



**T. S. J. CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID**

SENTENCIA: 01986/2009

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: 001

VALLADOLID

65583

C/ ANGUSTIAS S/N

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2008 0106996

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002137 /2008

Sobre ADMINISTRACION AUTONOMICA

De CONFEDERACION CASTELLANO LEONESA DE LA CONSTRUCCION (C.C.L.C.)

Representante: CARLOS VELASCO ALBILLOS

Contra - CONSEJERIA DE ECONOMIA Y EMPLEO (JUNTA DE CASTILLA Y LEON)

Representante: LETRADO COMUNIDAD

SENTENCIA N° 1986

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. ANTONIO. J. FONSECA HERRERO RAIMUNDO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON SANTOS H. DE CASTRO GARCÍA

DON FELIPE FRESNEDA PLAZA

En Valladolid, a dieciocho de septiembre de dos mil nueve.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, el presente recurso en el que se impugna:

La Orden EYE/880/2008 de 30 de mayo de la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Son partes en dicho recurso:

Como recurrente: la CONFEDERACION CASTELLANO LEONESA DE LA CONSTRUCCION (C.C.L.C.), representada por el Procurador Sr. Toribios Fuentes y defendida por Letrado.

Como demandada: la CONSEJERIA DE ECONOMIA Y EMPLEO, representada y defendida por el Letrado de la Corporación.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **SANTOS H. DE CASTRO GARCÍA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto y admitido el presente recurso, y recibido el expediente administrativo, la parte recurrente dedujo demanda en la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que, estimando el recurso, declare la nulidad de la Orden recurrida.

Por OTROSÍ, se interesa el recibimiento a prueba del recurso.

SEGUNDO.- En el escrito de contestación, con base en los hechos y fundamentos de derecho expresados en el mismo, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto contra la Orden EYE/880/2008, declarando que la misma es conforme a Derecho.

Por OTROSÍ, se interesa el recibimiento a prueba del recurso.

TERCERO.- El procedimiento se recibió a prueba, desarrollándose la misma con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Presentados escritos de conclusiones, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día dieciocho de los corrientes.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites marcados por la Ley aunque no los plazos en ella fijados dado el volumen de trabajo y la pendencia que existe en la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter inicial hemos de precisar que pese a que la pretensión de carácter anulatorio ejercitada se

dirija contra todo el contenido de la Orden EYE/880/2.008, de 30 de mayo, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la Construcción en la Comunidad de Castilla y León, sin embargo toda la carga alegatoria de la demanda la soporta únicamente uno de sus preceptos -el artículo 5.1 de dicha disposición-, con lo que el objeto de este recurso jurisdiccional necesariamente ha de quedar circunscrito a la impugnación del mismo, no pudiendo por tanto alcanzar el análisis que efectuará esta Sala al resto del articulado de la Orden. Y conviene precisar que la creación de ese registro tiene su causa en el artículo 6 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

Pues bien, el mencionado artículo 5.1 establece: **"El procedimiento de inscripción en el REA se realizará de forma telemática desde la página Web de la Junta de Castilla y León <http://www.jcyl.es/rea>, a través de los formularios existentes en dicha dirección"**.

Y los motivos en que se sustenta la pretensión ejercitada pueden agruparse en los dos siguientes: a) que el tenor precepto impugnado, cuando impone que el procedimiento de inscripción en el REA se realice de forma telemática, no tiene amparo en el artículo 27 de la Ley 11/2.007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que configura esta forma de comunicación como un derecho y no como una obligación; y b), infracción del artículo 5.1 del Real Decreto 1109/2.007, de 24 de agosto, que desarrolla la Ley 32/2.006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, en que se prevé que la solicitud de inscripción de empresas acreditadas se presente en cualquier de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1.992.

Por su parte la Letrada de la Comunidad Autónoma, en la representación que ostenta, se opone a la pretensión deducida alegando sustancialmente que el contenido del impugnado artículo 5.1 de la Orden tiene amparo en el artículo 27 de la Ley 11/2.007, que permite a las Administraciones Públicas establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas sólo con medios electrónicos, con lo que yerra la actora al decir que la Ley configura esta posibilidad como un derecho y no una obligación; señalando asimismo que concurre el presupuesto que exige dicha disposición, ya que, por un lado, los solicitantes de la inscripción en el REA serán personas jurídicas que

adoptarán en la práctica alguna de las formas previstas en la legislación mercantil o civil, y, por otro, porque se refiere a empresas que contarán con trabajadores por cuenta ajena, y por tanto tienen ya establecida, conforme a la Orden TAS/2926/2.002, la obligación de realizar determinadas comunicaciones de carácter laboral única y exclusivamente a través de tales medios telemáticos, con lo que habrá de presuponerse que las empresas que pretendan acceder al Registro contarán con medios suficientes, internos o externos, para poder comunicarse de esa forma.

SEGUNDO.- Como vimos en el primer bloque de argumentos que se esgrimen en la demanda se alega sustancialmente que el transcrito artículo 5.1 de la ORDEN EYE/1880/2008, al imponer que el procedimiento de inscripción en el REA se realice obligatoriamente de forma telemática, adolece de amparo legal y además contraviene el artículo 27.6 de la Ley 11/2.007; señalándose al respecto que dicho precepto, cuando contempla la comunicación a través de medios electrónicos, sólo se refiere a los actos de comunicación y no al inicio del procedimiento, que es de lo que ahora se trata, y que en cualquier caso la Administración da por sentado indebidamente que concurre el presupuesto que exige el mencionado precepto, cual es que los interesados gozan de medios suficientes como para poder presentar la solicitud de esa forma.

Así pues, el punto de partida es el mencionado artículo 27.6 de la Ley 11/2.007, que según el Preámbulo de la Orden es el precepto que ampara la opción elegida por la Administración autonómica consistente en que los procedimientos que la misma regula se realicen exclusivamente de forma electrónica: "Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos."

Pero para una correcta inteligencia del mismo habrán de tenerse en cuenta también los apartados anteriores del mismo precepto, que bajo la rúbrica "Comunicaciones electrónicas" establecen lo que podría calificarse como una serie de reglas generales; y así el 1º dispone: "Los ciudadanos podrán elegir

en todo momento la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas, sea o no por medios electrónicos, excepto en aquellos casos en los que de una norma con rango de Ley se establezca o infiera la utilización de un medio no electrónico. La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto del inicialmente elegido." Añadiendo el segundo: "Las Administraciones Públicas utilizarán medios electrónicos en sus comunicaciones con los ciudadanos siempre que así lo hayan solicitado o consentido expresamente."

Y también nos interesa el artículo 4, que señala como principios generales, entre otros y en las letras b) y d), el de igualdad y de legalidad:

- "Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos."

- "Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas establecidas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

Del tenor de estos preceptos, y en la misma línea de lo que se expresa en la exposición de motivos ("La Ley consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones"), se deduce con meridiana claridad que la comunicación de los ciudadanos con la Administración a través de tales medios telemáticos se configura, ciertamente, como una facultad y no como una obligación, pudiendo por tanto éstos elegir la concreta forma de comunicación que más se acomode a sus intereses. Ahora bien, es cierto también que esta regla general permite excepciones, como es la del transcrito apartado 6 del mismo artículo 27, en el que como hemos dicho se pretende por la demandada amparar la cobertura legal del impugnado artículo 5.1 de la Orden.

Por lo tanto, si la regla general es que la elección de la forma de comunicación es una facultad que corresponde al ciudadano, siendo la excepción que la Administración puede establecer por la vía reglamentaria que la comunicación se realice de forma obligatoria por medios electrónicos, tenemos como pauta interpretativa que este supuesto, como excepcional que es, habrá de ser interpretado de forma restrictiva.

Y con ello la cuestión que ha de abordarse ahora no es otra que determinar si concurren o no los presupuestos que el referido artículo 27.6 establece para poder obligar a la comunicación telemática, y en particular, para el caso que nos ocupa, si los destinatarios de la Orden, que conforme a su artículo 2 son las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos realizados en una obra en construcción, son "personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos".

Ya hemos dicho que la Administración demandada considera que los solicitantes de la inscripción tienen garantizada la disponibilidad a este tipo de medios por cuanto se trata de empresas que son personas jurídicas que adoptarán la forma civil o mercantil que cuentan con trabajadores por cuenta ajena, y que por lo tanto conforme a la Orden TAS/2926/2.002, de 19 de noviembre, tienen ya establecida la obligación de realizar determinadas comunicaciones -las de partes de accidentes, relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica y relación de altas o fallecimientos de accidentados- única y exclusivamente a través de medios telemáticos; deduciendo de ello que únicamente podrían tener acceso al Registro las empresas que ya cuenten con medios para poder comunicarse de esa forma.

Este razonamiento simple no es aceptado por la Sala, y ello, en primer lugar, porque se parte erróneamente de que todas las empresas del sector de la construcción que pretendan acceder al registro son o han de ser personas jurídicas -presupuesto del que deduce que tendrían medios suficientes, internos o externos, para poder practicar las comunicaciones de forma electrónica-, cuando lo cierto es que conforme a lo que dispone el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, también podrán serlo trabajadores autónomos. En efecto, este precepto señala a la hora de regular los

requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas, en su apartado 1.c), el de "ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado."

Por lo tanto el argumento de la Administración, que parte de que las empresas dedicadas al sector de la construcción necesariamente tienen trabajadores por cuenta ajena, se desvanece, ya que como hemos visto también cabe el supuesto de los trabajadores autónomos.

No desconoce la Sala que en los tiempos actuales las comunicaciones por vía telemática se están extendiendo cada vez más, lo que ciertamente ha de ponderarse en la labor de interpretación que llevan a cabo los operadores jurídicos, ello conforme a lo que dispone el artículo 3.1 del Código Civil ("las normas se interpretarán... según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas..."); más ello no puede hacernos ignorar la concreta regulación que contienen las normas sectoriales, y en particular ahora la de la reiterada Ley 11/2.007, que como hemos dicho configura la posibilidad de establecer la comunicación mediante medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos, permitiendo, sí, que la Administración pueda establecerlo de forma obligatoria, pero ello siempre que quede demostrado que concurren determinados presupuestos, lo que aquí y por lo ya dicho no sucede, ya que los razonamientos que aporta la Administración no son suficientes a tales fines. Y es que no puede establecerse como supuesto de hecho indubitado que todas las empresas que intervienen en el sector de la construcción, absolutamente todas, tienen de antemano garantizado el acceso y la disponibilidad de los medios tecnológicos precisos para realizar la comunicación de esta forma, debiendo significarse de nuevo que las posibilidad de establecer de forma obligatoria la comunicación telemática es excepcional, y en consecuencia las dudas interpretativas que puedan suscitarse habrán de ser resueltas en el sentido de otorgar el poder de elección del medio a los interesados, quienes pueden elegir si realizan la comunicación en esa forma o utilizan las vías que prevé el artículo 38 de la Ley 30/1.992. Así el argumento de la Administración, cuando da por hecho que las empresas constructoras, sólo por ostentar dicha condición, disponen de los medios tecnológicos precisos, está haciendo supuesto de la

cuestión, olvidando que también intervienen en el sector autónomos con escasa disponibilidad de medios, y en consecuencia la pretensión de carácter anulatorio que se ejercita habrá de ser estimada.

TERCERO.- Amén de lo anterior, habrá de acogerse asimismo el segundo de los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda, cual es la infracción del artículo 5.1 del Real Decreto 1109/2.007, de 24 de agosto, que desarrolla la Ley 32/2.006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, precepto éste que regula el procedimiento de inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas estableciendo lo siguiente:

"1. La solicitud de inscripción se dirigirá al Registro de Empresas Acreditadas dependiente de la autoridad laboral competente, pudiendo presentarse en cualquiera de los lugares previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."

Interesa señalar que el mencionado Real Decreto, a tenor de su Disposición Final Primera, ha sido dictado al amparo de la disposición final segunda de la Ley 32/2006 y conforme a lo previsto en el art. 149.1.7ª de la Constitución Española, por lo tanto ha sido dictado por el Estado en el marco de las competencias que le son propias, siendo precisamente desarrollo del mismo la Orden cuyo precepto ahora se impugna.

Pues bien, como quiera que el artículo 5.1 de la Orden prevé como único y exclusivo medio para poder iniciar el procedimiento de inscripción el de la vía telemática, podrá decirse también que el mismo contraviene el aludido precepto del Real Decreto 1109/2.007, que como hemos visto permite que la solicitud de inscripción pueda presentarse "en cualquiera de los lugares previstos en el art. 38.4 de la Ley 30/1992".

CUARTO.- Cuanto se ha expuesto conduce a acoger la pretensión anulatoria ejercitada, y ello por cuanto el artículo 5.1 de la ORDEN EYE/1880/2008 impone a todos los empresarios del sector de la construcción que el procedimiento de inscripción en el REA se inicie necesariamente ("se realizará...") por vía telemática a través de la página Web de la Junta de Castilla y León, lo que como se ha dicho ya contraviene tanto el artículo 27 de la Ley 11/2.007 como el 5.1 del Real Decreto 1109/2.007.

Y en materia de costas, a tenor de lo que dispone el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian razones que justifiquen su imposición a alguna de las partes, por lo que no procede hacer especial imposición de las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que estimando la pretensión deducida en este proceso por la Procurador. Sr. Toribio Fuentes, en nombre y representación de la CONFEDERACIÓN CASTELLANO LEONESA DE LA CONSTRUCCIÓN (C.C.L.C.), debemos anular y anulamos, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, el artículo 5.1 de la Orden EYE/880/2.008, de 30 de mayo, por la que se crea el Registro de Empresas Acreditadas en el sector de la Construcción en la Comunidad de Castilla y León; y ello sin hacer especial imposición de costas a ninguna de las partes.

Publíquese el fallo de esta sentencia en los mismos boletines oficiales en que lo haya sido la disposición que ahora se anula.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que es susceptible de recurso de casación, a preparar ante esta Sala en el plazo de diez días.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de lo que doy fe.