las habilitaciones. El incumplimiento por una persona habilitada supondrá su exclusión del convenio. En ambos casos, se instruirá previamente un expediente, con audiencia de la parte interesada. Sin perjuicio de lo anterior, se podrán exigir las responsabilidades procedentes.

4.- Las personas o entidades habilitadas deberán ostentar la representación necesaria para cada actuación. La Administración les podrá requerir, en cualquier momento, que acrediten la representación, siendo válida la otorgada a través de los documentos normalizados aprobados por la Administración. La falta de representación suficiente dará lugar a la exigencia de las responsabilidades procedentes.

² Artículo 5.- Personas habilitadas por la Administración.

1.- La Administración podrá habilitar a las personas autorizadas para representar a terceras personas, a fin de que realicen determinados trámites electrónicos en nombre de aquéllas.

2.- La habilitación se formalizará a través de un convenio en el que se especificarán los trámites y procedimientos objeto de la representación y las personas habilitadas. Estos convenios se suscribirán por los órganos competentes en la resolución de los procedimientos objeto de la representación, previo informe de la Dirección competente en Administración Electrónica.

3.- Las personas habilitadas deberán ostentar la representación necesaria para cada actuación. La Administración les podrá requerir, en cualquier momento, que acrediten la representación, siendo válida la otorgada a través de los documentos normalizados aprobados por la Administración. La falta de representación suficiente dará lugar a la exigencia de las responsabilidades procedentes.

4.- Personal funcionario autorizado inscribirá en el Registro electrónico de representantes a las personas habilitadas y los trámites y procedimientos en los que pueden actuar como representantes.

de la Consejera de Interior, Justicia y Administración Pública, por la que se regula el Registro electrónico de representantes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi y por la que se crea y regula el Registro de personal funcionario habilitado.

En concreto, plantean si cabe entender derogada *la previsión de firmar convenios para cada habilitación* en los términos que contemplan el Decreto y la Orden citados, una vez la Ley 39/2015 ha derogado, en virtud del apartado 2 g) de su disposición derogatoria, el art. 13 del 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.

El artículo 13 citado, desarrollo reglamentario del igualmente derogado el art. 23 de la Ley 11/2007, abordaba la habilitación mediante la suscripción de convenio para la representación de terceros que, para el ámbito de la administración electrónico, contemplaba aquella disposición.

III.- El régimen legal de la habilitación de representantes.

Disponía el derogado art. 23 de la Ley 11/2007, bajo el epígrafe de *Formas de Representación* que, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13.2, las Administraciones Públicas podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la realización de determinadas transacciones electrónicas en representación de los interesados. Dicha habilitación deberá especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes, y determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa. Las Administraciones Públicas podrán requerir, en cualquier momento, la acreditación de dicha representación.*

Una regulación que, es importante subrayar, se traslada –sin más modificación que la adición de un inciso final que garantiza que *siempre podrá comparecer el interesado por sí mismo en el procedimiento-* al vigente apartado 7 del artículo 5 de la Ley 39/2015.

Ambos textos legales, el vigente y su precedente, contemplan en términos idénticos un régimen singular en el que la *presunción de validez de la representación* se extiende para la administración electrónica más allá de los límites con que opera en lo que denominaremos “*administración tradicional*”.

Como es sabido, en la “*administración tradicional*” esa presunción opera exclusivamente en relación con los actos y gestiones de trámite, de manera que *para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona*, la representación no se presume sino que *deberá acreditarse* (una previsión que contenía el art. 32 de la Ley 30/1992, y que en términos análogos ofrece la Ley 39/2015).

En la Administración electrónica la presunción, sin embargo, puede extenderse a un ámbito que desborda los actos y gestiones de trámite.

Para ello, la ley incorpora un mecanismo de habilitación previa por parte de las Administraciones públicas de aquellas personas físicas o jurídicas que con carácter general o específico vayan a desarrollar funciones de representación en el modelo de *e-Administración*.

La habilitación de la Administración para la obtención de la cualidad de representante por una persona física o jurídica es una suerte de autorización administrativa que se debe obtener con antelación al ejercicio de las funciones de representación.

La habilitación tendrá una doble virtualidad.

De un lado, “*especificar las condiciones y obligaciones a las que se comprometen los que así adquieran la condición de representantes*”.

De otro, “*determinará la presunción de validez de la representación salvo que la normativa de aplicación prevea otra cosa*”.

La regulación legal expuesta se concretaba, en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos autónomos e independientes, en los artículos 13 y 14 del Real Decreto 1671/2009.

Conviene reseñar que, a diferencia del art. 23 que desarrollan, estos preceptos no ostentaban carácter básico.

El Real Decreto disponía –art. 13.2- que la habilitación “*requerirá la firma previa de un convenio entre el Ministerio u organismo público competente y la corporación, asociación o institución interesada. El convenio deberá especificar, al menos, los procedimientos y trámites objeto de la habilitación, y las condiciones y obligaciones aplicables tanto a la persona jurídica o entidad firmante del convenio, como a las personas físicas o jurídicas habilitadas*”

Obsérvese que, aunque en el escrito de consulta se sostiene que es una regulación que *se reprodujo casi literalmente en nuestro ordenamiento jurídico*, ofrece diferencias significativas.

La regulación estatal contempla la firma de convenios con corporaciones, asociaciones o instituciones interesadas como marco necesario en el que se procederá a habilitar a concretas personas físicas o jurídicas, personas que a su vez *deberán suscribir un documento individualizado de adhesión que recoja expresamente la aceptación de su contenido íntegro* (art. 13.4). Por ejemplo, la habilitación de colegiados precisará previa suscripción de un convenio con el colegio profesional correspondiente.

El Decreto 21/2012 ofrece una regulación más abierta, de manera que el convenio puede suscribirse no solo con las entidades que agruparían a las personas susceptibles de habilitación –condición *sine qua non* en el régimen aprobado por la administración estatal-, sino también directamente con las personas autorizadas, sin la intermediación de entidades, corporaciones o asociaciones.

Una posibilidad que se corrobora en la dicción del art. 5 de la Orden de 14 de diciembre de 2012 y que explicaría los términos de la consulta, que habla de *tener que formalizar un convenio por cada habilitación que se realice entre la Administración y la persona o entidad*

habilitada. Posibilidad que no cabe en el literal del Real Decreto citado, del que esta Comunidad Autónoma en el marco de su potestad reglamentaria de desarrollo se ha apartado.

Una diferencia de la que se deja constancia, no sin advertir que carece de relevancia respecto al interrogante suscitado puesto que la respuesta que se dará en el presente informe, que ya anticipamos será negativa, no variaría aun cuando se tratara de regulaciones idénticas.

Una diferencia que, sin embargo, es muestra de la autonomía que caracteriza el ejercicio de la potestad reglamentaria por los poderes estatales y autonómicos que, en el marco definido por la ley básica, podrán definir discrecionalmente el régimen que estimen conveniente en los ámbitos que les son propios de manera que, a los efectos de la presente consulta, los avatares en la vigencia del reglamento estatal carecen de efectos sobre el reglamento autonómico, ni condicionan en modo alguno el margen decisorio que solo el Gobierno Vasco, en tanto titular de esa potestad, puede actuar.

IV.- La derogación del requisito de convenio en la regulación estatal carece de efecto alguno respecto a la vigencia de ese requisito en la regulación autonómica.

Como bien apunta la consulta formulada, el régimen jurídico que regía en el ámbito de la administración estatal es derogado por la Ley 39/2015, que en su disposición derogatoria hace mención expresa, entre otros preceptos, de los artículos 13 y 14 del Real Decreto 1671/2009..

Es precisamente esta derogación la que justifica la consulta, que pregunta si cabe entender igualmente derogado el desarrollo reglamentario del art. 23 de la Ley llevado a cabo por esta Comunidad Autónoma.

Se alega que la regulación de esta Comunidad Autónoma en el art. 12 del Decreto 21/2012 y el art. 5 de la Orden de 14 de diciembre de 2012, es reproducción casi literal del real decreto, argumento que se ofrece para justificar la pregunta.

La disposición derogatoria de la Ley 39/2015 deja sin efecto los citados artículos del real decreto, una decisión que en virtud del principio de jerarquía normativa bien puede ejercer el legislador estatal aun cuando tales preceptos no contradecían ni se oponían a lo dispuesto en la Ley 39/2015, no en vano esta mantiene prácticamente idéntico, como ha quedado expuesto, el contenido de la ley que le precedió en el tiempo.

Una decisión derogatoria que, sin embargo no podría haber plasmado –y no plasma-, en relación con un reglamento ajeno a su ámbito de competencia, como es el que nos ocupa, referido a un decreto que, en ejercicio de sus competencias de desarrollo de la Ley básica –art. 149.1 18 CE- ha dictado el Gobierno Vasco, correspondiendo a este en consecuencia su modificación si así se estima procedente.

En tal sentido, puede llevar razón el órgano consultante cuando defiende la conveniencia de fórmulas ajenas al convenio para el fin perseguido, pero es una conclusión que, pudiendo haberse incluido normativamente en el Decreto 21/2012, no se acogió, de modo que la revocación de la decisión entonces adoptada exige, cuanto menos, disposición de igual rango.

V.- El argumento de que el “convenio modelo previsto por DACIMA” no se corresponde con la nueva regulación de los convenios administrativos en la Ley 40/2015

La conclusión expuesta no se ve alterada por la argumentación que se ofrece en el escrito de consulta en el sentido de que *“el tipo de convenio modelo previsto por DACIMA para la habilitación, que es conforme a lo regulado en dichos dos artículos reglamentarios, ya no se correspondería con lo que actualmente son los requisitos legales impuestos con carácter básico en la nueva regulación de mayor detalle sobre los convenios, recogida en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”*.

La tesis que parece sostenerse es la de una derogación tácita.

Tesis que no compartimos, no apreciando la contradicción e incompatibilidad entre ambos preceptos que a tal fin sería exigible.

Por el contrario, estimamos que resultan conciliables, hallando cabida el modelo de convenio que prevé el Decreto 21/2012 en la definición y clasificación que ofrece el art. 47 Ley 49/2015, en tanto *acuerdo con efectos jurídicos adoptado entre una Administración Pública y un sujeto de Derecho privado para un fin común*.

No hay razones de principio que impidan que el contenido del modelo de convenio se ajuste a las exigencias del nuevo régimen legal.

Ciertamente, no se entiende por ejemplo la posible colisión que se apunta, entre otros, con el art. 48.3 que contempla, entre los requisitos de validez y eficacia de los convenios administrativos, los objetivos de *mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*.

Hay que decir que, como apunta la doctrina que analiza la cuestión, lo que aquí hace la Ley, en concreto en los apartados 3 al 6 del art. 48, es *simplemente enunciar una serie de requisitos de marcado carácter económico-presupuestario, en los que se encuentra bien presente la preocupación, tan de nuestro tiempo, por el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)*. Requisitos que conectan, por otro lado, con los principios constitucionales de eficacia (art. 103.1 CE) y eficiencia (art. 31.2 CE), y que es difícil vislumbrar pudieran verse comprometidos por un convenio modelo como el que nos ocupa.

Tampoco se entiende que se objete que *al menos uno de los firmantes no asume obligaciones y compromisos* –razón que se ofrece entre las supuestas objeciones insuperables que impedirían recurrir al convenio como mecanismo de habilitación- cuando la propia regulación autonómica cita *las obligaciones de la entidad firmante del convenio y de las personas habilitadas* entre los contenidos a especificar en los convenios que se suscriban (art. 12 Decreto 20/2012).

En suma, no hay contradicción.

No cabe inferir de la Ley 40/2015 la prohibición legal de recurrir al convenio como modo de articular la habilitación que contempla el art. 5.7 de la Ley 39/2015.

Muestra de que no es otra la interpretación en el ámbito estatal sería la suscripción con fecha 25 de julio de 2017 por el Ministerio de Justicia del *Convenio de colaboración con el Consejo General de la Abogacía Española, de habilitación para la presentación electrónica de solicitudes de nacionalidad española por residencia en representación de los interesados*, publicado el pasado 13 de septiembre en el BOE. Un convenio que aborda el régimen de representación de terceros a efectos de presentación electrónica de documentos en su nombre que prevé el art. 5.7 de la Ley 39/2015 para determinados trámites, y que habría sido suscrito vigente la Ley 40/2015

Abundando por tanto en la conclusión expuesta con anterioridad, la supresión de la exigencia de convenio que contempla el art. 12 del Decreto exige tramitar una iniciativa que modifique o derogue la norma en ese extremo.

Este es mi informe, el cual emito sin perjuicio de cualquier otra opinión mejor fundada en derecho.