

ASAMBLEA

REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID



Número 44 • Primer semestre 2023

SUMARIO

I. TEMA DE DEBATE

- LEBRUSÁN MURILLO, IRENE: *Derecho a la vivienda en los países del sur de Europa: entre el compromiso internacional y la realidad de la exclusión residencial.*

II. ESTUDIOS

- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN: *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial referencia al ámbito tributario.*
- YÁÑEZ DÍAZ, CARLOS: *La revisión de oficio en la contratación de las sociedades mercantiles públicas. De nuevo los límites entre el Derecho público y el privado.*
- HERCE MAZA, JOSÉ IGNACIO: *El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria a partir de los principios generales del Derecho y buena regulación: nec magis nec minus.*
- ARANDA BRIONES, BEATRIZ: *La doctrina de la prevalencia: ¿un cambio de paradigma?*
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, MARCO: *Cuarenta años de Derecho parlamentario autonómico: a propósito del nuevo Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias.*
- CANÓNICO SARABIA, ALEJANDRO: *La disciplina presupuestaria en la contratación pública en España.*

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: *El escaño vacante del Sr. Junquera i Vies en el Parlamento Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022.*
- DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2022, de 9 de marzo.*
- DARANAS PELÁEZ, MARIANO: *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Quinta) de 23 de enero de 2023 sobre la demanda de doña Sofía Valverde Digon contra el Reino de España. Recurso núm. 22386/19IV.*

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: *La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2022 (XII Legislatura).*

V. RECENSIONES

- MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA: *Eutanasia y objeción de conciencia*, de Navarro-Valls, R.; Martínez-Torrón, J.; Valero Estarellas, M. J.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: *España: Democracia menguante*, de Aragón, M.; De Carreras, F.; Díez Nicolás, J.; Fernández, T-R.; García Delgado, J. L.; Lamo de Espinosa, E.; Mangas, A.; Sosa Wagner, F.; Tortella, G.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: *Estudios sobre pensamiento y cultura política en Iberoamérica*, de Canales Aliende, José Manuel y Colomer Viadel, Antonio (coords.)

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la
Asamblea de Madrid

44

Junio
2023

Asamblea de Madrid
- Servicio de Publicaciones -

Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 - Madrid

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de la Asamblea de Madrid.

Edita: Servicio de Publicaciones de la Asamblea de Madrid

Depósito Legal: M-30.989-1999

ISSN: 1575-5312

ISSNe: 2951-665X

MADRID, 2023

ASAMBLEA

Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

PRESIDENCIA

- Eugenia Carballado Berlanga
Presidenta de la Asamblea de Madrid

CONSEJO DE HONOR

- Ramón Espinar Gallego
- Pedro Díez Olazábal
- Juan Van-Halen Acedo
- Jesús Pedroche Nieto
- Concepción Dancausa Treviño
- María Elvira Rodríguez Herrer
- José Ignacio Echeverría Echániz
- Paloma Adrados Gautier
- Juan Trinidad Martos
Ex-Presidentes/as de la Asamblea de Madrid

CONSEJO ASESOR

- Jorge Rodrigo Domínguez
Vicepresidente Primero de la Asamblea de Madrid
- José Ignacio Arias Moreno
Vicepresidente Segundo de la Asamblea de Madrid
- Esther Rodríguez Moreno
Vicepresidenta Tercera de la Asamblea de Madrid
- José María Arribas del Barrio
Secretario Primero de la Asamblea de Madrid
- Diego Cruz Torrijos
Secretario Segundo de la Asamblea de Madrid
- Francisco Galeote Perea
Secretario Tercero de la Asamblea de Madrid
- Ángel Gabilondo Pujol
Defensor del Pueblo. Universidad Autónoma de Madrid
- Manuel Alba Navarro
Cortes Generales
- Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid
- Feliciano Barrios Pintado
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- José Antonio Escudero López
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- Manuel Fraile Clivillés
Cortes Generales

- Pedro González-Trevijano Sánchez
Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Tribunal Constitucional
- Carmen Iglesias Cano
Universidad Complutense de Madrid. Real Academia de la Historia
- Luis López Guerra
Universidad de Extremadura. Tribunal Constitucional
- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
Universidades de Salamanca, Zaragoza y Complutense de Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- José F. Merino Merchán
Universidad Rey Juan Carlos
- Santiago Muñoz Machado
Universidad de Valencia, de Alcalá de Henares y Complutense de Madrid. Real Academia de la Lengua
- Juan Antonio Ortega y Díaz-Ambrona
Consejo de Estado. ICADE
- Luciano Parejo Alfonso
Universidades de La Laguna, Alcalá de Henares y Carlos III de Madrid
- Benigno Pendás García
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Universidad Complutense de Madrid. Cortes Generales
- José Luis Piñar Mañas
Universidad CEU San Pablo
- Emilio Recoder de Casso
Abogado del Estado. Cortes Generales
- José Manuel Sala Arquer
Universidad de Navarra. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
- Miguel Sánchez Morón
Universidades de Barcelona, Castilla-La Mancha, Alcalá de Henares y Complutense de Madrid
- Juan Alfonso Santamaría Pastor
Universidad Complutense de Madrid. Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Cortes Generales
- José Eugenio Soriano García
Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO TÉCNICO Y DE REDACCIÓN

- Fabio Pascua Mateo
Universidad Complutense de Madrid
- Alfonso Cuenca Miranda
Cortes Generales
- Daniel Capodiferro Cubero
Universidad Nacional de Educación a Distancia
- Antonio Lucio Gil
Asamblea de Madrid
- Ángel L. Sanz Pérez
Parlamento de Cantabria. Universidad de Cantabria
- Laura Seseña Santos
Cortes de Castilla y León
- Esteban Greciet García
Asamblea de Madrid
- Antonio Jesús Alonso Timón
ICADE
- Manuel Villoria Mendieta
Universidad Rey Juan Carlos
- Elena Herrero-Beaumont
IE University

DIRECCIÓN

- Bárbara Cosculluela Martínez
Secretaria General de la Asamblea de Madrid

SUBDIRECCIÓN

- Tatiana Recoder Vallina
Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid

SECRETARÍA

- Blanca Cid Villagrasa
Letrada de la Asamblea de Madrid

SERVICIO DE PUBLICACIONES

- Gema Moreno Rodríguez
*Jefa del Servicio de Publicaciones
(en comisión de servicios)*
- Susana Moreno Rodríguez
Jefa del Negociado de Publicaciones no Oficiales
- Raquel del Sol Herreros
Administrativa del Negociado de Publicaciones no Oficiales

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES PARA LA PUBLICACIÓN EN LA REVISTA “ASAMBLEA”

La Revista *Asamblea* tiene una vocación interdisciplinar, sin perder sus orígenes de ser una Revista esencialmente jurídico-pública, constitucional y administrativa, centrando su enfoque en el Derecho político, constitucional, administrativo, parlamentario y autonómico.

La Revista *Asamblea* es una publicación de carácter semestral, se edita en los meses de junio y diciembre, en formato digital y en papel y sigue un criterio de acceso abierto.

El Consejo Técnico y de Redacción de la Revista se reserva el derecho de rechazar cualquier original que considere que por criterios formales o de calidad no se adecue a la política editorial de la Revista.

1. Lugar y modo de presentación de originales

Los trabajos o colaboraciones remitidos para su publicación en la Revista *Asamblea* deberán ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas.

Se presentarán por escrito en lengua castellana o inglesa. La revista utilizará herramientas antiplagio para garantizar la autoría y la originalidad de los trabajos.

Los trabajos o colaboraciones se enviarán por correo electrónico, en formato Microsoft Word, al correo institucional revistaasamblea@asambleamadrid.es o bien en papel acompañado de soporte electrónico, dirigidos al Servicio de Publicaciones, Plaza de la Asamblea de Madrid, 1. 28018 – Madrid.

2. Extensión y formato de presentación

— Datos del autor

Los trabajos originales irán encabezados por el nombre del autor/a o autores, y dirección de contacto y de correo electrónico. Así mismo, si se está en posesión del código ORCID, deberá incluirse.

Se acompañará una hoja a efectos administrativos en la que se harán constar el título del trabajo, los datos del autor/a o autores (dirección, NIF, teléfono, correo electrónico, situación académica y nombre de la institución científica a la que pertenecen).

— Extensión y formato

Los trabajos tendrán una extensión máxima aproximada de treinta y cinco páginas (DIN A4) y las recensiones de seis a ocho páginas. El tipo de letra deberá ser Times New Roman, 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

— Título del trabajo

Los trabajos irán encabezados por el título o enunciado (con traducción al inglés), en letra negrilla, Times New Roman, cuerpo superior a 12, texto en minúscula y en mayúsculas solo las palabras pertinentes.

— Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario en español y en inglés, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán en mayúscula, numerados I, II, III... y los epígrafes de los subapartados en minúscula 1.1, 2.1, 2.2, 3.1... etc.

— Resumen, palabras clave, abstract y key words

Los trabajos incluidos en las Secciones de la Revista I. TEMA DE DEBATE, II. ESTUDIOS y III. NOTAS Y DICTÁMENES, deberán presentar, además del título y del sumario, de tres a cinco palabras clave identificativas del tema tratado y un RESUMEN en español y otro en inglés de entre 400 y 500 palabras. Dicho resumen debe reflejar los apartados del artículo: el estado de la cuestión, el contenido y desarrollo de la investigación y las conclusiones obtenidas.

— Notas a pie de página y referencias bibliográficas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 9, numeradas correlativamente.

Las notas y referencias se harán de acuerdo con las normas UNE-ISO 690:

- **Libros:** APELLIDOS DEL AUTOR/ES, nombre con inicial en mayúscula (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica como José ORTEGA Y GASSET, etc.), año de publicación entre paréntesis. *Título del libro en cursiva*. Ciudad de publicación: editorial y páginas.
- **Revistas:** APELLIDOS DEL AUTOR/ES, nombre con inicial mayúscula (o nombre completo de autores y literatos de relevancia histórica), año entre paréntesis. “Título del artículo o capítulo entrecomillado”, apellidos e iniciales del editor o coordinador del libro, si lo hubiere. *Título de la obra a la que pertenece en cursiva*, número de la obra a la que hace referencia en abreviatura núm. Ciudad de publicación: editorial y páginas. Para señalar el número de páginas se utilizará p. o pp., y ss. para indicar las siguientes.
- **Cita en el texto:** (Mankiw 2014).

— Bibliografía

Las obras citadas o referencias bibliográficas se incluirán siempre al final del trabajo en un listado, bien en el mismo documento, bien en un documento aparte.

— Ilustraciones

Las ilustraciones, fotos, gráficos, mapas, tablas, cuadros...etc., deberán ir insertados en el texto en el lugar exacto donde deban reproducirse, tendrán la suficiente calidad técnica y contener el título y la fuente de los datos mostrados.

— Pruebas de imprenta

Se enviarán para corregir posibles erratas, en ningún caso se podrán introducir cambios en el texto ya que una vez aceptados los trabajos, se considera que han sido presentados con su redacción definitiva.

3. Evaluación de los trabajos

Respecto a los trabajos recibidos, el Consejo de Redacción decidirá sobre su aceptación o no.

Los trabajos aceptados se remitirán al menos a dos evaluadores anónimos y externos, según el método “doble ciego”, los cuales realizarán una revisión objetiva, técnica y de carácter constructivo del trabajo.

La decisión sobre la publicación o rechazo de un artículo se le comunicará inmediatamente al autor. Si fuera afirmativa, se le indicará la fecha y número de la Revista Asamblea en el que se incluirá el trabajo.

Puede también que la publicación del trabajo quede condicionada por la introducción de cambios con respecto a la versión original por recomendación de los evaluadores. Entre los cambios propuestos podrá estar la inclusión del trabajo en otra sección de la Revista.

Para poder publicar un trabajo es necesario que el autor/a o autores ceda(n) en exclusiva a la Revista Asamblea los derechos de reproducción. Por lo tanto, en caso de peticiones de terceros para reproducir tanto artículos como parte de los mismos o para su traducción, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

4. Política anti plagio

El plagio en cualquiera de sus formas será motivo de rechazo inicial del artículo o de retirada inmediata de los trabajos publicados en los que se constate.

A fin de evitar el mismo, los trabajos recibidos por la Revista Asamblea, podrán ser sometidos a un análisis de similitud, al efecto de garantizar su originalidad.

5. Política de acceso abierto

En cumplimiento de este objetivo la Revista se adhiere al sistema Open Access (OA), y remite la totalidad de sus contenidos a diversas bases de datos e índices nacionales e internacionales bajo este protocolo. Los usuarios podrán leer, descargar, copiar, distribuir e imprimir el texto completo de los artículos publicados, con la única salvedad del reconocimiento del autor y citación adecuada de los textos. Para ello los autores de los trabajos publicados por la Revista aceptan explícitamente el principio de acceso abierto y distribución.

NOTA DE REDACCIÓN: la Revista “Asamblea” no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los diferentes autores y colaboradores, quienes las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.

ÍNDICE

I. TEMA DE DEBATE

LEBRUSÁN MURILLO, IRENE: <i>Derecho a la vivienda en los países del sur de Europa: entre el compromiso internacional y la realidad de la exclusión residencial</i>	17

II. ESTUDIOS

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN: <i>Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial referencia al ámbito tributario</i>	65
YÁÑEZ DÍAZ, CARLOS: <i>La revisión de oficio en la contratación de las sociedades mercantiles públicas. De nuevo los límites entre el Derecho público y el privado</i>	89
HERCE MAZA, JOSÉ IGNACIO: <i>El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria a partir de los principios generales del Derecho y buena regulación: nec magis nec minus</i>	123
ARANDA BRIONES, BEATRIZ: <i>La doctrina de la prevalencia: ¿un cambio de paradigma?</i>	171
FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, MARCO: <i>Cuarenta años de Derecho parlamentario autonómico: a propósito del nuevo Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias</i>	225
CANÓNICO SARABIA, ALEJANDRO: <i>La disciplina presupuestaria en la contratación pública en España</i>	267

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: <i>El escaño vacante del Sr. Junquera i Vies en el Parlamento Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022</i>	309
DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2022, de 9 de marzo</i>	317
DARANAS PELÁEZ, MARIANO: <i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Quinta) de 23 de enero de 2023 sobre la demanda de doña Sofía Valverde Dígon contra el Reino de España. Recurso núm. 22.386/19</i>	323

IV. CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: <i>La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2022 (XII Legislatura)</i>	351

V. RECENSIONES

MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA: <i>Eutanasia y objeción de conciencia</i> , de Navarro-Valls, Rafael; Martínez-Torrón, Javier; Valero Estarellas, María José.....	383
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: <i>España, democracia menguante</i> , de Aragón, M.; De Carreras, F.; Díez Nicolás, J.; Fernández, T-R; García Delgado, J. L.; Lamo de Espinosa, E.; Mangas, A.; Sosa Wagner, F.; Tortella, G.:.....	391
LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: <i>Estudios sobre pensamiento y cultura política en Iberoamérica</i> , de Canales Aliende, José Manuel y Colomer Viadel, Antonio (coords.):.....	397

CONTENTS

I. DISCUSSION TOPICS

LEBRUSÁN MURILLO, IRENE: <i>The right to housing in southern European countries: between international commitment and the reality of housing exclusion</i>	17

II. ARTICLES

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN: <i>The general principles of the Law in the caselaw of the Court of Justice of the European Union, with particular focus on tax matters</i>	65
YÁÑEZ DÍAZ, CARLOS: <i>The ex officio review in the contracting of public commercial companies. Once again the limits between public and private law</i>	89
HERCE MAZA, JOSÉ IGNACIO: <i>The control of discretion in the exercise of regulatory power based on the general principles of Law and good regulation: nec magis nec minus</i>	123
ARANDA BRIONES, BEATRIZ: <i>The doctrine of prevalence: a paradigm shift?</i>	171
FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, MARCO: <i>Forty years of regional parliamentary law: regarding the new Regulation of the General Junta of the Principality of Asturias</i>	225
CANÓNICO SARABIA, ALEJANDRO: <i>Budgetary discipline in spanish public procurement</i>	267

III. CASE LAW (ANALYSIS)

MARAÑÓN GÓMEZ, RAQUEL: <i>The vacant seat of Mr. Junqueras i Vies in the European Parliament. Commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union of December 22, 2022</i>	309
DE ALBA BASTARRECHEA, ESTHER: <i>Commentary on the Judgement by the Constitutional Court 35/2022, march 9th</i>	317
DARANAS PELÁEZ, MARIANO: <i>Case of Valverde Digon v. Spain, 26 January 2023, Application núm. 22,386/19</i>	323

IV. PARLIAMENTARY ACTIVITY REPORT

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SANTIAGO Y DURÁN RAMOS, JOSÉ MARÍA: <i>Parliamentary Activity from July to December 2022 (XII Legislature)</i>	351

V. BOOKS REVIEWS

MARTÍ SÁNCHEZ, SYLVIA: <i>Eutanasia y objeción de conciencia</i> , by Navarro-Valls, Rafael; Martínez-Torrón, Javier; Valero Estarellas, María José.....	383
ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO: <i>España, democracia menguante</i> , by Aragón, M.; De Carreras, F.; Díez Nicolás, J.; Fernández, T-R; García Delgado, J. L.; Lamo de Espinosa, E.; Mangas, A.; Sosa Wagner, F.; Tortella, G.....	391
LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: <i>Estudios sobre pensamiento y cultura política en Iberoamérica</i> , by Canales Aliende, José Manuel y Colomer Viadel, Antonio (coords.).....	397

I

TEMA DE DEBATE
DISCUSSION TOPICS

Derecho a la vivienda en los países del sur de Europa: entre el compromiso internacional y la realidad de la exclusión residencial

The right to housing in southern European countries: between international commitment and the reality of housing exclusion

Fecha de recepción: 16-05-23

Fecha de aceptación: 31-05-23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE BIENESTAR Y EL MODELO DE PROVISIÓN RESIDENCIAL.—III. EL COMPROMISO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA.—3.1. El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea Revisada (1996).—3.2. El derecho a la vivienda en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.—IV. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL MODELO RESIDENCIAL DEL SUR DE EUROPA.—4.1. Emancipación tardía: uno de los rasgos de los países del sur.—4.2. La propiedad como tenencia mayoritaria.—V. ENTRE LOS COMPROMISOS RATIFICADOS Y LA REALIDAD: MANIFESTACIONES DE LA EXCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN EL SUR DE EUROPA.—5.1. Sobrecarga del coste de la vivienda como factor explicativo.—5.2. Calidad de la Vivienda: tener un techo no significa tener cubierto el derecho a la Vivienda adecuada.—5.2.1. Hogares en situación de hacinamiento.—5.2.2. Tener goteras y humedades, pasar frío y carecer de instalaciones básicas.—VI. LA EXCLUSIÓN EXTREMA: EL SINHOGARISMO O SITUACIÓN DE CALLE.—VII. LAS RESPUESTAS ESPECÍFICAS DESDE ITALIA, GRECIA Y ESPAÑA.—VIII. PROGNOSIS Y ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.—IX. REFERENCIAS.

RESUMEN

La vivienda desempeña un papel clave en el bienestar de los hogares y en el desarrollo económico y social de cada país. Además, es fundamental para la salud y la integración social de sus habitantes. Por ello, los gobiernos cuentan con un conjunto de políticas que

* Investigadora en CENIE y profesora universidad Carlos III de Madrid. <https://orcid.org/0000-0003-3445-0651>

regulan la producción y el acceso a la vivienda. En cada sistema de Bienestar, la política de vivienda no sólo depende de cómo se concibe el papel del Estado, sino de una serie de circunstancias ligadas a su forma de desarrollo político, social y económico. El funcionamiento del sistema residencial de los países del sur de Europa, donde la familia juega un rol que no aparece en otros países, dan lugar a una serie de particularidades que conviene analizar en relación con los compromisos internacionales a los que estos están sujetos.

Lo cierto es que el derecho a la vivienda se considera un derecho fundamental, y así lo establece la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular en su artículo 34.3. También el Pilar Europeo de Derechos Sociales incluye el acceso a la vivienda social como parte del mismo. Sin embargo, el análisis de los datos señala escasa efectividad o cumplimiento de la aplicación de este llamado Derecho a la Vivienda en el sur de Europa, donde la desigualdad tiene un impacto más profundo sobre las condiciones de vivienda.

El artículo utiliza una combinación de metodología doctrinal y comparativa a partir de datos de EUROSTAT y la OCDE para analizar la situación de la vivienda en Italia, Grecia y España con el fin de hacer visible la necesaria relación entre lo que se afirma en los compromisos internacionales, la realidad de los datos en los países seleccionados y la posición de cada país ante tales situaciones.

PALABRAS CLAVE: Vivienda, Derecho a la vivienda, Estado de bienestar, exclusión residencial.

ABSTRACT

Housing plays a key role in the well-being of households and in the economic and social development of each country. It is also fundamental to people's health and social integration. For this reason, governments have a set of policies that regulate the production of and access to housing. In each welfare system, housing policy would depend not only on a predetermined image of the role of the state, but also on a series of circumstances linked to its form of political, social, and economic development. The functioning of the housing system in southern European countries, where the family plays a role that does not appear in other countries, gives rise to a series of particularities that should be analyzed in relation to the international commitments to which they are subject.

It is true that the right to housing is considered a fundamental right, and this is established in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in Article 34.3, and the European Pillar of Social Rights includes access to social housing as part of it. However, the analysis of the data points to little effectiveness or enforcement of this so-called Housing Right in Southern Europe, where inequality has a more profound impact on housing conditions.

The article uses a combination of doctrinal and comparative methodology using Eurostat and OECD data to analyze the housing situation in Italy, Greece and Spain to make visible the necessary relationship between what is stated in international commitments, the reality of the data in the selected countries and the national responses to such situations.

KEYWORDS: Housing, Right to housing, Welfare state, housing exclusion.

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda desempeña un papel clave dentro del complejo entramado social. Conformar una estructura particular en cada país en relación con su sistema de bienestar, pero también con los valores y las normas sociales de la sociedad en la que se encuentra (Lebrusán Murillo 2019b). Además de ofrecer protección y seguridad física, la vivienda cumple importantes funciones sociales, tiene un impacto directo sobre la salud física y mental (Bratt, Stone, & Hartman 2006), genera sentimientos de pertenencia y sirve como espacio de reconocimiento cultural (Lebrusán Murillo 2017). Es un aspecto determinante para la salud y es fundamental para la integración social. Por otra parte, es un requisito fundamental para ejercer el acceso a los derechos básicos.

Por estas y otras razones, la vivienda ocupa un lugar central en las políticas de cada país y diferentes tratados internacionales hacen referencia al “derecho a la vivienda”, considerando la vivienda como un derecho humano económico, social y cultural. Ha sido codificado en un amplio abanico de instrumentos jurídicos internacionales en el seno de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), entre otros. También se considera un derecho en el Consejo de Europa y en la Unión Europea, tal y como establecen el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF). La vivienda también aparece como un derecho asociado a la ciudadanía en diferentes constituciones de países europeos.

Sin embargo, estas declaraciones y compromisos, clasificados bien como derechos o como principios rectores, no han reforzado una aplicación real ni garantizado la cobertura de las necesidades residenciales. De hecho, en los últimos años el coste de la vivienda ha seguido una tendencia al alza, mientras que los salarios y los presupuestos familiares se han ido reduciendo. Esta situación explica un aumento de la vulnerabilidad social en Europa y de la vulnerabilidad residencial que afecta a la población más pobre del Sur de Europa¹, entre cuyos países se encuentran Italia, Grecia y España. En los tres países mencionados, la crisis financiera de 2008 y la de 2012 empeoraron las condiciones de la vivienda y conformaron un contexto de enorme dificultad para la parte más baja del espectro social, empujando a muchas personas que hasta entonces no pertenecían a comunidades marginadas a quedarse sin hogar (Arapoglou & Gounis 2017). En las últimas décadas, los gobiernos han aumentado el gasto público en subsidios de vivienda, mientras que ha disminuido la inversión de capital dirigida a la oferta de viviendas asequibles

¹ Más allá de la intervención del Estado, cada vez cobra más fuerza la consideración de que existe un Sistema de Bienestar específico de los países del Sur de Europa, en el que la intensidad de intervención de cada uno de los elementos del sistema y la relación entre ellos tiene expresiones diferentes a las que se dan en el resto de los países europeos (Leal Maldonado 2001).

(UNECE, 2021), sin que el referido aumento haya supuesto una solución a ciertas manifestaciones de la exclusión residencial. El derecho a la vivienda no se está cumpliendo.

Lo cierto es que, si la violación del derecho a la vivienda compromete la integridad física y mental, la salud, y menoscaba el derecho al trabajo, a la educación y a la participación social (Pisarello 2009), también está señalando la ineficiencia del sistema de bienestar y de las políticas de los países. La reflexión que se presenta en este artículo cobra especial importancia a la luz de la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, y al debate actual en torno a la cuestión de la vivienda en España. Sin duda, dicha Ley supone un hito en la actual etapa democrática, ya que se trata de la primera norma nacional que desarrolla el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. Si bien este trabajo no pretende ahondar en el análisis de esta Ley ni alude a los distintos aspectos del debate que ha suscitado a la misma, o a qué cuestiones podrá (o no) dar respuesta, la autora del trabajo considera que la reflexión y los datos aquí contenidos podrían ayudar a comprender algunos aspectos centrales en torno a la misma, así como la necesidad de configurar mecanismos más efectivos para responder al derecho a la vivienda adecuada de los habitantes del sur de Europa. Estos son países caracterizados por una serie de rasgos similares entre los que destaca una cuestión clave: la ineficiencia en la respuesta a las necesidades residenciales.

Cabe señalar que el objeto de este artículo no es el de realizar un análisis exhaustivo de la normativa internacional, sino la de poner en contexto las líneas de actuación con los datos, a fin de visibilizar la necesaria relación entre lo que dicen los compromisos internacionales, la realidad de los datos en los países seleccionados y las respuestas nacionales ante tales situaciones. El resultado nos permite apuntar a los espacios de vacío en esa interacción.

La metodología utilizada en este informe es distributiva y normativa, basada en análisis descriptivos procedentes de fuentes de la OCDE y Eurostat. Es importante señalar que existe una notable limitación en los datos disponibles sobre vivienda y un retraso en la publicación de estos (especialmente en el caso de Italia) que dificultan no solo la comparativa, sino que dificultan la comprensión de algunas dimensiones.

La estructura de este artículo es la siguiente: en primer lugar (apartado II), se expone el planteamiento teórico sobre las diferentes concepciones de modelo residencial en relación con el régimen de bienestar en el sur de Europa. El apartado III refiere las consideraciones europeas respecto al derecho a la vivienda. A continuación, el apartado IV expone las características definitorias de los sistemas residenciales del sur y, seguidamente, los apartados V y VI analiza diferentes manifestaciones que muestran cómo el derecho a la vivienda adecuada, a pesar de los compromisos referidos, no se están cumpliendo en los países analizados. El apartado VII expone las diferentes respuestas de los países ante esta desigualdad constatada. El último apartado plantea una serie de reflexiones finales y expone cierta prognosis de los riesgos a futuro.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE BIENESTAR Y EL MODELO DE PROVISIÓN RESIDENCIAL

Los Estados del bienestar pueden identificarse con los sistemas generales de bienestar social. Hablar de Estado de bienestar equivale a un modelo general de organización estatal y social según el cual cada gobierno proporciona determinados servicios o garantías sociales dirigidas a mejorar el bienestar social y la calidad de vida de la población. Entre el grueso de las intervenciones, las que más explícitamente afectan a la calidad de vida de la ciudadanía son los servicios públicos (sanidad, educación, servicios sociales...), las transferencias sociales (como las pensiones), las intervenciones reguladoras (normas y sanciones) y las intervenciones públicas (Navarro 2004). La comprensión de los sistemas residenciales y, en concreto, de la política de vivienda en los distintos países, concebida como una forma concreta de política social, requiere el conocimiento del tipo de Estado de Bienestar en el que se inscribe y, más en general, del Sistema de Bienestar en el que se inserta la intervención del Estado (Leal Maldonado 2001).

En muchos países el bienestar no lo proporciona exclusivamente el Estado, sino que éste sería resultado de una combinación de servicios independientes, voluntarios, mutualistas y gubernamentales. En ocasiones, el Estado o el gobierno pueden actuar a la vez como coordinador de la prestación y proveedor de último recurso, o bien delegar la prestación en organizaciones benéficas, sociales o privadas (apoyándolas económicamente); en este último caso, algunos autores utilizan el término “sociedad del bienestar”.

Según la categorización más conocida de los países desarrollados² (Esping-Andersen 1990; 1999), existirían cuatro grandes categorías de países, ordenados según el papel decreciente de la intervención y participación pública: a) Estados socialdemócratas del bienestar, caracterizados por el pleno empleo, lo que permite financiar un sistema de igualdad y universalidad, con una adecuada cobertura de las necesidades sociales (incluida la conciliación de la vida familiar y laboral); b) Estados corporativistas (concertados), con un sistema mixto, en el que la cobertura corre a cargo del Estado

² Es importante reseñar que la primera clasificación establecida por Esping-Andersen, base de trabajos posteriores en esta línea en todo el mundo, fue duramente criticada por dejar fuera las particularidades del sistema mediterráneo. Como respuesta a las críticas, Esping incluyó a los países del sur de Europa en su obra posterior “Fundamentos sociales de las economías postindustriales”. En particular, señaló que los países del sur de Europa tenían un modelo de bienestar distintivo basado en los lazos familiares y en la provisión informal de bienestar de forma mucho más rudimentaria que los del resto de Europa. Estos sistemas, que podrían denominarse Estados de bienestar mediterráneos, también se caracterizaban por un sistema de bienestar público más débil y por la dependencia de la familia como fuente principal de protección social (Esping-Andersen, 1999). Este sistema podía conducir inevitablemente a una mayor desigualdad de género, ya que se consideraba que las mujeres eran las principales proveedoras de cuidados y, como tales, las encargadas de prestar apoyo no remunerado a las familias.

y del mercado (dando lugar a bolsas de desigualdad); c) Estados liberales, que garantizan unos mínimos para las rentas bajas, pero se caracterizan por una fuerte estigmatización; y d) el sistema de bienestar rudimentario, que guarda muchas similitudes con el sistema liberal, aunque el sistema de protección es aún más residual, o incluso inexistente (Trilla 2001). España, Grecia e Italia se encontrarían en una etapa de transición entre este grupo y el liberal, con un bajo desarrollo de los servicios sociales y una escasez de políticas familiares. Estas diferencias en la cobertura del sistema de bienestar se han compensado con fórmulas de solidaridad familiar que han llevado a la configuración de regímenes de bienestar con ese “familismo” propio del Sur (Trilla 2001; Flaquer 2000).

El importante papel que desempeña la familia en el sistema de bienestar del sur de Europa se manifiesta en la internalización de la prestación solidaria de servicios, como los cuidados o la ayuda para acceder a la vivienda (Leal Maldonado 2001). Más allá del papel central de la familia, autores como Ferrera (1996) señalan una gran fragmentación y polarización interna en el programa de mantenimiento de los ingresos, una ruptura con la tradición corporativista mediante un sistema de asistencia sanitaria universal y una distribución selectiva de las prestaciones en metálico que favorecen el clientelismo y las redes clientelares. En el ámbito político y económico, el clientelismo es elevado, lo que se traduce en una baja confianza en las instituciones y que ha facilitado la proliferación de una economía informal. Esto tiene consecuencias como la disminución de los ingresos públicos y la consiguiente debilidad del Estado del bienestar. En esta situación, el mercado goza de un amplio grado de libertad y existen bajos niveles de desmercantilización.

Respecto a la vivienda, y si bien diferentes investigaciones han intentado mostrar cómo los distintos tipos de sistemas de bienestar producen efectos diferentes en las políticas sociales, la política de vivienda se sigue manteniendo en un segundo lugar. En este sentido, Kemeny y su metateoría de la vivienda es una piedra angular para entender el papel de la política de vivienda en el sistema de bienestar. Los diferentes sistemas sociopolíticos sientan las bases de la relación entre mercado y política, dando lugar a una configuración diferenciada de la oferta residencial (Trilla 2001; Kemeny 2013; Balchin 2013; Kemeny 2001), que para Kemeny es la expresión de cómo se percibe la libertad de elección residencial. Así, y según su clasificación: *El resultado es una jerarquía de países, en la que los que se encuentran en la parte inferior y minimizan las posibilidades de elección son los que han optado por el fomento unilateral de la vivienda en propiedad o en alquiler; un grupo intermedio en el que las mismas dos formas de tenencia constituyen alternativas; y un grupo de sociedades en la parte superior en las que se fomentan varias alternativas* (Kemeny 2001, p. 193). Esta libertad, tal y como la describe Kemeny, podría percibirse tanto en términos de elección de tenencia de la vivienda como de posibilidad de alternancia o movilidad residencial entre diferentes tenencias: *La primera diferencia es que en*

el primer caso la libertad se define en términos de derechos sobre la vivienda, mientras que en el segundo se define en términos de libertad de elección entre diferentes formas de tenencia, tanto en términos de elección inicial como en términos de capacidad posterior para moverse libremente entre ellas. (Kemeny 2001, p. 193).

Siguiendo las premisas anteriores, Barlow y Duncan (Barlow y Duncan 1994) clasificaron los regímenes de bienestar en orden decreciente según la intervención e implicación pública en vivienda y su eficiencia. Según esta clasificación: el régimen socialdemócrata se caracteriza por la desmercantilización y una fuerte intervención pública en la vivienda, limitando el beneficio privado en el sector y siendo el alquiler y las cooperativas una alternativa para toda la población; en el régimen corporativista tradicional o concertado la intervención de la ayuda pública sería más abierta y menos simbólica, manteniendo, eso sí, las divisiones sociales existentes; en el régimen liberal, la intervención directa en la vivienda se limitaría a la provisión de viviendas para la población que no puede acceder al mercado. En este régimen, y siguiendo ciertas lógicas sociales, los beneficiarios cargan con un estigma (Flaquer 2000; Trilla 2001). Estos países establecen incentivos para el acceso a la propiedad (siguiendo la idea del *Right to Buy*), lo que supone en realidad un impulso al desarrollo del mercado inmobiliario y del sector de la construcción, favoreciendo así el desarrollo de grandes promotores y entidades de crédito. Esta medida, con el objetivo de mantener el consumo antes que incentivar realmente la producción, tiene diversos efectos negativos, como sería la *mercantilización de la vivienda*³.

A los anteriores se añadiría un cuarto grupo, el que había sido calificado como régimen rudimentario, y que parte de una débil tradición de provisión pública de vivienda. En estos países, la autopromoción basada en una red familiar ampliada sustituye a menudo el papel del Estado. Grecia y Portugal serían los arquetipos, mientras que España se encontraría en transición de este grupo a un sistema más liberal. Italia se encontraría en una posición intermedia entre el rudimentario y el corporativista (Barlow y Duncan 1994)⁴. En todos ellos, la política de vivienda no sólo dependería de una imagen predeterminada del papel del Estado, sino de una serie de circunstancias liga-

³ Al respecto, véase: Delclós et al. 2023.

⁴ Es importante reseñar que la primera clasificación establecida por Esping-Andersen, base de trabajos posteriores en esta línea en todo el mundo, fue duramente criticada por dejar fuera las particularidades del sistema mediterráneo. Como respuesta a las críticas, Esping incluyó a los países del sur de Europa en su obra posterior "Fundamentos sociales de las economías postindustriales". En particular, señaló que los países del sur de Europa tenían un modelo de bienestar distintivo basado en los lazos familiares y en la provisión informal de bienestar de forma mucho más rudimentaria que los del resto de Europa. Estos sistemas, que podrían denominarse Estados de bienestar mediterráneos, también se caracterizaban por un sistema de bienestar público más débil y por la dependencia de la familia como fuente principal de protección social (Esping-Andersen, 1999). Este sistema podía conducir inevitablemente a una mayor desigualdad de género, ya que se consideraba que las mujeres eran las principales proveedoras de cuidados y, como tales, las encargadas de prestar apoyo no remunerado a las familias.

das a la forma de desarrollo político, social y económico de estos países (Leal 2005, Bosch, 2015). Por este motivo, en este análisis se cogen como referencia un ejemplo-país de cada grupo (Grecia como arquetipo; España como país en transición; Italia como país en posición intermedia) y todos ellos como caracterización del sistema específico del sur de Europa.

Desde el punto de vista del derecho a la vivienda, este implica unos derechos mínimos legalistas para los hogares con menos recursos. Si estamos ante una política de vivienda universal, el derecho a la vivienda se considera mejor como un “derecho social” en el sentido que establecía Marshall, como una obligación del Estado hacia la sociedad en su conjunto (Bengtsson 2001). Se puede afirmar que los países del sur de Europa depositaron la cuestión de la vivienda principalmente en su institución informal familiar y como responsabilidad individual, en lugar de considerar el derecho a la vivienda una responsabilidad pública.

III. EL COMPROMISO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA VIVIENDA

El Derecho a la Vivienda es considerado como un derecho humano económico, social y cultural dirigido a alcanzar la igualdad. Está conformado tanto por libertades como por derechos: las libertades incluyen la protección contra los desalojos forzados y la destrucción y demolición arbitrarias del propio hogar; el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en el hogar, la intimidad y la familia; y el derecho a elegir la propia residencia, a determinar dónde vivir y a la libertad de circulación. Los derechos incluyen la seguridad de la tenencia; la restitución de la vivienda, la tierra y la propiedad; el acceso igualitario y no discriminatorio a una vivienda adecuada; la participación en la toma de decisiones relacionadas con la vivienda a nivel nacional y comunitario.

Ha sido codificado por una amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros).

Desde la perspectiva de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales no contempla un derecho concreto a la vivienda, si bien, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a quienes no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales (art. 34.3 CDFU). Más recientemente, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, presentado en la primavera de 2017, incluye el acceso a la vivienda y la asistencia para las personas sin hogar como parte del capítulo III (Protección e inclusión social).

3.1. El derecho a la vivienda en la Carta Social Europea Revisada (1996)

La inclusión del derecho a la vivienda en la Carta Social Europea revisada (1996⁵) se considera uno de los mayores logros del Consejo de Europa, ya que expresa no sólo el reconocimiento de un problema social, sino la voluntad legal de resolverlo. No solo se establece que toda persona tiene derecho a vivienda, sino que este se reitera en diferentes apartados y se reconoce la necesidad de protección especial para grupos vulnerables, como serían las personas con bajos ingresos, las familias numerosas, las personas con discapacidades y personas en situación de exclusión social. En este tratado se entiende que una vivienda es adecuada si:

- es segura desde el punto de vista sanitario y de la salud. Es decir, que posea todos los servicios básicos, como: agua, calefacción, eliminación de residuos; instalaciones sanitarias; electricidad; etcétera; y que estén bajo control peligros específicos como, por ejemplo, la presencia de plomo o materiales de amianto.
- no está hacinada, entendiendo por hacinamiento que el tamaño de la vivienda no es adecuado teniendo en cuenta el número de personas que residen en ella y la composición del hogar.
- la seguridad en la tenencia está garantizada, lo que significa protección contra el desalojo forzoso y otras amenazas.

Además, una vivienda adecuada debe estar en un lugar que permita el acceso a los servicios públicos, al empleo, a los servicios sanitarios, a las escuelas y otras instalaciones sociales. Los Estados deben estar atentos a la hora de aplicar políticas de vivienda para evitar la segregación espacial o social de las minorías étnicas o los inmigrantes. El Comité subrayó que vivir en entornos segregados significa que habrá un acceso inadecuado a la escolarización, menos oportunidades de empleo o un acceso más difícil a las instalaciones médicas. Del mismo modo, un nivel de vivienda inadecuado conduce a una mala salud y a una mayor incidencia de enfermedades (Gailiute 2012). Sin embargo, y aun existiendo acuerdo sobre lo que implica una vivienda adecuada, la Carta deja a los Estados un margen de apreciación a la hora de determinar las medidas que deben adoptar para cumplir con las obligaciones que les impone la Carta Social Europea (Gailiute 2012).

⁵ La Carta Social Europea (1961) no contiene ningún planteamiento sobre el derecho a la vivienda, que sí se incluyó tras su revisión en 1996.

3.2. El derecho a la vivienda en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁶ (proclamada en 2000 y vinculante desde 2009⁷) supone un gran avance social. El acuerdo sobre la necesidad de una Carta de Derechos Fundamentales dota de mecanismos judiciales y políticos para hacer valer una serie de derechos. Es el salto de la búsqueda del equilibrio económico al equilibrio social.

Desde este nivel regional-europeo, el derecho a la vivienda se considera un derecho fundamental, como así lo establece el artículo 34.3. La inclusión de la vivienda en la Carta supone ir más allá de la unión económica y conseguir que la UE avance hacia un bienestar más inclusivo, reforzando no sólo el proyecto europeo sino también su legitimidad social ante los ciudadanos. Sin embargo, y ésta es la limitación fundamental, esta Carta se basa en un sistema de ratificación que permite a los Estados elegir las disposiciones que están dispuestos a aceptar como obligaciones jurídicas internacionales vinculantes e incluso el nivel de compromiso. Esto crea una tremenda limitación en términos de derecho a la vivienda, así como una diferencia geopolítica (desigualdad) en función de la voluntad de los países de garantizar el derecho a la vivienda. Además, y en cuanto a su naturaleza jurídica, estos principios y derechos no son directamente exigibles sino responsabilidad de cada Estado miembro, lo que en la práctica provoca notables diferencias por países a la hora de resolver las necesidades residenciales.

Evidentemente, la enunciación no es tan específica como la del Consejo de Europa. La referencia a la vivienda se incluye en el título III (Igualdad) en el artículo 34 (Seguridad y asistencia sociales) punto 3 y dice: “Con el fin de luchar contra la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, de conformidad con las normas establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

El compromiso de la UE de reforzar los derechos sociales se reafirma en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, presentado en la primavera de 2017. Se basa en 20 principios clave, estructurados en torno a tres categorías: Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral; Condiciones laborales justas; Protección e inclusión social. Incluye una referencia muy específica sobre la vivienda, aglutinando varios aspectos del cumplimiento del derecho a la vivienda. El artículo 19, de protección e inclusión social, establece: Vivienda y asistencia a las personas sin hogar: a) Se proporcionará a quienes lo necesiten acceso a una vivienda social o a una ayuda para la vivienda de buena calidad; b) Las personas

⁶ El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclamaron solemnemente el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en Niza, el 7 de diciembre de 2000.

⁷ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, esta Carta pasó a ser jurídicamente vinculante.

vulnerables tienen derecho a una asistencia adecuada y a protección contra el desalojo forzoso; c) Alojamiento y servicios adecuados. Sin embargo, aunque el Pilar Europeo de Derechos Sociales puede potencialmente tener un impacto en las políticas de los Estados y expresar claramente un compromiso, no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, sin presupuesto ni capacidad real, no importa la buena intención o el deseo, el documento se limita finalmente a la incapacidad de corregir el desequilibrio constitucional entre “el mercado” y “lo social” en el ordenamiento jurídico de la UE (Garben 2018).

Dicho esto, conviene recordar que existen dos instituciones principales en Europa que dan protección jurídica al derecho a la libertad de expresión, con diferentes limitaciones y potencialidades: el organismo encargado de proteger los derechos humanos y las libertades políticas en Europa es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en lo que respecta al Consejo de Europa, el Tribunal Europeo De Derechos Humanos⁸.

Como hemos señalado, la vivienda desempeña un papel decisivo en el bienestar de los hogares y en el desarrollo económico y social de todo país. A pesar de su importancia, la primacía del valor de la vivienda como bien de inversión y como motor de desarrollo económico han provocado un desequilibrio que se traduce en el aumento de la desigualdad social, y que es especialmente acusada en los países del sur de Europa. El siguiente apartado analiza los rasgos característicos del modelo residencial del sur de Europa.

IV. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL MODELO RESIDENCIAL DEL SUR DE EUROPA

La caracterización de los países del Sur de Europa como un grupo específico y diferenciado, con una propensión de la política de vivienda a optar por la inversión directa en dinero en lugar de en servicios (Leal 2005) es especialmente relevante, incluso si esta puede ser una interpretación con limitaciones, en la medida en que reconoce una provisión y un comportamiento residencial propios y distintivos. Todos ellos, y a pesar de, por ejemplo, establecer un modelo sanitario universal, se caracterizan por un débil sistema de seguridad social, bajo gasto social e ineficientes políticas de empleo. La familia, dada la ausencia de protección estatal, se configura así como un elemento clave en la provisión de bienestar y seguridad (Bosch, 2015).

Tanto en España, como en Grecia, como en Italia, la vivienda es un extremo débil del Estado del bienestar, que se complementa con la referida existencia de

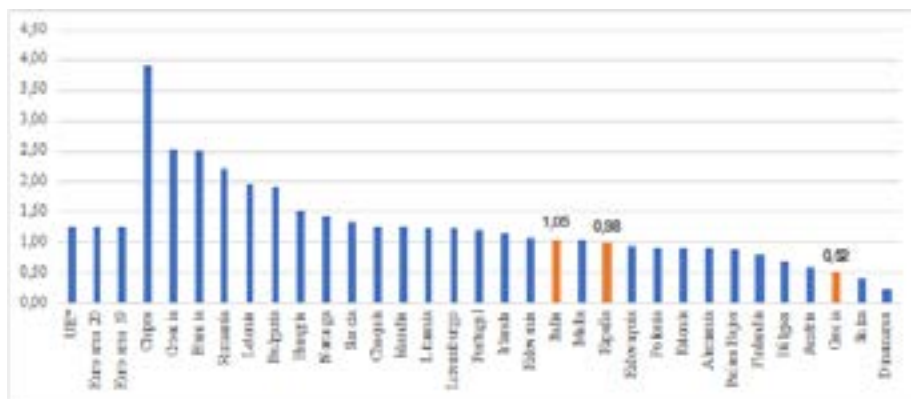
⁸ Desde una perspectiva internacional debemos referirnos a la Corte Internacional de Justicia. Tiene una doble función: resolver, de conformidad con el derecho internacional, las controversias jurídicas que le sometan los Estados (casos contenciosos) y emitir opiniones consultivas (procedimientos consultivos) sobre las cuestiones jurídicas que le remitan los órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas debidamente autorizados.

una mayor implicación de la familia y de la sociedad civil. Esta intervención familiar no se consideraría tanto una alternativa a la acción estatal, sino que ambas se complementarían y definirían su actuación en relación con la intervención de los otros elementos⁹ (Maloutas et al. 2004). Estas diferencias en el modelo de provisión y concepción de la vivienda dan lugar, a su vez, a un sistema de comportamiento residencial distinto al del resto de Europa, entre los que destacan una emancipación más tardía y fórmulas de solidaridad familiar que coinciden con este “familismo” específico del Sur (Trilla 2001; Leal 2005; Flaquer 2000).

Como ya hemos referido, el sistema de vivienda de los países mediterráneos presenta características muy marcadas, con un alcance de la política de vivienda extremadamente limitado. Como diferentes autores han señalado, en el sur de Europa había mucha menos presión para proporcionar viviendas a la clase trabajadora debido al escaso desarrollo industrial, así como a la migración interna de los trabajadores. En consecuencia, se crearon sectores de vivienda social a menor escala, como parte de los deficientes sistemas de bienestar locales (Ferrera 1996; Maloutas et al. 2004). Las necesidades de vivienda en estos países se cubrieron en su mayoría mediante soluciones alternativas que sustituyeron a los sistemas de bienestar y que se basaron principalmente en las iniciativas de la propia población, los recursos organizativos y monetarios de sus familias y las políticas que hicieron viable lo anterior (Maloutas 2022).

El parque privado de alquiler es mínimo y el gasto total de las administraciones públicas en vivienda y en equipamiento comunitario sobre el Producto Interior Bruto (PIB) está entre los más bajos de la Unión Europea. En muchos países, el sistema de ayudas al pago de la vivienda ni siquiera está desarrollado y, cuando existe, tiende a orientarse hacia la promoción del acceso a la vivienda en propiedad.

Figura 1: Gasto total de las administraciones públicas en vivienda y en equipamiento comunitario sobre el Producto Interior Bruto, 2021.



Fuente: Eurostat.

⁹ En el ámbito de los cuidados, sucedería lo mismo. Al respecto, véase Lebrusán, 2019c.

Esta falta de intervención pública da lugar a tres fenómenos interrelacionados, aunque no necesariamente interdependientes pero que, en cualquier caso, son manifestaciones de cómo se concibe la intervención sobre vivienda en el marco del Estado del bienestar de los países del sur de Europa. En primer lugar, este sistema de vivienda no facilita la transición residencial de los jóvenes (Iacovou, 2002; Allen et al., 2004; Emmanuel, 2012), por lo que las posibilidades de los jóvenes en el mercado de la vivienda acaban dependiendo exclusivamente de su inserción laboral y de su capacidad de apoyo familiar (Walther, 2006, Leal 2005). Por otra parte, hay una clara tendencia a la tenencia en propiedad, debido a las importantes desgravaciones fiscales y a un estrangulamiento de la oferta de alquiler (Lebrusán, 2019a), así como por la seguridad que esta tenencia presenta ante las fluctuaciones laborales (Leal 2005; Inurrieta 2010).

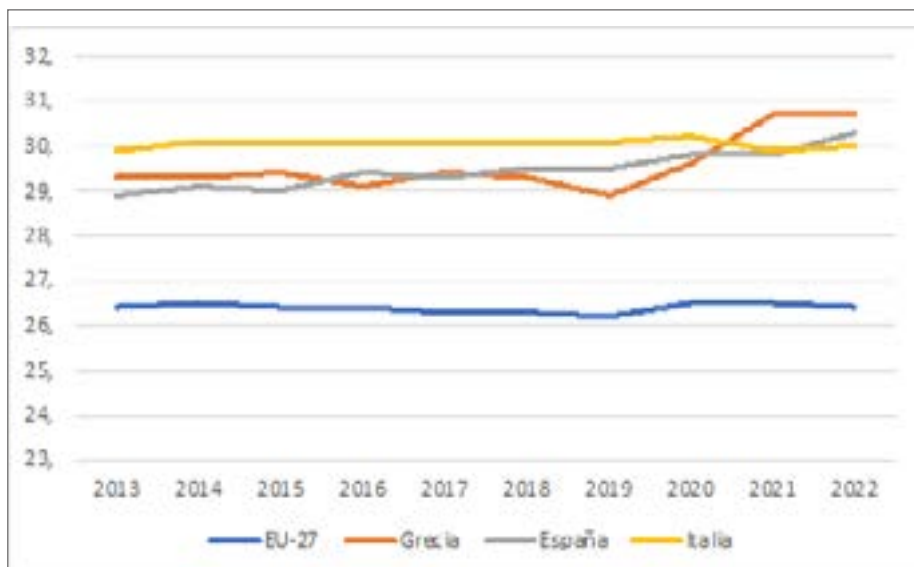
4.1. Emancipación tardía: uno de los rasgos de los países del sur

Abandonar el hogar paterno se considera un hito en la transición de la infancia a la edad adulta. Si bien algunos autores analizan este proceso de transición a la adultez en términos de una decisión de los propios jóvenes, desde una perspectiva más individualista (Arnett, 2004), otras perspectivas ponen el foco en el la importancia de la dimensión estructural, refiriéndose a las políticas del Estado del bienestar, la cultura, la familia o los condicionantes socioeconómicos (como el mercado laboral¹⁰), entre otras circunstancias que difieren según el contexto nacional y que estarían determinando los cursos vitales de los jóvenes (Bynner, 2005). Estos factores limitarían las posibilidades de los jóvenes de tomar decisiones y, por tanto, de elegir libremente y disponer de opciones para abandonar el hogar familiar.

En 2021 la edad media de los jóvenes que abandonan el hogar paterno en la UE se situaba en los 26,5 años, con un rango desde los 19,0 (Suecia) a los 33,6 (Portugal). En la mayoría de los países septentrionales y occidentales, los jóvenes abandonan el hogar paterno por término medio a los veinte o veinticinco años, mientras que en los países meridionales y orientales la edad media es a finales de la veintena o principios de la treintena. Los países del sur de Europa se caracterizan por un abandono del hogar paterno más tardío, con edades que parecen seguir además una tendencia al aumento y muy alejadas de las medias del conjunto de los países europeos.

¹⁰ En el mercado laboral, la principal característica de los países mediterráneos es el alto nivel de desempleo, que a menudo es estructural. Esto se debe en gran medida a la falta de compromiso para alcanzar el pleno empleo, al déficit de inversión en actualización, innovación y tecnología, a la baja competitividad de las empresas y a las dificultades de las mujeres para conciliar la vida laboral y familiar, debido a la falta de ayudas sociales para paliar esta situación.

Figura 2. Edad media de emancipación de los jóvenes.



Fuente: EUROSTAT

En los países del sur, con una política de vivienda muy limitada y casi exclusivamente orientada a la propiedad, la incertidumbre que sufren los jóvenes en el mercado laboral —fruto de su flexibilización—, el deseo generalizado de acceder a la vivienda en propiedad —también considerada un bien económico—, las cuestiones culturales y la prolongación del periodo de estudios se complementan entre sí y ayudan a explicar este modelo de emancipación tardía (Bosch, 2015). Es muy común que la emancipación implique la compra de una vivienda gracias al ahorro previo que pueden realizar durante el periodo de convivencia con sus padres y, normalmente, con la ayuda de estos (Allen et al., 2004; Emmanuel, 2012). Obviamente, la situación es distinta para quienes proceden de hogares con menos recursos.

El aplazamiento general de la independencia financiera y social de los jóvenes retrasa la creación de los nuevos hogares. Esto contribuye a su vez al postergamiento de la maternidad, disminuyendo por tanto la descendencia final (Vinuesa, 2008), y al aplazamiento de otras decisiones vitales, con efectos negativos para los propios jóvenes —que ven reducidas su autonomía sus expectativas vitales y retrasada su transición a la vida adulta— pero también para el conjunto de la sociedad, que desaprovecha parte de su potencial (Echaves García 2015; Gentile 2013; CES, 2002).

4.2. La propiedad como tenencia mayoritaria

La seguridad de la tenencia es un componente central del derecho a una vivienda adecuada. Cualquier iniciativa relacionada con la vivienda, ya sea en el contexto de la renovación urbana, la gestión del suelo u otros proyectos relacionados con el desarrollo, o a la hora de abordar la recuperación tras conflictos o catástrofes, tendrá inevitablemente implicaciones para la seguridad de la tenencia; la falta de seguridad de la tenencia, tanto en la legislación como en la práctica, dificulta enormemente la protección contra los desalojos forzosos (Council [sin fecha]).

Por otra parte, cuando los recursos escasean, la propiedad de la vivienda es una de las formas más eficaces de combatir la pobreza (Lebrusán Murillo 2017). Esto refuerza en el imaginario social la idea de la propiedad como forma deseable de tenencia. Contribuyendo a esta creencia, encontramos en estos tres países un gran desarrollo de las políticas centradas en la promoción de la propiedad y la escasez de alternativas frente a la ausencia de un mercado de alquiler adecuado y asequible. Las casi inexistentes políticas de vivienda orientadas al alquiler se han centrado en la defensa de los derechos de los propietarios y no en los derechos de los inquilinos, no satisfaciendo, además, ni a unos ni a otros.

Así, la política de vivienda en España se caracteriza por un fuerte fomento de la propiedad en detrimento de formas alternativas de tenencia (Lebrusán Murillo 2017), y lo mismo ocurre en Grecia e Italia. Como resultado de estas políticas, los países del sur de Europa reflejan tasas de propiedad de vivienda más elevadas que otros países vecinos: en 2020, el 75.1 % de los hogares eran propietarios en España e Italia y el 73.9 % en Grecia, frente a un 70.0 % en la EU-27 (EU-SILC). En cuanto a los hogares propietarios sin pagos pendientes, los datos son más favorables para los griegos, ya que el 66,0 % son totalmente propietarios, frente al 59,9 % de los italianos y el 44,8 % de los españoles; la cifra descende para la UE-27 al 43,5 %.

La presencia de inquilinos es obviamente menor (mismo porcentaje para Italia y España y un poco mayor para Grecia), y mucho más bajo, comparativamente, que en la UE-27.

Figura 3. Régimen de tenencia de la Vivienda, 2021.

	Propietario	Con hipoteca	Sin pagos pendientes	Inquilino	Alquiler a precio de mercado	Alquiler a bajo precio
UE-27	69,9	26,1	43,8	30,0	30,1	9,8
Grecia	73,3	11,8	61,5	26,1	26,7	6,3
España	75,8	30,7	45,0	24,9	24,2	8,5
Italia	73,7	16,0	57,8	24,9	26,3	8,7

Fuente: EU-SILC

Aunque la propiedad sin pagos pendientes es la más extendida entre la población del sur de Europa —en primer lugar, porque es la forma más segura de tenencia y, en segundo lugar, porque se asocia a un mayor bienestar en la vivienda (Lebrusán, 2017)—, no todos los hogares pueden acceder a la propiedad. Se observa además una disminución de la tendencia a la propiedad a lo largo del tiempo. Sin embargo, alquilar no es fácil: los arrendadores suelen estar autorizados a aceptar un depósito equivalente a 3 meses de alquiler, pero también existen depósitos más elevados, de hasta medio año de alquiler, y Grecia no cuenta con un nivel máximo de depósito específico.

En la situación específica de la tenencia de la vivienda para los jóvenes europeos, algunos analistas (Módenes, Fernández-Carro y López-Colás 2013) detectan cuatro tendencias divergentes en su experiencia residencial a partir de las condiciones de formación de los hogares en relación directa con la asequibilidad de la vivienda, y el peso del acceso rápido a la propiedad. Según su análisis, los países nórdicos combinan facilidad para la formación de hogares, asequibilidad de la vivienda y cierto equilibrio en la tenencia. Los países mediterráneos y la mayoría de los orientales tienen considerables dificultades residenciales y la propiedad no es tan representativa entre la población joven. En los países continentales del noroeste, encabezados por Alemania y Francia, tanto la formación de hogares como la accesibilidad a la vivienda son fáciles, con una baja presencia de propiedad. El cuarto grupo incluye algunos países de Europa del Este, quizá todavía más cercanos a su pasado reciente, donde la formación de hogares y el acceso a la vivienda no son fáciles, pero se realizan básicamente a través de la propiedad de la vivienda, probablemente en condiciones especiales (Módenes, Fernández-Carro y López-Colás 2013).

Al calcular las tasas de tenencia-principalidad entre los jóvenes, los países mediterráneos ya no aparecen como países de propiedad muy elevada y llegan a este punto con gran dificultad. El apoyo familiar, incluida la coresidencia dilatada con la familia de origen, sería la opción residencial más importante. Es posible que la expansión de la financiación hipotecaria y la inflación del precio de la vivienda hayan hecho que las estrategias familiares evolucionen, por ejemplo, desde la intervención directa de la familia en la provisión de una vivienda independiente hasta la acogida a largo plazo del joven en el hogar paterno (Módenes, Fernández-Carro y López-Colás 2013).

En relación con estos planteamientos, pero especialmente como resultado de la escasez de medidas en torno a vivienda y la incapacidad de estas, encontraríamos altos niveles de exclusión habitacional.

V. ENTRE LOS COMPROMISOS RATIFICADOS Y LA REALIDAD: MANIFESTACIONES DE LA EXCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN EL SUR DE EUROPA

Respecto a los compromisos internacionales señalados (apartado III), Italia ratificó la Carta Social Europea revisada el 5 de julio de 1999, aceptando 97 de sus 98 apartados, incluido el artículo 31 sobre el derecho a la vivienda. El 3 de noviembre de 1997 aceptó el Protocolo Adicional que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, pero aún no ha hecho una declaración que permita a las ONG nacionales presentar reclamaciones colectivas. Italia también es Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y ratificó su Protocolo Facultativo en febrero de 2015.

Por su parte, Grecia ha ratificado la Carta Social Europea Revisada el 18/03/2022 aceptando 96 de los 98 párrafos, incluido el párrafo 31 sobre el derecho a la vivienda. Aceptó el Protocolo Adicional que prevé un sistema de reclamaciones colectivas el 18/06/1998, pero aún no ha hecho una declaración que permita a las ONG nacionales presentar reclamaciones colectivas.

En cuanto a España, nuestro país ha firmado y ratificado recientemente la Carta Social Europea Revisada de 1996 y, en febrero de 2021, el Protocolo Adicional de 1995 que establece un Sistema de Denuncias Colectivas. Las ONG y los actores académicos relevantes en España llevan muchos años pidiendo la plena ratificación de la Carta Social Europea. Asimismo, España firmó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (OP-ICESCR) que entró en vigor en 2013.

No obstante, y a pesar de estos compromisos, existen diferentes manifestaciones que demuestran que en estos países muchos ciudadanos no ven adecuadamente resueltas sus necesidades residenciales.

Antes de analizar estas manifestaciones, conviene analizar una cuestión clave que nos ayudarán a comprender la realidad de cada país: la sobrecarga del coste de la vivienda.

5.1. Sobrecarga del coste de la vivienda como factor explicativo

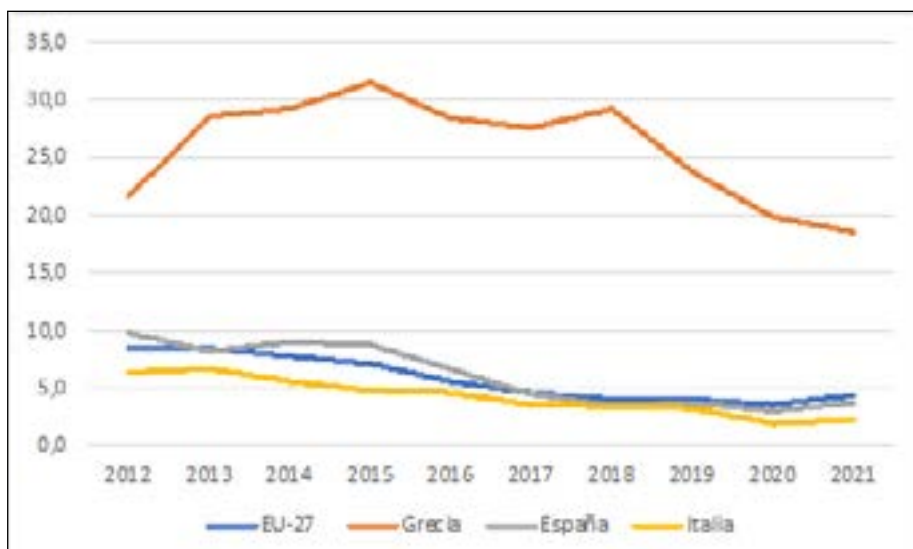
En 2019, los ciudadanos de la Unión Europea (UE) gastaron el equivalente al 12,3 % del PIB de la UE en vivienda, electricidad y combustibles (Eurostat, 2020). Además, más del 10 % de los ciudadanos de la UE gastaron más del 40 % de su renta disponible en vivienda (Banco Europeo de Inversiones, 2020). Esta proporción de los ingresos no ha dejado de aumentar en la mayoría de los países europeos, especialmente tras la fuerte subida de

los tipos de interés aprobados por el Banco Central Europeo. Numerosas familias están sufriendo una sobrecarga de gastos de vivienda que produce dificultades notorias en su vida cotidiana.

Eurostat define la tasa de sobrecarga del coste de la vivienda como el porcentaje de la población de un país que vive en un hogar en el que cualquier coste relacionado con la vivienda (hipoteca, préstamos, intereses, seguros y servicios públicos) supera el 40 % de su renta disponible. Esto se ha convertido en un problema importante para varios países de la Unión Europea en los últimos años. El elevado coste de la vivienda se ha convertido en un impedimento para alcanzar un buen nivel de vida para millones de europeos, provocando una creciente situación de desigualdad y exclusión social, especialmente en un escenario en el que la demanda de vivienda es alta, y los precios han subido en los últimos años. Los costes de la vivienda en determinadas zonas han superado significativamente el crecimiento de los ingresos, dejando a muchas familias con dificultades para llegar a fin de mes. Por ejemplo, en España, los salarios reales (es decir, la retribución, descontado el efecto de las subidas de precios) han sufrido una pérdida de poder adquisitivo del 5,3 % y la pérdida de poder adquisitivo de los italianos fue del 2,8 %, siendo la mayor en Grecia, del 7 % (OECD, 2023). Además, esta preocupación se ve acentuada por las actuales tendencias demográficas que están transformando la población europea, como el aumento de la desigualdad (Eurofound, 2023).

Entre nuestros países seleccionados, la tasa de sobrecarga es mucho más acusada para los griegos, tanto para los propietarios (con hipoteca o préstamo) como para los inquilinos (alquiler a precio de mercado) llegando al 19,2 % y al 79,2 %, respectivamente, y siendo 2020 el mejor dato desde el año 2012. A pesar de ello, en 2020 la tasa de sobrecarga del coste de la vivienda registraba los datos comparativos más elevados de la EU en Grecia, Bulgaria y Dinamarca. Por su parte, y a gran distancia de los datos anteriores, el 3,0 % de los propietarios con hipoteca o préstamo en España y el 1,9 % en Italia sufren esta sobrecarga del coste de la vivienda. En cuanto a los inquilinos españoles e italianos (alquiler a precio de mercado), el 35,9 % y el 28,1 % sufren sobrecarga del coste de la vivienda, respectivamente.

Figura 4. Sobrecarga del coste de la vivienda (población total, todos los regímenes de tenencia).



Fuente: EU-SILC

Sea cual sea la tenencia, la situación empeora para los más jóvenes: en Grecia, el 35,9 % de la población de 15 a 29 años sufre sobrecarga de costes de vivienda, al igual que el 8,3 % de los españoles y el 7,8 % de los italianos de ese mismo grupo de edad. Para todos los países y mismo grupo de edad, el análisis de la tendencia entre 2006 y 2020 muestra que 2014 fue el año con mayor sobrecarga por el pago de la vivienda.

Otra forma de ver si la vivienda es asequible es analizar la proporción del coste de la vivienda respecto de la renta total disponible¹¹. Por término medio, en la UE en 2020 el 20,1 % de la renta disponible se dedicó a gastos de vivienda. Esto difiere entre los Estados miembros, alcanzando, de nuevo, los porcentajes más altos en Grecia (36,6 %) y siendo del 16,9 % en España y del 15,2 % en Italia.

Los atrasos en el pago de hipotecas, alquileres o facturas de servicios públicos son otro indicio de que los costes de la vivienda podrían ser demasiado elevados. Aunque los precios de la vivienda y los alquileres han aumentado durante el período 2010-2020, el porcentaje de personas que viven en hogares con retrasos en el pago de la hipoteca, el alquiler o las facturas de servicios públicos en la UE ha disminuido del 12,4 % en 2010 al 8,6 % en 2020. En general, los retrasos en los pagos han disminuido en 21 Estados miembros y

¹¹ La renta disponible incluye todas las rentas del trabajo (salarios por cuenta ajena y por cuenta propia); las rentas privadas procedentes de inversiones y propiedades; las transferencias entre hogares; todas las transferencias sociales recibidas en efectivo, incluidas las pensiones de vejez (Eurostat, estadísticas explicadas).

han aumentado en cinco. En 2020, las mayores cuotas se observaron en Grecia (36,5 %). En España era del 13,5 %.

El gasto en vivienda como porcentaje del gasto en consumo final de los hogares en 2019 (último año disponible) fue del 19,1 % para los griegos, del 22,0 % para los españoles (igual que la media de la UE) y del 22,5 % para los italianos.

En realidad, incluso sin abordar otras manifestaciones de los problemas residenciales que experimentan los ciudadanos de los países del sur de Europa, el no poder llegar a fin de mes tras el pago de la vivienda ya estaría incumpliendo lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales:

El artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, bajo el título IV: Solidaridad, reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para proporcionar una existencia digna a todos aquellos que carezcan de medios adecuados, refiriéndose específicamente a la ayuda de vivienda. (European Union Agency for Fundamental Rights, n.d.)

5.2. Calidad de la Vivienda: tener un techo no significa tener cubierto el derecho a la Vivienda adecuada

Diferentes factores influyen en la calidad de la vivienda, y algunos hogares se enfrentan a múltiples deficiencias en su vivienda. La calidad de la vivienda es una de las principales manifestaciones de la desigualdad, que repercute en la salud y la calidad de vida de las personas, afectando al bienestar del hogar e incluso a las relaciones sociales. El estado de la vivienda es especialmente crítico para los niños pequeños, ya que basan todo su desarrollo personal y sus trayectorias vitales en la vivienda (Provivienda, 2018) pero también es clave para la permanencia de las personas mayores en su entorno, lo que tiene diversos beneficios sobre su salud, su esperanza de vida y su sociabilidad (Lebrusán, 2019a; Gómez y Lebrusán, 2022; Lebrusán y Gómez, 2022). Además, supone un requisito fundamental para ejercitar el acceso a derechos básicos. Frente a esto, la vivienda inadecuada es uno de los factores que desencadenan los procesos de exclusión (Antón *et al.*, 2008) pues sus habitantes quedan en una situación de inferioridad estructural (Cortés, 2004).

No existe una definición consensuada de privación (grave) de vivienda o, siquiera, de malestar residencial en los países analizados. Eurostat define la privación residencial severa como la aparición simultánea de hacinamiento junto con, al menos, una de las siguientes medidas de privación de vivienda: la vivienda tiene goteras en el tejado, paredes, suelos o cimientos húmedos, o podredumbre en los marcos de las ventanas o en el suelo; la vivienda no tiene ni bañera ni ducha; la vivienda no dispone de inodoro con cisterna para uso exclusivo del hogar; la vivienda se considera demasiado oscura (ausencia de luz natural); o la vivienda no dispone ni de bañera, ni de ducha, ni de inodoro interior con cisterna.

5.2.1. Hogares en situación de hacinamiento

El hacinamiento se traduce en ausencia de intimidad, lo que puede provocar una reducción del bienestar subjetivo, estrés y mala salud mental. Además, varios estudios señalan los efectos negativos del hacinamiento en las viviendas sobre la salud y es especialmente negativo sobre los niños (Solari y Mare, 2012, Goux y Maurin, 2005). Sabemos, tras la pandemia COVID-19, que las personas que viven en viviendas superpobladas tienen mayor riesgo ante enfermedades contagiosas y registraron tasas de infección por el virus más elevadas (OECD, 2021).

Hay dos formas de analizar el hacinamiento: según la cantidad de espacio disponible (metros cuadrados útiles por habitante) y según cómo se distribuye ese espacio dentro de la vivienda (número de habitaciones), aunque la forma de medirlo dependerá finalmente de la disponibilidad de información existente.

Para establecer qué se considera hacinamiento y qué no, se tienen en cuenta diferentes aspectos, como qué queremos medir concretamente dentro de la posible situación de hacinamiento u otras valoraciones de los hogares que estamos analizando. Estas consideraciones a veces cambian en función de criterios culturales. Por ejemplo, en América Latina, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) establece el hacinamiento en más de 3 personas por dormitorio. Es decir, una persona más que las consideradas en los estudios europeos en Europa. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala la necesidad de espacio suficiente para la salud y la vida familiar, refiriendo como tal la existencia de al menos un grado mínimo de privacidad para cada miembro del hogar. Más concretamente, señala la necesidad de dormitorios separados para adolescentes y adultos de sexos opuestos. También señala la necesidad de que los animales domésticos duerman en un lugar distinto del ocupado por los miembros del hogar.

En Europa, la oficina estadística EUROSTAT utiliza una medida más compleja y rigurosa, al considerar que el hacinamiento no tiene el mismo efecto según la edad o el parentesco de las personas que ocupan el hogar. Tiene sentido si pensamos que el hacinamiento en un hogar pluripersonal de personas no familiares tendrá un impacto diferente en la calidad de vida de sus ocupantes que cuando el hacinamiento se produce entre miembros del mismo núcleo. Así, se considera que un hogar está hacinado si no tiene a su disposición un número mínimo de habitaciones igual a: una habitación por hogar; una habitación por pareja adulta en el hogar; una habitación por cada persona soltera mayor de 18 años; una habitación por pareja de personas solteras del mismo sexo de entre 12 y 17 años; una habitación por cada persona soltera de entre 12 y 17 años no incluida en la categoría anterior; una habitación por pareja de niños menores de 12 años.

En 2020, el 17,5 % de la población de la UE vivía en hogares hacinados, lo que significa que no disponían de habitaciones suficientes para el número de personas del hogar, su situación familiar y/o sus edades.

Desde un punto de vista comparativo, el hacinamiento no es un problema (comparativamente hablando) en países como España, donde menos de uno de cada diez hogares con ingresos bajos vive en viviendas hacinadas. La disponibilidad de espacio en el interior de la vivienda, sin embargo, cambia cuando la comparamos con distintas variables socioeconómicas. Por ejemplo, los hogares que son propietarios sin pagos pendientes disponen por término medio de más habitaciones que los propietarios hipotecados. Esto se debe, en parte, a las decisiones sobre la vivienda a lo largo del ciclo vital: normalmente, los jóvenes con hijos son propietarios que pagan una hipoteca y terminan de pagarla cuando sus hijos se han emancipado (OECD [sin fecha]) Labour and Social Affairs–Social Policy Division HC2.1. Space is an important dimension of housing quality. Ample space for all household members can be defined in different ways (note that Indicator HC2.2 considers housing quality in terms of sanitary facilities). Los propietarios en muchos países de Europa Central y Oriental, pero también de Grecia e Italia, tienen de media menos de dos habitaciones por miembro del hogar. En la mayoría de los países del sur de Europa (entre otros) las viviendas en propiedad absoluta tienen de media entre dos y tres habitaciones por miembro del hogar. Otro aspecto relevante es la edad: los mayores (de más de 65 años) se encuentran en mejor situación que el resto de las edades; sólo el 1,9 % sufre hacinamiento, mientras que los niños tienen más probabilidades de sufrir hacinamiento que la población adulta y, como era de esperar, a medida que empeora la situación económica del hogar, aumenta el número de personas de cualquier edad que padecen este problema. Para los jóvenes, la situación empeora en cada país analizado y es especialmente crítica para los hogares pobres con varios menores a cargo.

Figura 5: Índice de hacinamiento, población total.

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
UE-27	18,4	18,3	18,1	18,1	17,9	17,5	17,1	17,1	17,5	17,0
Grecia	26,5	27,3	27,4	28,1	28,7	29,0	29,2	28,7	29,0	28,5
España	5,6	5,2	5,3	5,5	5,4	5,1	4,7	5,9	7,6	6,4
Italia	26,1	27,1	27,2	27,8	27,8	27,1	27,8	28,3	26,1	28,0

Fuente: EU-SILC

Es importante señalar que las bajas tasas en España se deben sobre todo al mayor número de hogares unipersonales y conformados por dos personas, especialmente entre las personas mayores. Esto tiene que ver más con una cuestión de esperanza de vida que con grandes dimensiones

de las viviendas. La baja tasa comparativa tampoco elimina situaciones de hacinamiento que se concentran sobre todo en hogares con menores y en hogares inmigrantes.

Como señalábamos antes, si bien el número de personas que viven en un hogar y la distribución del espacio influyen en la calidad de vida, también lo hacen, incluso en mayor medida, la calidad de la vivienda y aspectos como la capacidad de mantener la casa caliente, la falta de aseo y ducha o tener goteras y humedades.

5.2.2. *Tener goteras y humedades, pasar frío y carecer de instalaciones básicas*

En la mayoría de los países de la UE, las tasas de privación grave de vivienda son cercanas a cero, independientemente del nivel de ingresos, con las excepciones de Rumanía, Bulgaria, Letonia y Lituania. Desde 2010, la proporción de la población que sufre privación grave de vivienda ha disminuido en todos los países que anteriormente registraban tasas de privación superiores al 5 %. No obstante, en todos los grupos de edad, la privación de vivienda en una o más dimensiones es más probable entre la población pobre y se asocia con peores resultados en el mercado laboral, la salud y el bienestar (Ahrendt et al., 2016).

Alrededor del 15 % de la población de la UE vivía en 2020 (última fecha disponible para el conjunto de países) en una casa con goteras en el tejado, humedades en las paredes, el suelo o los cimientos, o podredumbre en los marcos de las ventanas o el suelo. Los porcentajes más elevados se observaron en Chipre (39,1 %), Portugal (25,2 %) y Eslovenia (20,8 %).

Figura 6: Población total en viviendas con goteras, humedades o podredumbre.

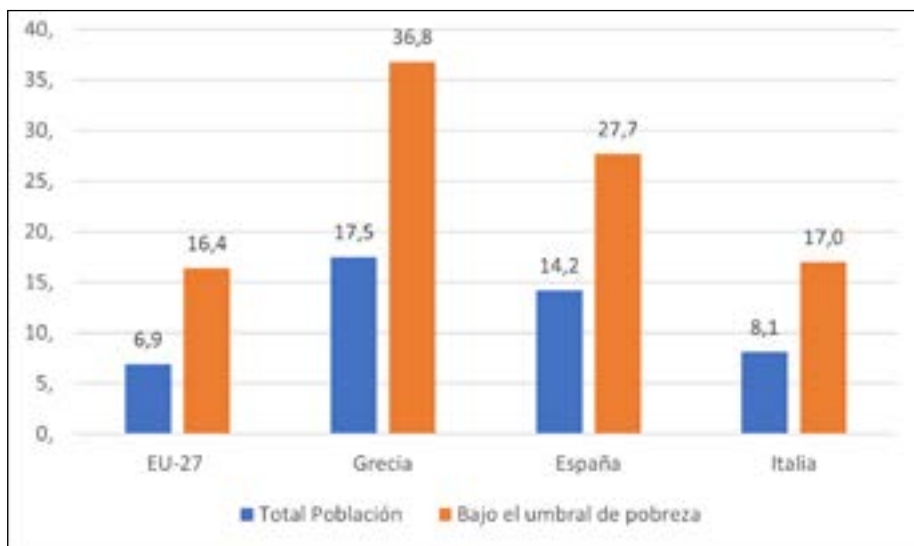
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
EU-27	14,8	15,6	15,6	15,3	15,2	13,1	13,6	12,7	14,8
Grecia	14,7	14,0	13,7	15,1	14,7	13,5	12,9	12,5	12,5
España	12,0	16,7	17,1	15,2	15,9	11,5	15,9	14,7	19,7
Italia	21,4	22,9	25,0	24,1	21,0	16,1	13,2	14,0	19,6

Fuente: EU-SILC

En la UE, en 2021, el 6,9 % de la población no tenía capacidad para mantener la casa adecuadamente caliente. Los porcentajes más altos se observaron en Bulgaria (23,7 %), Lituania (22,5 %), Chipre (19,4 %) y Grecia (17,5 %), y los más bajos en Finlandia (1,3 %), Eslovenia, Suecia y Austria (todos con un 1,7 %). En España no podían mantener la casa caliente el 14,2 % de los habitantes en 2021; en Italia el 8,1 % y en Grecia el 17,5 %.

A falta de datos para Italia, los datos provisionales de ambos países para 2022 señalan un considerable aumento de quienes no pueden permitirse mantener la temperatura en el hogar (18,7 y 17,1, respectivamente). En todos los países, entre los hogares bajo el umbral de pobreza estas cifras aumentan considerablemente:

Figura 7: Población total y bajo el umbral de pobreza que no puede mantener su vivienda a una temperatura adecuada, 2021.



Fuente: EU-SILC

La falta de instalaciones sanitarias básicas, como un retrete con cisterna en el interior de la vivienda, es un indicador claro de la mala calidad de la morada y también un riesgo para la salud (Ahrendt et al. 2016). Aunque la mayoría de los hogares de los países de la OCDE disponen de un retrete interior con cisterna, no siempre es el caso entre los hogares más pobres¹². De media, en la UE el 1,5 % de la población carecía de retrete, ducha y bañera en 2020. Esto era más frecuente en Rumanía (21,2 % de la población), seguida de Bulgaria y Letonia (ambas con un 7,0 %), así como Lituania (6,4 %). En nuestros países, por debajo siempre del 1 %, la cifra aumenta entre los hogares bajo el umbral de pobreza.

No obstante, es importante señalar que la ausencia de datos dificulta el conocimiento de la infravivienda oculta o normalizada; por ejemplo, diferentes investigaciones en España han demostrado que 1.596.675 personas mayores de 65 años que se encuentran en situación de extrema vulnerabili-

¹² La proporción de hogares pobres sin inodoro interior es de entre el 10 y el 15 % en Polonia, Estonia, la República Eslovaca y Hungría, de más del 20 % en Letonia, Lituania y Bulgaria, y de más del 60 % en Rumanía.

dad¹³, demostrando fuertes desigualdades intragrupalas y que algunos hogares nunca consiguen dejar atrás la vulnerabilidad. Es decir, ni la lógica de la acumulación ni la propiedad de la vivienda garantiza que las personas tengan adecuadamente resuelto el derecho a la vivienda adecuada, ni siquiera al final de su vida (Lebrusán 2022; Lebrusán Murillo 2019a).

Todos estos hogares se encontrarían en el extremo inferior del continuo de la desigualdad residencial y enfrentarían situaciones de vulnerabilidad, entendida como la exposición elevada “a determinados riesgos e incertidumbres, combinada con una capacidad disminuida para protegerse o defenderse de ellos y hacer frente a sus consecuencias negativas” (Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Sociales y Económicos, 2003).

VI. LA EXCLUSIÓN EXTREMA: EL SINHOGARISMO O SITUACIÓN DE CALLE

Hablar de sinhogarismo es hablar de situaciones de riesgo, pues no solo se produce la negación del derecho a la vivienda, sino la negación del derecho a la salud y al empleo, siendo además el mayor escollo para la integración y la inclusión social. Las personas que viven en situación de calle tienen una esperanza de vida considerablemente menor que el resto de la población, que diferentes estudios calculan entre 17 años y 36 años de media para las mujeres y 44 para los hombres (Romaszko, et al, 2017, Ivers et al, 2019). Muchas de estas muertes tempranas se deben a causas evitables con atención sanitaria adecuada. También el suicidio tiene una mayor incidencia en esta población.

Sobre las formas de exclusión residencial, la vulnerabilidad residencial y el sinhogarismo sabemos en realidad muy poco, más allá de que la crisis financiera de 2008 y 2012 empeoró las condiciones de la vivienda y creó un marco de riesgo para el extremo inferior del espectro social, empujando a muchas personas que hasta entonces no pertenecían a comunidades marginadas a quedarse sin hogar (Arapoglou y Gounis, 2017). Lo cierto es que no existe una definición clara y común a los diferentes países sobre lo que es la falta de hogar o, incluso, de quién es una persona sin hogar. Los parámetros o variables que definen la exclusión residencial son cambiantes y dentro de un mismo país pueden coexistir diferentes definiciones de sinhogarismo. Por otra parte, las mediciones que sí tenemos son insuficientes en cobertura, contenido y periodicidad; la propia UE no dispone de datos sistemáticos sobre el sinhogarismo y, como revela FEANTSA (2009),

¹³ Por vulnerabilidad residencial entendemos una forma de exclusión caracterizada por la combinación de problemas residenciales de diferente gravedad que interfieren con el proceso de habitar. Las situaciones más elevadas de vulnerabilidad residencial conforman situaciones de vulnerabilidad residencial extrema. Debido al rol que cumple la vivienda en la inclusión social y en la participación en la sociedad, las personas en situación de vulnerabilidad residencial extrema estarían en situación de riesgo. La existencia de situaciones de exclusión residencial ampliada y de vulnerabilidad extrema estarían expresando una forma extrema de desigualdad en la sociedad española (Lebrusán, 2022).

incluso cuando se dispone de información existe una gran variedad en la calidad, disponibilidad y frecuencia de los datos en los distintos Estados miembros.

Ante esta carencia, la Federación Europea de Organizaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) diseñó la Tipología Europea de Personas sin Hogar y Exclusión Habitacional (ETHOS) para definir la recogida de datos sobre personas sin hogar en el marco europeo¹⁴. Tanto esta clasificación como su versión más corta (“ETHOS Light”), revisadas en 2017, están pensadas como una definición armonizada de las personas sin hogar con fines estadísticos y propone categorizar como personas sin hogar a las que están en las siguientes situaciones: i) sin techo: sin ningún tipo de refugio, durmiendo a la intemperie); ii) sin vivienda: con un lugar donde dormir, pero temporalmente en instituciones o albergues; iii) vivir en una vivienda insegura, bajo la amenaza de exclusión severa debido a arrendamientos inseguros, desahucio o violencia doméstica; iv) vivir en viviendas inadecuadas, como caravanas (en un asentamiento ilegal), viviendas no apropiadas según los parámetros nacionales o en condiciones de hacinamiento extremo.

Figura 8: Tipología Europea Sin Hogar y Exclusión Residencial.

A. SIN TECHO (ROOFLESS)
1.Vivir en un espacio público (sin domicilio)
2. Pernoctar en un albergue y/o forzado a pasar el resto del día en un espacio público
B. SIN VIVIENDA (HOUSELESS)
3. Estancia en centros de servicios o refugios (hostales para sin techo que permiten diferentes modelos de estancia)
4.Vivir en refugios para mujeres
5.Vivir en alojamientos temporales reservados a los inmigrantes y a los demandantes de asilo
6.Vivir en instituciones: prisiones, centros de atención sanitaria, hospitales, sin tener a donde ir, etc.)
7.Vivir en alojamientos de apoyo (sin contrato de arrendamiento)
C. VIVIENDA INSEGURA (INSECURE HOUSING)
8.Vivir en una vivienda sin título legal (vivir temporalmente con familiares o amigos de forma involuntaria, vivir en una vivienda sin contrato de arrendamiento —se excluyen los ocupas—, etc.)
9. Notificación legal de abandono de la vivienda
10.Vivir bajo la amenaza de violencia por parte de la familia o de la pareja
D. VIVIENDA INADECUADA
11.Vivir en una estructura temporal o chabola
12.Vivir en una vivienda no apropiada según la legislación estatal
13.Vivir en una vivienda masificada

Fuente: Feantsa¹⁵

¹⁴ Mientras que ETHOS sigue siendo un marco exhaustivo para expertos y académicos, ETHOS Light pretende ser una definición armonizada de las personas sin hogar con fines estadísticos (fuente: FEANTSA).

¹⁵ https://www.feantsa.org/download/ethos_spain-24518105836657575492.pdf

Lo relevante de esta tipología es que ilustran las múltiples dimensiones del *sinhogarismo* e intentan proporcionar un concepto común sobre el mismo, pero su utilidad final depende de que sea adoptada por los diferentes países a la hora de recoger datos; sin una recogida exhaustiva de información no conoceremos el estado real de la situación de estas personas.

Aunque las personas sin hogar representan menos del 1 % de la población total en todos los países de la OCDE, se ha producido un notable aumento de este número en los últimos años¹⁶, sin que sepamos realmente qué parte es efecto directo de los desahucios. En lo que respecta a nuestros países, menos del 1 % de la población está declarada en situación de *sinhogarismo*, pero no es posible realizar un análisis comparativo y los datos deben ser tomados con precaución. Como ya apuntamos, difieren dentro de cada país, incluso dependiendo de la institución que los contabiliza.

En los países seleccionados, las personas sin hogar se definen de la siguiente manera:

- Grecia: Las personas sin hogar están reconocidas como grupo vulnerable al que se proporciona protección social. Serían todas las personas que residen legalmente en el país sin acceso o con acceso inseguro a una vivienda adecuada en propiedad, alquilada o cedida que cumpla las normas técnicas necesarias y esté provista de los servicios básicos de agua y electricidad. Entre las personas sin hogar se incluyen las que viven en la calle, en refugios, las acogidas temporalmente por necesidad en instituciones u otras estructuras, así como las que viven en alojamientos inadecuados. En Grecia, contabilizando a las personas que viven en la calle, a las que viven en alojamientos de emergencia y a quienes viven en alojamientos para personas sin hogar, según los datos proporcionados por la OCDE en 2009 (último dato disponible), la cifra ascendía a 21.216 personas.
- Italia: Se considera que una persona no tiene hogar cuando sufre pobreza y carece de una vivienda adecuada, es decir, no puede encontrar y mantener de forma autónoma un alojamiento. La definición incluye a todos aquellos que viven en espacios públicos (en la calle, en chabolas, coches abandonados, caravanas o graneros); duermen en albergues nocturnos y se ven obligados a pasar muchas horas al día en espacios públicos/al aire libre; viven en albergues para personas sin hogar y en alojamientos temporales; viven en otros tipos específicos de alojamiento con apoyo para personas sin hogar. Al contrario de la anterior y de la definición propuesta por ETHOS, la definición italiana no considera en situación de *sinhogarismo* a todas las personas que viven en viviendas superpobladas; viven temporalmente con amigos o familiares por falta de vivienda; viven en inmuebles o campamentos

¹⁶ <https://www.oecd.org/els/family/HC3-1-Homeless-population.pdf>

ocupados ilegalmente. En este país, según una encuesta realizada entre usuarios de servicios para personas sin hogar en 158 municipios en 2014, el número de personas sin hogar ascendía a 50.724 (el 0,24 % de la población empadronada en los municipios encuestados).

- España: Aunque la recientemente aprobada Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, propone una nueva definición de sinhogarismo, hasta el momento eran consideradas como tal las personas que: duermen a la intemperie; que viven en alojamientos de emergencia proporcionados por la autoridad local o una ONG; aquellas que permanecen en alojamientos colectivos de larga estancia proporcionados por la autoridad local o una ONG (centros que no son de emergencia, centros de acogida para víctimas de violencia doméstica, centros para solicitantes de asilo o inmigrantes irregulares); personas que viven en edificios que comúnmente se considerarían inadecuados para la habitación humana; personas que viven en alojamientos temporales como pensiones o casas de huéspedes, personas que viven en casas ocupadas. En España, con datos muy recientes sobre esta realidad, las estimaciones sobre las personas sin hogar varían considerablemente. Según la *Encuesta sobre las personas sin hogar* del Instituto Nacional de Estadística, en 2022 un total de 28.552 personas recurrieron a albergues y comedores sociales en 2022, lo que supone un aumento del 25 % desde 2012. Sin embargo, esta cifra no incluye a los municipios con población inferior a 20.000 habitantes. Por su parte, HogarSí estima que la cifra real en España se acerca más a los 37.000¹⁷. Lo que sí sabemos con seguridad, es que en España el número de personas sin hogar ha aumentado y además también lo ha hecho tanto el tiempo que llevan en situación de calle como la edad de las personas que lo están. Esto, entre otras cuestiones, podría estar apuntando a la cronificación de la situación de sinhogarismo. Una vez que se llega a estar en situación de calle, cuesta mucho salir de ella.

Figura 9: Evolución de las personas en situación de calle por edad, España.

	2005	2012	2022
Total	21.900	22.938	28.552
Entre 18 y 29 años	6.539	4.434	6.036
Entre 30 y 44 años	9.379	8.817	8.573
Entre 45 y 64 años	5.377	8.808	12.366
65+	605	878	1.578

Fuente: Encuesta sobre las personas sin hogar, INE.

¹⁷ https://hogarsi.org/2023_clave_para_el_sinhogarismo-noticia/

A pesar del referido intento de establecer un estándar común las estrategias nacionales de recogida de datos y las estimaciones siguen variando significativamente dentro de la Unión Europea y los datos existentes sobre sinhogarismo a partir de 2020, que en algunos países cubren parte del periodo COVID-19, sugieren tendencias dispares¹⁸. Como decíamos antes, la realidad del sinhogarismo es difícil de conocer, si bien es cierto que los niveles de sinhogarismo han aumentado en la mayor parte de Europa durante la última década.

Vivir en la calle implica un mayor riesgo de violencia y aporofobia, ya que la mitad de las personas sin hogar en España han sido víctimas de agresiones físicas y otros delitos. Dormir en la calle es especialmente peligroso para las mujeres: más del 20 % de las mujeres sin hogar han sufrido algún tipo de agresión sexual. Las personas con discapacidad están sobrerrepresentadas entre las personas sin hogar, aunque, por ejemplo, en España, sólo el 18 % tiene reconocido el acceso a las prestaciones derivadas de la Ley de Dependencia española¹⁹. Las personas sin hogar también experimentan una mayor prevalencia de enfermedades y depresión (en España el 37 % declaró padecer algún tipo de enfermedad crónica). En cuanto a las ayudas públicas, su acceso es más complejo cuando no se dispone de un domicilio: el 30 % de las personas sin hogar no tiene ninguna fuente de ingresos y sólo un tercio recibe algún tipo de prestación pública, principalmente una transferencia de ingresos mínimos o una pensión no contributiva.

VII. LAS RESPUESTAS ESPECÍFICAS DESDE ITALIA, GRECIA Y ESPAÑA

A pesar de los referidos tratados internacionales, el derecho a la vivienda, como afirma Housing Rights Watch ²⁰, se trata de forma muy diferente en la UE. En cuanto al derecho a la vivienda en los países seleccionados del sur de Europa, encontramos una gran diferencia tanto en su definición como en su manifestación. Para analizar este aspecto, lo primero que tenemos que saber es “quién” es el responsable de hacer cumplir el derecho a la vivienda, puesto que es un derecho especialmente vinculado no sólo al marco constitucional y normativo que lo desarrolla, sino también al desarrollo institucional y a las políticas públicas en las que se enmarca.

El organismo responsable de la vivienda varía considerablemente de un país a otro: alrededor de 20 países de la OCDE cuentan con un ministerio dedicado a la vivienda, lo cual es muy relevante, ya que establece la impor-

¹⁸ Fuente: FEANTSA, 2018,

www.feantsa.org/download/fea-002-18-update-ethos-light-0032417441788687419154.pdf

¹⁹ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>

²⁰ <https://www.housingrightswatch.org/>

tancia como parte de la política general del país. En otros países, sin embargo, el ministerio responsable de la política de vivienda varía mucho y depende de los ministerios de Economía, Hacienda, Desarrollo Económico, Medio Ambiente, Desarrollo Regional o Asuntos Sociales.

Además, en algunos Estados las políticas de vivienda están fragmentadas entre varios ministerios, ya que diferentes aspectos de la política de vivienda son competencia de diferentes ministerios. Por ejemplo, los impuestos relacionados con la vivienda pueden ser gestionados por el Ministerio de Hacienda; la normativa sobre eficiencia energética, por el Ministerio de Medio Ambiente; y las cuestiones relacionadas con las ayudas a la vivienda y las personas sin hogar, por el Ministerio de Bienestar Social. Esta diversidad refleja las múltiples implicaciones de la vivienda tanto para las personas como para la economía, pero puede generar problemas para una coordinación eficaz de las políticas.

Asimismo, el nivel de la administración pública responsable de los distintos instrumentos de la política de vivienda presenta un panorama complejo. Varios países tienen enfoques más centralizados de la política de vivienda, aunque normalmente los programas nacionales se aplican en estrecha colaboración con las autoridades locales. Por ejemplo, en Italia, el gobierno central desempeña un papel importante en la aplicación de la política de vivienda. En otros países, los gobiernos regionales/estatales desempeñan un papel clave. En España, los programas de vivienda social son principalmente responsabilidad de los gobiernos regionales.

El grado de descentralización también varía según las distintas medidas políticas:

- El apoyo hipotecario (incluida la concesión de garantías hipotecarias o préstamos en condiciones preferentes) suele implicar a la administración central o a entidades de crédito específicas de titularidad pública a nivel nacional.
- Las desgravaciones fiscales para los propietarios de viviendas suelen administrarse a nivel nacional.
- En la mayoría de los países, las ayudas a la compra de vivienda se conceden a través de programas nacionales.
- Las ayudas a la vivienda se financian a nivel nacional en la mayoría de los países, pero no en el caso de España, donde se trata principalmente de medidas regionales.

En cuanto a las estrategias contra el *sinhogarismo*, menos de la mitad de los países de la OCDE cuentan con una estrategia nacional activa para combatirlo, mientras que algunos disponen de estrategias regionales y/o locales debido a la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, Australia, Austria, Bélgica, Estonia, Alemania, Islandia y Suecia cuentan con estrategias regionales y/o locales contra el *sinhogarismo*. Brasil,

Bulgaria, Croacia, Chipre, Hungría, Italia, Corea, Letonia, Malta, México, Rumanía, la Federación Rusa, Eslovenia, Sudáfrica, España, Suecia, Suiza y Turquía no informaron de que dispusieran de estrategias para las personas sin hogar. En Italia el problema de las personas sin hogar se aborda en las *Strategia Nazionale per contrastare il senza fissa dimora*, que busca promover la inclusión social y el desarrollo personal de las personas afectadas por la falta de vivienda a través de la prevención, la proporción de soluciones habitacionales adecuadas y la coordinación entre diferentes actores (públicos y privados) para lograr una respuesta integral.

En respuesta a la pandemia de COVID-19, 21 países informaron de la introducción de ayudas de emergencia para las personas sin hogar, entre ellos Grecia. Los tipos de ayuda de emergencia variaron considerablemente, yendo desde, entre otras cosas, financiación adicional (a proveedores de servicios o a individuos); ampliación de refugios y alojamiento para las personas sin hogar; adaptación de las disposiciones sobre refugios (incluyendo horarios de apertura más amplios; niveles de capacidad ajustados; servicios adicionales; etc.); ampliación de la prestación de servicios a las personas sin hogar; establecimiento de instalaciones de cuarentena; y asesoramiento gratuito. Grecia anunció una estrategia nacional para personas sin hogar, pero aún no ha sido aprobada.

Con la crisis provocada por la COVID, se aprobaron medidas de alivio, como la suspensión temporal del pago de hipotecas para familias, autónomos y empresas, que se prorrogó hasta finales de 2021 para los colectivos económicamente más desfavorecidos. Al inicio de la pandemia del COVID-19, muchos países introdujeron prohibiciones de desahucio, lo que se tradujo en una drástica reducción de las tasas de desalojo. Antes de la pandemia del COVID-19, el número de procedimientos de desahucio iniciados había disminuido en 9 países o territorios en relación con 2010 (de los 13 para los que se dispone de datos correspondientes). Sin embargo, desde 2015, aproximadamente la mitad de los países con datos disponibles informan de un aumento de los procesos de desahucio iniciados. Al mismo tiempo, el número de órdenes de desalojo dictadas ha disminuido en casi todos los países desde 2015. En cuanto a los desalojos físicos efectivos, casi todos los países informan de un descenso desde 2010.

En España, a pesar de que sí existe reconocimiento del compromiso internacional en la lucha contra el sinhogarismo (el gobierno español ha firmado la Declaración de Lisboa sobre la Plataforma Europea para Combatir el Sinhogarismo que se compromete a acabar con este problema social en 2030; también se compromete con Agenda 2030 (ODS 1, 3, 11) y recientemente se ha presentado en el congreso la proposición no de ley sobre erradicación del chabolismo)²¹. La Estrategia Nacional Integral para Personas

²¹ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CORT/BOCG/A/BOCG-14-CG-A-299.PDF

sin Hogar 2015-2020²², con 5 objetivos estratégicos y 13 líneas estratégicas no está vigente en la actualidad y no fue exitosa. Su desarrollo no se asoció a financiación específica en los Presupuestos Generales del Estado, lo que en la práctica impidió su despliegue e implementación, quedando así relegada a poco más que un documento marco supeditado a la financiación general de los servicios sociales (Provivienda-Hogar Sí, 2023). Tampoco se dotó de objetivos medibles, cuantificables, ni se realizó un correcto seguimiento y evaluación (de hecho, no se llegó a realizar la final). Tampoco benefició la escasa coordinación entre administraciones.

Como señala en su informe Hogar Sí, ‘Housing First’ es un modelo presente en diferentes países europeos. Sin embargo, no se presentan como una apuesta clara y estratégica para erradicar el sinhogarismo, sino que —salvo contadas excepciones— no pasan de ser experiencias piloto muy localizadas. En otro orden, podríamos señalar la potencial importancia de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con referencias específicas (véase art. 20) lo cierto es que apenas ha tenido impacto social y, de nuevo, carece de financiación específica en los PGE 2023.

Esta situación niega totalmente la existencia de un derecho a la vivienda, poniendo en duda además el acceso a otros derechos básicos.

7.1. Medidas en Italia

En Italia no existe jurisprudencia constitucional que consagre el derecho a la vivienda como un derecho social expresamente reconocido como tal. Como señala *Housing Rights Watch*²³, la jurisprudencia constitucional empezó a esbozar los contornos de este derecho a principios de los años ochenta²⁴, pero siempre en una posición secundaria, al servicio de la afirmación de otros derechos relacionados con él (como el derecho a la dignidad humana, la protección de la familia o de la solidaridad social, que podrían ser invocados para defender el derecho a la vivienda). El derecho a la vivienda no es, por tanto, un derecho subjetivo absoluto y directamente protegible, sino relevante en su caso para la afirmación de otros derechos como el derecho a la salud (acceso gratuito a la asistencia médica condicionado a la subsistencia de la residencia). Sin embargo, y aunque en la estructura constitucional italiana, el derecho a la vivienda se considera realizable en proporción a los recursos

²² <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/servicios-sociales/personas-sin-hogar.htm>

²³ <https://www.housingrightswatch.org/page/state-housing-rights-10>

²⁴ La primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que encontramos una referencia del derecho a la vivienda es la Sentencia 252/1983 que afirma que “indudablemente el domicilio constituye, por su importancia fundamental en la vida del individuo, un bien primario que debe ser adecuada y concretamente protegido por la ley”.

de las comunidades, concediendo al poder legislativo y al órgano político la libertad de decidir si lo aplica y en qué términos, de facto esto lleva a una aplicación desigual a nivel nacional y regional.

Entre la legislación más interesante respecto a la definición se encuentra el Plan de Vivienda aprobado en 2009 (16 de julio de 2009) y la creación de un Fondo Nacional de Ayuda al Alquiler. El Plan pretende reactivar la vivienda social a través del replanteamiento de las formas de planificación y gestión de las intervenciones en los edificios con la ayuda de nuevos prestamistas (bancos, fundaciones y particulares) tanto a nivel central como local mediante la coordinación entre las regiones, las autoridades locales y el Ministerio de Infraestructuras con la tarea de identificar programas específicos de intervención definidos a través de una selección previa de solicitudes indicativas de los diferentes problemas de vivienda. Probablemente, el caso más interesante del Tribunal Supremo al respecto es el cass. 3558/2007, que aclaró que el “derecho a la vivienda” debe figurar entre los “bienes primarios vinculados a la persona”²⁵.

Otras medidas de interés en la configuración de un posicionamiento sobre el derecho a la vivienda podrían ser la Ley núm. 431/1998 (Normativa per l'edilizia residenziale pubblica) que establece disposiciones para la promoción y gestión de viviendas de protección oficial y que tiene como objetivo garantizar el acceso a viviendas asequibles para personas y familias de bajos ingresos. En cuanto a la vulnerabilidad residencial, la Ley núm. 296/2006 (Legge finanziaria 2007) introdujo incentivos fiscales para la rehabilitación de viviendas, con el fin de fomentar la mejora y el mantenimiento de las propiedades existentes. Ya anteriormente la calidad de las viviendas estaría parcialmente protegida (o, al menos, con unos mínimos establecidos en cuanto a lo que respecta a nueva construcción) por el Decreto legislativo núm. 122/2010 (Codice dell'edilizia), que establece el Código de Construcción italiano y contiene disposiciones relacionadas con la planificación urbanística, la construcción de viviendas y las normas técnicas de habitabilidad.

En lo que respecta a los desahucios, algunas sentencias recientes han intentado alcanzar un equilibrio entre propietarios e inquilinos, siendo la primera referencia notable la Ley núm. 392/1978, que establece medidas para prevenir desalojos y proteger a los inquilinos que se encontraban en situación de dificultad económica o personal. Además, el Decreto Legislativo núm. 28/2010 estableció disposiciones para la protección de la vivienda principal y las situaciones de necesidad habitacional. El Decreto Ministerial núm. 140/2010 apuntó a regular los procedimientos para la suspensión de los desalojos en casos de dificultades económicas o situaciones de emergencia

²⁵ Los jueces supremos consideraron que la ocupación abusiva de una vivienda por una persona necesitada y en estado de necesidad, puede considerarse “justificada” y no dar lugar a condena penal. Así lo decidió el Tribunal Supremo, al aplazar la condena contra una mujer por ocupación ilegal de una vivienda dictada por el Tribunal y el Tribunal de Apelación de Roma.

habitacional, estableciendo e los requisitos y el procedimiento para solicitar la suspensión de un desalojo y brindando protección temporal a los inquilinos en situaciones de vulnerabilidad. Más tarde, la Ley núm. 24/2017 estableció medidas urgentes para la protección de los inquilinos y la prevención de los desalojos, en la búsqueda de garantizar la protección de los inquilinos en situaciones de dificultades económicas o personales, y estableciendo salvaguardias adicionales para evitar los desalojos injustificados. Por su parte, el Decreto Legislativo núm. 50/2017 (Codice dei contratti pubblici) regula los contratos públicos y puede tener implicaciones en la construcción de viviendas sociales y proyectos de vivienda financiados por el gobierno.

En Italia, a raíz de la crisis derivada por COVID, se aprobó una prórroga del pago de las hipotecas hasta finales de 2021 para los colectivos más vulnerables. Según el Cuestionario 2021 de la OCDE sobre Vivienda Asequible y Social (QuASH), Italia desplegó una serie de medidas para mitigar los efectos de la covid en el ámbito residencial, como la moratoria sobre desahucios. La medida se aplica a los siguientes casos: i) desahucios por impago de alquileres; ii) desahucios relativos a propiedades embargadas habitadas por el deudor ejecutado y los miembros de su familia; iii) desahucios relativos a la residencia principal del deudor. Además, existe una ayuda denominada “bono primera casa”, que consiste en una garantía estatal del 50 % para la primera hipoteca solicitada hasta un valor de 250.000 euros. En mayo de 2021 se mejoró esta medida para que los jóvenes de hasta 36 años con ingresos inferiores a 40.000 euros puedan contar con una garantía estatal del 80 %. Por otro lado, en materia de vivienda de alquiler, los propietarios que reduzcan las rentas reciben el “bono alquiler”, una ayuda de 1.200 euros. Los jóvenes menores de 30 años con ingresos anuales inferiores a 15.494 euros reciben deducciones fiscales de hasta 991,60 euros al año durante los tres primeros años. También se estableció el *superbonus 110 %*, deducción del 110 % de los gastos dirigidos a la mejora de la eficiencia energética. Si bien la medida es positiva para ciertas cuestiones, queda lejos de resolver los problemas principales de vivienda reflejados en este artículo.

7.2. Medidas en Grecia

Por su parte, en Grecia el derecho a la vivienda está consagrada en la Constitución (Art. 21§4), que establece que “la adquisición de una vivienda por parte de las personas sin hogar o inadecuadamente alojadas constituirá un objeto de especial atención por parte del Estado”. Sin embargo, las soluciones en materia de vivienda son escasas y Grecia carece de una política firme en materia de vivienda social, siendo la vivienda mayormente abordada desde la actividad privada. Además, de forma reciente, se han producido diferentes medidas que han socavado aún más los potenciales derechos en materia de vivienda, tal y como señala *Housing Rights Watch*. Esto se pone de manifiesto

ante la abolición de las organizaciones de vivienda social; la retirada de las prestaciones de vivienda (subsidios de alquiler); las limitaciones en el ámbito de la asequibilidad (principalmente a través de los fuertes aumentos de los impuestos sobre la vivienda, el reembolso de préstamos y el coste de los servicios públicos); así como las nuevas disposiciones legales sobre desalojos (art. 15 de la L 4055/12 en el Boletín Oficial A/12-3-2012, que establece un procedimiento legal exprés sin juicio) (Housing Rights Watch²⁶).

Si la situación ya era problemática previamente (entre 1999 y 2009 las hipotecas aumentaron desde el 5,8 % al 33,9 % del PIB), la crisis financiera de 2010 aceleró la conversión de la vivienda en un producto de inversión. Por un lado, las transferencias inmobiliarias se congelaron durante varios años, manteniendo así el equilibrio existente. Por otro lado, empujó a una gran parte de la población por debajo del umbral de la pobreza. Esas personas acabaron desarrollando estrategias de supervivencia que afectaron significativamente al mercado inmobiliario. Muchas personas se mudaron a viviendas más pequeñas o tuvieron que irse a vivir con otros familiares (lo que generó un aumento del hacinamiento y de la precariedad). Los que no tenían esas opciones, renegociaron el importe que pagaban por el alquiler, ya que la demanda era menor que antes. Otro factor que contribuyó a ese nuevo cálculo de los alquileres fue el perfil social de los propietarios de viviendas en Grecia, con aumento de los pequeños propietarios. Dados los elevados impuestos sobre la propiedad que se impusieron en 2011, los pequeños propietarios se vieron obligados a aceptar la disminución del importe del alquiler pagado por sus inquilinos y solo dejaron sus propiedades vacías como último recurso (Includ-EU [sin fecha]).

Las políticas de vivienda no cambiaron durante los primeros años de la crisis financiera, que fue especialmente aguda en Grecia, aunque cabe destacar la Ley Katseli o Ley griega de insolvencia 3869/2010, que impedía a los bancos desahuciar a las familias de su vivienda, estableció un marco para la reestructuración de la deuda y creó un fondo social de vivienda. La ausencia de ayudas en el acceso a una vivienda digna siguió siendo la norma, sin embargo. En Grecia, con el cambio político tras las elecciones de 2015, se produjo un cambio en la forma de abordar la cuestión de la vivienda, especialmente dado el aumento del flujo migratorio que actuó como catalizador de las acciones. El aumento del número de personas sin hogar dio más visibilidad, así como un tono social, a la crisis de la vivienda, a pesar de que normalmente se consideraba una responsabilidad personal. Aun así, la forma en que se abordó la crisis de la vivienda fue fragmentaria y, si bien las autoridades locales se implicaron en el alojamiento de los refugiados, no existió una política nacional de vivienda, lo que llevó a una gran desigualdad entre municipios. Por ejemplo, la ciudad de Atenas desarrolló iniciativas importantes y pioneras en ese campo, mientras que otros

²⁶ <https://www.housingrightswatch.org/page/state-housing-rights-7>

municipios evitaron participar en todo el proceso, adoptando un enfoque xenófobo (Maloutas 2022).

Cabe reseñar la emergencia humanitaria y la respuesta en materia de vivienda sucedida en Grecia desde 2015, que no tuvo el mismo calado ni en España ni en Italia. En lo que respecta al alojamiento de los refugiados, el presupuesto limitado y la carga desproporcionada que recaía sobre Grecia dentro de la UE, llevó a recurrir a la financiación externa y a la ayuda organizativa de organizaciones internacionales y ONG (Maloutas 2022). La cuestión se trató como una emergencia que se resolvería una vez que los residentes temporales se marcharan; un hecho que contribuyó a la aceptación de los campamentos como “solución” (ídem). El alojamiento de los refugiados demostró la total incapacidad para gestionar una cuestión que era menos temporal o precaria de lo que era en un principio. Dicha incapacidad tuvo que ver con los limitados fondos disponibles y la falta de experiencia y conocimientos organizativos en un sector en el que las intervenciones públicas directas fueron inexistentes durante décadas y en el que las instituciones organizativas estatales que podrían contribuir a dar forma a las políticas e intervenciones en materia de vivienda (como la Organización para la Vivienda Social “OEK” o la Corporación Pública para la Planificación Urbana y la Vivienda “DEPOS”) habían sido desmanteladas durante la década anterior.

Las acciones que se pusieron en marcha para los grupos vulnerables, como las personas sin hogar, siguieron siendo limitadas y fragmentarias. El subsidio de vivienda es una intervención más amplia en cuanto a la cantidad de beneficiarios y el coste necesario, y se estableció tras la exención de los compromisos del memorando. Se trata de una medida positiva en un país en el que las ayudas a la vivienda siempre han favorecido de forma desigual a los propietarios, mientras que los más vulnerables siempre se encuentran entre los inquilinos (Maloutas 2022).

En relación con las soluciones de alojamiento para las personas que abandonan las instituciones, según el artículo 82, párrafo 1 del Código Correccional, se prevé la apertura de albergues para ofrecer alojamiento temporal a aquellos presos que se queden sin hogar tras su puesta en libertad. En 2013 se proclamó la Ley de Vivienda Social (4112/2013), en la que se establece el marco legal para la implementación de programas de vivienda social en Grecia y se definen los criterios de elegibilidad para acceder a viviendas sociales, los procedimientos de asignación y las responsabilidades de los beneficiarios. Cabe también destacar la Ley de Reasentamiento de Refugiados (4375/2016), que establece disposiciones para proporcionar alojamiento temporal y soluciones a largo plazo a estas personas, garantizando su acceso a una vivienda segura y adecuada.

Si la elaboración de políticas es ya compleja en países que tenían un sistema de bienestar social desarrollado, en Grecia la situación es aún más difícil debido a la ausencia de infraestructuras de vivienda social, así como de las

instituciones pertinentes y los conocimientos técnicos que serían necesarios para abordar ese problema. Por otro lado, la vivienda no es una prioridad en la agenda política y social (Siatitsa, 2014), y Grecia no se enfrenta al mismo tipo de problemas en relación con la *guetización* de los grupos más pobres en zonas de privación extrema, donde normalmente residían en viejos y grandes complejos de pisos de viviendas sociales. En definitiva, en Grecia no se ha adoptado ningún tipo de política de vivienda agregada y cohesionada a lo largo de los años, siendo esta, salvo en algunos casos puntuales, siempre ha sido un asunto de iniciativa privada (Konistis, s.f.). Además, recientemente ciertas formas de protección para hogares en situación de vulnerabilidad (la propia Ley Katseli) han sido derogadas, lo que hace suponer un empeoramiento de la situación²⁷.

7.3. Medidas en España

En España, el derecho a la vivienda está garantizado en la Constitución española (1978). El artículo 47 establece que uno de los “principios rectores de la política social y económica” es el derecho de los ciudadanos españoles a una vivienda digna y adecuada. Estos “principios rectores” no reciben sin embargo la fuerte protección jurisdiccional consagrada en la Constitución para los “derechos fundamentales”.

En los últimos años y ante los terribles efectos de la crisis en el aumento de los desahucios, derivados tanto de los procedimientos hipotecarios como de la LAU (Ley de Arrendamientos Urbanos), se habían aprobado medidas urgentes dirigidas a suspender el desahucio de familias consideradas vulnerables (Real Decreto-Ley 27/2012, modificado por la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Esta ley establece medidas para proteger a los deudores hipotecarios en situaciones de vulnerabilidad, como la posibilidad de reestructurar la deuda hipotecaria, evitar desahucios y establecer un marco de alquiler social. También se aprobaron medidas para la llamada dación en pago (Real Decreto-Ley 6/2012, modificado por la Ley 1/2013 y el Real Decreto-Ley 1/2015) pero se trata de una medida considerada voluntaria para los bancos, sobre el modelo de un Código de Buenas Prácticas, según el cual pueden ofrecer (o no) saldar la deuda entregando la vivienda, entre otras medidas (como un periodo de carencia para la devolución del capital, una reducción del tipo de interés y una ampliación del plazo del contrato).

Además de estas leyes, existen otros instrumentos normativos y programas específicos a nivel autonómico y municipal que complementan la legislación estatal y buscan garantizar el acceso a una vivienda digna. Estos inclu-

²⁷ Por cuestión de espacio y longitud, no es posible ahondar en esta cuestión en este artículo. Se recomienda el trabajo desarrollado en: <https://stegasi360.eteron.org/chrimatistikopoiisi/>

yen planes de vivienda, programas de alquiler social, medidas de protección frente a desahucios y programas de vivienda para colectivos vulnerables. Un ejemplo sería la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la función social de la vivienda. Esta ley autonómica establece medidas para garantizar la función social de la vivienda en la Comunidad Valenciana, como la protección de los derechos de los inquilinos, la promoción de viviendas asequibles y la lucha contra la exclusión residencial.

En España también se desarrollaron ayudas para contribuir a minimizar el impacto económico y social del COVID-19 sobre los alquileres de viviendas ocupadas por sus propietarios. Estas consistieron en la concesión de ayudas al alquiler, mediante adjudicación directa, a inquilinos de viviendas habituales que, debido al impacto económico y social del COVID-19, tenían problemas temporales para hacer frente al pago parcial o total de la renta. Además, se establecieron ayudas para cubrir la devolución total o parcial de las ayudas transitorias de financiación previstas en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 11/2020.

Sin embargo, la medida más importante tomada hasta la fecha es el proyecto de Ley de la Vivienda (aprobada en el proceso de aceptación de este artículo), que supone un hito en la actual etapa democrática, ya que se trata de la primera norma que desarrolla el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada²⁸. La Ley desarrolla el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada y ofrece una serie de instrumentos a las comunidades autónomas y ayuntamientos para impulsar la oferta asequible de vivienda (como la ley de derecho de tanto y retracto, ya existente en la Comunidad Valenciana y utilizada por el Ayuntamiento de Barcelona). Además, incluye la calificación indefinida de la vivienda protegida, garantizando siempre un periodo de al menos treinta años y una reserva de suelo para vivienda en alquiler asequible y plantea la imposibilidad de volver a enajenar el parque público de vivienda social, que se considera un patrimonio permanentemente sujeto a protección.

Entre las medidas más controvertidas está el establecimiento del mecanismo para declarar zonas tensionadas en las que se puedan aplicar medidas de contención de precios del alquiler de vivienda. También plantea ventajas fiscales para fomentar el alquiler asequible y evitar la vivienda vacía. Asimismo, conforma un marco que ofrece seguridad jurídica a todos los operadores, públicos y privados, favorece el incremento de la oferta de vivienda asequible incentivada, delimita la función social del derecho a la propiedad de vivienda y apunta a la colaboración de los grandes tenedores de vivienda, especialmente en zonas sujetas a mayor tensión en los precios (lo que resulta de interés, porque tiene en cuenta que en el sistema operan diferentes agentes y no permanece ajena a esta realidad). En principio, la

²⁸ A pesar de lo dicho, ya existía producción normativa regional en esta línea, como la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.

Ley parece ofrecer más garantías en la compra y alquiler de vivienda, estableciendo criterios de transparencia y mejorando los procedimientos a los que se enfrentan los hogares en situación de vulnerabilidad. No obstante, si bien el planteamiento de la Ley es reforzar a las administraciones públicas para ofrecer soluciones a aquellos hogares que enfrentan mayores dificultades, así como reforzar la actuación del Estado en materia de vivienda y rehabilitación, la aplicación final dependerá del grado de compromiso y capacidad de las Comunidades Autónomas (todas ellas con competencia transferida sobre vivienda) y los Ayuntamientos, que son quienes finalmente ejecutan los planes de vivienda.

En principio, y a la espera de ver su efectividad y la respuesta por parte de las distintas administraciones, la Ley ha despertado debate sobre determinadas cuestiones y ha sido criticada tanto por excesiva (en lo que refiere a la limitación de la visión de la vivienda como bien de inversión) como por limitada (por el mismo motivo). Sin duda, el aspecto relevante es que pone sobre la mesa la importancia de la vivienda como bien de uso y la necesidad de buscar alternativas si queremos que los compromisos, tanto nacional como internacionales, pero sobre todo los compromisos sociales que todo Estado de bienestar tiene con sus ciudadanos, se cumplan.

VIII. PROGNOSIS Y ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Una de las mayores expresiones de la desigualdad en nuestras sociedades es la residencial, que refleja las contradicciones existentes en el propio sistema de producción de viviendas y en el diseño de la política de vivienda, dando lugar a situaciones de exclusión residencial. Mientras algunos hogares carecen de vivienda o residen en una vivienda infra estándar, otros tienen en propiedad más de una vivienda o ganan una considerable plusvalía por su mercantilización. Desde el punto de vista de la equidad social, la situación sin duda es problemática. Desde el punto de vista del funcionamiento de la sociedad, la situación es insostenible: una sociedad no puede prosperar si sus miembros no tienen garantizados una serie de necesidades mínimas. Respecto al Estado del bienestar (e incluso del acervo normativo) el análisis que se ha realizado, incluso sin ser exhaustivo, apunta a un evidente fracaso en términos de resolución habitacional.

La complejidad del sistema de vivienda en los países analizados impone la búsqueda de soluciones transversales, que apunten a largo plazo y que tengan en cuenta las diferentes posiciones de los agentes que dan lugar a dicho sistema. Esto no obsta a que las soluciones puedan (y tengan que) incluir medidas poco populares para ciertos sectores (económicos, especialmente) si se quiere dar respuesta al derecho a la vivienda y priorizar la función social (como bien de uso) de esta. Así, para hacer efectivo el derecho a la vivienda, se requieren esfuerzos sostenidos por parte de los gobiernos centrales, la colaboración con

organizaciones internacionales y la implicación de la sociedad civil, lo que indudablemente incluye a los agentes económicos. El acceso a una vivienda segura, asequible y digna requiere de una financiación adecuada, políticas integrales y apuntar a soluciones a largo plazo que alteren los actuales equilibrios (desequilibrios) entre el mercado, los poderes públicos y los hogares. Conviene recordar en este sentido que la defensa de los habitantes debe centrarse en su papel como hogares, espacios de socialización y protección, antes que como *clientes o consumidores*.

Respecto a las situaciones de vulnerabilidad (en distintos grados) y la situación del *sinhogarismo*, en primer lugar, es obligado señalar que desconocemos en gran medida tales situaciones. Las fuentes de datos que refieren variables residenciales son insuficientes, no recogen todos los aspectos necesarios y carecen de la periodicidad que permita analizar posibles cambios en su composición. Si “lo que no se nombra no existe”, la misma lógica sugiere que no podemos conocer lo que no podemos medir y, por lo tanto, las medidas que se planteen como solución serán insuficientes e inadecuadas. Las consecuencias de esta realidad, desconocida pero presente, forman parte sin embargo de la realidad del sur de Europa, entre las que Grecia destaca muy negativamente, registrando los parámetros más elevados de vulnerabilidad. Si la comparativa deja en mejor posición a Italia y a España esta no se debe a su buen hacer: España registra menores tasas en la mayoría de las variables negativas, pero se debe más bien a una muy mala gestión del problema en sus vecinos europeos que a grandes medidas en el propio país. Si desde el punto de vista social el problema es evidente, desde el punto de vista político se están dejando de lado los efectos esperables: si hiciésemos caso a nuestra historia reciente, el empeoramiento de las situaciones en los países del sur de Europa haría esperar nuevas manifestaciones del descontento social como ya sucedió en el pasado.

En España, la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda puede ser una oportunidad en este sentido; no obstante, y si bien la recientemente aprobada Ley es un marco de avance, el ya arraigado tratamiento de la vivienda como bien de inversión antes que como bien de uso ha configurado una situación que pone en riesgo nuestro bienestar social presente y futuro. Si bien debemos ser conscientes de que la propiedad de la vivienda en la que se habita no constituye una seguridad de cobertura de las necesidades (a veces, ni siquiera jurídica), se nos avecina el problema ante esas generaciones más jóvenes, en proceso de emancipación, que no tienen vivienda ni pueden competir en un mercado desigual contra los especuladores y los fondos de inversión. A medida que estas poblaciones vayan envejeciendo, la situación será más problemática, especialmente si tenemos en cuenta que estamos hablando de generaciones que no podrán acceder a determinadas coberturas del Estado de bienestar o lo harán en una situación de plena desigualdad. Si pensamos en el futuro, en la vejez de los denominados *riders* y en la de quienes no han tenido una relación

laboral tradicional o regulada, de quienes han visto su entrada en el mercado laboral marcada por las crisis y las recesiones, de quienes no han podido acceder a una vivienda en propiedad y que hoy pagan un alquiler con enormes dificultades económicas, cabe plantearse numerosas preguntas: ¿qué perspectivas encontrarán estas personas a medio y largo plazo? ¿Cómo pagarán alquileres desorbitados con pensiones mínimas? ¿Será la expulsión de sus entornos la solución? Tampoco es una reflexión menor la cuestión del aumento de los divorcios y separaciones o la necesidad de contar con dos sueldos para pagar la vivienda. ¿Estaremos obligados a permanecer en relaciones no deseadas para poder pagar el alquiler? ¿Nos veremos en la tesitura de tener que compartir vivienda con desconocidos ante la necesidad del pago de la vivienda que habitamos?

En definitiva, y aunque se pueda interpretar desde una perspectiva ideológica, la realidad social indica que la vivienda no puede ser una fuente de ganancias para unos pocos y una forma de explotación para otros muchos. Garantizar el derecho a la vivienda mediante la desmercantilización de la misma es sinónimo de garantizar el bienestar presente y futuro, de garantizar sociedades en las que todos y todas podamos vivir y no solo sobrevivir.

IX. REFERENCIAS

- AHRENDT, D., DUBOIS, H., JUNGBLUT, J. M. (1968), ROYS, M., NICOL, S., ORMANDY, D., EZRATTY, V., FOX, T., SENNETT, J., PITTINI, A., ANDERSON, R., FALLER, P., VANDAMME, J., WELSH, M. y EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, 2016. Inadequate housing in Europe costs and consequences. [en línea]. S.l.: [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2016/quality-of-life-social-policies/inadequate-housing-in-europe-costs-and-consequences>.
- ALLEN, J., BARLOW, J., LEAL, J., MALOUTAS, T., & PADOVANI, L., (2004). *Housing and Welfare in Southern Europe*. Wiley-Blackwell.
- ARAPOGLOU, V. P.; GOUNIS, K. (2017), *Contested landscapes of poverty and homelessness in Southern Europe: Reflections from Athens*. Springer International Publishing.
- ARNETT, J. J., (2004), *Emerging Adulthood: The Winding Road from the Late Teens Through the Twenties* (1.ª ed.). Oxford Univ Pr.
- BALCHIN, P., (2013). *Housing policy in Europe*. S.l.: Routledge.
- BARLOW, J. y DUNCAN, S., (1994). *Success and failure in housing provision: European systems compared*. S.l.: Pergamon.
- BENGTTSSON, B. (2001). Housing as a social right: Implications for welfare state theory. *Scandinavian Political Studies*, vol. 24, no. 4, ISSN 00806757. DOI 10.1111/1467-9477.00056.

- BOSCH, J. (2015), *Crisis y emancipación juvenil en Europa. Un análisis desde los modelos de Estado de bienestar*. Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- BYNNER, J., (2005). Rethinking the Youth Phase of the Life-course: The Case for Emerging Adulthood?, *Journal of Youth Studies*, 8:4, 367-384, DOI: 10.1080/13676260500431628
- CES, (2002). La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España. Sesión ordinaria del Pleno de 23 de octubre de 2002. Informe 3/2002. Madrid: Consejo Económico y Social, 2002, 161 p., <http://www.ces.es/documents/10180/18510/inf0302>
- COUNCIL, H.R., [sin fecha]. Human Rights Council Twenty-fifth session Agenda item 3 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. [en línea]. S.l.: [consulta: 20 junio 2022]. Disponible en: www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/StudyOnSecurityOfTenure.aspx.
- DELCLÓS, C., AUCIELLO, I., LEBRUSÁN, I., SALAS-ROJAS, P. y SEGÚ, M., (2023). Vivienda para vivir: de mercancía a derecho. Future Policy Lab. <https://www.futurepolicylab.com/informes/vivienda-para-vivir-de-mercancia-a-derecho/>
- ECHAVES GARCÍA, A., (2015). Pautas emancipatorias de los jóvenes españoles y acceso a la vivienda en el actual contexto de crisis. *Documentación social* [en línea], vol. 176, [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5324126>.
- EMMANUEL, D., (2012). Balancing autonomy, status and family in the transition to adulthood: Class and housing aspects of the Southern European model in Athens, 1987-2004. En *Young People and Housing* (pp. 37-59). Routledge.
- ESPING-ANDERSEN, G., (1990). *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton University Press.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1999). *Social foundations of postindustrial economies*. OUP Oxford.
- EUROFOUND (2023). Inequality | Eurofound. Eurofound. <https://www.eurofound.europa.eu/topic/inequality>
- EUROSTAT, [sin fecha]. Age of young people leaving their parental household. *Statistics Explained* [en línea]. [consulta: 13 junio 2022 a]. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Age_of_young_people_leaving_their_parental_household.
- EUROSTAT, [sin fecha]. EU statistics on income and living conditions (EU-SILC) methodology – Statistics Explained. [en línea]. [consulta: 21 junio 2022 b]. Disponible en: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_statistics_on_income_and_living_conditions_\(EU-SILC\)_methodology](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=EU_statistics_on_income_and_living_conditions_(EU-SILC)_methodology).
- FERRERA, M., (1996). The ‘Southern’ model of welfare in social Europe. *Journal of European Social Policy*, vol. 6, no. 1,

- FLAQUER, L., (2000). *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Colección. S.l.: Fundación La Caixa.
- GAILIUTE, D., (2012). Right to Housing in the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights. *Socialiniu Mokslu Studijos*, vol. 4, no. 4, ISSN 20292236.
- GARBEN, S., (2018). The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement? *European Constitutional Law Review* [en línea], vol. 14, no. 1, [consulta: 21 junio 2022]. ISSN 1574-0196. DOI 10.1017/S1574019618000093. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/european-constitutional-law-review/article/abs/european-pillar-of-social-rights-effectively-addressing-displacement/162B-548D38A7D7385F4C8FF0A19C61CF>.
- GENTILE, A., (2013). La emancipación juvenil en tiempos de crisis: un diagnóstico para impulsar la inserción laboral y la transición residencial. *Metamorfosis* [en línea], [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6163242>.
- GÓMEZ, M. V., y LEBRUSÁN, I., (2022). Urban Ageing, Gender and the Value of the Local Environment: The Experience of Older Women in a Central Neighbourhood of Madrid, Spain. *Land*, 11(9), 1456.
- GOUX, D. y MAURIN, E., (2005). The effect of overcrowded housing on children's performance at school. *Journal of Public Economics*, vol. 89, no. 5, ISSN 0047-2727. DOI 10.1016/j.jpubeco.2004.06.005.
- IACOVOU, M. (2002). Regional Differences in the Transition to Adulthood. *Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 580(1), 40-69. <https://doi.org/10.1177/000271620258000103>
- INURRIETA, A., (2010). La financiación de la política de vivienda. En: J. LEAL MALDONADO (ed.), *La política de vivienda en España*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 277-298.
- INCLUDE-EU, [sin fecha]. Housing in Greece. [en línea]. [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <https://includeu.eu/housing-in-greece/>
- IVERS J, ZGAGA L, O'DONOGHUE-HYNES B, ET AL. (2019). Five-year standardised mortality ratios in a cohort of homeless people in Dublin. *BMJ Open*:e023010. doi: 10.1136/bmjopen-2018-023010
- KEMENY, J., (2001). Comparative housing and welfare: Theorising the relationship. *Journal of Housing and the Built Environment* 2001 16:1 [en línea], vol. 16, no. 1, [consulta: 21 junio 2022]. ISSN 1573-7772. DOI 10.1023/A:1011526416064. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1011526416064>.
- KEMENY, J., (2013). Housing and social theory. *Housing and Social Theory* [en línea], [consulta: 21 junio 2022]. DOI 10.4324/9780203413562. Disponible en: <https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9780203413562/housing-social-theory-jim-kemeny>.
- KONISTIS, sin fecha. TENLAW: Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe. https://www.uni-bremen.de/fileadmin/user_upload/

- fachbereiche/fb6/fb6/Forschung/ZERP/TENLAW/Reports/Greece-Report_09052014.pdf
- LEAL, J., (2005). El Estado de Bienestar y la Política de Vivienda en España. *El acceso de los y las jóvenes a la vivienda libre y protegida*.
- LEAL MALDONADO, J., (2001). Políticas de Vivienda y Sistemas de Bienestar. *CIDADES, Comunidades e Territórios*, vol. 3.
- LEBRUSÁN, I., (2022). Personas mayores en situación de riesgo residencial extremo en España: un diagnóstico regional. *Revista EURE - Revista de Estudios Urbano Regionales* [en línea], vol. 48, no. 145, [consulta: 21 junio 2022]. ISSN 0717-6235. DOI 10.7764/EURE.48.145.09. Disponible en: <http://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/EURE.48.145.09>.
- LEBRUSÁN MURILLO, I., (2017). *La vivienda en la vejez: problemas y estrategias para envejecer en sociedad* [en línea]. 24 octubre 2017. S.l.: s.n. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=151691>.
- LEBRUSÁN MURILLO, I., (2019a). *La vivienda en la vejez*. Colección. Madrid: Editorial CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas. ISBN 9788400105471.
- LEBRUSÁN MURILLO, I., (2019b). Más allá de la familia: Una reflexión teórica sobre la definición del habitante de la vivienda. *Tendencias Sociales. Revista de Sociología*, vol. 3, no. 3, DOI 10.5944/ts.3.2019.23588.
- LEBRUSÁN, I., (2019c). Servicio doméstico y actividad de cuidados en el hogar: la encrucijada desde lo privado y lo público. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2019, vol. 9, no. 2, p. 25-46.
- LEBRUSÁN, I. y GÓMEZ, M.V., (2022) The Importance of Place Attachment in the Understanding of Ageing in Place: “The Stones Know Me”. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, , vol. 19, no. 24, p. 17052.
- MALOUTAS, T., (2022). 5 notes on the housing issue in Greece - ETERON. *ETERON* [en línea]. [consulta: 14 junio 2022]. Disponible en: <https://eteron.org/en/5-simeia-gia-to-zitima-tis-stegasis-stin-ellada/>.
- MALOUTAS, T., ALLEN, J., BARLOW, J., LEAL, J. y PADOVANI, L., (2004). *Housing and Welfare in Southern Europe*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd.
- MÓDENES, J.A., FERNÁNDEZ-CARRO, C. y LÓPEZ-COLÁS, J., (2013). La formación de hogares y la tenencia de vivienda de los jóvenes en la reconfiguración de los sistemas residenciales europeos. *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales* [en línea], vol. 17, no. 460, [consulta: 16 junio 2022]. Disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-460.htm>.
- MULDER, C.H. y LAUSTER, N.T., (2010). Housing and Family: An Introduction. <https://doi.org/10.1080/02673031003771109> [en línea], vol. 25, no. 4, [consulta: 21 junio 2022]. ISSN 02673037. DOI 10.1080/02673031003771109. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02673031003771109>.

- NAVARRO, V., (2004). *El estado de bienestar en España*. Madrid: Tecnos.
- OECD, [sin fecha]. Living Space. Definitions and methodology. [en línea]. [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <http://oe.cd/ahd>.
- OECD (2023), *Taxing Wages 2023: Indexation of Labour Taxation and Benefits in OECD Countries*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/8c-99fa4d-en>.
- PISARELLO, G., (2009). El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales. *Revista catalana de dret públic*, 38.
- PROVIVIENDA, (2018). Cuando la casa nos enferma. La vivienda como cuestión de salud pública. Madrid: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. <http://www.provivienda.org/wp-content/uploads/2018/11/INFORME-CUANDO-LA-CASA-NOS-ENFERMA.pdf>
- PROVIVIENDA-HOGAR SÍ, (2023). Soluciones al sinhogarismo. Informe ejecutivo. Evaluación de la metodología Housing First en España https://solucionesalsinhogarismo.org/wp-content/uploads/2022/12/Housing_first_informeejecutivo_ESP.pdf
- ROMASZKO J, CYMES I, DRAGAŃSKA E, KUCHTA R, GLIŃSKA-LEWCZUK K. Mortality among the homeless: Causes and meteorological relationships. *PLoS One*. 2017 Dec 21;12(12):e0189938. doi: 10.1371/journal.pone.0189938. PMID: 29267330; PMCID: PMC5739436; <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5739436/>
- SIATITSA, D. (2014). Claims for the ‘right to housing’ in the cities of Southern Europe: the discourse and the role of social movements. *National Technical University of Athens, Athens*, 2014.
- SOLARI, C. D.; MARE, R. D. (2012). Housing crowding effects on children’s wellbeing. *Social science research*, 2012, vol. 41, no 2, p. 464-476.
- TRILLA, C., 2001. *La política de vivienda en una perspectiva europea comparada*. Barcelona: Fundación La Caixa. ISBN 978-84-88099-82-2.
- UNECE, 2021. #Housing2030: Effective policies for affordable housing in the UNECE region | UNECE. [en línea]. S.l.: [consulta: 21 junio 2022]. Disponible en: <https://unece.org/housing-and-land-management/publications/housing2030-study-e>.
- VINUESA ANGULO, J., (2008). Propuesta de un método para el análisis demográfico de la emancipación de los jóvenes. Francia 47.52: 14, <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-266.htm>
- WALTHER, A., (2006). Regimes of youth transitions. Choice, flexibility, and security in young people with an ethnic minority or migrant background. Thematic report of the young people’s experiences across different European contexts. *Young*, 14, 119-132. <http://dx.doi.org/10.1177/1103308806062737>

II

ESTUDIOS ARTICLES

Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con especial referencia al ámbito tributario¹

The general principles of the Law in the caselaw of the Court of Justice of the European Union, with particular focus on tax matters

Fecha de recepción: 22/05/23

Fecha de aceptación: 06/06/23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA.—2.1. La noción de ordenamiento jurídico.—2.2. La noción de “principios generales del Derecho”.—2.3. La emanación de los principios generales del Derecho de la Unión. La creación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho.—2.3.1. El papel del Tribunal de Justicia.—2.3.2. El turno del Legislador.—III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El debate tributario se encuentra inmerso en los últimos tiempos en una discusión sobre el papel jugado por el Tribunal Supremo español en la aplicación de principios ge-

* Socio de Cuatrecasas. Antiguo Magistrado del Tribunal Supremo.

¹ Este trabajo debe mucho a los siete años (2000-2007) que pasé en Luxemburgo junto con Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, entonces abogado general español ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a los análisis y estudios realizados con él y para él. Sirva como homenaje en su memoria.

This paper could not have been done without the seven years (2000-2007) I spent in Luxemburg with Dámaso Ruiz-Jarabo COLOMER, then Spanish general attorney before the Court of Justice of the European Union, and the discussions and studies done with him and for him. May this serve for honoring his memory.

nerales del Derecho. Se alzan voces desde las Administraciones públicas criticando lo que califican como una deriva del Alto Tribunal que, en su opinión, menoscaba el principio de legalidad y la “primacía” de la ley como fuente del Derecho tributario, sector ordinalmente altamente “especializado” y “tecnificado” que abogaría por la relativización de los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento jurídico. Este trabajo pretende poner de manifiesto que el camino emprendido, desde hace ya muchos años, por el Tribunal Supremo no es una criticable singularidad, sino una exigencia institucional de nuestro sistema constitucional que, además, resulta inherente al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Para evidenciarlo, tras realizar algunas precisiones conceptuales sobre lo que se deba entender por “ordenamiento jurídico” y por “principios generales del Derecho”, se aborda el papel jugado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la decantación y aplicación de principios generales del Derecho y, en particular, en la emanación por vía pretoriana de derechos fundamentales y libertades públicas en el seno de la Unión, exponiéndose cómo el Legislador comunitario recibió el testigo para culminar la tarea con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que ha otorgado el mismo valor jurídico que los Tratados. En la parte final, se analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a tres de esos principios, especialmente operativos en materia fiscal, y su repercusión en los últimos tiempos sobre la legislación tributaria española.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea. Principios generales del Derecho. Principios de creación jurisprudencial. Derecho tributario.

ABSTRACT

The tax debate has lately been focused on the discussion of the role of the Spanish Supreme Court in the application of the general principles of the Law. Certain at the public authorities have criticized what they frame as a trend of the Supreme Court that, in their opinion, undermines the legality principle and the “primacy” of the law as source of Tax law, which is an area of the law highly “specialized” and “technical” that would require the relativization of the general principles of the Law as source of the legal system. This paper seeks to show that the path that the Supreme Court has been following for many years is not a questionable singularity, but an institutional requirement based on the constitutional system which, moreover, is embedded in the exercise of the jurisdictional power. Following certain specifications in respect of the concepts of “legal system” and “general principles of the Law”, this paper will sustain the above position by elaborating on the role of the Court of Justice of the European Union in the emanation and the application of the general principles of Law and, in particular, in the creation for protection purposes of fundamental rights and public freedoms within the Union, raising the Legislator’s take in the completion of the task with the enactment of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union, which has been given the same treatment as the Treaties. The last section will analyze the case law of the Court of Justice with respect to these principles, particularly applicable to tax matters, and the consequences in the Spanish tax law within the last years.

KEYWORDS: European Union Law. Principles enacted by caselaw. Tax law.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro sistema constitucional configura las administraciones públicas como estructuras serviciales de los intereses generales y en ese servicio han de actuar plenamente sometidas a la ley, para empezar, a la primera de ellas, la Constitución [«CE»], y al Derecho, esto es, no sólo al componente escrito del ordenamiento jurídico, sino también a los principios —escritos o no escritos—, que son el oxígeno que respiran las normas, la atmósfera en la que se desenvuelve la vida jurídica, según afortunada expresión del Tribunal Supremo alumbrada ya hace casi cuarenta años¹. Así se obtiene de los artículos 9.1 y 103.1 CE. Esa sujeción alcanza a todas las administraciones públicas y entre ellas, por supuesto, a la tributaria.

El control de ese sometimiento, que también implica comprobar que la actuación administrativa se ajusta a los fines que la justifican, esto es, a los objetivos que el ordenamiento jurídico le atribuye y cuyo cumplimiento legitima su existencia (art. 103.1 CE), corresponde a los tribunales de justicia (art. 106.1 CE).

En el ejercicio de ese control, los tribunales están obligados a expulsar del ordenamiento jurídico todo producto administrativo (acto o disposición) que desconozca esa obligación de sujeción al ordenamiento jurídico, tanto a su componente escrito como a los principios que lo inspira. Por ello, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [«LJCA»], dispone que el recurso contencioso-administrativo, a través del que se articula el control jurisdiccional, será estimado cuando la disposición, la actuación o el acto administrativo impugnado incurra en *cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder* (art. 70.2), esto es, incluso cuando, bajo la apariencia de legalidad, la Administración utiliza las potestades administrativas que el ordenamiento jurídico le ha atribuido en fines distintos de aquellos para cuya satisfacción está habilitada a actuar. Al hacer esta afirmación, el artículo 70.2 LJCA tiene presente todo quebrantamiento del ordenamiento jurídico en sentido amplio, del que forman parte los principios generales del Derecho.

Si, en el ejercicio de su potestad de revisión jurisdiccional, los tribunales de justicia que controlan la actividad administrativa rehusaran utilizar los principios generales del Derecho como parámetro de control estarían desconociendo su deber constitucional *ex* artículo 106.1 CE, que han de ejercer sometién dose únicamente al imperio de la Ley (art. 17.1 CE). Y siendo los órganos que aplican los tributos parte de la Administración pública, las voces que se alzan en el debate tributario demandando que los tribunales de lo

¹ Son los principios la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1987 (ES:TS:1987:5470, FJ 1.º), 30 de abril de 1988 (ES:TS:1988:3176, FJ 2.º), 8 de junio de 1992 (ES:TS:1992:10912, FJ 2.º) y 21 de febrero de 1994 (ES:TS:1994:19912, FJ 7.º.B)].

contencioso-administrativo que revisan su actuación no resuelvan aplicando, cuando a ello haya lugar, los principios generales del Derecho, realmente lo que les están pidiendo es que, con infracción del artículo 106.1 CE, se sitúen extramuros de nuestro sistema constitucional, desconociendo su positiva vinculación a la Constitución (art. 9.1 CE) y su exclusivo sometimiento a la Ley (art. 117.1 CE), empezando por la primera de ellas. Aún más, piden regresar a un pasado ordinamental oscuro, superado ya desde la vieja Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, que en su exposición de motivos (apdo. IV, pto. 5) expresó la idea con toda rotundidad, al afirmar que la estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo depende de la conformidad o no al ordenamiento jurídico de la actuación impugnada, expresión la de “ordenamiento jurídico” que no reconduce simplemente a las leyes, sino que se extiende a *los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones*. Sostener lo contrario, decía el legislador de 1956, *equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas*.

Pero no sólo eso. En la medida en que, en el ejercicio de su potestad tributaria, los poderes públicos españoles incidan sobre relaciones jurídicas propias del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, la demanda de que los tribunales españoles se limiten a aplicar la estricta legalidad escrita, pretiriendo en todo caso la “supralegalidad” que representan los principios generales del Derecho, esas voces, procedentes fundamentalmente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria [«AEAT»], están reclamando de nuestros jueces que, con desconocimiento del principio de cooperación leal (art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea —«TUE»—), avoquen al Reino de España a incumplir los compromisos que adquirió cuando se incorporó a la que hoy conocemos como Unión Europea, en el proceso de construcción de un ordenamiento jurídico único en el Viejo Continente.

Me otorgo la licencia de formular tan tajante proposición porque si hay un ordenamiento jurídico en cuya construcción han tenido un papel relevante los principios generales del Derecho aplicados por los jueces es el de la Unión Europea.

II. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Para exponer las ideas que pretendo plasmar en las siguientes líneas conviene que antes me detenga en la noción de “ordenamiento jurídico” y en la de “principios generales del Derecho”.

2.1. La noción de ordenamiento jurídico

Los principios generales del Derecho han cumplido una importante tarea en la integración de un orden jurídico que, como el de las viejas Comunidades Europeas, nació con grandes aspiraciones, pero con un contenido normativo limitado, enfrentándose a un proceso de permanente cambio y de adaptación a nuevas realidades. El Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico producto de un entramado institucional en el que conviven focos de producción normativa, agentes encargados de su aplicación y órganos jurisdiccionales competentes para su interpretación, aplicación y depuración. Este paisaje es emanación de un pacto entre Estados independientes que, renunciando a parcelas de soberanía, se encuentran en un proceso de integración política y jurídica.

La idea del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico no es nueva² y ha sido objeto de un extraordinario desarrollo en la jurisprudencia europea, gracias a la que este sistema transnacional ha pasado de ser un espacio político ocupado por los Estados miembros a una “comunidad de Derecho”³, en la que los ciudadanos asumen el protagonismo. El significante “comunidad” evoca un conjunto social organizado, que comparte intereses y objetivos comunes, del que el Derecho surge y en el que obra. Esta concepción es precisamente la de SANTI ROMANO, que pese a su relativa antigüedad⁴ goza aún de todo su inicial vigor, en el que el ordenamiento jurídico es un sistema integrado de normas e instituciones con vocación de unidad, plenitud y continuidad. Es la atmósfera en la que viven las relaciones jurídicas⁵ o, como ha indicado el Tribunal Supremo español, según ya he apuntado, «el oxígeno que respiran las normas».

El ordenamiento jurídico así entendido presenta dos notas características. La primera es que comprende no sólo la ley (*lex*) sino también el derecho (*ius*), es decir, el calificativo de “jurídico” no conviene sólo al Derecho escrito sino también a los principios que inspiran el sistema jurídico. La segunda idea consiste en que el ordenamiento jurídico constituye una obra completa y plena, que aspira a ser coherente y a la que repugnan los vacíos y las contradicciones, que intenta colmar y superar utilizando distintas técnicas de integración. Pues bien, los principios generales del Derecho son una de las herramientas más útiles empleadas en

² El Tribunal de Justicia de la Unión Europea («Tribunal de Justicia») la expuso pronto, en la sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos* (C-26/62, EU:C:1963:1).

³ Expresión empleada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* (C-294/83, EU:C:1986:166).

⁴ Su obra *L'ordinamento giuridico* fue publicada por primera vez entre 1917 y 1918. La edición más conocida en italiano es de Sansoni Editore, Florencia, 1945. Existe una traducción española de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo Baquer, con estudio preliminar del primero, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

⁵ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 58.

esta tarea, en la medida en que subyacen e informan el sistema jurídico mismo y, de este modo, suministran las pautas para buscar soluciones allí donde su componente explícito no tiene respuesta o las que proporciona son insatisfactorias⁶.

Así las cosas, se comprende el éxito que han tenido en la integración de un orden jurídico que, como el de la Unión Europea, nació, según he señalado, con grandes aspiraciones, pero con un contenido normativo limitado⁷ y que, por estas circunstancias, se encuentra en un proceso permanente de cambio y de adaptación a nuevas realidades.

2.2. La noción de “principios generales del Derecho”

Bajo la expresión *principios* se albergan situaciones jurídicas muy diversas. Resulta menester distinguir entre los *principios generales del Derecho* y los *principios jurídicos* o *principios fundamentales del orden jurídico*. Estos últimos son consecuencia de la naturaleza y de las características de un sistema determinado y operan como herramienta indispensable para su adecuado funcionamiento, así como para la satisfacción de los fines que le son propios. Normalmente son obra directa del legislador y tienen un carácter normativo innegable.

Por el contrario, los principios generales del Derecho son una fuente de producción jurídica no escrita que manifiestan los valores que, en un momento histórico determinado, se encuentran profundamente arraigados en la conciencia colectiva y que, en cuanto tales, tienen carácter vinculante⁸.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., han señalado que los principios generales del Derecho tienen una capacidad *heurística* (para resolver los problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos, en vistas de una solución), *inventiva* (para organizar o descubrir combinaciones nuevas) y *organizativa* (para ordenar los actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica) [*Curso de Derecho administrativo*, vol. I, editorial Civitas, 10.ª edición, Madrid 2000, p. 84].

⁷ PESCATORE, P., antiguo Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en *Introduction à la science du droit*, Centre universitaire de l'État, Luxemburgo, 1960, reimpresión y puesta al día en 1978, p. 120, afirmó que los principios generales *hacen prevalecer el espíritu del derecho sobre la letra, el sentido común sobre la técnica, la justicia sobre la simple legalidad, porque permiten penetrar, más allá del Derecho positivo, hasta las inspiraciones profundas de nuestro orden social*.

⁸ PAPADOPOULU, R. E., en *Principes généraux du droit et droit communautaire (origines et concrétisation)*, Bruselas, 1996, llama a los primeros “principios axiomáticos” y a los segundos “principios estructurales” (pp. 8 y 9). Sobre la distinción entre ambas categorías en el ámbito del Derecho comunitario véanse el trabajo de J. Punzón Moraleda, *La repercusión de los principios generales del derecho de los Estados miembros en el derecho comunitario. Especial referencia a los principios generales del derecho aplicados en sentencias sobre responsabilidad extracontractual*, Esperia Publications Ltd, Londres, 1999, pp. 17 y ss.; la contribución de CAPELLA, E., “Les principes généraux en tant que source de droit” en el 12.º Congreso de la Fédération Internationale pour le droit européen (FIDE), cuyo objeto fue *Les principes généraux communs aux droits des États membres en tant que source du droit communautaire. Interaction entre droit communautaire et droit national*, celebrado en París los días 24 a 27 de septiembre de 1986, volumen, I, pp. 183 a 214; y el artículo de CHUECA SANCHO, A. G., “Los principios

*Entrañan los fundamentos morales del orden jurídico y expresan los derechos básicos de la persona*⁹.

Cabe, sin embargo, que algunos de tales principios generales hayan sido codificados, mientras que, a la vez, puede ocurrir que determinadas de aquellas reglas estructurales no tengan un expreso reconocimiento en el componente escrito del ordenamiento, pero sean su consecuencia necesaria. La distinción entre unos y otros no es, pues, una tarea sencilla. Intentaré explicar estas ideas con varios ejemplos, unos del ordenamiento jurídico comunitario y otros emanados del Derecho español.

En la actualidad constituyen características básicas del orden jurídico de la Unión Europea principios que no están presentes en ninguna norma escrita. Es el caso de los que proclaman su *efecto directo, su primacía y su efectividad*. Los tres son obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁰. Por su parte, las libertades de circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, proclamadas con carácter general en el artículo 26.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [«TFUE»]¹¹, también constituyen normas programáticas¹² al servicio del objetivo consistente en establecer un mercado interior sin obstáculos¹³. Las indicadas libertades, que el Tribunal de Justicia ha calificado repetidamente de “fundamentales”¹⁴, no expresan valores irrenunciables de los sistemas jurídicos propios de nuestro modelo de conveniencia, sino que son reglas básicas para el funcionamiento de uno concreto y determinado: el de la Unión Europea.

El principio de interdicción de toda discriminación por razón de la nacionalidad es otra regla estructural, proclamada en el artículo 18 TFUE, que clarifica aún más lo que quiero decir. Por el contrario, la exigencia de que los sujetos de Derecho sean tratados de forma igual, sin que quepan distinciones

generales del derecho en el ordenamiento comunitario”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, 1083, núm. 3, pp. 863 a 896.

⁹ DELGADO BARRIO, J. *Principios y Constitución*, discurso pronunciado el 13 de septiembre de 1999 con ocasión de la apertura solemne del año judicial.

¹⁰ En la sentencia *Van Gend en Loos*, ya citada, el Tribunal de Justicia proclamó el efecto directo del Derecho comunitario, su primacía lo fue en la sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.* (C-6/64, EU:C:1964:66). El principio de efectividad fue alumbrado, junto con el de equivalencia, en la sentencia de 16 de diciembre de 1976, *Rewe* (EU:C:1976:188).

¹¹ Cada una de ellas son, después, contempladas y desarrolladas a lo largo del Tratado: la libre circulación de mercancías en el artículo 28, la de personas en el 45, la libertad de prestación de servicios en el 56 y la libre circulación de capitales en el 63.

¹² Serían “principios estructurales” en la terminología de Papadopolou.

¹³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. “La recherche d'un droit commun aux États membres de l'Union européenne”, en *Les principes communs d'une justice des États de l'union européenne*, actas del coloquio celebrado por la Cour de Cassation française los días 4 y 5 de diciembre de 2000, publicadas por *La documentation française*, 2001, pp. 221 y 222, al hablar de los principios específicos del derecho comunitario distingue entre los no escritos y los que se encuentran consagrados expresamente por disposiciones del Tratado.

¹⁴ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de diciembre de 1989, *Corsica Ferries France* (C-49/89, EU:C:1989:649, apartado 8), y 15 de febrero de 2000, *Comisión/Francia* (C-34/98, EU:C:2000:84, apartado 49).

por razón de sus condiciones personales o sociales constituye un principio general del Derecho, que aparece citado en el artículo 19 TFUE con el fin de promover acciones comunitarias para luchar contra la discriminación basada en las circunstancias que menciona (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

La prohibición de discriminación por la nacionalidad es, como las libertades de circulación, una regla fundamental del orden comunitario, pero nada más. Constituye un instrumento para alcanzar los objetivos de la Comunidad y, por esta circunstancia, queda prohibida la distinción sin motivo entre los nacionales de los Estados miembros, no entre cualesquiera otros. En otras palabras, una persona que no es ciudadana de la Unión no puede ser discriminada en ella por razón de su sexo o religión (principio general del Derecho); sin embargo, esa misma persona, residente en un tercer Estado, no tiene en principio en el seno de la Unión acceso a la libertad de circulación de personas o a la de establecimiento (principios estructurales del Derecho de la Unión).

Esta idea se encuentra expresada con toda nitidez en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo apartado 1 consagra como derecho fundamental el principio general del Derecho de no discriminación por circunstancias personales o sociales, mientras que el apartado 2 hace lo propio con la norma del Derecho comunitario que prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados.

Así pues, hay principios estructurales de un orden jurídico y principios generales del Derecho. Algunos de estos segundos pueden encontrarse positivados, como ocurre con la prohibición de discriminación por circunstancias personales o sociales. Tal es el caso también del derecho a acceder a la justicia, que asoma en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, y que el artículo 47 de la CDFUE proclama sin ambages. Pero junto a los anteriores existen otros que, no obstante carecer de reconocimiento escrito en el Derecho positivo, están presentes, informando la práctica jurídica: piénsese en el principio de respeto a los derechos adquiridos o en el de protección de la confianza legítima, principios a los que me referiré más adelante.

Desde un punto de vista sustancial, la distinción debe ser, sin embargo, relativizada, porque algunos de los principios que hoy se encuentran plasmados en el Derecho originario estaban ausentes en la redacción inicial de los Tratados. Fueron creados por el Tribunal de Justicia y, una vez que adquirieron carta de naturaleza jurisprudencial, el legislador los asumió y plasmó en un texto normativo.

Tal es el caso, por ejemplo, del *principio de proporcionalidad* en la actuación de las Instituciones de la Unión, al que también aludiré más tarde. El Tribunal de Justicia lo aplicó en uno de sus primeros pronunciamientos, en concreto en la sentencia *Fédération Charbonnière de Belgique / Alta Autoridad*¹⁵

¹⁵ Sentencia de 29 de noviembre de 1956 (C-8/55, EU:C:1956:7).

al afirmar que *en aplicación de una regla de Derecho generalmente admitida, la reacción indirecta de la Alta Autoridad ante un acto ilícito de las empresas debe ser proporcional a la envergadura de dicho acto*. Con posterioridad, el Tribunal de Justicia reiteró el principio¹⁶ y de la Recopilación de la jurisprudencia pasó a los Tratados (hoy, al art. 5.4 TUE): *En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*.

La misma diferenciación entre “principios estructurales de un ordenamiento jurídico” y los “principios generales del Derecho” y, dentro de cada grupo, la división en escritos y no escritos puede hacerse en el Derecho español. En la primera categoría, como regla explícita, se incluye la solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones que integran España, que proclama el artículo 2 CE y ratifica su artículo 138. En nuestra Norma Fundamental aparecen también numerosos principios generales del Derecho; por ejemplo, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, proclamadas en el artículo 9.3 CE. Pero también otros muchos, sin reconocimiento normativo expreso, iluminan nuestro sistema jurídico: la prohibición de enriquecimiento injusto o el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

Las anteriores reflexiones vienen a cuento porque el Tribunal de Justicia ha ido alumbrando principios generales del Derecho que, careciendo de un reconocimiento normativo expreso en el ordenamiento jurídico de la Unión, suministran oxígeno a la atmósfera comunitaria. Y para ello, no está de más examinar cómo surgen.

2.3. La emanación de los principios generales del Derecho de la Unión. La creación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho

2.3.1. El papel del Tribunal de Justicia

La tarea consistente en decantar las reglas que informan un orden jurídico, su substrato y fuente inspiradora al mismo tiempo, es, por su propia naturaleza, pretoriana. Corresponde al juez, a partir de las circunstancias singulares de un concreto litigio y para darle respuesta, obtener una regla de Derecho abstracta y general allí donde, en principio, sólo había confusión, vacío o silencio. En esta labor, el Tribunal de Justicia no ha seguido un único camino, sino que, dado su carácter casuístico, ha recorrido sendas distintas y ha utilizado diversos procesos de lógica jurídica¹⁷. No obstante, pueden sin-

¹⁶ Por ejemplo, sentencia de 11 de julio de 1989, *Schröder* (C-265/87, EU:C:1989:303, apartado 21).

¹⁷ CHUECA SANCHO, A. G., en el trabajo citado, pp. 866 y 867, afirmó que el Tribunal de Justicia ha actuado de manera flexible, conjugando “la libertad en la decisión” con un marcado “realismo jurídico”.

gularizarse tres “focos de producción” de principios generales del Derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea: (i) el propio ordenamiento comunitario, (ii) los sistemas jurídicos de los Estados miembros y (iii) el Derecho internacional público.

El primer semillero, que proporciona principios endógenos, no ha sido el cuantitativamente más fértil, pero sí el más imaginativo. Si se exceptúan las escasas normas de esta naturaleza que ab initio encontraron reconocimiento expreso en el Derecho originario, la creación de los principios generales del Derecho ha sido tarea jurisdiccional y, dada la intrínseca naturaleza de esta potestad, no es fácil encontrar la pauta jurídica básica que sirve para resolver el litigio allí donde, precisamente, el silencio o la obscuridad obliga a abstraerse de las singularidades del caso para indagar un criterio abstracto que permita al juez proporcionar la respuesta que se le pide. No obstante, es posible obtener alguna pauta como fruto de los que he caracterizado líneas más arriba de “reglas estructurales” del orden comunitario o de alguno de los principios generales del Derecho expresamente reconocidos en el Derecho originario, a modo de “principios de segunda generación”.

Tal es el caso, por ejemplo, de la exigencia de proporcionalidad en las restricciones que los Estados miembros pueden imponer, con fundamento en el artículo 36 TFUE, a la libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia ha entendido que dos de las expresiones contenidas en este precepto (la referencia a medidas “justificadas” que no constituyan “una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”) aluden a la necesidad de proporción de las decisiones en relación con el fin perseguido¹⁸, en suma, al principio de proporcionalidad¹⁹.

Las virtualidades del Derecho internacional público como fuente de inspiración para el Derecho comunitario se han canalizado, no tanto a través de sus principios no escritos, sino por medio de su componente explícito en acuerdos y tratados. Caso paradigmático es la labor de reconocimiento por el Tribunal de Justicia de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Los Tratados fundacionales pusieron en pie un conjunto de instituciones y diseñaron un entramado de relaciones jurídicas en el que protagonismo era asumido por los Estados signatarios. Sus nacionales, titulares directos de derechos y obligaciones en el orden jurídico interno, quedaban en un segun-

¹⁸ En la sentencia de 20 de mayo de 1976, *De Peijper* (C-104/75, EU:C:1976:67) señaló que *del artículo 36 se deduce que una normativa o práctica nacional que tenga o pueda tener un efecto restrictivo sobre las importaciones de productos farmacéuticos sólo será compatible con el Tratado en la medida en que sea necesaria para la protección eficaz de la salud y de la vida de las personas y que una normativa o práctica nacional no puede acogerse a la excepción del artículo 36 cuando la salud y la vida de las personas puedan protegerse de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios* (apdos. 16 y 17).

¹⁹ En la sentencia de 14 de julio de 1983, *Sandoz* (C-174/82, EU:C:1983:213), el principio de proporcionalidad fue llamado por su nombre, afirmándose que es el fundamento de la última frase del entonces artículo 36 del Tratado CEE (apdo. 18), reproducida en el artículo 36 TFUE.

do plano de la escena comunitaria²⁰. Sólo en la medida en que lo exigiera el progreso económico y social de los Estados miembros, canalizado por las libertades de circulación (principios fundamentales o reglas estructurales del orden comunitario), los derechos individuales saldrían de la penumbra para manifestarse. En cualquier caso, carecerían de existencia propia. Como las sombras reflejadas en la «Caverna de Platón», por ejemplo, el derecho de un empleado a no ser discriminado por razón de su nacionalidad era sólo el destello de la libre circulación de trabajadores como instrumento al servicio de aquel desarrollo económico y social.

Ahora bien, la Comunidad Económica Europea fue fruto de un pacto entre Estados democráticos y nació con vocación de constituirse en una asociación de Derecho, regida por un orden jurídico sectorial, pero en sí mismo completo, en el que los principios estaban llamados a cumplir una importante tarea. En estas circunstancias, era sólo cuestión de tiempo que los derechos subjetivos adquirieran presencia, que (por seguir con el mismo ejemplo) la prohibición de discriminación se despojara de su dimensión económica y social, para manifestarse como un principio general del Derecho, capaz de presidir las relaciones jurídicas entabladas en el ordenamiento comunitario, sin excepción.

La semilla estaba sembrada en los Tratados originarios, en los que la aspiración al progreso económico y social de los países coaligados pasaba, como no podía ser de otra forma, por la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, así como por el bienestar de sus pueblos. El Tribunal de Justicia, con su jurisprudencia, nutrió aquella simiente y los derechos afloraron. Y lo hizo sin demora. En 1962, en la sentencia *Klöckner-Werke y otros*²¹, tomó en consideración el principio de no discriminación, al que catorce años más tarde, en la sentencia *Defrenne II*²², calificó de fundamento de la Comunidad y regla básica del orden comunitario²³, susceptible de ser directamente invocado ante los tribunales nacionales²⁴. En esta resolución, el derecho a no ser discriminado, proclamado en el artículo 119 del Tratado CE (actualmente, art. 157 TFUE), fue erigido en norma esencial del ordenamiento jurídico, pero no llegó a adquirir vida propia: seguía siendo un instrumento al servicio de los fines perseguidos por la Comunidad. Fue en la sentencia *Defrenne III*, dictada dos años más tarde²⁵, donde el Tribunal de Justicia dio un salto cualitativo. Conforme a este pronunciamiento, el derecho a no ser discriminado, además de principio general o estructural del orden jurídico comunitario, es un derecho fundamental de la persona huma-

²⁰ LIÑÁN NOGUERAS, J., puso de manifiesto que el modelo comunitario estaba construido sobre una dominante de carácter económico, al que quedaba sujeto el estatuto jurídico de la persona («La ciudadanía de la Unión Europea» en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, 1.ª edición, 1993, pp. 271 a 295).

²¹ Sentencia de 13 de julio de 1962 (asuntos acumulados C-17/61 y C-20/61, EU:C:1962:30).

²² Sentencia de 8 de abril de 1976 (C-43/75, EU:C:1976:56).

²³ Apartados 12, 14 y 28. En la sentencia se analizaba una discriminación salarial por razón de sexo.

²⁴ Apartado 24.

²⁵ Sentencia de 15 de junio de 1978 (C-149/77, EU:C:1978:130).

na²⁶. De este modo, adquirió sustancia propia. Antes que fruto de los objetivos señalados en los Tratados fundacionales, es una garantía básica del individuo, que existe con independencia y al margen de esas metas.

Hoy, para el Tribunal de Justicia y nadie lo discute, no cabe la menor duda de que el derecho a no ser discriminado constituye una de las garantías fundamentales del individuo²⁷, de manera que la finalidad económica perseguida por el mencionado artículo 157 TFUE *reviste un carácter secundario*²⁸. Las consecuencias de esta evolución están a la vista de todos. El Tribunal de Justicia, que pronto se declaró garante de los derechos fundamentales²⁹, ha utilizado su posición como herramienta en la construcción de un orden jurídico para una comunidad de Derecho³⁰.

Otras garantías individuales que, por diferencia con la prohibición de discriminación, no tenían un reconocimiento explícito en los Tratados, han seguido una evolución parecida. Para muestra un botón. El derecho a la vida privada y a la intimidad, con la inviolabilidad del domicilio como corolario, fue considerado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de abril de 1960, *Acciaieria e tubificio di Brescia*³¹. En este pronunciamiento, extendió la protección a los locales profesionales, tanto de personas físicas como jurídicas, de modo que toda decisión del poder público encaminada a obtener y verificar datos en las instalaciones de una empresa ha de estar motivada, para que la necesidad de la intervención y sus objetivos queden, *a priori*, determinados y delimitados. Años más tarde, en la sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic/Comisión*, este derecho fundamental apareció citado por su nombre³².

Es verdad que después, en la sentencia *Hoechst/Comisión*, pronunciada el 21 de septiembre de 1989³³, negó que este derecho fundamental alcanzase a los locales profesionales³⁴, sean sus titulares individuos o personas jurídicas. Ahora bien, a renglón seguido, el Tribunal de Justicia reconoció que en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros se exige que la intervención de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona tenga un fundamento legal y esté justificada en causas previstas en la ley, quedando prohibidas las intromisiones desproporcionadas o arbitrarias. Aquella exigencia

²⁶ Apartados 26 y 27.

²⁷ Véase la sentencia de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post* (asuntos acumulados C-270/97 y C-271/07, EU:C:2000:76).

²⁸ Sentencia *Deutsche Post*, apartado 37.

²⁹ Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder* (C-29/69, EU:C:1969:57, apdo. 7).

³⁰ La contribución del Tribunal de Justicia en la realización de los objetivos comunitarios fue analizada por P. Pescatore en «Aspectos judiciales del “acervo comunitario”», *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, pp.331 a 366. G.C. Rodríguez Iglesias hizo lo propio en «La función jurisdiccional de la Comunidad Europea», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, 1988, pp. 64 a 73.

³¹ C-31/59, EU:C:1960:17.

³² C-136/79, EU:C:1980:169.

³³ Asuntos acumulados 46/87 y 227/87 (EU:C:1989:337).

³⁴ Apartado 18.

y esta interdicción son, pues, principios generales del Derecho comunitario, que el Tribunal de Justicia debe hacer respetar³⁵. Más tarde, en la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Roquette Frères*³⁶, el Tribunal de Justicia afirmó que ese derecho de no injerencia es, además de un principio general del ordenamiento jurídico comunitario, un derecho fundamental³⁷.

Importa poco la consideración de esa garantía como un principio general del ordenamiento jurídico o como un derecho fundamental. La idea esencial es que las sentencias que acabo de citar, dictadas para controlar el ejercicio por las autoridades comunitarias de sus potestades de defensa del orden económico europeo, hicieron brotar derechos individuales allí donde de entrada solo había facultades de intervención y de control atribuidas a los poderes públicos³⁸.

La distinción (principio general o derecho fundamental) resulta irrelevante, pues en uno y otros casos el razonamiento seguido por los jueces comunitarios es el mismo, lógico y sencillo. Las normas comunes a los ordenamientos de los Estados miembros son principios generales del sistema jurídico comunitario y, en cuanto tales, deben ser observados. Por lo tanto, los derechos fundamentales de los ciudadanos, como garantías compartidas por todos, forman parte de dichos principios y han de ser protegidos³⁹.

La tarea integradora ha tenido una importancia decisiva en la construcción de un orden jurídico completo, en el que los vacíos y las lagunas están proscritos, especialmente en los sectores en los que se produce la fricción entre las potestades públicas y las garantías individuales. En algunos supuestos, como en el caso del derecho a no ser discriminado, el Tribunal de Justicia disponía dentro del ordenamiento jurídico comunitario de un noray donde afianzar su decisión. En otros muchos, como es el caso del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, tuvo que anclarla en el exterior, por carecer de atraque dentro del propio sistema.

En esa labor, muy propia de un tribunal de casación, el Tribunal de Justicia ha completado el ordenamiento europeo mediante la invocación de

³⁵ Apartado 19. En el mismo sentido se pronunció en las sentencias de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux/Comisión* (C-85/87, EU:C:1989:379, apartados 29 y 30), y *Dow Chemica Ibérica y otros/Comisión* (asuntos acumulados C-97/87 a C-99/87, EU:C:1989:380, apdos. 15 y 16).

³⁶ C-94/00, EU:C:2002:603.

³⁷ Apartados 22 a 29. En la sentencia *Hoechst/Comisión*, así como en sus dos epígonos, el Tribunal de Justicia negó el carácter de garantía fundamental a la protección de las instalaciones profesionales frente a las injerencias del poder público porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se había pronunciado sobre la cuestión. Pues bien, una vez que lo hizo en sentido afirmativo [sentencias *Niemietz/Alemania*, de 16 de diciembre de 1992 (demanda 13710/88), y *Colas Est y otros/Francia* de 16 de abril de 2002 (demanda 37971/97), el Tribunal de Justicia, para ser coherente con su inicial planteamiento, estaba obligado a reconocer que, en las condiciones sindicadas por la jurisprudencia de Estrasburgo, se trata de un derecho humano.

³⁸ Artículo 47 del Tratado CECA (en el caso de la sentencia *Accieiera e tubificio di Brescia*) y artículo 14 del Reglamento núm. 17 del Consejo de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (en el caso de la sentencia *Hoechst/Comisión*).

³⁹ Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold KG/Comisión* (C-4/73, EU:C:1974:51, apartado 13). Pueden consultarse también las sentencias *Defrenne III* (apdos. 26) y *National Panasonic/Comisión* (apdo. 18.1).

fuentes ajenas al Derecho comunitario⁴⁰. Ha empleado los principios generales del Derecho comunes a todos los Estados miembros⁴¹, los elementos compartidos de sus tradiciones constitucionales⁴² y los instrumentos internacionales de protección de derechos⁴³, en particular, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 [«Convenio de Roma»]⁴⁴.

La originalidad del empeño ha sido proporcional a su éxito. Además del principio de no discriminación y de la garantía de la privacidad, ya analizados, el Tribunal de Justicia aplicó por vía pretoriana los siguientes derechos, que no tenían reconocimiento explícito en el componente escrito del Derecho comunitario (la relación no es agotadora):

1. La libertad de expresión de los funcionarios de las instituciones comunitarias [sentencias de 13 de diciembre de 1989, *Oyowe y Traore/Comisión* (C100/88, EU:C:1989:638, apartado 16), y de 13 de diciembre de 2001, *Comisión/Cwik* (C-340/00 P, EU:C:2001:701, apartado 22)].
2. La libertad de asociación, en relación con las asociaciones y federaciones deportivas [sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman* (C-415/93, EU:C:1995:463, apartados 79 y 80)].
3. El derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en relación con la legitimación para interponer recurso de anulación contra un reglamento comunitario [sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo* (C-50/00 P, EU:C:2002:462, apartados 32 y ss.)], con un

⁴⁰ RUBIO Y LLORENTE, F., analizó con detenimiento este proceso en «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», trabajo publicado en la obra colectiva *La estructura constitucional de la Unión Europea*, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R., publicada por la editorial Civitas y el Colegio Libre de Eméritos en el año 2002, pp. 113 a 150, en particular, pp. 114 a 119.

⁴¹ Uno de los más característicos es el principio de protección de la confianza legítima, expresión de la seguridad jurídica [sentencias de 3 de mayo de 1978, *Töpper* (C-112/77, EU:C:1978:94, apartado 19); 15 de febrero de 1996, *Duff y otros* (C-63/93, EU:C:1996:51, apartado 20); y 11 de julio de 2002, *Marks & Spencer* (C-62/00, EU:C:2002:435, apartado 44)], sobre el que me detendré más adelante. Puede consultarse, P. Pescatore, «Los Principios Generales del Derecho como fuentes del Derecho Comunitario», *Noticias CEE*, 1988, núm. 40, pp. 39 a 54.

⁴² Por ejemplo, en la sentencia *Nold KG/Comisión*, ya citada, el TJUE afirmó que, «al garantizar la protección de estos derechos (se refiere a los derechos fundamentales), [...] tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados» (apdo. 13). Más tarde, en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, *International Handelsgesellschaft GmbH* (C-11/70, EU:C:1970:114, apartado 4), precisó que «la salvaguarda de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad».

⁴³ En la sentencia *Nold KG/Comisión*, los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos eran un eco lejano susceptible de aportar tan sólo «indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (apdo. 13). Sin embargo, pocos años más tarde, la invocación de esos pactos es expresa [sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili* (C-36/75, EU:C:1975:137, apartado 32)] y decisiva [sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (C-222/84, EU:C:1986:206, apartados 18 y siguientes)].

⁴⁴ Sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41), y jurisprudencia en ella citada.

- talante, en dicho momento, ciertamente restrictivo.
4. El derecho a un juicio justo en un plazo razonable [sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión* (C-185/95 P, EU:C:1998:608, apartados 20, 21, 28 y ss.)].
5. El derecho a un juicio justo y a la imparcialidad del tribunal [sentencia de 11 de enero de 2000, *Países Bajos y Van der Wal/Comisión* (asuntos acumulados C-174/98 P y C189/98 P, EU:C:2001:1, apartado 17)].
6. El principio *ne bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador [sentencia de 5 de mayo de 1966, *Gutmann* (asuntos acumulados 18/65 y 35/65, EU:C:1967:6)] y en el penal [sentencia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügger* (asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, EU:C:2003:87)].
7. El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o desfavorables [sentencia de 25 de enero de 1979, *Racke* (98/78, EU:C:1979:14, apartados 15 y 20)].
8. El principio *nula poena sine lege* [sentencias de 11 de junio de 1987, *Pretore di Salò* (EU:C:1987:275, apartado 20 y parte dispositiva); y de 26 de septiembre de 1996, *Arcaro* (C168/95, EU:C:1996:363, apartado 37)].
9. El derecho de propiedad [sentencias de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (44/79, EU:C:1979:290, apartados 17 y ss.); 11 de julio de 1989, *Schröder* (265/87, EU:C:1989:303, apartado 15); y 29 de abril de 1999, *Stanley y otros* (C-293/97, EU:C:1999:215, apartado 54)].
10. La libertad de empresa y de ejercicio de una actividad profesional [sentencias de 5 de octubre de 1994, *Alemania/Consejo* (C-280/93, EU:C:1994:367, apartado 78); 17 de julio de 1997, *Sam Schiffahrt y staff* (asuntos acumulados C-248/95 y C-249/95, EU:C:1997:377, apartado 72); y 30 de julio de 1996, *Bosphorus* (C-84/95, EU:C:1996:312, apartados 19 y 21)].

2.3.2. El turno del Legislador

En aquellos años, el Tribunal de Justicia, ejerciendo su potestad jurisdiccional, marcó y recorrió una senda, mientras los responsables políticos en los Estados miembros anduvieron la suya, no sin vacilaciones, paradas intermedias y tiempos muertos. El Acta Única Europea, firmada el 17 de febrero de 1986, fue aprovechada, a pesar de su lógica estrictamente económica de construcción de un gran mercado, para hacer expresa referencia en su preámbulo a la protección de los derechos fundamentales y a la promoción de la democracia. Más tarde, distintas iniciativas dieron como resultado el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en cuyo preámbulo los Estados signatarios confirmaron su adhesión al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El artículo 6.2 del Tratado de la Unión dispuso su compromiso de respetar los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, tal y como se garantizan en el Convenio de Roma y resultan de las

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Recogía así los dictados del Tribunal de Justicia. Inicialmente, este precepto no se encontraba entre aquellos que el Tribunal de Justicia debía aplicar, pero la omisión fue subsanada en el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que incluyó el artículo 6.2 entre las normas cuya interpretación y aplicación correspondía al mencionado órgano jurisdiccional, *respecto a la actuación de las instituciones* [art. 46.d) del Tratado de la Unión, según Ámsterdam].

Esta fórmula comprometió a las instituciones europeas en el respeto de los derechos humanos. No obstante, el debate sobre su tutela en la Unión Europea siguió en escena, quedando centrado en dos propuestas: la adhesión al Convenio de Roma o la elaboración de un listado propio de derechos fundamentales.

La primera opción fue rechazada por el Tribunal de Justicia, que negó competencia a la Unión para adherirse al Convenio de Roma⁴⁵. La única vía practicable era, pues, la segunda, impulsada por el Consejo Europeo reunido en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999, mediante la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [«la Carta»], que vio la luz en Niza el 7 de diciembre de 2000, fecha en la que fue proclamada solemnemente.

Se discutió y se debatió mucho sobre su fuerza vinculante, sobre el carácter de esa proclamación, concluyéndose, en principio, que se trataba de una mera declaración política carente de valor jurídico, de modo que el panorama de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea sería el mismo antes y después de la proclamación de la Carta: el artículo 6 del Tratado de la Unión, cuya interpretación y aplicación correspondía al Tribunal de Justicia, seguía siendo la norma que diseñaba esta tutela.

Sin embargo, algunos sostuvimos que la carta no era papel mojado, añadía algo nuevo al panorama de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea. La Carta, en su configuración inicial, no era un texto en el vacío, sin conexión con el entorno. Muy al contrario, se insertaba en una etapa determinada del proceso evolutivo de la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Era un documento que codificaba y reafirmaba los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, así como por determinados textos normativos, entre ellos el Convenio de Roma. Si la Carta declara unos derechos que resultan de ese acervo común, la Unión estaba obligada a respetarlos y el Tribunal de Justicia a tutelarlos, pues así lo imponían los artículos 6.2 y 46.d) del Tratado de la Unión, cualquiera que fueren su naturaleza jurídica y su fuerza obligatoria.

Las dudas quedaron, sin embargo, despejadas en el Tratado de Lisboa y con la entrada en vigor del nuevo Tratado de la Unión Europea, que en su artículo 6.1 atribuye a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados;

⁴⁵ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 (EU:C:1996:140).

esto es, constituye Derecho originario, forma parte de la “Constitución” europea. El TUE reitera en el artículo 6.3 que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio de Roma y los que son fruto de las tradicionales constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Con la Carta, la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea y la consideración de estos como principios generales del Derecho de la Unión han alcanzado nueva dimensión⁴⁶. Mientras este ordenamiento jurídico no contaba con un catálogo formalizado, el Tribunal de Justicia no tuvo inconveniente en ir aflorando las garantías fundamentales caso por caso, dirigiendo la mirada a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y a los pactos internacionales suscritos por ellos. Una vez que el Constituyente de la Unión, asumiendo los criterios del Tribunal de Justicia, aprobó un listado de derechos fundamentales y libertades públicas, otorgándole, a partir de Lisboa, el carácter y la fuerza vinculante propia de los Tratados, el Tribunal de Justicia no ha encontrado obstáculo alguno para acudir directamente a su contenido con el fin de cimentar sus decisiones.

La eclosión de la tutela de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia una vez proclamada la Carta y reconocido su valor jurídico como Derecho originario resulta patente. Así lo evidencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de los últimos años. Pero su análisis no es el objeto de este trabajo, limitado a la evolución de aquella tutela por el Tribunal de Justicia bajo la consideración de los derechos fundamentales y libertades públicas como principios generales del Derecho de la Unión cuando no existía Carta, cuyo alumbramiento debe mucho a la labor de los jueces comunitarios con sede en la capital del pequeño Gran Ducado.

III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Así pues, la integración del ordenamiento jurídico de la Unión Europea creando y aplicando principios generales del Derecho ha sido una tarea de jueces y a este fenómeno no ha sido ajeno el ámbito tributario. Me detendré, a título de muestra, en tres de esos principios: (i) el principio que prohíbe el abuso del derecho, (ii) el principio de protección de la confianza legítima y (iii) el principio de proporcionalidad.

⁴⁶ ALONSO GARCIA, R. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., en el «El sistema europeo de fuentes», Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, p. 75, han sostenido que el artículo 6.3 TUE ha servido al Tribunal de Justicia para extender el radio de acción de determinados derechos en su condición de principios generales del Derecho, allí donde esos derechos resultaban inaplicables sobre la base exclusiva de su previsión en la Carta.

Uno de los primeros principios generales del Derecho en ver la luz en la materia fiscal fue, precisamente, un principio que restringe el ámbito de autodeterminación de los contribuyentes: el principio de *prohibición del abuso del derecho*. Este principio general, alumbrado en otros ámbitos materiales del Derecho de la Unión⁴⁷, ha sido aplicado con decisión por el Tribunal de Justicia en materia fiscal con la finalidad de evitar que los justiciables invoquen ante sus tribunales nacionales las normas del del Derecho de la Unión de manera abusiva o fraudulenta para obtener, a través de cauces anormales o extravagantes, las ventajas establecidas en ellas. La aplicación de las normas comunitarias no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino con el único propósito de beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho comunitario⁴⁸. A través de este principio, el Tribunal de Justicia ha creado una auténtica clausula general antiabuso en materia fiscal, que hoy se encuentra incorporada al Derecho derivado⁴⁹.

La construcción más acabada de la prohibición del abuso del derecho en el ámbito tributario se encuentra en las sentencias de 26 de febrero de 2019, conocidas como *Sentencias danesas* o *Sentencias de los casos daneses*⁵⁰. No obstante lo cual, el Tribunal de Justicia también ha recordado en ellas que la carga de probar la existencia del abuso de derecho le corresponde al Estado miembro, esto es, tratándose del ámbito fiscal, a su Administración tributaria⁵¹.

Pero quizás, el principio general del Derecho que más recorrido ha experimentado en el ámbito tributario ha sido el de *seguridad jurídica* y su manifestación de *protección de la confianza legítima*.

⁴⁷ La sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C-212/97, EU:C:1999: apartado 24), teniendo como telón de fondo la libertad de establecimiento, recordó, invocando varios precedentes, que los Estados miembros están facultados para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional mediante la invocación abusiva y fraudulenta del Derecho comunitario.

⁴⁸ Sentencias de 5 de julio de 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, apartado 38), y 10 de noviembre de 2011, *Foggia* (C-126/10, EU:C:2011:718, apartado 50).

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 15 de la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y el traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁵⁰ Sentencias N Luxembourg 1 (C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU: C:2019:134) y *T. Danmark* (C-116/16, EU:C:2019:135).

⁵¹ Apartados 142 y 117, respectivamente. Acogiendo este criterio sobre el reparto de la carga de la prueba del abuso, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 21 de mayo de 2021 (recurso 1000/2017, ES:N:2021:2467, FD 5.º), ha acogido el criterio del Tribunal de Justicia y anulado una liquidación tributaria practicada por la Administración por invertir la carga de la prueba, con infracción de las mencionadas sentencias del Tribunal de Justicia: *Aquí es donde yerra la Administración, que al establecer de fácto una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el mero hecho de que la matriz es un fondo de pensiones canadiense está vulnerando las sentencia anteriormente mencionadas del TJUE, al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la actora, que invoca la existencia de móviles económicos [...], pues, como indican dichas sentencias del TJUE, es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso.*

Este último principio (el *Vertrauensschutz*), oriundo del Derecho alemán, es como acabo de indicar expresión del principio de seguridad jurídica y se formula con la siguiente proposición: ¿Puede un administrado pedir que, en caso de cambio del marco jurídico, le sea mantenida la situación anterior con el argumento de que el poder público le permitió confiar con fundamento en que la situación no sería alterada? Si el principio de seguridad jurídica pide que los sujetos de Derecho sepan a qué atenerse y puedan programar sus actos con relevancia jurídica, en un mundo poco transparente, en que el derecho conoce una evolución sin precedentes, en ocasiones puede exigir que, por razones de equidad y de buena fe, la legalidad ceda, cuando existan elementos que justifiquen una confianza legítima⁵². En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable a un administrado, aunque se encuentre al margen de la legalidad⁵³.

De este modo, se pone de manifiesto su parentesco con el principio de respeto de los derechos adquiridos: ambos son manifestación de la misma idea en distinta fase de evolución. Quien invoca el principio de protección de la confianza legítima no tiene el derecho, sólo una expectativa, pero defiende su posición y su aspiración de alcanzarlo con fundamento en que los propios poderes públicos han creado una base de confianza en tal sentido. Quien hace valer los derechos adquiridos defiende su patrimonio jurídico, ya consolidado, frente a cambios sobrevenidos. Como se ve, los dos principios, miembros de la “familia seguridad jurídica”, operan en situaciones de cambio.

Pues bien, la jurisprudencia comunitaria alumbró esta máxima en fecha relativamente temprana⁵⁴. En la sentencia de 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke*⁵⁵, a propósito de la retirada con carácter retroactivo de una decisión ilegal que exoneraba del pago de unas determinadas exacciones a una empresa, se planteó al Tribunal de Justicia si la Alta Autoridad de la CECA había tenido en cuenta el grado en el que la sociedad demandante había confiado en su legalidad y en su mantenimiento. El Tribunal de Justicia estimó que tal circunstancia sólo sería capaz de determinar la anulación del acto combatido si fuese consecuencia *de un error substancial en la apreciación de la situación de confianza (Vertrauensschutz) a la que la demandante puede pretender*, situación que no se daba en el caso porque dicha compañía «en ningún momento pudo tener por cierta la legalidad de la exención».

⁵² Véase MERTENS DE WILMARS, J., y STEENBERGEN, J., “La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en *Mélanges Legros*, Ediciones de la Universidad de Bruselas, Facultad de Derecho, 1985, p. 453.

⁵³ MARÍN RIAÑO, F., “La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3.ª, Sección 3.ª) de 28 de febrero de 1989”, en *La Ley*, 1989-2, p. 604.

⁵⁴ Para el análisis de este principio en la jurisprudencia comunitaria véase Papadopoulos, R.-E., *op. cit.*, pp. 227 y ss.

⁵⁵ C-111/63, EU:C:1965:76.

Con tal punto de partida, en la sentencia de 5 de junio de 1973, *Comisión/Consejo*⁵⁶, se reconoció por primera vez la violación de este principio en un asunto relativo al artículo 65 del Estatuto de los funcionarios comunitarios, que regulaba el examen anual y la adaptación de las remuneraciones. Tras concertarse con las organizaciones representativas del personal, el Consejo, en una decisión de 21 de marzo de 1972, se había comprometido, durante tres años, a observar determinados criterios aplicables en el marco del indicado precepto. El Tribunal de Justicia entendió que el principio de protección de la confianza legítima, que *los administrados pueden tener en que la autoridad respete los compromisos de esta naturaleza, implica que la decisión de 21 de marzo de 1972 obliga al Consejo en su actuación futura*⁵⁷, por lo que anuló los preceptos de un reglamento que no respetaban su contenido.

El principio, así formulado y aplicado, obtuvo unos perfiles definidos en la sentencia de 14 de mayo de 1975, *CNTA*⁵⁸, cuando el Tribunal de Justicia reconoció a una empresa el derecho a ser indemnizada por la Comisión porque, sin estar en presencia de un interés público perentorio, suprimió, con efecto inmediato y sin previo aviso, la aplicación de los montantes compensatorios en un sector determinado sin adoptar medidas transitorias, vulnerando la confianza que el operador económico podía legítimamente tener en la normativa comunitaria. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia atribuyó a la protección de la confianza legítima la condición de “norma jurídica superior”⁵⁹, calificativo que, en la sentencia de 4 de mayo de 1978, *Töpfer*⁶⁰, le condujo a considerar que forma parte del ordenamiento comunitario y que su inobservancia constituye una violación del Tratado o de cualquier regla jurídica relativa a su ejecución.

Con estos precedentes, el Tribunal de Justicia no tardó en aplicar el principio en el ámbito tributario, siendo una de sus últimas manifestaciones la sentencia de 11 de abril de 2018, *SEB bankas*⁶¹. En esta sentencia precisó que, ante una deducción del IVA que no se haya realizado legalmente, los Estados miembros, al tiempo de determinar la fecha en la que nace la obligación de regularizar la deducción indebidamente practicada y el periodo al que puede abarcar la regularización, deben observar los principios del Derecho de la Unión, en particular los de seguridad jurídica y confianza legítima, apreciación que en cada caso concreto corresponde al juez nacional⁶².

Más recientemente, en la sentencia de 15 de abril de 2021, *Administration de l'Enregistrement, des Domaines y de la TVA*⁶³, ha señalado que el principio

⁵⁶ C-81/72, EU:C:1973:60.

⁵⁷ Apartado 10.

⁵⁸ C-74/74, EU:C:1975:59.

⁵⁹ Apartado 44.

⁶⁰ Ya citada y referenciada, apartado 19.

⁶¹ C-532/16, EU:C:2018:228.

⁶² Apartado 53.

⁶³ C-846/19, EU:C:2021:277.

en cuestión no se opone a que la Administración tributaria someta al IVA determinadas operaciones relativas a un periodo anterior en una situación en la que la mencionada Administración ha aceptado durante varios años las declaraciones de IVA del sujeto pasivo en las que no se incluían las operaciones de esa naturaleza como operaciones gravadas. Fundamenta el Tribunal de Justicia esta conclusión interpretativa en que la mera aceptación por la Administración, incluso durante varios años, de las declaraciones de IVA presentadas de tal forma no supone una garantía concreta dada por dicha Administración sobre la no aplicación del IVA a tales operaciones, no pudiendo, por tanto, generar una confianza legítima del sujeto pasivo en el carácter no imponible de las mismas⁶⁴.

A la luz del principio de protección de la confianza legítima y de su fuente, el de seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia ha sostenido que, aunque los Estados miembros puede modificar una normativa anterior con efecto inmediato sin prever un régimen transitorio, en determinadas circunstancias dichos principios pueden exigir un régimen de ese tipo. Ocurrirá así cuando la nueva ley suprima un derecho del que hayan disfrutado hasta entonces los sujetos pasivos, sin dejarles el tiempo necesario para adaptarse a la nueva situación y sin que el fin perseguido lo requiera⁶⁵.

Finalmente, el principio de proporcionalidad, al que ya he aludido y auténtico leitmotiv de muchos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, tiene plena operatividad al juzgar las relaciones entre el poder público tributario y los contribuyentes, tanto en la estricta determinación de la deuda tributaria como en la reacción sancionadora de la Administración.

Antes de nada, se debe dejar constancia de que este principio no sólo opera en la determinación del contenido y en la aplicación de las normas del Derecho de la Unión, sino que también debe ser respetado por los Estados miembros cuando aprueban disposiciones que dan cumplimiento a las determinaciones de aquél⁶⁶, así como cuando las aplican.

En relación con la determinación de la deuda tributaria, el Tribunal de Justicia ha afirmado, por ejemplo, que toda restricción automática del derecho del sujeto pasivo a aportar pruebas en fase de procedimiento tributario que acrediten el cumplimiento de los requisitos materiales para el ejercicio del derecho a la deducción del IVA o para disfrutar de una exención, que no tenga en cuenta las eventuales razones por las que no se aportaron antes esas pruebas, resulta difícilmente conciliable con el principio de proporcionalidad⁶⁷.

⁶⁴ Apartados 92 y 94.

⁶⁵ Sentencias de 9 de junio de 2016, *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft* (C-332/14, EU:C:2016:417, apartado 58), y 30 de abril de 2020, *Hecta Viticol* (C-184/19, EU:C:2020:337, apartado 56).

⁶⁶ Sentencias de 13 de julio de 2017, *Vakarų y Baltijos laivų statykla* (C-151/17, EU:C:2017:537, apartado 45), 30 de junio de 2022, *ARVI ir ko* (C-56/21, EU:C:2022:509, apartado 34), y 22 de diciembre de 2022, *Shell Deutschland Oil* (C-553/21, EU:C:2022:1030, apartado 32).

⁶⁷ Sentencias de 2 de marzo de 2023, *Nec Plus Ultra Cosmetics* (C-664/21, EU:C:2023:142, apartado 37).

En el segundo aspecto, el Tribunal de Justicia ha reiterado que las sanciones previstas en el Derecho nacional no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de alcanzar la correcta recaudación fiscal y prevenir el fraude. Para saber si una sanción es conforme al principio de proporcionalidad, es preciso tener en cuenta, en particular, la naturaleza y la gravedad de la infracción que se reprime, así como el método empleado para la determinación de su cuantía⁶⁸.

La operatividad de los principios (por ejemplo, prohibición del abuso del derecho, protección de la confianza legítima o proporcionalidad) o reglas estructurales del ordenamiento de la Unión (por ejemplo, principio de efectividad) no es meramente teórica ni se reconduce a la superestructura del sistema jurídico, sino que tiene incidencia directa sobre la situación jurídica de los ciudadanos en cuanto contribuyentes e, incluso, respecto de la posición de España como miembro de la Unión en el cumplimiento de los compromisos inherentes a su incorporación al proceso de construcción de una comunidad de Derecho en Europa.

Dos pronunciamientos relativamente recientes del Tribunal de Justicia, que inciden sobre el ordenamiento jurídico español, son buena prueba de la certeza de la anterior afirmación.

La sentencia de 27 de enero de 2022, *Comisión/España (Obligación de información en materia fiscal)* [C-788/19, EU:C:2022:55], ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, porque, al producir el efecto de hacer imprescriptible la acción de la Administración para liquidar tributos frente al incumplimiento o el incumplimiento defectuoso o extemporáneo por los contribuyentes de la obligación de informar sobre los derechos y bienes en el extranjero, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de garantizar la eficacia de los controles fiscales y de luchar contra el fraude y la evasión fiscales. *La exigencia fundamental de la seguridad jurídica se opone, en principio, a que las autoridades públicas puedan hacer uso indefinidamente de sus competencias para poner fin a una situación ilegal*⁶⁹. Esa desproporción alcanza también a la previsión de una reacción sancionadora del 150 por 100 del impuesto calculado sobre el valor de los derechos o bienes situados en el extranjero, dado su carácter extremadamente represivo⁷⁰, así como a las multas de cuantía fija por cada dato o conjunto de datos omitidos, incompletos, inexactos o falsos, por su desproporción en relación con las sanciones previstas para conductas iguales cuando afectan a bienes situados y derechos ejercitados en el territorio español⁷¹.

⁶⁸ Sentencia de 26 de abril de 2017, *Farkas* (C-564/15, EU:C:2017:302, apartado 60 y jurisprudencia citada), y 17 de mayo de 2023, *Cezam* (C-418/22, EU:C:2023:418, apartado 30).

⁶⁹ Apartados 38 y 39.

⁷⁰ Apartados 53 y 54.

⁷¹ Apartados 61 y 62.

Por su parte, la sentencia de 28 de junio de 2002, *Comisión/España* (C-279/20, EU:C:2022:503), ha puesto en solfa el sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho de la Unión por contradecir en muchos de sus aspectos otro principio o regla estructural del Derecho comunitario de creación jurisprudencial: el principio de efectividad del Derecho de la Unión.

En fin, a través de su jurisprudencia los altos tribunales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Supremo español, otorgan cumplida operatividad a las reglas que articulan el ordenamiento jurídico, sometiendo a los otros poderes (Legislativo y Ejecutivo) al control jurisdiccional constitucionalmente previsto (arts. 106.1 y 161 CE, 19 TUE, 263 y 267 TFUE) con la finalidad de comprobar si en la determinación del contenido de la legalidad constituida y ordinaria, así como en su interpretación y aplicación, respetan los derechos y garantías de los ciudadanos proclamados al más alto nivel en nuestro Derecho interno y en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En suma, la consagración del Estado de Derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. (2022) «El sistema europeo de fuentes». Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid. En particular el capítulo 3: *El rol de los principios generales del derecho, en particular en su vertiente de derechos fundamentales*.
- CAPELLI, F. “Les principes généraux en tant que source de droit” en el 12.º Congreso de la Fédération Internationale pour le droit européen (FIDE), cuyo objeto fue *Les principes généraux communs aux droits des États membres en tant que source du droit communautaire. Interaction entre droit communautaire et droit national*, celebrado en París los días 24 a 27 de septiembre de 1986, volumen, I, pp. 183 a 214.
- CHUECA SANCHO, A. G. “Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, 1083, núm. 3, pp. 863 a 896.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Cuadernos digitales de formación*, núm. 34, 2014. Consejo General del Poder Judicial.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. “Los actos propios de la Administración tributaria y de los contribuyentes: el principio de protección de la confianza legítima en la aplicación de los tributos y el ejercicio de opciones por el contribuyente. Una visión jurisprudencia”, en *Cuadernos digitales de formación*, núm. 8, 2015. Consejo General del Poder Judicial.
- LIÑÁN NOGUERAS, J. (1993) «La ciudadanía de la Unión Europea» en *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Editorial Civitas, 1.ª edición, pp. 271 a 295.

- MARÍN RIAÑO, F. , “La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3.ª, Sección 3.ª) de 28 de febrero de 1989”. La Ley, 1989-2.
- MERTENS DE WILMARS, J. y STEENBERGEN, J., “La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, en *Mélanges Legros*, Ediciones de la Universidad de Bruselas, Facultad de Derecho, 1985.
- PAPADOPOULOU, R. E. (1996) *Principes généraux du droit et droit communautaire (origines et concrétisation)*, Bruselas, Bruylant.
- PESCATORE, P. (1960) *Introduction à la science du droit*, Centre universitaire de l'État, Luxemburgo, reimpresión y puesta al día en 1978.
- PESCATORE, P. «Aspectos judiciales del “acervo comunitario”», *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, pp. 331 a 366.
- PESCATORE, P. (1988) «Los Principios Generales del Derecho como fuentes del Derecho Comunitario», *Noticias CEE*, núm. 40, pp. 39 a 54.
- PUNZÓN MORALEDA, J. (1999) *La repercusión de los principios generales del derecho de los Estados miembros en el derecho comunitario. Especial referencia a los principios generales del derecho aplicados en sentencias sobre responsabilidad extracontractual*, Esperia Publications Ltd, Londres.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. L. “La recherche d'un droit commun aux États membres de l'Union européenne”, en *Les principes communs d'une justice des États de l'union européenne*, actas del coloquio celebrado por la Cour de Cassation française los días 4 y 5 de diciembre de 2000, publicadas por *La documentation française*, 2001.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. L. (1988) «La función jurisdiccional de la Comunidad Europea», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, pp. 64 a 73.
- ROMANO, S. *L'ordinamento giuridico*, Sansoni Editore, Florencia, 1945 (existe una traducción española de Sebastián y Lorenzo Martín Retortillo Baquer, con estudio preliminar del primero, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963).
- RUBIO Y LLORENTE, F. (2002) «Mostrar los derechos sin destruir la Unión», en *La estructura constitucional de la Unión Europea*, E. García de Enterría y R. Alonso García (dirs.), Civitas y Colegio Libre de Eméritos, pp. 113 a 150.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. “La aplicación del Derecho comunitario en el orden contencioso-administrativo”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 46, 2003. Consejo General del Poder Judicial.

La revisión de oficio en la contratación de las sociedades mercantiles públicas. De nuevo los límites entre el Derecho público y el privado

The ex officio review in the contracting of public commercial companies. Once again the limits between public and private law

Fecha de recepción: 16/05/23

Fecha de aceptación: 07/06/23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. DE LA *SUMMA DIVISIO IURIS* A UNA SUERTE DE ÓSMOSIS JURÍDICA.—II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.—III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU EXTENSIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.—IV. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LA ADJUDICACIÓN DE TRENES POR PARTE DE FEVE/RENFE.—V. LA REVISIÓN DE LA ENAJENACIÓN DE LAS VIVIENDAS PROPIEDAD DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE MADRID.—VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Las fronteras entre el derecho público y el privado son cada vez más débiles. Las sociedades mercantiles públicas asumen potestades administrativas y su régimen jurídico comienza a equipararse al de las Administraciones públicas. Un supuesto especialmente significativo se recoge en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público al permitir la revisión de oficio de los actos de preparación y adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no son Administraciones públicas. El presente artículo analiza las dificultades de la revisión de oficio en entes sujetos al Derecho privado y en concreto las revisiones de oficio de contratos de FEVE y la EMVS.

* Letrado de la Comunidad de Madrid. Doctor en Derecho. <https://orcid.org/0000-0002-9980-7263>

PALABRAS CLAVE: Sociedades mercantiles públicas, revisión de oficio, contratos públicos, contratos patrimoniales.

ABSTRACT

Borders between public and private law are becoming increasingly weak. Public commercial companies assume administrative powers and their legal regime begins to be equated to that of public Administrations. An especially significant example is included in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts, by allowing the ex officio review of the acts of preparation and awarding of contracts of public sector entities that are not public Administration. This article analyzes the difficulties of the ex officio review in entities subject to private law and specifically the ex officio reviews of FEVE and EMVS contracts.

KEYWORDS: Public commercial companies, ex officio review, public contracts, property contracts.

I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO. DE LA SUMMA DIVISIO IURIS A UNA SUERTE DE ÓSMOSIS JURÍDICA

El tema 1 de la oposición ya comenzaba con el análisis del concepto del derecho y con la distinción entre derecho público y derecho privado. Esta distinción no es uno de esos problemas de filosofía del derecho, siempre interesantes pero en ocasiones demasiado abstractos, sino que sus implicaciones en la práctica del derecho son constantes, como se tendrá la ocasión de exponer a continuación.

La separación entre derecho público y privado que se remonta a ULPIANO¹ cada vez se relativiza más en la práctica jurídica y así Kelsen² ya indicaba que no se había logrado establecer una determinación plenamente satisfactoria de tal distinción. Su concepto de *teoría pura del derecho* la relativiza puesto que su enfoque universalista del derecho entiende que, tanto en la orden de una autoridad como en un negocio jurídico privado, existe un acto del Estado, un hecho productor del derecho atribuible a la unidad del ordenamiento jurídico.

En realidad, la denominada *summa divisio iuris* no deja de ser una mera caracterización general que, como todas las generalizaciones, presenta múltiples puntos débiles. En realidad, las interacciones entre el derecho público y

¹ Digesto, I, I, 1, 2. “De cuyo estudio son dos los aspectos; el público y el privado. Derecho público es el que se refiere a la manera de ser del Estado romano; privado, el que se refiere a la utilidad de los particulares.” Traducción de ARIAS RAMOS, J., ARIAS BONET, J. A., (1986), *Derecho Romano*, Tomo I, EDESA, Madrid, p. 342.

² Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 186-289.

el privado son constantes como corresponde al criterio lógico de la unidad del ordenamiento jurídico que, recuerda FRANCESC DE CARRERAS³, es consecuencia obligada de la idea del ordenamiento como un sistema y supone un principio de interpretación de las normas basado en la idea de que el legislador no puede ser contradictorio consigo mismo.

Por tanto, no estamos ante un fenómeno histórico o meramente doctrinal, sino que tiene importantes repercusiones en la práctica jurídica actual y así la más reciente doctrina no ha dudado en abordar su estudio. Cabe citar a estos efectos tanto a VELASCO CABALLERO como a PASCUA MATEO.

VELASCO CABALLERO⁴ considera que, hoy día, el derecho público y el privado serían en realidad *formas o técnicas de regulación* por lo que sería más correcto hablar de una mayor *iuspublicidad o iusprivacidad* de cada sector. De esta forma, en el derecho público el cumplimiento de las normas se encargaría a la Administración y en el privado a los jueces. Pone de relieve que en la Constitución Española no se recoge una subsidiariedad de la intervención administrativa respecto de la judicial.

Como prueba de esa teoría destaca la extensión de las normas de contratación pública a sujetos privados en los sectores excluidos que se lleva cabo por el interés general y que supone que las reclamaciones y acciones de nulidad se dirijan a un órgano administrativo.

En los supuestos en los que la Administración se rige por el derecho privado entiende que es preciso adaptar esas normas jurídicas privadas a la singularidad jurídica de la Administración, bien en la propia norma legal o bien por la jurisprudencia y recuerda que autores como RIVERO ORTEGA⁵ defienden que la aplicación del derecho privado no puede dar lugar a resultados contrarios a la Constitución.

PASCUA MATEO⁶ considera que el criterio básico de distinción radica en que en el derecho público se busca la satisfacción de intereses generales en tanto que en el derecho privado se persiguen intereses particulares sin perjuicio de las ocasiones en que el interés de las partes se ve superado, a juicio del legislador, por el interés general o de terceros. La interacción entre ambas categorías se muestra tanto en el *rapto* de algunas categorías propias del derecho privado por el derecho público como en la introducción de técnicas del derecho público en sectores del derecho privado como el mercantil. En suma, la intercomunicación entre ambas categorías es constante y el influjo del derecho público es debido a la identificación de intereses generales que han de protegerse.

³ DE CARRERAS, F. (1991). "Norma y Ordenamiento Jurídico en la Constitución Española", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, mayo-agosto.

⁴ VELASCO CABALLERO, F. (2014). *Derecho público más Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid.

⁵ RIVERO ORTEGA, R. (1998). *Administración Pública y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, p. 25.

⁶ PASCUA MATEO, F. (2015). *El rapto del Derecho Privado. Las relaciones entre el Derecho público y el Derecho Privado en el Estado regulador*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Lo expuesto pone de manifiesto que la división entre derecho público y privado, aunque real y con claras utilidades, por ejemplo, a la hora de establecer criterios de atribución jurisdiccional, no significa que estemos ante compartimentos estancos, sino que existe una constante interacción entre ambos, siendo frecuentes los *préstamos* de instituciones o técnicas jurídicas⁷.

Tal y como se expondrá, uno de los ámbitos en los que la interacción entre normas jurídicas públicas y privadas se produce con mayor intensidad es el de la tradicionalmente denominada Administración institucional y que hoy se engloba en el concepto de sector público. Si las Administraciones públicas son el paradigma del Derecho público que les dota de un régimen especial de prerrogativas elevándolas al rango de *potentior personae* respecto de los sujetos de derecho privado, el fenómeno de la *huida del derecho administrativo*⁸ llevó a la creación de una multiplicidad de organizaciones estatales que se regían por el derecho privado, desde los organismos autónomos sujetos al derecho civil y mercantil pasando por las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas hasta las fundaciones públicas.

Ahora bien, en los últimos tiempos estos entes de las Administración sometidos al derecho privado han sido objeto no solo de las críticas de la doctrina administrativista sino también de un rechazo social (justificado o no) que ha dado en calificarlos como *chiringuitos*⁹.

Estas críticas han llevado a una mayor publicación/administrativización de su régimen jurídico tanto en normativa (supuestamente) general como es la reguladora del régimen jurídico del sector público como sectorial, tal y como ocurre en la legislación sobre contratación pública.

De esta forma las sociedades mercantiles públicas hubieron de ajustar su licitación a lo establecido con carácter general para las Administraciones Públicas y se estableció un mecanismo de control mediante un recurso ante un órgano administrativo específico en los casos en que tales sociedades tuvieran el carácter de poder adjudicador.

Hay que indicar que la actuación de la Administración a través de sociedades mercantiles instrumentales tiene precedentes históricos notables y, de hecho, la unipersonalidad en la sociedad mercantil se introdujo mediante la posibilidad de crear sociedades anónimas unipersonales por el Estado, las

⁷ Un ejemplo claro es el derecho de superficie que, siendo una institución de Derecho privado, tan solo recibe una mención en el artículo 1611 in fine del Código Civil en tanto que se ha desarrollado en la legislación urbanística para desarrollar políticas públicas de vivienda.

⁸ Concepto acuñado por el jurista suizo Fleiner y que en España desarrolló Clavero Arévalo. *Vid.* DEL SAZ, S. (1994) “La huida del Derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 133, pp. 57-98.

⁹ Si bien es un término de uso frecuente, tanto por la ciudadanía como por los medios de comunicación, no tiene un significado jurídico preciso y el diccionario de la Real Academia Española no recoge ese sentido. Por el contrario, sí ha sido utilizado por alguna doctrina, aunque sea en una reseña de un libro de historia. Es el caso de Antonio Jiménez-Blanco: <https://globalpoliticsandlaw.com/libros/2023/04/17/conquista-india/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

Comunidades Autónomas o las entidades locales. Sin embargo, las sociedades públicas han pasado de ser un instrumento de acción económica de la Administración en la denominada por VILLAR PALASÍ¹⁰ *actividad industrial del Estado* a convertirse en una suerte de organismos autónomos sometidos (al menos parcialmente) al derecho privado.

II. LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL A LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Dejando a un lado las reales fábricas del siglo XVIII que acabaron fracasando con la desaparición del Antiguo Régimen, las sociedades mercantiles públicas comenzaron a surgir en el siglo XX a raíz de la nueva concepción del Estado como sujeto activo en la economía. En concreto destaca la creación del Instituto Nacional de Industria (INI) por la Ley de 25 de septiembre de 1941 cuyo artículo 2 establecía que el INI utilizaría los métodos de las sociedades anónimas privadas para sus fines, pero conservando siempre en la gestión y administración el control del Gobierno.

La actuación del INI tuvo siempre un marcado carácter de política económica e industrial y no se basaba en criterios de mercado. De otro lado, como consecuencia de la crisis económica de los años 70, asumió un papel anticíclico al absorber numerosas empresas con pérdidas. Esta circunstancia determinó que las empresas públicas adquiriesen una imagen de mala gestión sin que tampoco pueda olvidarse el que, para historiadores económicos como COMÍN¹¹, la creación de empresas públicas aumentó la corrupción política y empresarial.

La Constitución Española de 1978 diseñó un modelo económico flexible en el que, partiendo de un modelo de economía de mercado, admite la intervención pública en la economía. Por ello el Tribunal Constitucional admitió la existencia de estas sociedades en la STC 14/1986, de 31 de enero, considerándolas (FF. JJ. 7-9) como *una realidad fáctica y jurídica en la que la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conectan dichos entes con la administración de la que dependen, tratándose en definitiva*

¹⁰ VILLAR PALASÍ, J. L. (1950). “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pp. 53-130.

¹¹ COMÍN, F. (2018). “Presupuesto y corrupción en la España contemporánea (1808-2017): Lecciones de la Historia”, en: BORJA DE RIQUEL, JOAN LLUÍS PÉREZ FRANCESCH, GEMMA RUBÍ, LLUIS FERRAN TOLEDANO Y ORIOL LUJÁN (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 81-110.

de la utilización por la administración de técnicas ofrecidas por el derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.

En realidad, la mezcla de derecho público y privado que supone el régimen jurídico de las sociedades públicas ya aparece en el derecho genérico de sociedades a priori integrado en el derecho mercantil y la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ya puso de relieve (FJ 3.º) que, en las sociedades que se rigen por la economía de mercado, la actividad mercantil aparece disciplinada por un conjunto de normas en el que *se mezclan de manera inextricable el Derecho Público y el Derecho Privado*. Hoy día esta afirmación puede extenderse a cualquier rama del derecho.

A raíz de la jurisprudencia constitucional y pese a las críticas doctrinales tanto a la frecuente utilización y la escasa regulación de esta figura, el Tribunal Constitucional ha admitido estas sociedades mercantiles públicas incluso aceptando que se integren en ellas funcionarios públicos como recogió el ATC 254/2006, de 4 de julio, en relación a Correos, calificando (FJ 4.º) la prestación de servicios públicos mediante personificaciones instrumentales en régimen de Derecho privado como *una opción del legislador de cuya legitimidad constitucional no cabe duda, a la vista de la doctrina contenida en las SSTC 14/1986, de 31 de enero, y 52/1994, de 24 de febrero*.

Por el contrario, el Tribunal Supremo fue inicialmente más estricto con estas sociedades y la Sala de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia de 10 de octubre de 1989 (Roj: STS 5279/1989) consideró que la creación de empresas públicas era posible siempre y cuando la actividad empresarial que la empresa pública pretendiese desarrollar fuese una actividad de indudable interés público, apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que, en el ejercicio de esa actividad económica empresarial, la empresa pública se sometiese sin excepción ni privilegio alguno, directo o indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.

Para GUIMERÁ RICO¹² la utilización de sociedades mercantiles es constitucionalmente admisible para ejecutar competencias públicas —cualquiera que sea su objeto— pero sólo cuando estas sean susceptibles de gestión empresarial, entendiendo por tal una vocación de mercado.

También desde una perspectiva mercantilista, FERNÁNDEZ TORRES¹³ se plantea si, en los casos en los que las sociedades mercantiles prestan un servicio público o gestionan un interés público merecedor de una especial protección, es razonable recurrir a una forma societaria.

En cualquier caso, la creación de tales sociedades o la adquisición por la Administración del capital social de sociedades privadas ha sido un fenómeno

¹² GUIMERÁ RICO, J. J. (2020). Las Sociedades públicas: Fundamento y límites de la huida al Derecho privado”, INAP, Madrid, pp. 171-172.

¹³ FERNÁNDEZ TORRES, I. (2021). *La creación de sociedades públicas a examen. Una aproximación crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 100.

frecuente¹⁴, si bien desde los años 90 del pasado siglo y como consecuencia de las privatizaciones que se llevaron a cabo para la reducción del déficit público exigida para la unión monetaria en el euro se procedió a la enajenación de la participación pública en un gran número de empresas. Ello determinó que las empresas públicas tengan hoy, no tanto un carácter de empresas productoras de bienes y servicios, sino de prestación de servicios públicos y/o colaboradoras en la actuación de la administración territorial de la que dependen.

Ese hecho acentuó aún más la necesidad de una mayor regulación de estas sociedades tal y como destacó la doctrina. La regulación, ya superada, de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 fue finalmente sustituida por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP). Sin embargo, la regulación de las sociedades mercantiles en ambas leyes no tenía carácter básico por lo que no se aplicaba a las Comunidades Autónomas las cuales aprobaron sus normativas propias con intensidad y calidad regulatoria diversa.

Sin embargo, en la normativa sectorial comenzó a articularse el concepto de sector público en el que se englobaban tanto personas jurídicas de derecho público como de derecho privado y al que se le dotaba de un régimen jurídico (al menos parcialmente) uniforme. Así aparece ese concepto en la legislación presupuestaria y se extiende a otros sectores como el de la contratación pública.

En este último, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, al establecer su ámbito de aplicación, introdujo tanto el concepto de sector público como el de poder adjudicador a raíz de las Directivas europeas de contratación pública y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea produciendo una publicación en la contratación de entidades públicas sometidas al derecho privado.

El legislador dio un nuevo paso en la racionalización del empleo de estas sociedades mercantiles en el ámbito local mediante la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Dicha norma modificó el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) que establecía las fórmulas de gestión directa de los servicios municipales dando preferencia a la gestión por la propia entidad local o sus organismos autónomos antes que por medio de entidades sometidas al derecho privado (entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles) al poder adoptarse solo cuando se acredite que resultan más sostenibles y eficientes teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y

¹⁴ MAGALDI MENDAÑA, N., recuerda que el artículo 135 b) de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 contemplaba la municipalización de servicios mediante una empresa municipal que adoptase la forma de sociedad privada, pero destaca la parquedad de la regulación criticada por la doctrina. *Vid.* MAGALDI MENDAÑA, N. (2012). *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*, INAP, Madrid, pp. 412-417.

recuperación de la inversión y recabándose informe del interventor local¹⁵. Asimismo, la Ley 27/2013 contemplaba la necesidad de corregir los desequilibrios financieros en las sociedades públicas locales llegándose, en caso contrario, a su disolución (disposición adicional 9.^a LBRL redactada por Ley 27/2013). Al analizar esta reforma, MONTOYA MARTÍN¹⁶ destaca que fue motivada tanto por la grave crisis económica que atravesaba España en ese momento como por la necesidad de racionalizar un sector hipertrofiado (el Tribunal de Cuentas cifraba en 1.283 las sociedades públicas locales excluyendo las del País Vasco y Navarra) sin que se justificase debidamente la creación de estos entes ni se fijasen claramente las funciones a desarrollar.

Las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) supusieron un intento de reforma del sector público y de su actuación, en la línea de lo establecido en la Ley 27/2013 para las entidades locales, si bien puede decirse que la reforma ha resultado de escaso calado y dichas leyes han generado importantes críticas doctrinales. SANTAMARÍA PASTOR¹⁷ agrupa esas críticas en tres bloques: la división de la regulación en dos normas, la focalización de la regulación en la Administración y la existencia de microrreformas que alteran la regulación existente pese a la apariencia de continuidad de la normativa anterior.

En lo relativo a las sociedades mercantiles públicas su regulación es una clara muestra de estos defectos. A la hora de establecer su ámbito subjetivo de aplicación, se establece que las sociedades públicas no son Administraciones Públicas, pero se las somete (art. 2.2 b) tanto de la LPAC como de la LRJSP) a las normas de ambas leyes que específicamente se refieran a ellas (una obviedad) y *en todo caso cuando ejerzan potestades administrativas*. En el caso de la LRJSP se añade específicamente la aplicación de los principios de actuación recogidos en su artículo 3.

Para LÓPEZ GONZÁLEZ¹⁸, el artículo 2.2 b) de la LRJSP en relación con su artículo 25 suponen una cláusula de retorno y sometimiento al Derecho administrativo de tal forma que la actuación de las sociedades mercantiles públicas cuando ejerzan potestades administrativas quedará sujeta al Derecho administrativo y al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

¹⁵ La nueva redacción del artículo 85.2 LBRL fue declarada constitucional por la STC 41/2016, de 3 de marzo (FJ 14).

¹⁶ MONTOYA MARTÍN, E. (2014). “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, pp. 1-41.

¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). “Panorámica general de la reforma del procedimiento administrativo”, en *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico del sector público*, Institut d’Estudis Autònoms, Palma de Mallorca, pp. 9-21.

¹⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (2016). *El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración*, Foro. Nueva época, vol.19, núm. I, pp. 65-76.

La nueva regulación generó un debate en la doctrina administrativista. Para CHINCHILLA MARÍN¹⁹, las sociedades mercantiles públicas estarían a medio camino entre la Administración pública y la empresa privada. En los casos en los que ejercen potestades administrativas el ejercicio de estas debe sujetarse al Derecho administrativo por muy anómalo que parezca, tal y como estableció la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012 (rec. 2616/2009) respecto de una sociedad que gestionaba dominio público portuario.

Considera que, cuando una sociedad mercantil pública actúa, está actuando en último término la Administración pública de la que depende. Por ello debería poder exigirse responsabilidad a la Administración por sus actos.

Por el contrario, FUERTES LÓPEZ²⁰ entendía que, aunque el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas presente elementos de derecho público en todo caso ha de mantener su esencia mercantil. Rechaza por ello el que la Administración tenga que responder en todo caso por las deudas de sus sociedades mercantiles ya que ello rompería un pilar básico del derecho societario. Ante las continuas extensiones del derecho público a estas sociedades se cuestiona si verdaderamente es necesaria su existencia.

La nueva regulación de las sociedades mercantiles estatales se contiene en los artículos 111-117 de la LRJSP (capítulo V del Título II *Organización y funcionamiento del sector público institucional*) a lo que se han de sumar los artículos 81-83 (capítulo I *Del sector público institucional*) y los artículos 84-87 (capítulo II *Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal*). A ello ha de sumarse la modificación del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas por la disposición final 6.ª de la LRJSP.

No obstante, la importancia de la regulación se diluye en la disposición final 14.ª cuando establece que estas normas no tienen carácter básico salvo el capítulo I que se limita a recoger una serie de principios generales de actuación (art. 81) y a regular el Inventario de entidades del sector público estatal, autonómico y local (arts. 82-83).

De esta forma, la nueva regulación, pese a su supuesto carácter reformador de la Administración pública, queda limitada a la Administración General del Estado lo que ha llevada a MONTOYA MARTÍN²¹ a calificar esta ley como una *ley tramuntojo que no es lo que parece o pretende ser*. La ausencia de carácter básico determina que la aplicación de estas normas como dere-

¹⁹ CHINCHILLA MARÍN, C. (2017). “Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿Realidad o ficción?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 17-56.

²⁰ FUERTES LÓPEZ, M. (2018). “Acotaciones al estudio de Carmen Chinchilla sobre las sociedades públicas y la responsabilidad por sus deudas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 206, pp. 67-97.

²¹ MONTOYA MARTÍN, E. (2016). “Las sociedades estatales en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.) *Innovaciones en el Procedimiento Administrativo Común y el Régimen Jurídico del Sector Público*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 199-234.

cho supletorio a las sociedades públicas de las Comunidades Autónomas sea prácticamente imposible ya que todos los ordenamientos autonómicos han regulado esta materia con mayor o menor intensidad normativa.

Sin embargo, la referencia a las potestades administrativas sí tiene carácter básico y ha generado una cierta polémica doctrinal. Algunos autores como SÁNCHEZ MORÓN²² criticaron esta posibilidad, incluso cuando se trataba de un mero proyecto de ley, cuestionando que a las sociedades mercantiles —art. 113 LRJSP— se les pudiera atribuir por ley *excepcionalmente* potestades administrativas en tanto que el artículo 128 LRJSP prohíbe taxativamente a las fundaciones públicas el ejercicio de potestades públicas. Este autor se pregunta qué diferencia hay entre ambos tipos de potestades, criticando el que se pueda atribuir a sujetos de Derecho privado potestades públicas inherentes al poder público y a relaciones de supremacía, razón por lo que han estado reservadas a las Administraciones Públicas con las garantías del Derecho público, desde la vinculación positiva a la ley al ejercicio por funcionarios públicos por medio de las normas garantistas del procedimiento administrativo.

No obstante, GAMERO CASADO²³ defiende esa atribución de potestades a las sociedades mercantiles públicas al entender que no toda potestad administrativa es desfavorable o se enmarca en relaciones de sujeción, por lo que habría que distinguir entre aquellas que suponen el ejercicio de autoridad en el mismo sentido que las funciones reservadas a funcionarios públicos por el artículo 9.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre²⁴. Este autor considera que la nota característica del ejercicio de las potestades sería su ejecutividad en cuan-

²² SÁNCHEZ MORÓN, M. “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, enero-diciembre 2015.

²³ GAMERO CASADO, E. “¿El retorno al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189/2018.

²⁴ Al analizar la posible cooperación de una sociedad pública en la tramitación de procedimientos sancionadores las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre (rec. 5442/2019) y 7 de octubre de 2020 (rec. 5429/2019) consideran que en las Administraciones públicas la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de sus decisiones en el ejercicio de sus potestades públicas ejerciéndose a través de funcionarios públicos. Fue más allá la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2021 (rec. 1518/2019) que anuló procedimientos administrativos no sancionadores tramitados por la sociedad mercantil estatal INECO por encargo del Ministerio de Fomento. Ahora bien, esta sentencia ha sido casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2023 (rec. 8778/2021) que en su FJ 3.º llega a afirmar que: “De modo que la actuación de estas sociedades mercantiles estatales colaborando con una Administración pública en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas no puede considerarse ajena a los principios y reglas de la ley de procedimiento administrativo a las que están sometidas, ni su actividad al tiempo de tramitar los expedientes que le han sido encomendados puede descartarse como un verdadero procedimiento administrativo”.

La sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular que rechaza esa posibilidad y destaca la ausencia de un control efectivo por parte del Ministerio respecto de las resoluciones elaboradas por INECO.

to capacidad para desplegar efectos unilateralmente, pero no la ejecutoriedad o susceptibilidad de ejecución forzosa. Esta sería una potestad administrativa específica que solo podrían ejercer los sujetos que la tengan específicamente atribuida.

Sin embargo, esta distinción no deja de suscitar dudas. Es difícil establecer una separación perfecta entre ejecutividad y ejecutoriedad ya que ambas se complementan. Para que se puede ejecutar un acto de forma unilateral se necesita la ejecución forzosa si la otra parte rechaza esa ejecución. FERNÁNDEZ FARRERES²⁵ recuerda que las potestades comportan la sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar los efectos derivados de su ejercicio, pero los derechos y obligaciones no surgen de las potestades sino de las relaciones jurídicas que el ejercicio de la potestad administrativa es capaz de crear.

Por ello, la atribución de potestades administrativas a las sociedades públicas en los términos que defiende GAMERO CASADO plantea importantes problemas de eficacia práctica. Para este autor la jurisprudencia ha admitido potestades en las que no existe una relación de sujeción tales como la celebración de contratos públicos o el otorgamiento de subvenciones. No obstante, la capacidad de contratar concurre en toda persona que no esté incurso en las prohibiciones del artículo 1263 del Código Civil y el rasgo diferenciador de la contratación administrativa eran las prerrogativas de la Administración para imponer la modificación, interpretación o resolución del contrato. En cuanto a las subvenciones, los particulares pueden efectuar donaciones modales, pero no tienen la prerrogativa de reintegro y así autores como CORTELL GINER²⁶ rechazan que se pueda extender el otorgamiento de subvenciones a entidades que no sean Administración pública.

En todo caso, para CANALS AMETLLER²⁷ es indiscutible que la noción de *potestad administrativa* resurge como criterio de aplicabilidad de la legislación de procedimiento administrativo común, y, en definitiva, del Derecho público.

En definitiva, es cuando menos dudoso que las sociedades públicas puedan llegar a ejercer potestades administrativas, al menos en el concepto canónico del término. Una prueba de ello es la revisión de oficio de sus actos en materia de contratación.

²⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2012). *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 261.

²⁶ CORTELL GINER, R. P. (2009). “El concepto legal de subvención y las entidades privadas del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 32, pp. 79-96.

²⁷ CANALS AMETLLER, D. (2018). “La actuación de las Administraciones públicas ante la reciente reforma del procedimiento administrativo común”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/la_actuacion_de_las_aapp_ante_la_reciente_reforma_pac.pdf (acceso último el 7 de junio de 2023).

III. LA REVISIÓN DE OFICIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU EXTENSIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

Si la creación de sociedades mercantiles públicas se enmarcaba en el fenómeno de la huida del derecho administrativo, en los últimos tiempos se ha producido una suerte de regreso a la normativa pública en materia de contratación, no solo en lo relativo a la adjudicación de contratos sino en ocasiones también en la ejecución y resolución contractual.

La asimilación de la contratación de las sociedades mercantiles públicas a la establecida para la Administración es una constante en nuestra normativa desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 15 de mayo de 2003 Comisión c. España (C-214/00) y 16 de octubre de 2003 Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. —SIEPSA— (C-283/00) considerase que la normativa española que excluía a las sociedades mercantiles públicas de las normas sobre adjudicación de contratos públicos vulneraba la normativa europea.

Sin embargo, esa equiparación de la normativa de contratación de las sociedades mercantiles públicas con la contratación pública *stricto sensu*, lo que en nuestro derecho tradicionalmente era la contratación administrativa, ha encontrado posturas a favor y en contra.

En concreto, se ha planteado si, dado que los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración pública persiguen fines de interés general al igual que un contrato administrativo tradicional, es posible atribuirles las prerrogativas exorbitantes tradicionales de todo contrato administrativo, singularmente la resolución, interpretación y modificación.

Si bien es evidente que las prerrogativas enumeradas en el artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), sólo son aplicables *ex lege* a los contratos administrativos se ha planteado si sería posible su establecimiento en los pliegos contractuales al amparo de la libertad contractual reconocida en el artículo 34 de la LCSP y en el artículo 1255 del Código Civil.

BAUZÁ MARTORELL²⁸ destaca que esta posibilidad ha sido rechazada por la Abogacía del Estado (Dictamen 18/2005 e Instrucción 1/2008), la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía (Informe 6/2010, de 7 de julio) o el Consejo Consultivo de

²⁸ BAUZÁ MARTORELL, F.J. *La resolución contractual en los PANAPS y el privilegio de decisión ejecutoria*, 27 de diciembre de 2022, <https://www.obcp.es/opiniones/la-resolucion-contractual-en-los-pa-naps-y-el-privilegio-de-decision-ejecutoria> (acceso último el 7 de junio de 2023).

las Islas Baleares (Dictamen 108/2022, de 30 de noviembre). Por el contrario, es aceptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe 14/2009, de 30 de septiembre), la Junta Consultiva de las Islas Baleares (Informe 3/2014, de 27 de noviembre de 2015) y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resolución 214/2015 de 6 de marzo). Este autor considera que las prerrogativas en un contrato privado son frontalmente contrarias al ordenamiento jurídico en el que las relaciones jurídicas entre sujetos privados están presididas por el principio de igualdad de tal forma que tales cláusulas contractuales serían inválidas pudiendo impugnarse de forma directa, solicitar su revisión de oficio o impugnarlas de forma indirecta con ocasión de actos de aplicación de los pliegos.

Sin embargo, en ocasiones se ha aceptado la resolución de contratos privados como ocurre en el Dictamen 269/10, de 22 de julio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña e incluso el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha considerado que la disolución de una sociedad mercantil pública y la asunción de sus contratos por la Administración territorial determinaba el cambio de naturaleza jurídica de tales contratos que pasaban a ser contratos administrativos.

En cuanto a la prerrogativa de la revisión de oficio, tradicionalmente quedaba fuera del ámbito de las sociedades mercantiles públicas. En este sentido, CORDÓN MORENO²⁹ cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 (rec. 622/1991): *Las empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, no son en rigor Organismos Autónomos (el Organismo Autónomo es el Instituto Nacional de Industria —INI— que las constituye y cuyo capital público las integra), sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparadas a sujetos privados y regidos por el Derecho civil, mercantil y laboral. No hay personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública (...) se hallan regidas “in totum” por el Derecho privado, pues que actúan en el ámbito mercantil o industrial que les es propio como uno más de los sujetos privados, al menos en lo que constituye su núcleo esencial de actuación, según dispone al ap. 2 de dicho art. 6.º.*

En la concepción de la contratación administrativa que surge de la Ley de Contratos del Estado de 1965 la contratación administrativa estaba sujeta al Derecho administrativo y por tanto los actos que se integraban en el procedimiento administrativo de contratación eran susceptibles de ser revisados de oficio.

En el caso de los contratos privados, la doctrina de los actos separables entendía que la formación de la voluntad contractual de la Administración estaba sujeta al derecho administrativo con la consiguiente competencia de la

²⁹ CORDÓN MORENO, F. (2013). *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), p. 38.

jurisdicción contencioso-administrativa y posibilidad de revisión de oficio³⁰. Por el contrario, se ha rechazado la posibilidad de revisar de oficio contratos laborales basándose en que se trata de una materia atribuida a la competencia de la jurisdicción social (Dictámenes del Consejo de Estado 701/1991, de 4 de julio y 248/2000, de 9 de marzo).

La posibilidad de revisión de oficio no planteaba ninguna duda en el ámbito de los contratos celebrados por las Administraciones públicas territoriales ni tampoco en el caso de los organismos de derecho público. Debe tenerse en cuenta que el artículo 106 de la LPAC permite la revisión de oficio a las Administraciones públicas, tal y como se definen en el artículo 2.3, y, por tanto, excluyendo a las entidades privadas con la salvedad ya indicada de los supuestos en los que ejerciten potestades administrativas, en este caso sin referencia alguna a la *excepcionalidad* de ese ejercicio.

El Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, contemplaba en sus artículos 40 a 49 la invalidez de los contratos cuando lo fuera los actos que les servían de soporte o por su clausulado. Las causas de nulidad eran las contempladas en el artículo 41 que añadía a las causas de nulidad de la legislación de procedimiento administrativo, la adjudicación a una empresa incurso en prohibición de contratar y la adjudicación de contratos sin crédito adecuado. A ello se añadían como causas de invalidez las previstas en el Derecho civil.

GARCÍA-ÁLVAREZ³¹ destaca que la revisión de oficio surgió a raíz de la suspensión del recurso contencioso-administrativo (y, por tanto, del recurso de lesividad) tras la guerra civil y la creación del recurso de agravios en 1944 en materia de personal. Fue en este recurso en el que el Consejo de Estado perfiló la posibilidad de revocar/revisar actos por la Administración con garantías como la audiencia del interesado hasta que la revisión apareció en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

En cuanto a la declaración de nulidad, el artículo 45 del Reglamento General de Contratación contemplaba la revisión de oficio al amparo de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. De ahí pasó a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 que amplió la revisión de oficio a los actos anulables, en línea con la regulación inicial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esa posibilidad desapareció en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Admi-

³⁰ Vid. GARCÍA TREVIANO FOS, J. A. (1959). “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: La explotación del “Hotel Andalucía-Palace” de Sevilla”, *Revista de Administración Pública*, núm. 28, enero/abril, pp. 147-165.

³¹ GARCÍA ÁLVAREZ, G. “Efectos de la invalidez de los contratos públicos: El heterogéneo origen y difícil sistematización de las nulidades contractuales en Derecho Administrativo”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coords.), (2017). *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 331-356.

nistraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en consonancia con lo establecido por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, reguló la invalidez de los contratos en los artículos 31 a 36. Su redacción originaria incluía dentro de esta regulación de los contratos inválidos a los contratos sujetos a regulación armonizada y a los subvencionados también sujetos a regulación armonizada (art. 31). A su vez se permitía la revisión de oficio (art. 34) respecto de los celebrados por la Administraciones públicas y de los sujetos a regulación armonizada.

Se abre así por tanto la posibilidad de revisar de oficio contratos celebrados por poderes adjudicadores que no son Administraciones públicas de tal forma que la revisión de oficio salía del ámbito de la Administración pública y se extendía a entes del sector público regidos por el derecho privado. La competencia para declarar la nulidad correspondería, dejando a salvo lo que pudieran establecer las Comunidades Autónomas que en todo caso deberían atribuirlos a un órgano cuyas decisiones agotasen la vía administrativa³², al órgano de contratación, cuando se tratase de contratos de una Administración Pública, o al titular del departamento, órgano, ente u organismo al que estuviese adscrita la entidad contratante o al que correspondiese su tutela, cuando ésta no tuviese el carácter de Administración Pública. En este último caso, si estuviera vinculada a más de una Administración, sería competente el órgano correspondiente de la que ostentase el control o participación mayoritaria.

Así, por ejemplo, en el supuesto contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2021 (rec. 3772/2020) un Ayuntamiento revisó de oficio una adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada realizada por una sociedad municipal que posteriormente se extinguió, asumiendo sus obligaciones el Ayuntamiento.

Posteriormente, a los efectos de transponer la Directiva 2007/66/CE, se promulgó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio,

³² Esta previsión fue objeto de una sorprendente y un tanto tardía impugnación por parte del Gobierno de Aragón al recurrir la previsión idéntica del artículo 41.2 de la LCSP/17. La STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021 (FJ 9 b.), considera que no se trata de una norma supletoria como alegaba la recurrente. El precepto debe entenderse dictado al amparo del título competencial del Estado en materia de régimen básico de las Administraciones públicas, que condiciona la potestad de organización autonómica dada la singular naturaleza de la institución de la revisión de oficio. La cláusula «sin perjuicio» permite entender que los restantes criterios no tienen carácter básico y se aplican únicamente a la administración general del Estado.

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Dicha Ley introdujo unos supuestos específicos de nulidad contractual derivados de la Directiva 2007/66/CE y articuló una cuestión de nulidad para hacerlas valer antes los tribunales administrativos de contratación que constituían el núcleo de la reforma. Esta cuestión de nulidad planteaba múltiples problemas tales como calificar estos supuestos como causas de nulidad y establecer unos plazos para su impugnación.

La LCSP elimina la cuestión de nulidad integrándola en el recurso especial de contratación³³ y unifica las causas de nulidad en el artículo 39 en tanto que las causas de anulabilidad se recogen en el artículo 40.

La gran novedad radica en que se amplía su aplicación —art. 38— a todos los contratos celebrados por las entidades del sector público y no solo a los celebrados por poderes adjudicadores sujetos a regulación armonizada, tal y como contemplaba la legislación anterior.

La revisión de oficio se contempla en el artículo 41 que establece en su apartado 2.º: *A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.*

Esta previsión conecta con el recurso de alzada impropio que se contempla en el artículo 44.6 de la LCSP y que atribuye el conocimiento del recurso contra los actos de los poderes adjudicadores no administraciones públicas a los órganos superiores de la Administración a la que estén adscritas cuando se trate de actos no susceptibles de recurso especial conforme el apartado 1 del citado precepto.

Por último, el artículo 27 de la LCSP atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de preparación y adjudicación de los contratos de entidades del sector público que no sean Administración pública, atribución que se extiende a las modificaciones contractuales que incumplan los artículos 204 y 205 al entender que debió procederse a una nueva adjudicación en los contratos celebrados por poderes adjudicadores.

Tanto la revisión de oficio como el recurso de alzada impropio serían manifestaciones de la tutela que, en el caso de las sociedades mercantiles estatales, se atribuye en los artículos 169 d) y 176 de la LPAP y 116.1 de la LRJSP al departamento ministerial relacionado con la actividad de la sociedad previa decisión del Consejo de Ministros o, en defecto de tal decisión, al Ministerio de Hacienda.

³³ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de mayo de 2016 (rec. 401/2015) establece que, una vez que ha transcurrido el plazo de interposición del recurso especial, la nulidad solo puede hacerse valer mediante la revisión de oficio.

Para GONZÁLEZ GARCÍA³⁴ se trata del caso más llamativo de la publicación del régimen jurídico de los bienes de las sociedades mercantiles, superando la necesidad de recurrir a principios generales para proceder a su revisión y a buscar la implicación de la Administración matriz en su otorgamiento para señalar que son directamente impugnables a través de esta vía tradicionalmente reservada para los actos administrativos.

CHINCHILLA MARÍN³⁵ entiende que con esta posibilidad de revisión de oficio carece de sentido calificar de privados a contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP por el solo hecho de que la entidad contratante sea una sociedad mercantil pública.

Por tanto se trata de actos de sociedades mercantiles que (dejando a un lado las exigencias del derecho europeo en cuanto a los recursos contra los poderes adjudicadores en contratos sujetos a regulación armonizada) pasan a tener la condición de actos administrativos rompiendo la clásica definición de ZANOBINI en cuanto declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un órgano de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa y que, como señala MUÑOZ MACHADO³⁶ es la definición de acto administrativo más difundida que aparece en todos los manuales de Derecho administrativo. Esta imposibilidad de considerar como actos administrativos los acuerdos de sociedades públicas se reconocía por la propia jurisprudencia y así puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 24 de septiembre de 2018 (rec. 832/2015) negando que el rechazo de una sociedad pública a pagar una cantidad a una contratista pueda calificarse como acto administrativo.

Por el contrario, como destaca GAMERO CASADO³⁷ la calificación como actos administrativos *rompe (o cuando menos resquebraja) el elemento conceptual del acto administrativo que lo vincula necesariamente con una Administración pública*.

En el recurso de alzada impropio al que hemos aludido, la Abogacía General del Estado³⁸ considera que el mismo trata de obtener: (...) *la emanación de un acto administrativo (el dictado, en resolución de la alzada impropia, por el titular*

³⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2018). “El patrimonio de las sociedades mercantiles públicas”, *Derecho de sociedades y de los mercados financieros: libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, (FERNÁNDEZ TORRES, I., VARONA FJ, MARTÍNEZ ROSADO, J. (coords), Iustel, Madrid, p. 423.

³⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., *op cit*, p. 29. Puede deducirse que, a sensu contrario la autora sí mantendría esa calificación para los contratos excluidos de la LCSP como son los patrimoniales.

³⁶ MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII, 2.ª edición, BOE, Madrid, p. 14.

³⁷ GAMERO CASADO, E. “¿El “retorno” al Derecho administrativo?: Manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189/2018.

³⁸ Dictamen de 5 de noviembre de 2019 con cita de la Instrucción 3/2018, de 6 de marzo. El Dictamen versa sobre la competencia para conocer del recurso de alzada impropio si no se ha establecido un ministerio específico de tutela y entiende que no puede atribuirse al Ministerio de Hacienda sino al departamento más relacionado con la actividad de la sociedad.

de la Administración o entidad pública a la que está adscrita o de la que depende la entidad autora del acto impugnado) cumpliéndose así la condición necesaria para ser fiscalizado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, en el caso de la revisión de oficio, el legislador ha calificado expresamente la actuación del poder adjudicador como acto administrativo por lo que no sería necesaria, al menos a priori, la intervención de la Administración a la que está adscrita si bien el legislador ha reservado a esta última la resolución del procedimiento de revisión.

Esta calificación como acto administrativo aparecía ya en el proyecto de ley³⁹ y suscitó dudas durante la tramitación parlamentaria. En concreto, las enmiendas⁴⁰ 214 (Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana) y 839 (Sr. Homs Molist - Grupo Mixto) tenían el mismo contenido y justificación planteando que no había ninguna justificación para lo que calificaban como una *vuelta al Derecho administrativo* por lo que proponían una redacción similar a la del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF) de tal forma que la revisión quedaría limitada a los contratos administrativos y a los sujetos a regulación armonizada.

La enmienda 839 entendía que la redacción del proyecto producía una *hipertrofia de los órganos administrativos que habrían de resolver y una petrificación de los procedimientos de adjudicación*.

La enmienda⁴¹ 492 (Grupo Parlamentario Socialista) planteaba la adición de un nuevo apartado en el que se atribuía (con una redacción mejorable) la competencia para el ejercicio de la revisión de oficio a las Administraciones de las que dependen las entidades del sector público. Se justificaba en que, de lo contrario, la regulación contenida en la LPAP podría considerarse excluyente del ejercicio de esa potestad.

Suele indicarse que la LCSP es una ley de consenso pese a que GONZÁLEZ GARCÍA⁴² entienda que es un *consenso relativo* cuestionando la afirmación de que el 90 % de las enmiendas fueron transaccionada pero lo cierto es que ninguna de estas enmiendas prosperó, si bien ponen de manifiesto los problemas que suscita la ampliación de la revisión de oficio a estos nuevos actos. De un lado, la oportunidad en cuanto a revisar de oficio actuaciones de entes sujetos al derecho privado y, de otro lado, desde un punto de vista procedimental/competencial, cómo articular en la práctica este mecanismo en función de la situación de autonomía/control de estos entes respecto de su Administración matriz.

³⁹ El anteproyecto recogía la asimilación a actos administrativos pero referida a “poderes adjudicadores”.

⁴⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, 16 de marzo de 2017, núm. 2-2, pp. 157-158 y 643-645.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 410-411.

⁴² GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., (2018). “La tramitación parlamentaria de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XXVIII, pp. 45-58.

En cuanto a la oportunidad la respuesta es clara, en la materia contractual se está produciendo un retorno a mecanismos de derecho administrativo, al menos en el ámbito contractual con la *excusa* del derecho europeo de contratos públicos, tal como indica GIMENO FELIÚ⁴³: *Una de las principales novedades [de la LCSP] es que se adopta una uniformización del régimen jurídico en la licitación, con independencia de la naturaleza pública o privada del poder adjudicador.*

De otro lado, la competencia para tramitar y resolver la revisión de oficio plantea la relación de los entes instrumentales con su Administración matriz.

En el ámbito estatal, la LRJSP establece unas relaciones de dependencia entre los entes de la Administración institucional y los departamentos ministeriales en términos un tanto abstractos ligados sobre todo a un control económico y financiero. Así el artículo 91 establece que la ley de creación establecerá el departamento de dependencia o vinculación de los organismos públicos; los artículos 98 (organismos autónomos) y 103 (entidades públicas empresariales) aluden a la “dirección estratégica” por parte de la Administración General del Estado.

En las sociedades mercantiles estatales el artículo 112 LRJSP menciona la *supervisión general que ejercerá el accionista* y es el artículo 116⁴⁴ el que directamente contempla la tutela funcional sobre tales sociedades. El precepto no especifica con precisión el contenido de tal tutela que parece ir referida a aspectos económicos, pero contiene una importante previsión en su apartado 4 al recoger que: *En casos excepcionales, debidamente justificados, el titular del departamento al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades, para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución.* En esos casos, si el cumplimiento de tales instrucciones requiere la variación de los Presupuestos de Explotación y Capital se precisará la autorización del órgano competente conforme la legislación presupuestaria y, en el cumplimiento de tales instrucciones, los administradores no incurrirán en la responsabilidad prevista en la legislación de sociedades de capital.

Para GUIMERÁ RICO⁴⁵, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas las deja reducidas a organismos públicos sin separación de patrimonio y sin verdadera autonomía de gestión.

CHINCHILLA MARÍN recuerda que el Tribunal Supremo en las Sentencias de 27 de noviembre de 2012 (rec. 318/2012) y 2 de enero de 2013 (rec. 1687/2012) admitió en la reclamación de pago efectuada por una administración territorial la eficacia interruptiva de la prescripción de los requeri-

⁴³ GIMENO FELIÚ, J. M. “Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público”, <https://www.obcp.es/opiniones/novedades-introducidas-en-el-anteproyecto-de-ley-de-contratos-del-sector-publico> (acceso último el 7 de junio de 2023).

⁴⁴ Con anterioridad, ya el artículo 17 de la Ley 22/2006, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, otorgaba a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid la facultad de dictar instrucciones obligatorias a sus sociedades dependientes. Como se expondrá a continuación este precepto tuvo un papel importante en la enajenación de las viviendas de la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid.

⁴⁵ GUIMERÁ RICO, J. J., *op cit*, p. 583.

mientos de pago efectuados por un organismo autónomo dependiente de la misma entendiendo que: (...) *no podemos estimar que no pueda la Comunidad de Madrid litigar en defensa de derechos que forma parte de sus organismos personificados puesto que esa autonomía funcional se centra en el cumplimiento de sus objetivos para el que asignan recursos pero en ningún caso lo independizan el ente matriz, que sigue ostentando potestades de control y tutela sobre el mismo puesto que son fondos públicos los que se ventilan* —artículo 24 Ley 9/1990, de 8 de noviembre—.

A estos efectos ha de recordarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 (rec. 268/2006) que perfiló el control de la Administración General del Estado sobre los organismos públicos.

Se trataba de una instrucción dirigida desde el Consejo de Ministros a Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) para facilitar el ejercicio de las reclamaciones de los pasajeros afectados por la suspensión de actividades en un aeropuerto.

Impugnado ese mandato por una línea aérea, la Sala recuerda (F.J. 5.º) que las relaciones de estos organismos con la Administración territorial de la que dependen no son de jerarquía sino de tutela, concepto que la sentencia reconduce a las de dirección, evaluación y control, aprobación del plan anual de objetivos, funciones que entrarían en el marco de directrices generales, pero en ningún caso referidas a actuaciones concretas en relación con supuestos determinados. De esta forma, para adoptar decisiones que fuesen más allá de esa función tutelar, tal y como ocurría con la instrucción impugnada, se requeriría una norma con rango de ley.

Sin embargo, un voto particular de dos magistrados consideró que la instrumentalidad y la autonomía de estos entes debía supeditarse a los intereses públicos por lo que no cabía una interpretación restrictiva de las facultades estatales de dirección y control.

Aun cuando no sea aplicable a estas entidades el principio de jerarquía, para ORTIZ MALLOL⁴⁶ las vías por las cuales se realiza la dirección por el ente matriz pueden ser, en ocasiones, las mismas que se utilizan para ejercer la potestad jerárquica.

Evidentemente, la LCSP al establecer la posibilidad de revisión de oficio supera las objeciones señaladas en la sentencia puesto que nos encontramos ante una previsión legal expresa, pero la ampliación de la posibilidad de revisión de oficio en esta materia a entidades sujetas al derecho privado plantea importantes problemas que la escasa regulación de la LCSP deja a la resolución casuística tanto por la Administración como por los tribunales de justicia.

Estos problemas ya se han planteado en la práctica jurídica en dos supuestos que pasamos a analizar y que sirven para mostrar la finalidad y las dificultades que se plantean en la revisión de oficio de actos de contratación de entidades públicas sometidas al Derecho privado.

⁴⁶ ORTIZ MALLOL, J., (2004). “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: Algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril, p. 251.

IV. LA REVISIÓN DE OFICIO DE LA ADJUDICACIÓN DE TRENES POR PARTE DE FEVE/RENFE

Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE) era una entidad pública empresarial que fue extinguida por el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios.

Como tal entidad pública empresarial se regía por el derecho privado excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tuviera atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria y, en lo tocante a la contratación, *por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas* —art. 57.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)—. Por ello era de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En 2010 FEVE adjudicó un contrato de fabricación y suministro de cuatro unidades de tren-tram por medio de un procedimiento negociado sin publicidad. En los tres años siguientes suscribió con la contratista una serie de protocolos adicionales por los que incrementó el número de unidades a suministrar en otras veinticuatro adicionales a las inicialmente adjudicadas y acordó el suministro de piezas de parque por importe de más de ocho millones de euros.

En diciembre de 2012 la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento acordó el inicio de un procedimiento de revisión de oficio. Tras un primer procedimiento que caducó, se inició un segundo procedimiento de revisión que declaró la nulidad tanto de la adjudicación inicial como de los actos posteriores.

Esa declaración de nulidad fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2015 (rec. 387 y 388/2013) por motivos formales, esencialmente por la competencia para acordar la revisión que fue acordada por el Secretario de Estado de Transportes cuando correspondía al Ministro que, además, no podía delegar esa competencia⁴⁷.

Iniciado un nuevo procedimiento de revisión de oficio fue informado por el Consejo de Estado en su Dictamen 1037/2016, de 23 de febrero de 2017.

La empresa contratista se oponía a la revisión puesto que tales contratos tenían naturaleza privada y además habían sido transferidos a Renfe Viajeros S.A.

⁴⁷ El artículo 12 de la LOFAGE al enumerar la revisión de oficio dentro de las competencias de los Ministros recogía que correspondían a los Ministros “en todo caso” por lo que el Tribunal Supremo consideró que era indelegable. El artículo 61 de la LRJSP no recoge esa expresión.

Para el Consejo de Estado, FEVE era una entidad pública empresarial y estos entes se rigen por el derecho privado salvo en la formación de la voluntad de sus órganos. En esa formación de la voluntad han de incluirse los actos de preparación y adjudicación de los contratos. Por el contrario, en lo relativo a los efectos y extinción queda (...) *vedado a la Administración contratante interferir en ese ámbito mediante el ejercicio de poderes o potestades ajenas o extrañas al fuero privado*.

El órgano consultivo aborda de una manera mucho más detallada si ese régimen jurídico se ve alterado por la cesión de los contratos a una sociedad mercantil estatal como es Renfe Viajeros S.A.

Comienza destacando que la utilización de técnicas de derecho privado por la Administración ha de entenderse que tiene una naturaleza funcional por lo que no se transfiere el derecho privado sin más, sino que tiene perfiles propios derivados de su utilización por las Administraciones públicas.

Entiende que en los contratos se pueden distinguir, desde los glosadores, dos fases: el contrato *in fieri* (perfección) y el contrato *in facto esse* (relación permanente con un haz de derechos y obligaciones nacidos del contrato). En el caso de las cesiones del contrato lo que se cede es el contrato *in facto esse*.

En los contratos celebrados por las Administraciones públicas, tanto públicos como privados, hay, además de las dos fases expuestas de perfección y de ejecución y cumplimiento, una tercera fase interna de conformación de la voluntad, inexistente en los contratos celebrados por sujetos privados *stricto sensu*.

En esta fase deben concurrir una serie de presupuestos legales que no se integran en el contrato y cuya omisión determina la invalidez. Al tratarse de una fase sujeta al Derecho administrativo los remedios contra esa invalidez también son administrativos.

En la cesión de contratos privados por las Administraciones públicas a otros sujetos se cede el contrato *in facto esse* pero no las acciones relativas a esa fase administrativa que no solo no forman parte del contrato, sino que son intransmisibles al tratarse de potestades públicas.

Por tanto, aun tratándose de contratos privados, la formación de la voluntad contractual se regía por el Derecho administrativo y el acto de adjudicación del Consejo de Administración de FEVE ponía fin a la vía administrativa sin que la cesión de los contratos a Renfe Viajeros S.A. comportase la transmisión de las acciones para la depuración de la validez de esos actos.

Por todo ello entra en el fondo de la revisión de oficio y considera que procede la nulidad, habida cuenta que en la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad se alteraron sustancialmente los términos en los que el contrato se había licitado por procedimiento abierto. Además, insta a la depuración de las responsabilidades administrativas o de otro orden que pudieran existir.

Recurrida la declaración de nulidad, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2018 (rec. 229/2917) confirma la resolución recurrida.

Entiende la Sala que la novación subjetiva producida como consecuencia de la extinción de FEVE no varió la naturaleza⁴⁸ y contenido de los contratos celebrados ni afectó a la potestad de oficio que, antes y después, correspondía al Ministro de Fomento sin que tal potestad pudiese ser objeto de transmisión.

Confirma, en definitiva, la nulidad de los actos revisados destacando (...) *las circunstancias concurrentes en este procedimiento de contratación [son] tan llamativamente contrarias al interés público y a los principios inspiradores de la contratación administrativa.*

Este procedimiento de revisión de oficio de un contrato privado o, mejor dicho, de la adjudicación del contrato, muestra una serie de características/problemas de estas revisiones de oficio.

En primer lugar, estas revisiones de oficio deberían limitarse a casos especialmente gravosos para el interés público y en los que las irregularidades cometidas sean de especial intensidad. Si bien esto debe tenerse presente en toda revisión de oficio, en estos casos cobra especial relevancia.

En segundo lugar, este supuesto muestra las dificultades de aplicar la revisión de oficio a contratos privados celebrados por entidades que se rigen por el Derecho privado. Es cierto que la doctrina de los actos separables hace que la formación de la voluntad se rija por el derecho administrativo, pero, en este caso, la cesión del contrato a una sociedad mercantil pública planteó dudas sobre la aplicación de esa teoría, tal y como lo demuestra la especial intensidad de la motivación del dictamen del Consejo de Estado en este punto.

Para concluir el análisis de este procedimiento de revisión, ha de recordarse que la revisión puede suponer, tal y como contempla el artículo 106.4 de la LPAP, la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en este caso, la empresa contratista formuló una reclamación pidiendo más de cinco millones de euros.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de enero de 2020 (rec. 3/2017) desestimó esa solicitud destacando el papel activo que había tenido la contratista en la producción de los actos anulados. La sentencia es contundente al afirmar que: *Indudablemente la Administración cometió errores de tramita-*

⁴⁸ Por el contrario, en los casos de extinción de sociedades mercantiles públicas en los que la administración territorial se subroga en sus contratos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene entendiendo desde su Sentencia de 19 de febrero de 2009 (rec. 1147/2006) que, puesto que estos contratos se celebraban por sociedades mercantiles públicas con el objeto de prestar de un servicio público por parte de la Administración, que actuaba movida por satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias, ello determinaría que al asumirse por la Administración pasarían a calificarse como contratos administrativos siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ese criterio ha sido reiterado en otras sentencias de esa Sala tales como las de 4 de septiembre de 2017 (rec. 489/2015), 13 de octubre de 2017 (rec. 531/2015), 15 de noviembre de 2017 (rec. 524/2016) y 3 de mayo de 2018 (rec. 227/2017).

Postura contraria es la mantenida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (rec. 15/2017).

ción en los dos expedientes previos, pero no por ello puede calificarse su conducta como antijurídica, pues no cabe duda de que quien es parte activa en un contrato que por su propia naturaleza es esencialmente fraudulento y lesivo de los intereses generales debe soportar, como mínimo y sin perjuicio del eventual ejercicio de otras acciones de mayor reproche jurídico, la actuación revisora de la Administración.

Recurrida en casación, el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de junio de 2021 (rec. 3070/2020) fijó como doctrinal casacional el que, cuando en la adjudicación de un contrato se procede a la revisión de oficio por incurrir dicha adjudicación en causa de nulidad de pleno derecho y siempre que el contratista haya sido participe en los actos que sirven de presupuesto a esa declaración de nulidad, no puede considerarse que el daño que pudiera haberse ocasionado con la ejecución del contrato luego declarado nulo, sea antijurídico a los efectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración contratante. En concreto, en el presente caso, consideró que la colaboración de la recurrente en la nulidad del contrato era *palmaria*.

V. LA REVISIÓN DE LA ENAJENACIÓN DE LAS VIVIENDAS PROPIEDAD DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA DE MADRID

La crisis económica sufrida por España entre los años 2008 y 2014 motivó una serie de fuertes ajustes en las Administraciones públicas, llegando incluso a producirse una reforma constitucional el 27 de septiembre de 2011 afectando al artículo 135 imponiendo a las Administraciones el principio de estabilidad presupuestaria.

Esa estabilidad exigió fuertes reducciones de gasto y que las Administraciones buscasen aumentar sus ingresos, a la vez que se producía una reorganización de la Administración institucional, fundamentalmente mediante la supresión y refundición de organismos.

Una de las medidas para obtener ingresos fue la venta de elementos patrimoniales de las Administraciones y en Madrid se decidió, tanto por el Instituto de Vivienda de Madrid (IVIMA), organismo autónomo de carácter comercial y financiero de la Comunidad de Madrid, como por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo (EMVS) del Ayuntamiento de Madrid, la enajenación de las viviendas de protección pública que estaban arrendadas a particulares.

Para facilitar tales enajenaciones se modificó el artículo 18 del Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 74/2009, de 30 de julio, a través del Decreto 59/2013, de 18 de julio de 2013. La nueva redacción establecía que: *Las viviendas con protección pública para arrendamiento y arrendamiento con opción de compra, podrán ser enajenadas por sus titulares por promociones completas, de manera parcial, incluso individualmente, y a precio libre, en cualquier momento del período de vinculación a*

dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones.

Tanto la enajenación realizada por el IVIMA como la de la EMVS generaron múltiples problemas jurídicos⁴⁹ y en el caso de la de la EMVS fue objeto de un procedimiento de revisión de oficio.

Tras la enajenación de 1.860 viviendas realizada por la EMVS en 2013, la Cámara de Cuentas de Madrid en su informe de fiscalización de 2016 realizó una serie de observaciones críticas sobre el proceso de enajenación, fundamentalmente referidas a defectos en la tramitación (ausencia de pliegos y trato privilegiado a determinados licitadores) así como a la valoración de los inmuebles enajenados que no se realizó por una sociedad de tasación sino por una consultora.

Debe indicarse que, en este caso, a la dificultad de la aplicación de la revisión de oficio a los actos de entes sujetos al derecho privado (especialmente tratándose de una sociedad mercantil) se unía el que se trataba de un contrato patrimonial y por tanto excluido de la regulación de los contratos públicos.

El procedimiento de revisión se inició por el Ayuntamiento de Madrid en 2017 considerando que las irregularidades puestas de manifiesto por la Cámara de Cuentas y otras alegadas por el propio Ayuntamiento determinaban que en la enajenación se hubiera prescindido totalmente del procedimiento por lo que concurría la causa de nulidad del artículo 62.1e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente el art. 47.1 e) de la LPAC).

El acuerdo de inicio del procedimiento presta una especial atención a la posibilidad de revisar el acuerdo de la EMVS pese a su condición de sociedad mercantil.

El Ayuntamiento parte de la integración del patrimonio de la EMVS en el patrimonio global del Ayuntamiento al ser una de las formas de prestación de los servicios públicos locales (art. 85.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) y ser las sociedades públicas pertenencias de la Administración conforme recogió la STC 14/1986, de 31 de enero.

Con relación al espinoso problema de la regulación aplicable a los contratos patrimoniales considera que les es de aplicación la normativa de contratación pública ya que, aunque esta los excluya de su ámbito de aplicación,

⁴⁹ La enajenación del IVIMA fue anulada por un defecto de tramitación (falta de aprobación por el Consejo de Administración del organismo autónomo) por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2019 (rec. 567/2018).

la normativa patrimonial (arts. 8.1, 30.2 y 110 de la LPAP) remitiría a su vez a la normativa de contratos a lo que se suma el que la enajenación de los bienes patrimoniales locales ha de hacerse por subasta.

Asimismo, recuerda que la legislación de contratos califica como poderes adjudicadores a las sociedades mercantiles públicas en los contratos sujetos a regulación armonizada.

En el trámite de audiencia, la compradora de las viviendas formuló alegaciones en las que consideraba que no era posible aplicar el procedimiento de revisión de oficio ya que se trata de una potestad administrativa que solo es aplicable a actos administrativos como indicó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2016 (rec. 12/2015).

La remisión del artículo 110 LPAP a la normativa de contratos públicos no es de aplicación puesto solo es aplicable (arts. 2.2 y disposición final 2.^a) a la Administración local y entidades de derecho público dependientes.

Si bien al ser contratos patrimoniales la aplicación de la legislación de contratos queda excluida, también resulta del TRLCSP la imposibilidad de revisión ya que las sociedades mercantiles no son Administración pública y solo se las consideraba poderes adjudicadores en los contratos sujetos a regulación armonizada. De igual forma, el artículo 21.2 de dicho texto refundido establecía la competencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de los litigios que afectasen a la preparación y adjudicación de los contratos privados de los entes y entidades que no tuvieran el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estuvieran sujetos a una regulación armonizada.

En esta fase del procedimiento de revisión ya era patente que la principal cuestión a dilucidar no era tanto el fondo del asunto en cuanto a si el procedimiento de contratación era nulo de pleno derecho como si era factible su revisión al tratarse de una sociedad mercantil.

Por ello en la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid se introdujeron por el Ayuntamiento nuevos argumentos a favor de la revisión.

Así se planteó que, puesto que la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid aprobó el plan de viabilidad, ello podría considerarse como un acto administrativo⁵⁰. Se citaba también la posibilidad de revisión al amparo de la LCSP de 2017 y el que la jurisprudencia penal consideraba como fondos públicos los de las sociedades mercantiles de la Administración.

El Dictamen 184/18, de 19 de abril de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid rechazó la posibilidad de revisar de oficio.

El órgano consultivo autonómico recuerda que ha de partirse de la aplicación restrictiva de la potestad de revisión de oficio, tal y como viene esta-

⁵⁰ Esta referencia supone introducir más confusión en el procedimiento de revisión de oficio. ¿Qué se está revisando?, ¿un acto de la Junta de Gobierno de la ciudad de Madrid o la adjudicación del contrato de enajenación de viviendas acordada por la EMVS?

bleciendo una reiterada y constante jurisprudencia. Asimismo, destaca que en ningún caso puede considerarse a las sociedades mercantiles públicas como Administraciones públicas como ha destacado el Consejo de Estado en su Dictamen 1773/2009, de 12 de noviembre y también ha recogido la jurisprudencia de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que en ocasiones se ha procedido al levantamiento del velo para imputar a la Administración territorial las actuaciones de la sociedad mercantil pública, la finalidad de la aplicación de esa doctrina es evitar perjuicios de terceros⁵¹.

La regulación de la LPAC no permite aplicar la revisión de oficio a las actuaciones de las sociedades mercantiles públicas puesto que no son Administración pública ni sus actos son actos administrativos (art. 34 LPAC). Si bien el artículo 2.2. b) de la LPAC establece que, cuando las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas ejerzan potestades administrativas, se sujetarán a dicha ley, es evidente que la enajenación de su patrimonio no es ninguna potestad administrativa sino mera gestión patrimonial⁵².

Otra cuestión planteada que resulta de especial interés es la aplicación de la normativa de contratación pública a este contrato que, en cuanto enajenación de bienes, tiene naturaleza patrimonial.

La tesis del Ayuntamiento de Madrid era que, si bien los contratos patrimoniales están excluidos de la aplicación de la normativa de contratación pública, al remitirse la LPAP a la legislación de contratos resulta aplicable esa normativa⁵³.

Este reenvío doble ha generado un importante debate doctrinal y posiciones diversas en la doctrina de los órganos consultivos de contratación.

GONZÁLEZ GARCÍA⁵⁴ defiende que los bienes de las sociedades mercantiles públicas son bienes públicos a los que les son de aplicación los principios recogidos en la LPAP y, por ende, sus contratos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LPAP y sus dis-

⁵¹ *Vid.* al respecto, la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 23 de diciembre de 2022 (rec. 500/2021) que exige la existencia de infracapitalización y de fraude o abuso del derecho. Comentada por NIETO GARRIDO, E., <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/la-responsabilidad-del-ayuntamiento-por-las-deudas-de-su-sociedad-mercantil-insolvente-la-aplicacion-de-la-doctrina-del-levantamiento-del-velo-por-la-sala-de-lo-contencioso-administrativo-del-tsj-de/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

⁵² Ha de recordarse lo anteriormente expuesto sobre la discusión doctrinal relativa a la atribución de potestades administrativas a entidades de derecho privado.

⁵³ Nos encontramos ante un supuesto de una evidente descoordinación normativa que, por desgracia, cada vez son más frecuentes en nuestro ordenamiento a raíz de la mala técnica legislativa que prevalece en los últimos años: abuso de los decretos leyes, falta de transparencia en las enmiendas pactadas y descoordinación entre las leyes en tramitación. *Vid.* al respecto: ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el legislador”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2020.

⁵⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. <https://globalpoliticsandlaw.com/blog/2020/02/23/bienes-sociedades-mercantiles-publicas-bienes-publicos/> (acceso último el 7 de junio de 2023).

posiciones de desarrollo y, en lo no previsto, por la legislación de contratos públicos, siendo aplicable la teoría de los actos separables.

LACASA TRIBÓ⁵⁵ señala que las juntas consultivas de contratación se dividen en dos grupos, las que consideran aplicable a los contratos patrimoniales la normativa de contratación pública y las que no.

Así los Informes 4/2009 de 15 de abril y 10/2010, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón consideran que, puesto que la legislación de contratos excluye de su ámbito de aplicación objetivo a estos contratos, no cabe aplicar a los mismos sus normas.

Para JAVALOYES DUCHA⁵⁶ esta postura es la más acertada ya que la remisión de la legislación patrimonial a la de contratos se hacía en un momento en el que esta última sí comprendía los contratos patrimoniales en tanto que la actual normativa de contratos los excluye expresamente.

PASCUAL MARTÍN y CEBRIÁN HERRANZ⁵⁷, al analizar los contratos sobre los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, entienden que remisiones como la del artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, carecen hoy de efectividad sin perjuicio de que los pliegos se remitan puntualmente a la legislación de contratos.

La Junta Consultiva de Contratación del Estado mantiene una postura ambigua ya que, si bien reconoce que son contratos excluidos, admite la aplicación de sus normas si hay un reenvío de la normativa patrimonial —Informe 25/08, de 29 de enero de 2009—. En el Informe 47/11, de 1 de marzo de 2012 rechaza la aplicación del procedimiento negociado y el contrato menor puesto que tales figuras no están contempladas en la normativa patrimonial. En el Informe 7/96, de 7 de marzo de 1996, admite la aplicación supletoria de la legislación de contratos cuando así lo contemple la normativa patrimonial autonómica.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Informe 4/2017, de 9 de junio, sobre calificación de contrato de enajenación de bienes del patrimonio público del suelo consideró que el régimen jurídico aplicable a los contratos del patrimonio público del suelo sería, como consecuencia de quedar los contratos patrimoniales excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, la legislación básica del Estado en materia patrimonial, la regulación autonómica tanto urbanística como patrimonial y supletoriamente se aplicarían las normas estatales no básicas de la legislación

⁵⁵ LACASA TRIBÓ, A. (2023). “Los contratos patrimoniales de las entidades locales: algunos aspectos conflictivos”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. I, Sección Tribuna, marzo.

⁵⁶ JAVALOYES DUCHA, M. H. (2019). “Los negocios patrimoniales en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial referencia a la gestión patrimonial en las entidades locales”, *Revista de Derecho Local, Tribuna*, núm. 70, enero.

⁵⁷ PASCUAL MARTÍN, J. I. y CEBRIÁN HERRÁNZ, L., (2020). “Los contratos sobre los patrimonios públicos del suelo: Naturaleza y régimen jurídico”, *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 45, pp. 189-222.

patrimonial estatal, y en su defecto los principios de la legislación de contratos para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2021 (rec. 7504/2019) se opta por la aplicación supletoria de la legislación de contratos lo que lleva a la Sala a entender que los contratos patrimoniales se perfeccionan con la formalización.

El Dictamen 184/18 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid consideró que la enajenación de las viviendas por la EMVS, además de ser un contrato patrimonial, no se trataba en modo alguno de un contrato sujeto a regulación armonizada y por tanto la EMVS no podía calificarse como poder adjudicador por lo que la posibilidad de revisión de oficio quedaba excluida.

La invocación de la LCSP de 2017 que efectuaba el Ayuntamiento de Madrid en cuanto amplía la revisión de oficio a todos los contratos del sector público aun cuando no estén sujetos a regulación armonizada, considerando a tales efectos sus actos como actos administrativos, no solo no permitía la revisión de oficio, sino que se oponía a tal revisión por dos razones.

En primer lugar, por cuanto la disposición transitoria 1.ª apartado 2.º de la LCSP de 2017 recoge la regla tradicional *tempus regit actum* de tal forma que los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor se rigen por la normativa anterior y, en segundo lugar, por cuanto en el procedimiento de elaboración de la LCSP no prosperó una enmienda que pretendía permitir la revisión de oficio a contratos adjudicados con anterioridad.

En concreto la enmienda 806⁵⁸ del Grupo Parlamentario Socialista proponía añadir a la actual disposición final 4.ª (normas aplicables a los procedimientos regulados en esta ley y a los medios propios personificados) un párrafo 4.º con el siguiente tenor: *Los procedimientos de revisión de oficio de adjudicaciones previstos en esta Ley podrán ser utilizados desde la entrada en vigor de esta ley, aunque las adjudicaciones se hayan realizado con anterioridad.*

La motivación que se acompañaba al texto de la enmienda era la siguiente: *Concreción de la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio para procedimientos anteriores a la norma por razón de la nulidad de las mismas.*

Dejando a un lado el que la motivación era meramente descriptiva, lo cierto es que la enmienda muestra que, en el procedimiento legislativo, se tenía plena conciencia en cuanto a que la regulación anterior no permitía la revisión de oficio de actos de entidades del sector público que no fueran Administración pública salvo que se tratase de contratos de poderes adjudicadores sujetos a regulación armonizada y que, al rechazarse la enmienda,

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), Serie A, 16 de marzo de 2017, núm. 2-2, pp. 610-611. Llama la atención la coincidencia temporal con la fase previa al planteamiento del procedimiento de revisión de oficio de la venta de viviendas efectuada por la EMVS. Además suponía la introducción de una regla de derecho transitorio en una disposición final. *Vid.* SANZ PÉREZ, A. L., (2012). “Apuntes sobre la técnica legislativa en España”, Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 26, p. 30.

no es posible aplicar la nueva regulación a contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor.

El dictamen concluía indicando que, aun cuando no procediera la revisión de oficio, ello no afectaba a otros procedimientos que afectaban a esta operación puesto que la misma estaba siendo objeto de diligencias penales y de un procedimiento de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas.

Las diligencias penales fueron archivadas⁵⁹ y el procedimiento ante el Tribunal de Cuentas concluyó con la Sentencia de la Sala de Justicia de 17 de julio de 2019 (recurso de apelación 20/19).

En la citada Sentencia se considera (FJ. 15.º) que la remisión de la normativa de contratos a la legislación patrimonial determinaba que los únicos preceptos de dicha normativa aplicables al caso serían los artículos 2.2 y 8.1 de la LPAP por remisión de la disposición final 2.ª de la citada norma.

La sentencia destaca que: *El régimen legal de aplicación al caso planteado, en los términos en que han sido detallados, evidencian la complejidad del régimen mixto —público y privado— que rige la gestión económica de este tipo de Sociedades, que son mercantiles, pero también son públicas, en orden a la determinación del marco jurídico aplicable a las operaciones de transmisión patrimonial que son objeto de enjuiciamiento en la presente “litis”. Dicha complejidad normativa ya fue puesta de manifiesto por la Instrucción, en fase de Actuaciones Previas y ha sido subrayada por la Consejera de instancia, en su Fundamento Jurídico Undécimo, hasta el punto que dicha dificultad motivó la ampliación del plazo prevenido legalmente para dictar Sentencia en la aludida Primera Instancia.*

Por ello entiende (FJ. 19.º) que, si bien pudieron existir irregularidades, estas fueron eminentemente formales y no constituyeron una quiebra de los principios de transparencia y concurrencia del artículo 8 de la LPAP lo suficientemente grave como para erigirla en una vulneración de las normas jurídicas que regulan la contratación, habida cuenta que no son extrañas en la praxis de los negocios en un contexto mercantil.

Por todo ello concluye entendiendo que no existe responsabilidad contable y revoca la sentencia de instancia dictada por una consejera de cuentas.

A la sentencia se formuló un voto particular por un consejero de cuentas que (en lo que interesa a este artículo) afirma que el FJ. 15.º es contradictorio al referirse al régimen jurídico aplicable a los contratos patrimoniales, pero, a continuación, afirma que se muestra de acuerdo con las referencias normativas de la sentencia de tal forma que reduce su discrepancia a la interpretación del artículo 8 de la LPAP en relación con la normativa de vivienda protegida de la Comunidad de Madrid.

Esta sentencia del Tribunal de Cuentas muestra la dificultad de precisar el régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles públicas y los problemas que puede plantear la aplicación de la revisión de oficio a sus actos contractuales.

⁵⁹ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/02/08/companias/1644325465_757054.html (acceso último el 7 de junio de 2023).

VI. CONCLUSIONES

La extensión de la revisión de oficio a la totalidad de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, singularmente las sociedades mercantiles públicas, plantea una serie de cuestiones tanto sobre la revisión de oficio como sobre su régimen de contratación y, en general, sobre la naturaleza de estas sociedades públicas y su utilización como una forma de prestación de los servicios públicos.

La revisión de oficio es, como se ha indicado, una de las prerrogativas de la Administración más *exorbitantes*. La posibilidad de desvincularse unilateralmente de sus propios actos es una posibilidad vedada a los particulares y solo puede explicarse por los intereses generales que defiende la Administración pública. Es por ello que en la regulación general del procedimiento administrativo únicamente se atribuye a las Administraciones públicas.

De esta forma, la posibilidad de que una sociedad mercantil, por muy pública que sea la titularidad de sus acciones, pueda acudir a este mecanismo llama poderosamente la atención. O quizás no tanto, por cuanto es un hecho notorio que las sociedades mercantiles se han convertido en una suerte de organismos autónomos o, peor aún, negociados administrativos que realizan funciones administrativas de forma más o menos encubierta.

Podría considerarse que frente a la *huida del Derecho Administrativo* nos encontramos ante una especie de *reconquista* pero, lamentablemente, no es así sino una utilización selectiva de algunas de sus instituciones.

En el ámbito de la contratación, esa recuperación de instituciones y controles administrativos se ha debido al Derecho europeo que exigía que la contratación de los poderes públicos se ajustara a unos principios básicos de publicidad y transparencia que permitiesen el acceso a los contratos de las empresas europeas en el marco del mercado único. Una vez que se garantizase el derecho de acceso a los contratos públicos, a las instituciones europeas les era indiferente la naturaleza privada o no de los contratos y de los poderes adjudicadores.

Con esta finalidad, se ha unificado en gran medida la preparación y adjudicación de los contratos públicos con independencia de la naturaleza jurídica del poder adjudicador. En esta unificación la extensión de la revisión de oficio es un paso más.

No obstante, esta publicación se limita a la preparación y adjudicación. Desde la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, la contratación pública española se ha centrado en la adjudicación de los contratos como si el contrato fuera un fin en sí mismo y no un mero instrumento para la ejecución de políticas públicas. De esta forma la ejecución contractual queda relegada y, en el caso de los contratos públicos gestionados por entes sometidos al Derecho privado, supuestamente desaparece ese interés público y quedan sometidos al ordenamiento jurídico privado.

Es difícil de entender que se pueda revisar de oficio la adjudicación de un contrato por parte de una sociedad mercantil pero no las actuaciones que en la ejecución contractual (modificaciones, revisiones de precios, prórrogas, etc.) puedan dictarse en manifiesta contravención de las normas legales y lesionando el patrimonio de estas sociedades que sí tiene en todo caso naturaleza pública.

De otro lado también es cuestionable que la posibilidad de revisión quede limitada al ámbito de la contratación pública. Si las sociedades mercantiles públicas desarrollan políticas públicas no es fácilmente entendible que sus actos de preparación y adjudicación contractual sean revisables y no, por ejemplo, sus actos en materia de personal o de responsabilidad patrimonial.

Curiosamente esas dos materias son contempladas específicamente en la Constitución Española tanto en lo que se refiere al empleo público (arts. 23 y 103)⁶⁰ como en la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial que el artículo 106.2 atribuye al *funcionamiento de los servicios públicos*.

Por tanto, si las sociedades mercantiles públicas prestan servicios públicos e incluso pueden ejercer potestades públicas cabría preguntarse la razón de su sometimiento (al menos sobre el papel) al Derecho privado y si no estaríamos en realidad ante unos pseudo organismos autónomos a los que el legislador les da un carácter anfibio, sometidos en cada caso a la rama del ordenamiento que más interesa sin que sepamos a ciencia cierta la razón de esa elección normativa.

De otro lado, como se ha indicado, la revisión de oficio es una prerrogativa administrativa completamente opuesta a la regla general del derecho privado en cuanto a que nadie puede ir contra sus propios actos. Si las sociedades mercantiles estatales aplican esta potestad supone que entes que actúan en el tráfico jurídico privado pueden (a través de su Administración matriz) revocar sus actos y, consecuentemente, sus negocios jurídicos, de tal forma que se introduce un importante factor de inseguridad jurídica.

Por ello parece razonable entender que la reforma de la LRJSP se quedó corta y que debería aprobarse un estatuto general de la sociedad mercantil pública como una variante de las sociedades mercantiles, con peculiaridades importantes tanto en cuanto a su régimen de personal, contratación como, a mi juicio, en la responsabilidad por los daños causados en la prestación de servicios públicos.

Si al atribuirse potestades administrativas a sociedades mercantiles estas quedan sometidas a las disposiciones de la LPAC no puede negarse su condición de Administración pública. Pretender que estas sociedades tengan un doble régimen jurídico no hace sino crear confusión en cuanto a su actuación con riesgos de ineficacia y/o corrupción.

⁶⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo (Social) de 2 de julio de 2020 (rec. 1906/2018) aplica los principios de mérito y capacidad en la selección de personal en las sociedades mercantiles estatales. Sin embargo, como se ha expuesto, no se admite la revisión de oficio en los contratos laborales.

Ahora bien, si las sociedades mercantiles públicas gestionan servicios públicos y ejercen potestades administrativas sometiéndose a la legislación de procedimiento administrativo, ¿merece la pena que sigan sometiéndose al derecho privado?

En este sentido la posibilidad de revisar de oficio los actos de adjudicación y preparación de los contratos de las sociedades mercantiles públicas muestra a las claras su naturaleza de organismos públicos con ropajes mercantiles.

En realidad, es el propio legislador el que levanta el velo/máscara de estas sociedades y nos muestra su naturaleza jurídico-pública.

El control de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria a partir de los principios generales del Derecho y buena regulación: nec magis nec minus

The control of discretion in the exercise of regulatory power based on the general principles of Law and good regulation: nec magis nec minus

Fecha de recepción: 22/05/2023

Fecha de aceptación: 06/06/2023

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. USO Y ABUSO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—2.1. Consideraciones previas.—2.2. Actividad reglamentaria en la dinámica relacional del Estado regulador y garante.—2.3. Algunos problemas del ejercicio de la potestad reglamentaria.—2.4. El excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria.—2.5. El necesario control del ejercicio de la potestad reglamentaria.—III. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DE BUENA REGULACIÓN.—3.1. El alcance del control del ejercicio de la potestad reglamentaria.—3.2. El papel de los principios generales del derecho en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública.—3.2.1. El principio y derecho fundamental a una buena administración.—3.2.2. Principios de legalidad y reserva de ley.—3.2.3. Principio de irretroactividad de los reglamentos.—3.2.4. Principio de interdicción de la arbitrariedad y deber de motivación.—3.2.5. Principios de jerarquía y coherencia.—3.2.6. Principio de buena fe y confianza legítima.—3.2.7. Interdicción del enriquecimiento injusto.—3.3. La fuerza de los principios de buena regulación para el control judicial de la potestad reglamentaria. El papel de la memoria de impacto normativo.—3.3.1. Principios de necesidad y proporcionalidad.—3.3.2. Principios de eficacia y eficiencia.—3.3.3. Principio de seguridad jurídica.—3.3.4. Principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.—3.3.5. Principio de transparencia y su correlativo de participación.—3.3.6. El papel de la memoria de impacto normativo en el control de la potestad reglamentaria.—IV. A MODO DE REFLEXIÓN: NEC MAGIS NEC MINUS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

* Doctor en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos. <https://orcid.org/0000-0002-8495-0366>

Pueden consultar más información de su perfil profesional en la siguiente dirección web: <https://www.joseignacioherce.es>

RESUMEN

En una dinámica de regulación motorizada, que afecta directamente a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conviene reflexionar sobre los instrumentos de control de la potestad normativa de la Administración como poder discrecional. Entre todos los mecanismos de supervisión destaca el papel de los principios generales del Derecho y el novedoso control mediante los principios de buena regulación, que ha de calar hondo en los tribunales para garantizar el control jurisdiccional pleno de los poderes públicos. En este trabajo se reflexionará sobre el uso y abuso de la potestad normativa por parte de los poderes públicos y sus instrumentos de control.

PALABRAS CLAVE: Buena Regulación, Principios Generales del Derecho, Regulación, Discrecionalidad, Control Judicial.

ABSTRACT

In a dynamic of motorized regulation, which directly affects the rights and legitimate interests of citizens, it is convenient to reflect on the control instruments of the normative power of the Administration as discretionary power. Among all the supervision mechanisms, the role of the general principles of Law and the innovative control through the principles of good regulation stand out, which has to penetrate deeply in the courts to guarantee full jurisdictional control of public powers. This paper will reflect on the use and abuse of regulatory power by public authorities and their control instruments.

KEYWORDS: Good Regulation, General Principles of Law, Regulation, Discreteness, Judicial Control.

I. INTRODUCCIÓN

Los límites en el ejercicio de la potestad reglamentaria y su control judicial son dos aspectos muy relevantes en el debate administrativista. En una dinámica de regulación motorizada, que afecta directamente a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conviene reflexionar sobre los instrumentos de control de una potestad discrecional, como es la normativa de la administración, de gran intensidad.

Las técnicas de control de la potestad discrecional son aplicables en la revisión del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración. Entre todas las técnicas, destaca aquella que se basa en contrastar el contenido de la norma con los imperativos de los principios generales del Derecho, que como ha señalado el Tribunal Supremo, son el oxígeno que respiran las normas, directamente aplicables a la materia que nos ocupa con independencia de visiones más o menos positivistas del sistema jurídico.

Junto con esos principios, destacan los conocidos principios de buena regulación. Aunque llevan varios años introducidos en nuestro Ordenamiento

jurídico no parecen desplegar todavía los efectos deseados pese a estar repletos de posibilidades. Los avances jurisprudenciales en la materia son tímidos. En este trabajo se estudiará el uso y abuso de la potestad reglamentaria y el empleo de los principios generales del Derecho y de buena regulación en la revisión de la conformidad del Ordenamiento jurídico de las normas reglamentarias emanadas por el poder público. Una apuesta sólida por estos principios favorece el principio de plenitud de control jurisdiccional de los poderes públicos.

II. USO Y ABUSO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

2.1. Consideraciones previas

La actividad normativa de la Administración trata de proporcionar con agilidad y conocimiento técnico soluciones a nuevas situaciones que se producen en una sociedad compleja¹, líquida², en constante movimiento. El poder ejecutivo hereda del monarca un poder normativo que, en el Estado social y democrático de Derecho en el marco constitucional de 1978, queda subordinado a la Ley y a la Constitución. Hoy por todos es sabido, y así lo reconoce el Derecho positivo, que la reserva de Ley no tiene carácter absoluto y es admitida la colaboración del Reglamento. Cuestión distinta si el poder ejecutivo utiliza adecuadamente ese poder normativo o no: es notorio el abuso de una potestad reglamentaria prolija en intensidad, pero no en calidad.

La potestad reglamentaria se deposita constitucionalmente al poder ejecutivo en virtud del artículo 97 de la Constitución Española (en adelante, CE). Se concreta sobre todo en los artículos 128 y siguientes de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP). En ellos se recogen los principios de buena regulación, elementos obligatorios que han de ser observados en la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria.

La potestad objeto de estudio en este trabajo se encuadra en el género de las discrecionales. La reglamentaria es la más discrecional de todas junto con la de planeamiento³. Ésta se atribuye a otros organismos y autoridades de la Administración, como han reconocido numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante STC), como la núm. 13/1998, de 22 de enero y núm. 135/1992, de 5 de octubre, que consideran conforme al texto constitucional la desconcentración de la potestad reglamentaria⁴.

¹ ESPÍN TEMPLADO, E. (1985). "Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, p. 183.

² BAUMAN, Z. (2003). *Modernidad líquida*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

³ SUAY RINCÓN, J. (2016). "El control de la potestad reglamentaria", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 26, p. 47.

⁴ VAQUER CABALLERÍA, M. (2017). "Auge y problemas de la metarregulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común", en PONCE

Los reglamentos ejecutivos e independientes participan en la elaboración del Ordenamiento jurídico con sometimiento pleno a la Constitución, las leyes y al Derecho. Los reglamentos independientes se muestran, por definición, más innovadores con el Ordenamiento jurídico. Los reglamentos ejecutivos pueden serlo si incorporan reglas que en la Ley están enunciadas o implícitas y puede aclarar conceptos de la Ley. Se ha defendido que estos reglamentos pueden ir más allá de ser ejecutores de la legislación si el comportamiento de la Administración es acorde con la Constitución y el Ordenamiento⁵. Las innovaciones en los reglamentos ejecutivos requieren de la existencia de una habilitación legal y no sobrepasar los términos de la habilitación. No pueden ir en contra de lo previsto en la Ley habilitante o el resto del Ordenamiento⁶.

El ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra limitado por aspectos formales y sustantivos. El respeto de las limitaciones referidas corresponde a los órganos judiciales. El artículo 106 CE preceptúa que los tribunales controlarán la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican. En este trabajo serán estudiados los mecanismos de control de la potestad reglamentaria contruidos sobre los principios generales del Derecho y de buena regulación. La discrecionalidad es una de las inmunidades del poder⁷, cuyo control ha evolucionado gracias a los avances jurisprudenciales que favorecen el control pleno de la Administración.

Un poder de tal relevancia ha de ser ejercitado conforme a los postulados del derecho fundamental a una buena administración, imperativo ético para los poderes públicos, estrechamente vinculado a la cláusula del Estado social y democrático de Derecho⁸. La buena administración es la *madre de la calidad normativa*⁹. Como principio y derecho que imbuje a toda la actividad administrativa, ha de estar presente con plena intensidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

SOLÉ, J. & CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 87-146.

⁵ MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2018). "El control de la potestad reglamentaria", en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica* Tomo II, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 591.

⁶ *Ibid.*

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, núm. 38.

⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2014). "El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, núm. 2. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012). "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16.

⁹ PONCE SOLÉ, J. (2023). "Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa". A propósito del libro de la profesora María de Benedetto, "Corruption from a Regulatory Perspective", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, p. 379.

En las siguientes líneas se expondrá la dinámica de la actividad reglamentaria en el marco del Estado regulador y garante junto con los principales problemas y excesos que derivan del ejercicio de la potestad reglamentaria. Tendrá lugar una consideración final sobre la necesidad de un mecanismo de control adecuado y pleno de la fuerza normativa de la administración.

2.2. Actividad reglamentaria en la dinámica relacional del Estado regulador y garante

El tiempo presente se caracteriza por un retraimiento del Estado en favor de la sociedad, especialmente en aspectos técnicos y científicos, espacios que las fuerzas sociales y empresariales reconquistan de forma progresiva. Las comunidades, instituciones privadas y empresas toman fuerza en el espectro colectivo. Este empoderamiento obliga a explicar la acción del Estado conforme a nuevas realidades.

El hombre del siglo XX que vivió del Estado en una dinámica en que el poder público absorbía nuevas tareas constantemente, como una rueda dentada que gira en una sola dirección¹⁰. El Estado regulador reivindica el papel de las fuerzas sociales y entidades privadas en los asuntos relativos al bien común. Esta nueva manera de ver el Estado define los contornos del nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad¹¹.

La emergencia del que ha sido denominado Estado regulador y garante ha de traer a primer término la preocupación por la calidad de los productos normativos del Gobierno y de la Administración¹². La actividad legislativa y reglamentaria ha de ser observada bajo el prisma del Estado regulador, que supone un retrotraimiento en la intensidad interventora del poder público.

Esta forma de Estado se alinea con los postulados de Stigler, quien considera que una sociedad sana no debe asemejarse a un gran rebaño bien alimentado, más bien orientarse al principio de que hay que dar a cada individuo el máximo posible de responsabilidad sobre sí mismo y libertad para poder tomar sus decisiones¹³. Un Estado regulador no excluye su papel de garante de los derechos fundamentales de la persona. Se pueden introducir correctivos paulatinos en el mercado para proveer las necesidades de quienes

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, G. (1999). "El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, p. 19.

¹¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 17.

¹² PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, p. 94.

¹³ STIGLER, G. J. (1961). *Private Vice and Public Virtue*, *The Journal of Law and Economics*, núm. 4.

desafortunadamente, no tienen¹⁴ y garantizar la realización de los intereses generales desde una aproximación solidaria.

El Estado regulador no es sólo normación, pero ésta es una pieza fundamental para su adecuada puesta en práctica. En este trabajo se hace referencia a regulación como ejercicio de la potestad reglamentaria de Gobierno y Administración salvo mención expresa en contrario. Acotar de esta forma el concepto no excluye que la dinámica de regulación y el modelo de Estado regulador sea una realidad mucho más amplia¹⁵, que replantea las fronteras de la intervención del poder público en las cuestiones de interés general, bien protegiendo el orden público (económico o no) bien garantizando cuando sea necesario los derechos fundamentales de las personas¹⁶.

El Estado regulador es una forma intermedia entre el Estado soberano (que protege y prohíbe para garantizar el orden público y la seguridad), el Estado prescriptivo (que impone normas en la vida social) y el Estado prescricional (que provee servicios e interviene directamente en la vida económica)¹⁷. El Estado ha pasado de remar a dirigir. En las funciones de dirección el uso de la potestad reglamentaria y la función legislativa es muy relevante¹⁸. Ante esa nueva posición el poder público reformula sus mecanismos de intervención y abre espacios de participación de la ciudadanía, como el fomento de la autorregulación y de la colaboración público-privada.

Las referencias al modelo de Estado regulador y garante no deben estar acotadas a reflexiones sobre la actividad interventora del Estado *latu sensu* sobre la sociedad mediante mecanismos legislativos y reglamentarios. Refleja una realidad mucho más amplia. La visión del Estado regulador desde el Derecho administrativo supone participar de la consideración de la centralidad de la persona humana en el sistema desde la libertad, responsabilidad y

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, G. (1999). “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, p. 35.

¹⁵ Se recomienda consultar los trabajos del profesor Esteve Pardo. A saber: ESTEVE PARDO, J. (2014). “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad”, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8. ESTEVE PARDO, J. (2015). *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, CASSAGNE, J. C. (2015). “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157.

¹⁶ Un ejemplo de ello es la apuesta por los sistemas de colaboración público-privada, *vid.* HERCE MAZA, J. I. (2023). “Principio de subsidiariedad y colaboración público-privada: una apuesta por la participación de la sociedad en asuntos de interés general”, en RUOCCO, G. & VÁZQUEZ, C. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

¹⁷ LASSERRE, B., “El Estado regulador”, Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

¹⁸ PONCE SOLÉ, J. (2009). “¿Mejores normas? Directiva 2006/123&/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid.

solidaridad. La sociedad ha demostrado su superioridad científica y técnica frente al poder público¹⁹, y por ello se ha empoderado. Esta realidad obliga al Estado a reconfigurar su papel de conformidad con criterios de participación democrática y subsidiariedad.

La clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado. El principio de maximización de la dignidad de la persona es un criterio necesario de aproximación a todas y cada una de las categorías que conforman el Derecho administrativo, entre ellas, la potestad reglamentaria y sus exposiciones sectoriales en actos de aplicación²⁰. En nuestro sistema constitucional los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona humana son el fundamento del orden político y la paz social. No está la persona al servicio del orden político, sino éste al servicio del ser humano²¹.

El Estado regulador es un Estado transformado en sus funciones y modalidades de acción, que tiende a modelos normativos más flexibles que la prescripción y coacción para canalizar comportamientos privados y sociales para alcanzar un equilibrio que garantice el interés general²². La actividad reglamentaria es una manifestación directa de la incidencia del Estado sobre la sociedad, que adquiere nuevos contornos y límites a la luz del modelo de Estado regulador²³. Los principios de buena regulación, entre los que se encuentran los de necesidad y proporcionalidad, han de matizar la intervención administrativa a través de su potestad normativa, mediante una apuesta por la participación en la elaboración y evaluación de normas, y por la autorregulación regulada.

El Estado regulador propone una nueva forma de normatividad que deriva de la necesidad de adaptarse a situaciones evolutivas para las cuales las formas habituales de legislación y reglamentación son ineficaces e insuficientes²⁴. La calidad normativa y, por ende, reglamentaria, enlaza con la garantía de la efectividad de los derechos en el marco de la evolución a la citada forma de Estado²⁵. Éste matiza el ejercicio de la función normadora

¹⁹ ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid, Marcial Pons.

²⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015). *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Madrid, Global Law Press, p. 21.

²¹ DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015). "Estado y mercado en un mundo global", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, p. 55.

²² BROUSSEAU, E., *La evolución de la regulación sectorial: ¿qué determinantes? ¿Qué modalidades?*, Gob. Reg. Notas, Fundación Paris-Dauphine, p. 29.

²³ CASSAGNE, J. C. (2019). "Las transformaciones del Derecho público y su proyección al modelo de Estado", Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

²⁴ LASSERRE, B. (2019). "El Estado regulador", Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

²⁵ PONCE SOLÉ, J. (2005). "Good Administration and Administrative Procedures", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, núm. 2, pp. 551-589.

del poder público a partir de los postulados del principio de subsidiariedad. Los principios de buena regulación, como manifestación del Estado regulador, son fundamentales para controlar la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La forma de Estado a la que se hace referencia sugiere un marco de normatividad graduada apoyada en instrumentos de Derecho más o menos flexibles²⁶. Se propone un criterio de subsidiariedad en la intervención del Estado que se ve potenciado con la consideración y respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad, fundamentales en un marco de buena regulación. A partir de estas premisas se expondrán los principales problemas que surgen en la actividad normativa del poder público y, en especial, de los derivados del exceso de normativa legal y reglamentaria de nuestro sistema jurídico.

2.3. Algunos problemas del ejercicio de la potestad reglamentaria

El mundo de los reglamentos es un ámbito peculiar frente al que los operadores jurídicos no pueden evitar padecer cierta alergia. En la potestad reglamentaria la dinámica del poder se manifiesta con crudeza, despojado de las reglas de cortesía y urbanidad a las que se somete cuando actúa en la escala legislativa²⁷. El Ordenamiento jurídico se encuentra inundado de normas reglamentarias dictadas por la Administración General, del Estado, las Administraciones Autonómicas, locales y otros organismos y entes (como las Universidades y el Banco de España...) que determinan la vida y economía de los ciudadanos²⁸.

Que la potestad reglamentaria sea necesaria para el funcionamiento de la Administración y la garantía de los intereses generales no excluye que sea problemática. Un mal uso de ella puede pervertir la cláusula de servicio objetivo al bien común. La actividad normativa de la Administración plantea numerosos problemas, que conducen al estudio de sus límites, el control en su ejercicio y la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados, bien por una actuación normativa dañina, bien por inactividad. Que la Administración regule un sector no quiere decir que lo haga siempre bien. En ocasiones, no todas, rompe con la dinámica del Estado de Derecho. En estos casos es fundamental la garantía del control pleno al poder público.

²⁶ LASSERRE, B. (2019). "El Estado regulador", Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019, acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf

²⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009). Principios de Derecho Administrativo General I, Madrid, Iustel, p. 224.

²⁸ SARMIENTO ACOSTA, M. "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

La Administración se ha adueñado de todos los poderes normativos. El problema radica en que la Administración es un pésimo legislador. En el desarrollo de su actividad adolece de una falta de serenidad de juicio para definir de forma abstracta un orden justo²⁹. La potestad reglamentaria se construye al amparo de la discrecionalidad administrativa, y dado su poder, que se manifiesta en lo concreto, requiere que la sociedad articule técnicas adecuadas de control³⁰. Más aún si cabe en los tiempos del Estado regulador, en el que el libre juego de las fuerzas sociales ha obligado al Estado a un necesario repliegue.

El ejercicio de la potestad reglamentaria es una manifestación directa de poder con efectos *erga omnes* en la libre dinámica de la ciudadanía. Se ha llegado a afirmar que el reconocimiento de la potestad reglamentaria supone una quiebra del principio de la separación de poderes, de enorme incidencia en los administrados y la vida social³¹. Es quizá, la potestad más intensa y grave³², junto con las derivadas de la fuerza punitiva del Estado.

Pocas personas, al leer una ley, prestan atención a la disposición final que habilita al Gobierno, y en ocasiones a otras autoridades, a dictar normas reglamentarias de desarrollo de sus preceptos³³. En su aterrizaje a través de la potestad reglamentaria se muestra un reducto de la razón de Estado, que se desplaza en un grado de informalidad e improvisación semejante en intensidad al que podría detectarse en la práctica del Estado absoluto³⁴. En no pocas ocasiones esa habilitación para reglamentar despliega normativa de desarrollo compleja, imprecisa, oscura e incluso contradictoria. Se habla de buena regulación y calidad regulatoria como una forma de intervenir de manera más suave y mejor en la vida social. A lo sumo cierto paternalismo suave en la consideración de que es más probable que los errores los cometan los poderes públicos que los individuos³⁵.

Aunque el ejercicio de la potestad reglamentaria adolece de un fenómeno de profusión, fugacidad y oscuridad que podría atajarse mediante una depuración del proceso de elaboración de las normas de rango reglamen-

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, p. 196.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968). “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, p. 197.

³¹ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999). *Curso de Derecho Administrativo* vol. I, Madrid, Civitas, pp. 174-175.

³³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2020). “El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, p. 107.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ SUNSTEIN, C. R. (2017). *Paternalismo Libertario*, Barcelona, Pensamiento Herder, p. 115.

tario, se requiere una actividad normativa reflexiva³⁶ y una mentalidad que no sólo se basa en el examen de la forma, sino en el fondo de la materia regulada. Se ha sugerido una revisión de los términos en los que la Administración ejerce sus potestades y su marco normativo³⁷, mucho más allá de la introducción de garantías formales en su desarrollo. La Memoria de Análisis de Impacto normativo es de gran relevancia para verificar el cumplimiento de los principios de buena regulación y el Ordenamiento jurídico, dado que su contenido es equiparado por la jurisprudencia al deber de motivación de los actos administrativos.

La ausencia de control pleno y oportuno puede tener como consecuencia la propagación de una enfermedad de alta virulencia, una dinámica bacteriana cuya respuesta requiere de antibióticos suficientemente fuertes que superen la inmunidad del poder. Un reglamento cuando se aplica se traduce en innumerables actos administrativos cuyas repercusiones se extienden en amplitud e intensidad sobre la ciudadanía en su conjunto. Una inadecuada actividad reglamentaria puede vulnerar derechos e intereses legítimos, quien sabe si derechos fundamentales.

Algunos temas que son objeto de controversia en relación con la actividad normativa de la Administración son: i) conflictos con la legislación aplicable, ii) invasión de competencias en el contexto autonómico español, iii) ausencia real y efectiva de participación ciudadana, iv) falta de claridad y coherencia, v) cambios frecuentes, vi) dificultad de acceso y aplicación dada su excesiva complejidad, vii) falta de eficacia en el logro de los objetivos propuestos o su impacto, viii) su posible escasa objetividad ante la influencia de determinados grupos de poder y la dinámica política y ix) el elevado margen de discrecionalidad con la que cuenta la autoridad que la ejerce, lo que dificulta en gran medida su control posterior. Estos aspectos, que no son pocos, pueden comprometer principios constitutivos del Ordenamiento jurídico-administrativo, a saber: legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad, participación ciudadana, transparencia, eficacia, eficiencia y tutela administrativa efectiva.

Las consideraciones anteriores no pretenden derribar el ejercicio de la potestad reglamentaria. Los aspectos procedimentales que se introducen como instrumentos de control y la jurisprudencia que promueve el control jurídico de la potestad reglamentaria, incluso en sus aspectos discrecionales, no ha de suponer una excesiva rigidez en el comportamiento administrativo

³⁶ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A. (2007). "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos" en ALENZA GARCÍA, J. F, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A., (coords.) *Organización y Procedimientos Administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Pamplona, Aranzadi, p. 239.

³⁷ ARAGUÁS GÁLGERÀ, I. (2016). *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 31.

que rompa con la dinámica de una buena administración³⁸. Un buen empleo de la potestad reglamentaria ofrece ventajas derivadas de su flexibilidad, siempre que persiga el interés general y no comprometa los derechos e intereses de los ciudadanos en el marco constitucional de un Estado social y democrático de Derecho. Se trata de adoptar una posición equilibrada. Un ejercicio moderado de la potestad reglamentaria ayuda al poder público a dar respuesta con solidez y seguridad jurídica a nuevas realidades. El problema no surge de manera automática al valorar la potestad normativa, sino de la forma en que se ejerce: actualmente con gran intensidad y escasa calidad.

Incrementar las garantías de los ciudadanos en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria no implica burocratizar su dinámica, más bien potenciar los mecanismos jurídicos de control y responsabilidad. Así la cláusula de servicio objetivo al interés general pueda realizarse en un marco de control pleno de la actividad normativa de la Administración. Un buen ejercicio de la potestad reglamentaria no solamente aumentará la certidumbre jurídica y la calidad de vida del administrado, sino que también supondrá un alivio de las arcas públicas, pues no hay que olvidar la existencia de mecanismos de responsabilidad patrimonial ante el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria e incluso su omisión³⁹.

Entre los problemas señalados destaca con especial intensidad la sistemática motorizada⁴⁰ de la potestad reglamentaria por parte del poder ejecutivo. El exceso de producción normativa reglamentaria requiere un estudio sobre los mecanismos de control en su ejercicio y en especial, los que se derivan de su construcción como una potestad discrecional. Se expondrá a continuación el excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria.

2.4. El excesivo ejercicio de la potestad reglamentaria

La Administración mediante la potestad reglamentaria dispone de un importante poder en la organización jurídica de la sociedad, dotado de gran discrecionalidad⁴¹. La satisfacción del derecho fundamental a una buena administración en sentido amplio, en un buen gobierno, reivindica una mayor

³⁸ PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, p. 94.

³⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M., (2022). "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60.

⁴⁰ GARCÍA MEXÍA, P., RODRÍGUEZ-ARANA, J. (Dirs.), HERNANDO MASDEU, J. (Coord.), (2010). *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo CEU.

⁴¹ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988). "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.

calidad en la elaboración de normas de rango reglamentario. No es una cuestión cuantitativa, sino cualitativa.

El Portal de Transparencia de la Administración General del Estado señala en 2023 más de dos mil Decretos y Reales Decretos en vigor. El Informe de la OCDE sobre Mejora de la Regulación en Europa de 2010, en relación con España, puso de manifiesto que la actividad legislativa se ha multiplicado por diez desde la década de los ochenta del siglo pasado. De este crecimiento es particularmente culpable el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas.

Aunque se cuenta con escasa información al respecto, es notoria la sobrerregulación que se padece en España, que se desboca en el ejercicio de la actividad reglamentaria. El escenario se complica si se tiene en cuenta la configuración de España como Estado de las Autonomías, con una abundante dispersión normativa en el que no escasean cuestiones competenciales que incrementan la inseguridad jurídica. La Administración Pública en España goza de gran flexibilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria y los tribunales, aunque avanzan, tienden a convalidar la dinámica normativa de la Administración: sólo los errores más graves justifican la anulación de una norma o precepto.

La producción normativa en España es excesiva y ha creado un marco complejo, confuso y en continuo cambio. Esta mecánica regulatoria impone un marco de incertidumbre, frena el emprendimiento y eleva costes fijos a las entidades sociales y empresariales⁴². Aún más lejos, la cláusula de consecución del interés general y las habilitaciones reglamentarias imponen un marco de incertidumbre para la ciudadanía y sociedad civil que no está capacitada para absorber, aprehender y comprender. *No hay persona alguna, incluyendo los juristas más cualificados que pueda pretender conocer una minúscula fracción de esta manera inundatoria e incesante (...) entre cuyas complejas mallas hemos, no obstante, de vivir*⁴³.

La sobrerregulación, que destaca por su expansión, intensidad, pero no calidad, genera gran inseguridad jurídica. Para abordar este problema se han propuesto diversas soluciones como la simplificación normativa, la mejora de la calidad normativa, evaluación de impacto regulatorio o la revisión de la normativa existente. Todas estas opciones dependen en gran medida del establecimiento de controles ajenos a la Administración en el ejercicio de sus potestades reglamentarias. En el próximo epígrafe, de forma breve, se justificará la necesidad de controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁴² SEBASTIÁN, C. (2014). “Sobre la producción normativa en España”, Hay Derecho, acceso disponible a través de: <https://www.hayderecho.com/2014/10/21/sobre-la-produccion-normativa-en-espana/>

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999). Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Madrid, Civitas, p. 49.

2.5. El necesario control del ejercicio de la potestad reglamentaria

Se ha señalado *ut supra* como la potestad reglamentaria es la más discrecional de todas. La necesidad de controlar su ejercicio está directamente vinculada con la garantía de los derechos fundamentales de las personas y el principio de legalidad. Con su control se evita el ejercicio arbitrario del poder y asegura que las decisiones regulatorias de la Administración estén sometidas a la Constitución, la Ley y al Derecho.

El reglamento produce efectos durante su vigencia y a su amparo se desencadenan una serie de actos de aplicación, nacen nuevas situaciones jurídicas, se imponen cargas y se otorgan beneficios. Dada la gran influencia que puede tener para los administrados una actividad reglamentaria viciada, se hace fundamental reflexionar sobre sus mecanismos de control, en especial los relativos a su inherente carácter discrecional.

En tiempos de baja calidad regulatoria, en el marco de un ejercicio desordenado de la potestad normativa, los principios generales del Derecho y los estándares de buena regulación son una verdadera necesidad⁴⁴. En el siguiente capítulo se estudiará el control de la potestad reglamentaria a través de los citados principios, elementos esenciales para garantizar un efectivo control de esta manifestación de poder público.

III. EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y DE BUENA REGULACIÓN

3.1. El alcance del control del ejercicio de la potestad reglamentaria

El ejercicio de la potestad reglamentaria es una de las potestades donde la discrecionalidad administrativa se presenta con mayor intensidad. Es un poder tradicionalmente discrecional y, por ende, difícil de ser sometido al escrutinio judicial. Como eliminar la discrecionalidad es imposible, y de hacerlo, resultaría perjudicial para el interés público⁴⁵, es de especial interés el estudio y reflexión sobre los límites e instrumentos de control de la referida potestad.

El artículo 106 CE establece que los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento

⁴⁴ RODRIGUEZ-ARANA, J. (2022). "Calidad regulatoria y buena regulación", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 26, p. 302.

⁴⁵ CALLEJA PUEYO, P. (2016). "¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad?". Legal Prestigia, disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx>

de ambas a los fines que la justifican. El artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), determina que los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley. Un importante límite se encuentra previsto en el artículo 71.2 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los órganos jurisdiccionales no pueden determinar la forma en que quedarán redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar su contenido discrecional. Aun así, el respeto a la discrecionalidad tiene por frontera el control de la arbitrariedad de la Administración, prohibida por el artículo 9.3 CE.

Las entidades y organismos que tienen atribuido el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya sea por vía constitucional o legal, han de actuar con sometimiento pleno a la Constitución, la Ley y al Derecho (arts. 9.1, 97.1, y 103.1 CE) en respeto del principio de jerarquía y reserva de Ley⁴⁶. El artículo 128.2 LPACAP determina que los reglamentos no podrán vulnerar ni el texto constitucional de 1978 ni las leyes. El artículo 3 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público reconoce una serie de principios como la objetividad, participación, buena fe, confianza legítima, eficacia o efectividad entre otros. A los citados hay que sumar los de proporcionalidad, igualdad, equidad, audiencia, etc. Todos ellos, sin ánimo de ser reiterativo, deberán ser respetados por el poder público cuando despliega su actividad normadora. En este trabajo se expondrán varios de los mencionados en conexión directa con el control del ejercicio de la potestad reglamentaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) núm. 1727/2019, de 13 de diciembre expone que el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria alcanza a la observancia del procedimiento de elaboración, con respeto al principio de jerarquía normativa, de inderogabilidad singular de los reglamentos y publicidad necesaria para su efectividad. Son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial en su ejercicio, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general desde la Constitución, Ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho. Los órganos judiciales deben entrar a conocer aspectos formales y sustantivos en relación con la potestad objeto de estudio, sin entrar en los aspectos sometidos a un juicio estrictamente discrecional. El respeto a los elementos discrecionales de una decisión reglamentaria no ha de suponer ausencia de control.

¿Qué sucede con los aspectos discrecionales de la potestad reglamentaria? ¿Son éstos susceptibles de supervisión? Se ha aconsejado prudencia en el control judicial de la potestad reglamentaria, ya que *el juez debe respetar la*

⁴⁶ COTINO HUESO, L. (2007). Los reglamentos en España: la fuente del Derecho más común y quizá la más desconocida, *Revista Iusta*, núm. 26, pp. 177-202.

*discrecionalidad propia de esta potestad y no sancionarla más que cuando se compruebe su degeneración en ilegalidad o arbitrariedad. Este último caso quedará en evidencia si (...) no demuestra un equilibrio mínimo entre los intereses afectados. (...) El juez (...) deberá hacerlo con una extraordinaria prudencia, demostrando la vulneración de los derechos afectados para no sustituir la apreciación de oportunidad por la suya propia*⁴⁷. La prudencia en la labor desempeñada por el poder judicial ha de ser compatible con el control pleno de la actuación de la Administración y su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

El control de los reglamentos administrativos es una realidad, sometida a los límites derivados de una decisión naturalmente discrecional. Cabe preguntarse cuáles son los instrumentos que pueden ser utilizados para controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria y a que aspectos materiales puede alcanzar. La respuesta a esta cuestión nos la proporcionan las herramientas técnicas empleadas para el control de los actos administrativos dictados al amparo de potestades discrecionales⁴⁸. Han de ser tenidos en cuenta aspectos como la titularidad o competencia en el ejercicio de la potestad, la observancia del principio de jerarquía (respecto a la Constitución, Ley y otros reglamentos) y su inderogabilidad singular. A su vez, habrá de atender a la reserva de ley material y formal y el respeto a los principios generales del Derecho.

Los mecanismos de control de la discrecionalidad administrativa, de aplicación al ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública tratan de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta en una fuente de decisiones normativas injustificadas. La STS núm. 2726/2015, de 18 de junio argumenta que la potestad discrecional no implica *permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas*.

La discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometida, como toda potestad amparada en la discrecionalidad, a la *técnica de control de los elementos reglados, ya mediante otras técnicas (desviación de poder, control de los hechos determinantes o por los principios generales del Derecho) que permiten a este orden jurisdiccional verificar si la Administración se ha apartado de los intereses generales a los que debe servir*. Así lo recuerda la STS núm. rec. 4045/2009, de 13 de junio de 2011. Estos instrumentos de control se encuentran iluminados gracias a la doctrina de plenitud de control judicial de la Administración y están asumidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal, viviendo una constante evolución al amparo del Estado de Derecho⁴⁹.

⁴⁷ DE LA CRUZ FERRER, J. (1988). "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", Revista de Administración Pública, núm. 116, p. 65.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999). Curso de Derecho Administrativo vol. I, Madrid, Civitas, y SARMIENTO ACOSTA, M., "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁴⁹ CORDÓN MORENO, F. (2003). "Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales", Revista jurídica de Castilla y León, núm. 1, p. 150.

Se ha dicho en este trabajo que el control de la potestad reglamentaria abarca aspectos formales y sustantivos. Sánchez Morón, en relación con el control de la discrecionalidad administrativa in genere, señala una serie de límites:

- I. La potestad discrecional se encuentra reconocida para actuar ante determinadas situaciones de hecho, que han de ser reales, y pueden ser objeto de verificación.
- II. La Administración sólo puede actuar para el alcance de fines de interés público en atención a la finalidad prevista por las normas jurídicas.
- III. El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho implica que cualquier decisión discrecional es ilícita si actúa contra algún principio general del Derecho.
- IV. Los elementos de carácter organizativo y procedimental han de ser respetados,
- V. El respeto de las garantías del procedimiento es crucial cuando se ejercen facultades discrecionales.
- VI. El deber de motivación es esencial para controlar la actividad discrecional⁵⁰.

La jurisprudencia matiza de forma lenta, pero progresiva, los límites de control de los reglamentos. Ejemplo de ello es la STS núm. 414/2022, de 4 de abril en la que extiende el deber de motivación a la actividad reglamentaria, ya que *la motivación es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad (...) sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal*. La jurisprudencia avanza y busca favorecer un mayor control de la actividad reglamentaria bajo los elementos que configuran el derecho fundamental a una buena administración.

A partir de las consideraciones anteriores, se mencionan dos resoluciones judiciales que avanzan de forma notable en el control de la actividad normativa de la Administración. Me refiero a la STS núm. 622/2021, de 5 de mayo y la STS núm. 414/2022, de 4 de abril.

La primera de ellas hace referencia al alcance del control jurisdiccional en la impugnación de una disposición normativa. Éste alcanza la observancia del procedimiento de elaboración establecido en atención a las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria. Se plasma en *el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la*

⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M. (2022). Derecho Administrativo, Parte General, Madrid, Tecnos.

norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas. Para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el control judicial de la potestad reglamentaria en términos de interdicción de arbitrariedad trata de evitar que el contenido de la norma sea incongruente o contradictorio en conexión con lo que se pretende regular, con la naturaleza de las cosas o la esencia de las instituciones. Se encuentra presente un principio de razonabilidad o proporcionalidad que es clave a los efectos de estudiar el control de la discrecionalidad administrativa en los distintos ámbitos en que se despliega⁵¹.

La segunda da un paso más en la extensión del control del ejercicio de la potestad reglamentaria. En la STS de 4 de abril mencionada *ut supra* expone que la exigencia de motivación es aplicable no solo a los actos administrativos sino a la actividad reglamentaria. Los principios que se imponen para el ejercicio de la potestad reglamentaria *obligan a dar cuenta o justificar la finalidad y contenido de la norma*. La motivación deberá hacerse presente en el procedimiento de elaboración de la norma con especial relevancia a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo y posteriormente trasladada a la Exposición de Motivos.

El control del ejercicio de la potestad reglamentaria ha de ir más allá de los trámites específicos para su aprobación. Ha de ser sometido a consideración el contenido y métodos instrumentales para su efectividad, con inclusión de las decisiones discrecionales que en ella se enmarcan⁵².

Se expondrá en el capítulo siguiente a partir de estas consideraciones, el control del ejercicio de la potestad normativa de la Administración. Se abordará desde dos puntos de vista: el que ofrecen los principios generales del Derecho y los principios de buena regulación previstos en los artículos 129 y siguientes de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia española reconoce, se ha dicho, el carácter instrumental de estos principios en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria. Sirva a modo de ejemplo y junto a la jurisprudencia ya citada, la STS núm. 1717/2019, de 13 de diciembre. El sometimiento a la Ley y al Derecho, junto con los principios generales, pueden ser objeto de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa en aplicación de los artículos 103 y 106 CE, 9.4 (LOPJ) y el artículo 1 y 71 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁵¹ HERCE MAZA, J. I. (2017). “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública”, *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 11, pp. 245-270.

⁵² BASSOLS COMA, M. (2008). “El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, p. 48. PONCE SOLÉ, J., (2003). “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, p. 94.

Aun así, hasta hace unos años, el Tribunal Supremo mantuvo una posición tibia consistente en la deferencia y comprensión hacia los defectos, omisiones y vulneraciones formales en el ejercicio de la potestad reglamentaria. *El control de los reglamentos administrativos ha sido insuficiente, mal definido y mal aplicado por la jurisprudencia hasta fechas relativamente recientes*⁵³. Los principios generales del derecho y de buena regulación son instrumentos que, bien utilizados, contribuyen al control pleno de la actividad normativa de la Administración.

Aunque el control del poder normativo de la Administración avanza *adagio*, se han dado pasos relevantes en favor del control pleno de la Administración en el ejercicio de sus poderes reglamentarios. La jurisprudencia puede apoyarse en los principios generales de Derecho a partir de la flexibilidad que ofrecen para continuar desarrollando una dinámica abierta y completa de control judicial en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

3.2. El papel de los principios generales del derecho en el control del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración Pública

La aproximación a los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser abordada de dos maneras comprendidas en sentido amplio. El positivismo más radical considera que no tiene más sentido que el de reconocer en términos abstractos, reglas expresadas en el sistema normativo. Un positivismo abierto que reconoce la existencia de una cultura universal basada en el Estado de Derecho, otorgará un papel central porque son garantes de que el Estado de Derecho sea una realidad. Son elementos basales del Ordenamiento, columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas⁵⁴.

Aunque ciertas líneas del positivismo legalista han tratado de reducir el valor de los principios generales del Derecho, éstos son fundamentales para garantizar la plenitud hermenéutica del ordenamiento⁵⁵. Larenz ya advirtió que el margen de la potestad discrecional concedido a la Administración está siempre limitado, ya sea por la ley que restrinja la potestad o por las barreras que resultan de la Constitución y de los Principios Generales del Derecho⁵⁶.

Los principios generales del Derecho han sido definidos por nuestro Alto Tribunal como la *atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxí-*

⁵³ SARMIENTO ACOSTA, M. "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos" 2011/12, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁵⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008). Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, A Coruña, Netbiblo, pp. 58 y 59.

⁵⁵ HERCE MAZA, J. I. (2017). "La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública", Anuario Jurídico Villanueva, núm. 11, pp. 245-270.

⁵⁶ LARENZ, K. (2010). Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, p. 291.

geno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas (...) y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho. Así lo expuso la STS de 18 de febrero de 1992, que versó sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia urbanística. En ella se reconoció el papel trascendental de los principios en esta disciplina. El Derecho administrativo es el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los citados⁵⁷.

El Estado tal y como está configurado en nuestro texto constitucional, está vinculado al Derecho, a sus valores materiales y principios generales⁵⁸. En atención a estos principios, los elementos materiales de la actividad reglamentaria objeto de reflexión son fiscalizables por los órganos judiciales. El Estado material de Derecho reclama y exige un control jurídico pleno de cualquier reglamento dictado por la Administración⁵⁹. La actividad normativa de la Administración ha de ser compatible con el estricto Derecho positivo y los principios generales del Derecho administrativo en el orden constitucional y legal. Los principios, recuerda la STS de 19 de noviembre de 2008, son un mecanismo de control en su doble función legitimadora y de integración del Ordenamiento, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad que inspiran el Ordenamiento.

Estos principios en la realidad jurídico-administrativa operan como límites al poder reglamentario por parte de la Administración. En la medida en que estos principios son causa o fuente del Ordenamiento, su violación es ilegítima. Para el Consejo de Estado francés, un reglamento que conculca un principio tiene la misma invalidez que si hubiera conculcado una norma legal⁶⁰. Aquellos son normas de obligado cumplimiento para el poder reglamentario y la autoridad administrativa, que se matizan mediante una tarea constructiva de la jurisprudencia llevada a cabo por motivos superiores de Justicia para salvaguardar derechos individuales de los ciudadanos⁶¹. Los principios generales del Derecho tienen una notable fecundidad en aras de alcanzar una justicia material acorde con el Ordenamiento jurídico⁶². En el espacio que ofrece el Ordenamiento jurídico son una gran herramienta para promover con flexibilidad un incremento en los estándares de exigencia a los poderes públicos en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁵⁷ CASSAGNE, J. C. (2016). Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Madrid, Reus, p. 79.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Madrid, Civitas, p. 91.

⁵⁹ SARMIENTO ACOSTA, M. (2011/12) "El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos", Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, núm. 16-17, p. 196.

⁶⁰ CASSAGNE, J. C. (2016). Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo), Madrid, Reus, pp. 102-103.

⁶¹ LETORNEUR, M. (1951). "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", Etudes et Documents du Conseil d'Etat, núm. 3.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", Revista de Administración Pública, núm. 30.

La vulneración de los límites formales y materiales puede ser atajado mediante las técnicas usuales estudiadas por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad administrativa, en la medida en que los reglamentos son una manifestación de ella⁶³. Los principios generales del Derecho actúan como límites sustanciales al ejercicio de la potestad reglamentaria y condicionan su validez⁶⁴. Son una *conditio sine qua non* para que el enfrentamiento del poder público con los administrados pueda discurrir por cauces de verdadera Justicia⁶⁵.

A continuación, se realizará una exposición de los principios generales del Derecho más relevantes que contribuyen al control material de la actividad normativa de la Administración. Toda vez se hayan sido señalados, se hará referencia expresa a los principios de buena regulación, actualmente regulados en la LPACAP. Exponer todos en este trabajo sería una tarea que excedería en extensión el ámbito del presente estudio, por lo que se han seleccionado algunos de los más importantes. *Ut infra* se comprobará que no se comprenden de manera aislada los principios, sino que conectan entre ellos a la hora de examinar la conformidad a Derecho de una norma de rango reglamentario. Es por este motivo por el que la mayoría se exponen en conexión directa con otros.

3.2.1. *El principio y derecho fundamental a una buena administración*

El principio y derecho fundamental a una buena administración se concreta en el Derecho positivo. Está previsto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su configuración permite entrar en el fondo de la discusión sobre la calidad de los reglamentos mediante el control del ejercicio de la discrecionalidad de la potestad reglamentaria⁶⁶. La STS de 15 de octubre de 2010 reconoce que el derecho de los ciudadanos a una buena administración *es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Este derecho se encuentra íntimamente ligado a la potestad reglamentaria.

La STS núm. 4057/2010, de 17 de julio vincula directamente el deber de buena administración con el contenido de la Memoria Económica de un

⁶³ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado, pp. 314-315.

⁶⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). Sistema de Derecho Administrativo, Vol. 1., Navarra, Aranzadi, p. 672.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, Madrid, Civitas, p. 40.

⁶⁶ PONCE SOLÉ, J. (2003). "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", Revista de Administración Pública, núm. 162, p. 94.

reglamento. El derecho fundamental en cuestión *cobra todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva.* Es un deber de la Administración concretar la carga económica que supone una norma tanto a la sociedad como a los afectados directos por la misma. La buena configuración del expediente administrativo y de las memorias pertinentes son una manifestación del principio de buena administración en la actividad normativa del poder público.

El derecho fundamental a una buena administración, como concepto omnicompreensivo de la realidad administrativa⁶⁷, imbuye a todo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Su influencia está presente en la medida en que, como concepto amplio de sólidos fundamentos, orienta el quehacer público al permanente servicio de los intereses generales. La jurisprudencia tiende a ligar el derecho a una buena administración con los principios generales del derecho administrativo en el control de la actividad normativa de la Administración. Así las cosas, la Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), núm. 114/2020, de 8 de junio, reconoce como el Tribunal Supremo tiende a ligar el deber de motivación de la decisión reglamentaria con la buena administración.

El profesor García de Enterría señaló que era una conducta de la Administración más que censurable la omisión de datos suministrados por los interesados en el momento de fijar los supuestos de hecho del que parte el ejercicio del poder discrecional. Mostrar a la ciudadanía esa información es, a juicio del profesor, un componente del deber de buena administración o *abitrium boni administrationis*. Dentro de lo que se ha calificado como arbitrariedad reglamentaria destacan aquellos aspectos que conculquen los estándares de buena administración⁶⁸. La fuerza de este derecho fundamental alcanza a su actividad normativa en sentido formal y sustantivo.

La Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de actuar en permanente servicio de los intereses generales, con objetividad y bajo los criterios de necesidad y proporcionalidad. La buena administración introduce una determinada manera de ver la relación Administración-Ciudadano, y orienta la aplicación de los principios generales y de buena regulación en la actividad normativa de los poderes públicos, a partir del principio de maximización de la dignidad humana.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I. (2019). “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. ext., p. 40.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, pp. 131-166.

3.2.2. Principios de legalidad y reserva de ley

Uno de los grandes problemas en relación con las fuentes del Derecho en el Ordenamiento jurídico-administrativo se refiere a las relaciones entre los productos normativos del Parlamento y del poder ejecutivo. En buena medida trata de los problemas materiales de su delimitación⁶⁹. Los problemas de distribución de ámbitos materiales entre la ley y el reglamento tratan de ser resueltos mediante los principios de jerarquía y reserva de ley. Ésta última exige una ley previa para la actuación de la potestad reglamentaria⁷⁰. Con independencia de que sean reservas de Ley ordinaria u orgánica (STC 77/1985, de 27 de junio), actúa como un límite al ejercicio de la potestad reglamentaria.

El Auto del Tribunal Supremo núm. 11315/2022, de 14 de julio, recuerda que este principio es una garantía que implica que los ciudadanos *pueden tener la confianza en que las materias sometidas a reserva de Ley sólo serán reguladas mediante Ley, sin que quepan regulaciones meramente deslegalizadoras*. El principio de reserva de ley supone que la intervención reglamentaria se ha de limitar a aspectos auxiliares y complementarios. No puede consistir en una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. El Reglamento se comprende y justifica a partir de un texto legal que lo habilita.

El artículo 53.1 CE establece una reserva de ley en relación con los derechos fundamentales de la persona humana. Éstos solo podrán ser regulados por ley y en respeto de su contenido esencial. Junto con esta previsión numerosas cláusulas de reserva de ley se encuentran en el texto constitucional. La abundancia de estas remisiones conduce a Muñoz Machado a resaltar que están reservadas la totalidad de las decisiones esenciales que, de cualquier manera, están atribuidas a los poderes públicos, sea cual sea la materia a la que se refieran⁷¹.

La STC 83/1984, de 24 de julio señala que la colaboración entre la ley y el reglamento se encuentra sometida a importantes limitaciones. Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben restringir el ejercicio de dicha potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o la Ley. No cabe, como señala la STC 112/2006, de 5 de abril, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas. La regulación del reglamento ha de consistir en complementar aspectos instrumentales o regular cuestiones de detalle (STC núm. 99/1987, de 11 de junio).

⁶⁹ RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J. (1996). "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones", *Autonomías*, núm. 21, p. 268.

⁷⁰ TORNOS MÁS, J. (1983). "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, p. 471.

⁷¹ MUÑOZ MACHADO, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado.

La reserva de ley se manifiesta en múltiples dimensiones, entre las que cabe destacar su papel en el desarrollo del Derecho administrativo sancionador. La STS núm. 2599/2021, de 30 de junio recuerda que cabe que un Reglamento ejecutivo sea llamado por la Ley para integrar o completar la regulación, siempre y cuando la remisión al Reglamento no suponga deferir a la normación administrativa el objeto reservado. No cabe que las remisiones sean tan vagas o abiertas que hagan posible una regulación independiente o no claramente subordinada a la Ley. La colaboración entre Ley y reglamento a la hora de tipificar infracciones administrativas es admisible siempre que la ley determine los elementos esenciales de la infracción. Al Reglamento solo le corresponde concretar los aspectos habilitados y determinados por la legislación.

El exceso *ultra vires* de la potestad reglamentaria, en caso de ser reconocida, implica la expulsión del Ordenamiento jurídico del precepto en cuestión. La colaboración reglamentaria en normativa sancionadora sólo es lícita cuando en la ley quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, así como la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. En este sentido es claramente ejemplificativa la STC núm. 3/1998, de 21 de enero.

Un correcto ejercicio de la potestad reglamentaria se ha de mantener dentro de los límites previstos en la reserva de ley, recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, STSJ) de Granada, núm. 4481/2021, de 21 de abril. En la citada resolución, se puso de manifiesto que la Administración autonómica ejerció su potestad reglamentaria definiendo límites acústicos objetivos y medibles, creando seguridad jurídica donde existía un margen previo de subjetividad. En este caso el desarrollo de una norma de rango reglamentario contribuyó a incrementar el grado de seguridad jurídica y previsibilidad de la actuación de la Administración.

El principio de reserva de Ley en el Derecho administrativo contemporáneo no está exento de polémica. Ya no por las sentencias en las que se resuelve de forma concreta la legalidad o ilegalidad de un reglamento en atención a la reserva de ley y las remisiones reglamentarias, sino por la proliferación de las que han sido llamadas leyes principales⁷².

La disminución de la precisión de las cada vez más abundantes normas de rango legal, basadas muchas de ellas en principios, implica un aumento de la discrecionalidad de los órganos encargados de desarrollar y ejecutar dichas normas⁷³. Destacan entre ellas aquellas que se limitan a establecer

⁷² MELERO ALONSO, E. (2004). "La flexibilización de la reserva de ley", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10.

⁷³ ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. (1990). "La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración, Anuario de Filosofía del Derecho, nueva época, tomo VII, pp. 107-130.

objetivos, otorgando un poder cada vez mayor a los órganos encargados de su desarrollo y ejecución⁷⁴.

En cualquier caso, la STC núm. 99/1987, de 11 de junio, señala que no cabe transferir la facultad de establecer reglas limitativas al titular de la potestad reglamentaria sin fijar siquiera los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir. Solo la Ley es la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, por lo que el Reglamento no debe ni innovar ni sustituir la disciplina legislativa.

La reserva de Ley como manifestación del principio de legalidad actúa como un límite de la potestad reglamentaria, que no podrá regular *ex novo* aspectos que deben ser abordados por la legislación. Este aspecto ha de ser tenido en cuenta en todo caso, incluso cuando nos encontremos ante leyes principales. Es un principio que funciona como un mecanismo de control en el ejercicio de la fuerza normadora de la Administración Pública directamente vinculado a la cláusula del Estado de Derecho.

3.2.3. Principio de irretroactividad de los reglamentos

La irretroactividad de las normas de rango reglamentario no es una cuestión sencilla. El punto de partida es la regla de la irretroactividad como manifestación del principio de seguridad jurídica⁷⁵, aunque esta regla se flexibiliza en función de la intensidad de la regulación. Los reglamentos quedan parejos a la ley en este aspecto cuando nos encontramos ante disposiciones sancionadoras *in peius* y la interdicción de retroaccionar en aquellos casos en los que se restringen derechos individuales, sin alcanzar al resto de limitaciones que pueden ser predicadas de los reglamentos⁷⁶.

La irretroactividad *in peius* es consecuencia del principio de legalidad que ha de atender al artículo 103.1 CE y al artículo 47 LPACAP. La piedra de toque en la actualidad son los derechos adquiridos. *Ut infra* se expondrán sentencias relevantes sobre la materia que ayudan a matizar sus límites y contornos. La jurisprudencia distingue distintos grados de retroactividad, sin estar todos ellos prohibidos. La interdicción de la retroactividad no se configura como un principio absoluto (STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 2001).

El Tribunal Constitucional en la STC de 99/1987, de 11 de junio, ha establecido que la irretroactividad solo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, fu-

⁷⁴ MELERO ALONSO, E. (2004). “La flexibilización de la reserva de ley”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10.

⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1963). “El procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general”, Revista de Administración Pública, núm. 40, p. 29

⁷⁶ REBOLLO PUIG, M. (1991). “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno, Revista de Administración Pública, núm. 125.

turos, condicionados y meras expectativas. Solo cabe afirmar que una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas. Una posición contraria implicaría la congelación del Ordenamiento jurídico. No hay retroactividad proscrita si una norma regula *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, tal y como es descrito por la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

La STS de 22 de enero de 2009 distingue los distintos grados de retroactividad de una norma jurídica, incluidas las de rango reglamentario. Las disposiciones que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad suponen una retroactividad de grado máximo que se encuentra prohibida. Si pretenden incidir sobre situaciones jurídicas actuales aun no concluidas, nos encontraríamos ante un supuesto de retroactividad impropia o de grado medio. En este caso su valoración dependería de su ponderación con los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y las circunstancias del caso concreto. La STC núm. 42/1986 hace referencia también a la retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anular efectos *ex novo* a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, que es aceptada pacíficamente como retroactividad impropia.

La impugnación de una norma reglamentaria de irretroactividad suave construida únicamente bajo el argumento de la interdicción de la retroactividad de las normas emitidas por la Administración Pública es una apuesta arriesgada, pues conviene que esté vinculada a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Como se ha expuesto en líneas anteriores los principios generales del Derecho en el control de la potestad reglamentaria no han de ser entendidos de forma aislada, sino sistemática. Una visión integrada de los principios facilita el control de la Administración.

La STC núm. 126/1987 recuerda que ha de ser examinada la importancia cuantitativa de la modificación operada por la norma aplicada retroactivamente, su previsibilidad y la finalidad que se persigue. Cuando se conozca de la impugnación de Ordenanzas Fiscales, ha de ser valorada la posición central o marginal que ocupa el tributo.

La Administración Pública tiene la potestad de modificar sus disposiciones reglamentarias y dar efecto retroactivo a sus disposiciones siempre que *no se alteraran, lesionaran o desconocieran derechos creados al amparo de disposiciones anteriores* (STSJ de Islas Canarias, núm. 42/2002, de 28 de enero). Las normas reglamentarias no pueden aplicar un efecto retroactivo sin que el legislador lo haya previsto así de forma expresa, en virtud de la protección de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Incide la STSJ de Cantabria de 13 de octubre de 2001 en que, *si la retroacción de las leyes puede admitirse en ciertos casos, la de los reglamentos debe rechazarse sin previa ley que la permita de manera expresa*. Que una norma jurídica de rango reglamentario pretenda resolver problemas reales no implica que el modo

de resolverlo sea otorgar efectos retroactivos sin habilitación legal previa (STS de 28 de enero de 1995).

El principio de irretroactividad de los reglamentos no tiene carácter absoluto. Ha de ser examinada la intensidad de la retroactividad a partir de las distintas gradaciones que delimita la jurisprudencia. En todo caso, conviene vincular la irretroactividad con los principios de confianza legítima y seguridad jurídica para garantizar un control pleno de la disposición a debate por parte del órgano judicial.

3.2.4. *Principio de interdicción de la arbitrariedad y deber de motivación*

El artículo 9.3 CE establece como principio la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Sus efectos se extienden a la actividad normativa de la Administración Pública. Cuando se hace referencia a arbitrariedad, no se expresa un juicio sobre la ética personal del autor del reglamento, sino sobre el uso de los poderes administrativos objetivamente considerados (apreciación falsa de hechos, ruptura del principio de igualdad, etc.). No que queda acotado a las citadas formulaciones, pues está lleno de potencialidades⁷⁷ y puede ser considerado a partir de una perspectiva amplia.

El contenido de la norma reglamentaria que incurre en arbitrariedad, según la STS núm. 2930/2018, de 17 de julio, ha de ser incongruente o contradictoria con la realidad que se pretende regular, con la naturaleza de las cosas o la esencia de las instituciones. Al órgano judicial le corresponde examinar la coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero nunca entrará en los distintos intereses que subyacen en el conflicto. La interdicción de la arbitrariedad, configurada sobre la carencia de razón, se opone a la idea de discrecionalidad. La arbitrariedad, en los términos que afirma la STS de 13 de julio de 1984 no tiene motivación respetable, sino la conocida *sit pro ratione voluntas*. Está configurada únicamente sobre el arbitrio del regulador, y carece de cualquier sustrato objetivo.

La operatividad práctica del principio de interdicción de la arbitrariedad en el control de la potestad reglamentaria requiere un especial esfuerzo probatorio del recurrente por imperativo de la doctrina constitucional⁷⁸. En la STS núm. 2930/2018, de 17 de julio, se pone de manifiesto como los órganos judiciales exigen para apreciar la existencia de arbitrariedad elementos objetivos como estudios técnicos o elementos objetivamente establecidos que demuestren error o arbitrariedad en la valoración de los hechos por

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30, p. 163.

⁷⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. 1., Navarra, Aranzadi, p. 673.

parte de la Administración. No es suficiente en sede jurisdiccional la formulación de meras alegaciones que critiquen o se muestren disconformes con la norma reglamentaria en cuestión.

No incurre una norma reglamentaria en arbitrariedad cuando el recurrente cuestiona sus preceptos por incluir criterios distintos de sus propias apreciaciones. La STS núm. 3119/2019, 7 de octubre, reflexiona sobre las alegaciones de un recurrente que *se limita a echar en falta la justificación precisa de los ajustes establecidos, sin valorar suficientemente que la propia norma señala los principios y criterios que la informan y precisa el alcance de tales ajustes razonadamente, estableciendo y precisando los correspondientes parámetros que la parte cuestiona, no en razón de la infracción de concretos preceptos que impongan otros distintos, sino de sus propias apreciaciones, que además resultan manifiestamente infundadas*. Las meras apreciaciones subjetivas que contradigan el criterio adoptado por la Administración no son suficientes para derribar una norma de rango reglamentario, en tanto en cuanto aquélla ejerce el legítimo ejercicio de una facultad conferida por el Ordenamiento jurídico, que es la potestad reglamentaria, de naturaleza discrecional.

La existencia de intereses discrepantes entre un recurrente y la Administración no supone la anulación de la norma controvertida. La SAN 3227/2019, de 17 de julio determina que no procede declarar la invalidez del reglamento por razón de la preferencia de intereses que refleja la disposición, salvo que suponga una infracción del Ordenamiento jurídico, aunque sea en el sentido institucional. La diferencia de criterios no es justificativa de la arbitrariedad, y es que, en el caso que enjuicia la SAN citada *ut supra*, *el efecto distorsionador en los sujetos obligados, que invoca la parte recurrente, no determina la anulación de la Circular si ello no constituye alguna infracción el ordenamiento jurídico, en los términos expuestos, sin que sea suficiente a estos efectos sostener un criterio diferente por ser más beneficioso a los intereses de la parte recurrente, que es en definitiva lo que ocurre en el presente caso*.

Los órganos judiciales verifican si se han cumplido los cánones de motivación a los efectos de verificar una eventual existencia de arbitrariedad. La STS núm. 757/2022, de 15 de junio, vincula la interdicción de la arbitrariedad con el deber de motivación. La motivación es garantía de la propia legalidad, ya que incluso la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal, que puede justificar la anulación de la norma reglamentaria. Un defecto de motivación en el ejercicio de la potestad reglamentaria y una insuficiente construcción del expediente administrativo puede generar presunción de arbitrariedad en sede jurisdiccional.

Cuando los poderes públicos han construido adecuadamente el expediente, la jurisprudencia, sirva a modo de ejemplo la STS de 22 de junio de 2004, tiende a validar el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así las cosas, *cabe desestimar que se haya acreditado que la norma reglamentaria impugnada carezca de motivación o de razón suficiente para su adopción, o que sean insuficientes los*

estudios previos, o los informes preceptivos evacuados, que constituyen, según tiene declarado esta Sala del Tribunal Supremo, cánones válidos para enjuiciar la conformidad a Derecho de las disposiciones generales.

La STS núm. rec. 171/2012, de 21 de mayo de 2013 examina la supuesta arbitrariedad de una Disposición Adicional de un Real Decreto. En concreto el Juzgador considera que la ausencia en el expediente administrativo de informes que justifiquen la exclusión prevista en ese precepto supone que carece de la más mínima motivación exigible en el actuar administrativo. El Alto Tribunal manifiesta que: *en el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria, no puede hacer sin más lo que a ella le plazca, sino que su actuar debe estar motivado, fundamentado y justificado, más aún cuando se trata de eliminar derechos reconocidos a los ciudadanos, y nada de ello aparece en el expediente. Así pues la falta absoluta de motivación y justificación de que adolece la citada disposición determina su nulidad por la manifiesta arbitrariedad en que ha incurrido la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el aspecto señalado.*

3.2.5. Principios de jerarquía y coherencia

El principio de congruencia supone que la decisión discrecional ha de guardar coherencia con los hechos, la realidad que integra su presupuesto y los criterios generales de la norma superior. La STSJ de Cataluña núm. 609/2023, de 20 de febrero determina que una decisión discordante en la solución elegida con los criterios generales de la norma superior resulta viciada por infringir el Ordenamiento jurídico. En estos casos no corresponde al órgano judicial enjuiciar la corrección de una regulación de una materia más allá de una posible infracción del Ordenamiento jurídico.

Se vulnera el principio de congruencia o coherencia en aquellos casos en los que se produce una extralimitación del reglamento en relación con la norma que le proporciona cobertura. La STS núm. rec. 3635/2010, de 26 de marzo de 2014, que conoce de la impugnación de la Orden ITC/3315/2007, considera que ésta descansa en su práctica totalidad sobre un presupuesto jurídicamente inadecuado. En lugar de desarrollar en sus propios términos su norma de cobertura, *trato de ampliar su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo y extendió —sin la debida cobertura— las categorías de aquél a fenómenos económicos y jurídicos diferentes.* La inadecuación no se justifica por la buena voluntad de la Administración ni por la supuesta coherencia desde la perspectiva económica que pudiera tener la ampliación, que no estaba prevista.

La coherencia conecta con el principio de jerarquía y a los principios de buena regulación. La STS 3560/2022 de 6 de octubre afirma que es exigible una mínima y suficiente calidad jurídica, que se traduce en la coherencia exigible no sólo interna, sino también entre los distintos niveles normativos reguladores en atención a las previsiones de la ley. La STS núm. 1617/2017, de 25 de octubre enjuicia la impugnación de unos preceptos de rango re-

glamentario que supuestamente se referían a una actividad diferente de la que caracterizaba a un grupo de profesionales. El Alto Tribunal vincula la coherencia también con los principios de interdicción de la arbitrariedad y razonabilidad: no existe una falta de vinculación con la normativa *correspondiente a las ayudas del cine, pues se trata de regímenes materialmente relacionados entre sí, de manera tal que la regulación de las obligaciones de promoción de la obra europea (...) se encontraba incluida en la normativa sobre el cine. (...) cabe descartar la quiebra del principio de jerarquía normativa y de interdicción de la arbitrariedad en la medida que la Ley General de Comunicación Audiovisual remite a un ulterior desarrollo reglamentario la determinación de las singulares condiciones (...)*. El órgano judicial considera que, dentro de ese amplio margen de determinación, el Real Decreto impugnado incluye la remisión a una normativa contemplada para las subvenciones de las películas, que guarda conexión material con el contenido del citado Real Decreto. Es por este motivo por el que el principio de coherencia se ve respetado.

La coherencia también se proyecta en relación con la constatación de los hechos que justifican la adopción de una determinada reglamentación y con su motivación. La STS núm. rec. 593/1995 y 595/1995, de 12 de mayo de 1999 vincula la congruencia de la norma con la realidad sobre la que se proyecta. *Sin perder de vista el condicionamiento general de la revisión jurisdiccional del ejercicio de la potestad reglamentaria a la que acaba de hacerse referencia, debe tenerse en cuenta que la Exposición de Motivos (...) señala: “Asimismo, se establecen en el artículo 3 y en la disposición transitoria única de este Real Decreto determinadas medidas para el acceso a la formación médica con independencia de la fecha en que se hubiera obtenido la licenciatura, a fin de lograr una utilización más completa de las plazas disponibles”*. Contempla una situación que resulta real y que ha sido denominada “bolsa histórica” de médicos sin especialidad que no han podido acceder a la correspondiente titulación por carencias o insuficiencias en la oferta de plazas con respecto al número de licenciados en las Facultades de Medicina. Esa realidad se considera suficientemente probada a partir de los estudios estadísticos elaborados por la Administración y que forman parte del expediente Administrativo. En este sentido la norma jurídica trata de solventar un problema real a través de un mecanismo, el de la potestad reglamentaria, en respeto del orden jurídico vigente.

La norma reglamentaria ha de ser congruente con el espíritu de la institución que trata de regular. El Tribunal Supremo en su Sentencia núm. rec. 14/2004, de 3 de marzo de 2006, anula un Reglamento por, entre otros motivos, ser incompatible con la efectiva realización de la tutela judicial efectiva. El Reglamento impugnado se traduce, según el Alto Tribunal, *es unos módulos de dedicación que se otorgan a los diferentes asuntos tramitados por los distintos órganos jurisdiccionales (...) optándose por un criterio cuantitativo, no siempre generador ni respetuoso por su propia naturaleza con las exigencias propias de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva sin generar indefensión*. Esta supuesta incoherencia se acredita en la medida en que en el expediente de tramitación no hay

constancia documentada de estudios, informes, valoraciones o aproximaciones que justifiquen con precisión razonable los criterios que llevan a fijar los distintos módulos.

Los principios de jerarquía y coherencia actúan en muchas ocasiones de forma conjunta. El principio de coherencia obliga a que la norma reglamentaria sea coherente con la realidad que regula, los hechos y criterios generales de las normas de rango superior, incluidas las extralimitaciones normativas. La infracción del principio de congruencia con una norma superior implica la ruptura con el principio de jerarquía. Los órganos judiciales si detectan que se producen este tipo de discordancias, anulan las disposiciones incoherentes bien con la realidad, bien con el Ordenamiento jurídico.

3.2.6. *Principio de buena fe y confianza legítima*

La buena fe es un principio jurídico que limita el ejercicio de un derecho subjetivo o de un poder jurídico. La buena fe se basa en la legítima confianza de los administrados y alcanza distintas dimensiones. Protege de la Administración cuando ésta actúa contra sus actos propios, se ampara en sus propios errores, en su conducta equívoca o maliciosa o abusa de sus prerrogativas⁷⁹. La buena fe tiene una especial relevancia al controlar a la Administración cuando ejerce potestades discrecionales⁸⁰. Resulta razonable que el Poder Público deba observar el principio de buena fe en sus relaciones, lo que supone que tiene el deber de inspirar confianza en el ejercicio de su potestad reglamentaria, lo que a su vez justifica la configuración del principio de confianza legítima⁸¹.

El principio de buena fe, según lo expuesto por la STS núm. rec. 257/2009, de 22 de diciembre de 2010, en el ámbito regulatorio, protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado el comportamiento ajeno, e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Se exige un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos.

La aplicación del principio de buena fe, que se ha extendido a las normas reglamentarias⁸², no impide que el titular de la potestad reglamentaria introduzca cambios y modificaciones en el Ordenamiento jurídico vigente. La

⁷⁹ SAINZ MORENO, F. (1979). “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 89.

⁸⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1983). “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”, *Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como académico de número*.

⁸¹ MEILAN GIL, J. L. (2011). La argumentación en el contencioso-administrativo, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade A Coruña*, núm. 15.

⁸² MUÑOZ MACHADO, S. (2016). “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 141 y ss.

STS núm. 816/2019, de 13 de junio reconoce que el principio de buena fe y confianza legítima permiten que la Administración introduzca cambios y modificaciones en el régimen jurídico de las energías renovables, dentro del respeto del límite de la rentabilidad razonable.

Los requisitos para apreciar la existencia de confianza legítima son señalados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 2016, en virtud de la cual expone: (...) *requiere, en definitiva, de la concurrencia de tres requisitos esenciales. A saber, que se base en signos innegables y externos (1); que las esperanzas generadas en el administrado han de ser legítimas (2); y que la conducta final de la Administración resulte contradictoria con los actos anteriores, sea sorprendente e incoherente (3).* (...)

El Tribunal Supremo acota los límites en la aplicación del principio de confianza legítima y lo vincula con el principio de buena fe y la prohibición de la actuación contra los actos propios. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2010 recuerda lo siguiente: *el principio de la buena fe protege la confianza legítima que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”.*

La aplicación de este principio devenga efectos de mayor intensidad en la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han recordado que estos principios no permiten establecer una congelación del Ordenamiento jurídico positivo (STC núm. 182/1997, de 28 de octubre y STS núm. 2727/2018, de 12 de julio). Se ha llegado a afirmar incluso que el principio de confianza legítima en conexión con el principio de legalidad también opera como un principio en favor de la validez de la norma reglamentaria⁸³.

3.2.7. Interdicción del enriquecimiento injusto

La prohibición del enriquecimiento injusto es un principio general del Derecho de aplicación en el Derecho administrativo. La jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo aplica la figura del enriquecimiento injusto especialmente proyectado a la Administración Pública, aunque tiene una operativa bidireccional en áreas como la contratación administrativa.

⁸³ AGOUES MENDIZABAL, C. (2017). “La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos”, Conferencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

Se ha aceptado como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria⁸⁴. Así lo recuerda la STS núm. rec. 154/2001, de 25 de noviembre de 2002.

Para la valoración de la existencia de un enriquecimiento injusto de la Administración se aplican los criterios de la jurisprudencia civil. Es tenido en cuenta en aquellas situaciones en los que un particular supuestamente empobrecido reclama un enriquecimiento sin causa de la Administración. No todo incremento patrimonial del poder público derivado de una norma reglamentaria supone un enriquecimiento indebido en perjuicio de un particular.

La STSJ de Andalucía, núm. 837/2015, de 1 de octubre recuerda los elementos que han de concurrir para que tenga lugar esta situación ilícita, objeto de control en sede judicial en relación con la potestad reglamentaria: i) ha de producirse un enriquecimiento, constituido por cualquier atribución o ventaja patrimonial abocada a producir efectos definitivos, ii) el empobrecimiento de quien reclama, ha de ser pecuniariamente apreciable, entendido en su más amplio sentido si no proviene directamente del comportamiento de quien lo sufre, iii) una relación causal entre el empobrecimiento y enriquecimiento, iv) falta de justificación del enriquecimiento y correlativo empobrecimiento. Es fundamental atender al expediente administrativo y a la justificación de los preceptos impugnados, pues la cláusula de consecución del interés general pudiera servir como salvaguarda ante eventuales situaciones de posible enriquecimiento injusto de la Administración.

Adquiere especial relevancia este principio en materia tributaria. La STS núm. rec. 1298/1998 de 11 de febrero de 2003, que conoce de la impugnación de las órdenes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, valora que el carácter voluntario de la modalidad de estimación objetiva por signos, índices o módulos aprobados (que puede ser abandonado por voluntad del contribuyente) por las órdenes sometidas a consideración y la existencia de diversos métodos para la recuperación de ingresos indebidos. Estas circunstancias impiden apreciar el enriquecimiento injusto de la Administración.

La STSJ de Madrid, núm. 1226/2010, de 17 de junio, conoce de la impugnación de una serie de preceptos de la Ordenanza de Diseño y Gestión de Obras en Vía Pública del Ayuntamiento de Madrid. En este caso aprecia la existencia de un enriquecimiento injusto, dado que *la demandante afirma que resulta manifiestamente contrario a Derecho el precepto objeto de impugnación por cuanto legitima un enriquecimiento injusto (...) a favor de la Administración, que percibe un incremento patrimonial o evita un gasto, al tiempo que el particular que realiza los trabajos o prestaciones para la Administración experimenta un correlativo empobrecimiento o disminución en su patrimonio (...) que se materializa en el hecho de que las compañías (...) estén obligados a construir galerías de servicio a su costa (...) y tras asumir el importe (...) se vean obligados a cederlas al consistorio sin con-*

⁸⁴ REBOLLO PUIG, M. (1995). El enriquecimiento injusto de la Administración Pública, Madrid, Marcial Pons, p. 92.

traprestación alguna (...) debiendo pagar por el aprovechamiento de esas galerías. El órgano judicial considera la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que el Consistorio en virtud de esa norma se apropia sin más de la inversión realizada por terceros, cobrando además una tasa a aquellos.

El Tribunal Supremo en su STS de 12 de noviembre de 2008 ha llegado a vincular la inactividad reglamentaria con el enriquecimiento injusto. La inactividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria puede constituir una legalidad omisiva controlable cuando ese silencio determina la creación de una situación jurídica contraria a Derecho, como es el enriquecimiento injusto.

Se ha relacionado esta figura con el principio de retroactividad en el ejercicio de la potestad objeto de estudio. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ávila, en su Sentencia núm. 23/2001, de 27 de febrero, en la que conoce de la impugnación de una norma reglamentaria retributiva expone lo siguiente: *la remisión retroactiva resultaba obligada por criterios de los más elementales principios de justicia y equidad, y concretamente, para evitar un enriquecimiento injusto en manos de la Administración de Justicia a costa de los Titulares del Poder Judicial, —que es una prohibición dimanante de un Principio General del Derecho (SS(TTSS) 2-11-1987 [RJ 1987, 7765], 5-10-1988 [RJ 1988, 7441])—, los cuales prestaron efectivamente aquellos servicios del nuevo régimen jurídico de las guardias, pero no obtuvieron en cambio, retribución alguna; criterios inspiradores que obligan también a la Administración en el dictado de sus normas, que han de ajustarse añadidamente al principio de «confianza legítima».*

El principio de interdicción del enriquecimiento sin causa, de aplicación en Derecho administrativo, sigue los cauces determinados por la jurisprudencia civil para su determinación. Es un adecuado instrumento para controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria sin perjuicio de que no toda regulación que implique un detrimento patrimonial sobre el regulado supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración Pública.

3.3. La fuerza de los principios de buena regulación para el control judicial de la potestad reglamentaria. El papel de la memoria de impacto normativo

Los principios de buena regulación y las normas relativas a la iniciativa legislativa y potestad reglamentaria son un mandato dirigido a todas las Administraciones Públicas y sus organismos o entidades públicas vinculadas incluidas en su ámbito de aplicación. Los poderes públicos deberán respetarlos cuando ejerzan sus potestades normativas⁸⁵. La introducción de éstos trata de consolidar la cultura de la buena administración desde la calidad normativa⁸⁶.

⁸⁵ PRIETO ROMERO, C. (2016). “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 201, p. 342.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 372.

La Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 822/2014, de 13 de diciembre de 2016, recuerda la vigencia de los principios de buena regulación, que informan la actividad reglamentaria de la Administración. Los citados son una apuesta importante que trata de convertir a los preámbulos en normas realmente relevantes para la interposición y aplicación de las disposiciones, sin perjuicio de la dificultad de su control jurisdiccional en la medida en que no están expresamente reconocidos como requisitos de validez⁸⁷. El Consejo de Estado en su Dictamen núm 275/2015 sobre la LPACAP expuso como estos principios, que ya estaban previstos en otras normas, no alcanzaron el objetivo previsto en la mejora de la calidad regulatoria. Su efectiva implantación depende, en buena medida, de la consolidación de una cultura de buena regulación que impregne a los poderes públicos⁸⁸.

Destacan las dificultades para llevarlos a la práctica y conseguir su efectiva aplicación por las Administraciones Públicas, junto con las dudas que plantea la fiscalización de su cumplimiento⁸⁹. Para que el poder público sea coherente con los postulados de la buena regulación es necesario que éste confíe en la sociedad en el convencimiento en que el principio de subsidiariedad actúa como marco delimitador de las fronteras de la intervención pública.

El relato de estos principios se asemeja a un retrato en negativo del Ordenamiento jurídico español. Su lectura da la impresión de que los redactores hubieran confeccionado un listado de todos los vicios y disfunciones del Ordenamiento español plasmando sus directrices opuestas para tratar de corregirlos⁹⁰, no necesariamente con éxito. Al no ser enunciados como requisitos de validez, una inadecuada conexión con los principios y valores constitucionales que se han expuesto pudiera frustrar un eventual control jurídico. Si los principios generales del Derecho se comprenden en el control de la potestad normativa de la Administración pública de forma interconectada, más aún sucede con los principios de buena regulación. La dinámica jurisprudencial demuestra que no cabe formular meras alegaciones genéricas sobre la vulneración de los principios de buena regulación, sino que han de estar suficientemente acreditadas y conectadas con otros principios, como los de legalidad, motivación o coherencia, entre otros muchos.

Para el Tribunal Constitucional *estos principios (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia) y los mecanis-*

⁸⁷ GARCÍA RUBIO, F. (2017). “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 44: 83-131, p. 106.

⁸⁸ DÍAZ, G. M., (2016). “La reforma de las potestades normativas, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 63.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 74. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 175, pp. 36-37. CASADO CASADO, L. (2017). “La incidencia de la ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 107.

⁹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016). “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 175,

mos para su implantación se articulan como normas generales que han de inspirar la actividad normativa de todas las Administraciones a fin de garantizar, en este ámbito, unos objetivos y reglas directrices comunes dirigidos, en última instancia, a mejorar la calidad técnica de las normas. Se trata así de unos principios básicos de «funcionamiento», concepto éste que incluye, como hemos dicho, “actividades jurídicas típicas” de la Administración (STC núm. 91/2017, de 6 de julio). Además de inspirar la actividad normativa han de convertirse en auténticos elementos de control en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El artículo 129.1 LPACAP indica que los principios de buena regulación son los de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En la Exposición de motivos o en el preámbulo deberá ser justificado de manera suficiente la adecuación de la norma a los citados principios. Si la norma afecta a gastos o ingresos públicos, deberán ser cuantificadas y valoradas sus repercusiones y efectos, supeditándose al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Los principios señalados forman parte del principio de subsidiariedad, especialmente los relativos a la necesidad, proporcionalidad y transparencia.

Los principios de buena regulación en el caso de que se haya configurado una norma jurídica defectuosa desde el punto de vista de la técnica normativa, pueden no ser un elemento suficiente para justificar su anulación. La STS núm. 203/2021, de 16 de febrero señala que la composición deficiente de una norma reglamentaria, incluida su oscuridad, no es causa determinante de nulidad siempre que sus preceptos puedan ser dotados de significado razonable mediante la hermenéutica jurídica. Hay jurisprudencia incluso que ha reducido su eficacia, como la STSJ de Galicia núm. 415/2011, de 20 de septiembre, que ha llegado a afirmar que los artículos que establecen los principios de buena regulación *no regulan las fases del procedimiento administrativo de elaboración de normas ni siquiera establecen la estructura general del iter procedimental. Se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo*. No se comparte dicha afirmación, pues su incorporación en el Derecho positivo les otorga fuerza normativa suficiente, aunque tengan que ser conectados con otros principios, incluso de rango constitucional.

Parece que surgen ciertas dudas sobre los efectos jurídicos de su transgresión. La STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 529/2020 de 30 de noviembre recuerda que el artículo 129 LPACAP no prevé directamente consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los mandatos derivados de la buena regulación. Sí incide en que habrá que acudir al sistema general sobre vicios de nulidad o anulabilidad y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lamentablemente los principios de buena regulación no parecen surgir la fuerza jurídica deseada por el legislador. Los órganos judiciales se resisten a emplearlos de manera aislada, y los aplican como técnicas complementarias a las de control de la potestad reglamentaria, como las expuestas en capítulos anteriores de este trabajo. Ha de ser reconocido que de la lectura de la juris-

prudencia parece dar la sensación de que su empleo como instrumento de litigación es todavía deficiente por muchos operadores jurídicos, pues construyen alegatos sobre la vulneración de los principios de buena regulación con escaso valor probatorio o sin la suficiente conexión con los principios generales enunciados en este trabajo. Dado el escepticismo aplicativo que los órganos jurisdiccionales trasladan en relación con este principio, es fundamental construir un buen relato fáctico y jurídico que justifique la nulidad de la norma ilegal, desproporcionada o innecesaria en conexión con principios superiores, mejor si son de rango constitucional.

Aun así, resoluciones judiciales como la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 222/2020, de 22 de mayo reconocen que los principios de buena regulación actúan como parámetros objetivos para el control de la potestad reglamentaria como potestad discrecional. Los ha llegado a calificar como un *elemento objetivo para efectuar el control jurisdiccional*.

En las líneas siguientes se expondrán los aspectos más importantes de los principios de buena regulación, haciendo hincapié en los principios de necesidad, proporcionalidad, transparencia y su correlato de participación ciudadana. Una vez realizadas esas referencias se expondrá la relevancia de la Memoria de Análisis de Impacto normativo en el control de la potestad normativa de la Administración.

3.3.1. Principios de necesidad y proporcionalidad

El principio de necesidad exige que la iniciativa normativa deberá estar justificada por una real razón de interés general acreditada. La norma deberá ser el instrumento más adecuado para la consecución de los fines previstos por la Administración Pública⁹¹. La observancia del principio de necesidad impone que ha de ser identificado el problema público, la realidad social o el compromiso político que requiera la intervención normativa⁹². Algunas razones que permiten apreciar la necesidad son *el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*⁹³.

⁹¹ Artículo 129.2 LPACAP.

⁹² Orden ADM/1835/2010, de 15 de diciembre, por la que se aprueba la guía metodológica de mejora de la calidad normativa, en aplicación del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa.

⁹³ Guía de Medios de Intervención Administrativa en la Actividad de los Ciudadanos y Empresas,

Una norma jurídica es innecesaria si: i) hay otra de contenido idéntico o similar, ii) si los efectos de la norma van a ser imperceptibles por falta de trascendencia de sus previsiones, o iii) va a tener efectos perniciosos sobre el sector en que se dirigen. Tampoco es necesaria si no están adecuadamente delimitados sus fines⁹⁴. La necesidad de la norma en cuestión se acredita a partir de documentos e informes internos que conforman el expediente administrativo y la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. En la STSJ de Navarra, núm. 29/2022, de 17 de febrero expone como la Administración aportó prueba documental y pericial para avalar la corrección fáctica y jurídica de una Orden Foral que pone de relieve su necesidad.

En virtud del principio de proporcionalidad la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos o que impongan menos obligaciones a los destinatarios⁹⁵. No toda limitación normativa rompe con el principio de proporcionalidad. La STSJ de Galicia núm. 415/2021, de 20 de septiembre señala que no hay vulneración de la proporcionalidad si no se establecen medidas limitativas directas, sino que se encauza mediante una norma y un procedimiento, un conflicto relativo a una zona donde coexisten distintos tipos de recursos naturales en orden a garantizar la convivencia armoniosa y el respeto de bienes jurídicos protegidos.

El establecimiento de requisitos rigurosos para el ejercicio de una determinada profesión no vulnera el principio de proporcionalidad. La STS núm. 765/2022, de 16 de junio recuerda que no es ilegal establecer requisitos rigurosos para obtener un título de especialista, *no es arbitrario ni irrazonable, máxime si se tiene presente que la duración de la experiencia requerida en este caso básicamente coincide con la de la formación de los MIR*.

3.3.2. Principios de eficacia y eficiencia

En aplicación del principio de eficacia la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. Tiene un marcado carácter economicista, directamente vinculado al principio de simplificación administrativa reconocido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado⁹⁶.

Ayuntamiento de Madrid, aprobada por Acuerdo de 6 de febrero de 2020 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

⁹⁴ DEL GUAYO, I. (2017). Regulación, Madrid, Marcial Pons, p. 144.

⁹⁵ Artículo 129.2 LPAC.

⁹⁶ MORA RUIZ, M. (2016). "Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria", en La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común), Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 521-523.

3.3.3. Principio de seguridad jurídica

El Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 46/1990, de 15 de marzo, señala que la seguridad jurídica en conexión con el artículo 9.3 CE: *implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas... Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas.*

La iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el Ordenamiento jurídico en su conjunto para que se genere un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y cierto. Un Ordenamiento jurídico de estas características facilita su conocimiento y comprensión. Un espectro normativo de estas características ayuda a que la toma de decisiones de personas y empresas sea más sencilla⁹⁷. El principio de seguridad jurídica entra en conexión directa con la confianza legítima como parámetro de control, que ha sido expuesta con anterioridad.

3.3.4. Principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

Si la normativa afecta a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, éstos deberán ser cuantificados. Las repercusiones y efectos han de ser valorados en cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁹⁸. El sistema de buena regulación genera la dificultad de valorar los ingresos y gastos derivados del ejercicio de la potestad reglamentaria, incluidos los futuros⁹⁹. Mayor confusión se genera en este punto a raíz de la lectura del artículo 130.2 LPACAP, que obliga a las Administraciones Públicas a promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas.

3.3.5. Principio de transparencia y su correlativo de participación

El principio de transparencia como principio de buena regulación implica que las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, uni-

⁹⁷ 129.4 LPAC.

⁹⁸ 129.7 LPAC.

⁹⁹ ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016). "Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica Real*, Nueva Época, núm. 6, pp. 105-121.

versal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰⁰.

Las Administraciones Públicas definirán de forma clara los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas¹⁰¹. La transparencia en la elaboración de normas jurídicas conecta de manera directa con la participación ciudadana en la elaboración de los textos normativos que les afecten.

Una Administración cristalina asegura la adecuada participación de los principales afectados por la norma. El ciudadano podrá conocer no sólo los motivos que impulsan a actuar a la Administración Pública, sino también las opciones que se han valorado antes de alcanzar una solución final¹⁰². La aplicación del principio de transparencia se pone de manifiesto a través de los procedimientos de consulta previa, el trámite de audiencia, la incorporación de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo en los Portales de Transparencia y el establecimiento del contenido de expediente normativo, entre otros.

A la Administración Pública ha de respetar la forma legalmente establecida de realización de los trámites de consulta previa y audiencia, que ha de posibilitar que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, *poniendo a su disposición los documentos necesarios, que sean claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia* (STSJ de Castilla y León, núm. 1067/2018, de 26 de noviembre).

En la tramitación de un proyecto normativo, si se producen modificaciones sustanciales que afectan a espacios esenciales del Reglamento, la Administración ha de volver a someter a información pública el proyecto, ya que de lo contrario se omitirían trámites esenciales del procedimiento. El trámite de información pública es inexcusable por imperativo legal y constitucional (STS núm. rec. 7450/2007, de 10 de diciembre y STSJ de Cataluña, núm. 874/2019, de 25 de octubre). El trámite de información pública es ineludible tal y como ha remarcado la jurisprudencia de manera unánime, para una mejor garantía y protección de los intereses generales a partir de los arts. 9.2 CE y 105 CE (STS núm. rec. 4384/2005, de 28 de junio de 2012).

¹⁰⁰ 129.5 LPACAP.

¹⁰¹ 129.5 LPACAP.

¹⁰² Orden ADM/1835/2010, de 15 de diciembre, por la que se aprueba la guía metodológica de mejora de la calidad normativa, en aplicación del Decreto 43/2010, de 7 de octubre, por el que se aprueban determinadas medidas de mejora en la calidad normativa.

3.3.6. *El papel de la memoria de impacto normativo en el control de la potestad reglamentaria*

Las Memorias Justificativas ofrecen funciones análogas a la motivación de los actos administrativos. El control de fondo que se deriva del empleo de estas memorias se encuentra respaldado por el artículo 106.1 CE, que prevé el enjuiciamiento de la potestad reglamentaria y su sometimiento a los fines que la justifican¹⁰³. La incorporación de los principios de buena regulación en la LPACAP implica que el ejercicio de una potestad discrecional como la reglamentaria se somete a un control adicional ya que se despliega una obligación de motivar la observación de los principios de buena regulación¹⁰⁴. Una adecuada motivación en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, MAIN) y en el Preámbulo de una norma promueve que la norma impugnada sea dotada de certeza sobre su alcance y respeto a la Ley que desarrolla (STS núm. 760/2019, de 3 de junio).

La MAIN tiene una relevancia notoria en el proceso de elaboración de una norma reglamentaria en aspectos formales y sustantivos. Es el único documento que recoge y unifica la información que acompaña a un proyecto normativo, en el que se justifica su oportunidad y necesidad. Éste incluye una estimación del impacto en diferentes ámbitos de la realidad que supondrá su eventual aprobación¹⁰⁵.

Cabe efectuar un control judicial sobre la suficiencia de la Memoria que ha de acompañar a las disposiciones reglamentarias, *sin que la existencia de ciertos márgenes discrecionales que acompañan al ejercicio de la potestad reglamentaria constituya un obstáculo insalvable para que los órganos judiciales puedan efectuar un efectivo e intenso control sobre los fundamentos (...) en que se asienta la disposición reglamentaria correspondiente*, tal y como señala la STS núm. 5373/2016, de 12 de diciembre.

Cuando la Memoria de Análisis de Impacto Normativo recoge información detallada sobre el proyecto normativo, se entiende que no se produce una vulneración de los principios de buena regulación (STS núm. 203/2021, de 16 de febrero). Los órganos judiciales en ocasiones validan el contenido de la MAIN si es prolija en explicaciones, en el caso de que se preserven los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica (STS núm. 773/2022, de 16 de junio).

¹⁰³ REINOSO CARRIEDO, A. (2016). Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015, El consultor de los Ayuntamientos (Opinión), núm. 18, p. 2035.

¹⁰⁴ RUIZ OJEDA, A. (2001). “Hermenéutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos”, *Thémata*, núm. 27; MORA RUIZ, M., (2016). “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 521-523.

¹⁰⁵ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2017). “La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36.

No ha de ser desdeñado el alcance de la MAIN en el control judicial de la potestad reglamentaria. La obligación de justificar los reglamentos es un imperativo legal que obliga al Juez a comprobar que ha venido el proyecto precedido de un estudio y ponderación, que justifica la adopción de una medida. La comprobación debe trascender los elementos formales y procedimentales para tener en cuenta el contenido del reglamento y en especial el núcleo decisorio¹⁰⁶.

Los órganos judiciales acuden al contenido de la MAIN para valorar si la norma en cuestión se acomoda a los principios de buena regulación. En ella resulta especialmente importante acreditar el principio de necesidad y los motivos que justifican una decisión normativa. Así la STS núm. 854/2020, de 22 de junio considera que no cabe alegar déficit de motivación si de la Memoria se exponen las razones objetivas por las que resulta necesario y oportuno la adopción de una medida regulatoria: *Cabe considerar suficiente la precedente motivación, en la que se exponen los criterios objetivos determinantes de la modificación operada y las razones que llevan a introducir el nuevo producto de menor potencia, que toma en consideración los principios de buena regulación y de necesidad y la consecución de un mayor ahorro para el sistema.*

Cabe declarar la nulidad de una norma reglamentaria cuando carece de estudio económico y presupuestario, pero también en aquellos casos en los que la Memoria que justifica la decisión regulatoria resulte del todo punto insuficiente, de tal manera que no permita a la Memoria cumplir con el deber de motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la Administración y a sus destinatarios y sobre todo, facilitar el necesario control de la actividad regulatoria en cuestión (STS núm. 5273/2016, de 12 de diciembre).

El Juez tiene una labor inexcusable en el control de la potestad reglamentaria. En la medida en que la obligación de justificar los reglamentos es un imperativo legal respaldado por la jurisprudencia, los órganos judiciales han de entrar en el núcleo de la decisión discrecional a partir de las herramientas que les proporciona la Memoria de Análisis de Impacto normativo. Tienen un gran papel en el procedimiento reglamentario y en el control judicial del reglamento junto con un cada vez mayor número de instrumentos legales que facilitan el principio de plenitud de control de la Administración¹⁰⁷.

¹⁰⁶ REVUELTA PÉREZ, I. (2014). "Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria" núm. 193.

¹⁰⁷ REVUELTA PÉREZ, I. (2014). "Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria" núm. 193.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN: NEC MAGIS NEC MINUS

Se ha expuesto en el presente trabajo como la Administración Pública abusa del ejercicio de la potestad reglamentaria, en un mundo de normas desbocadas. Bajo este punto de vista se ha sugerido recoger los postulados de la dinámica del Estado regulador y garante, que propone la aplicación del principio de subsidiariedad en la intervención del Estado, y por ello, en la potestad reglamentaria. El Estado regulador, vigente en nuestros días a partir de la realidad de los hechos, permite moderar el ejercicio de la potestad reglamentaria de los poderes públicos.

Se han expuesto los principios generales del Derecho más importantes en el control de la potestad reglamentaria de la Administración, discrecional por excelencia. En el recorrido jurisprudencial que se ha realizado se ha puesto de manifiesto como los principios generales se conectan entre sí y que, salvo excepciones, para que un órgano judicial anule una norma o preceptos de una norma reglamentaria, es necesario un relato completo, una carga probatoria importante y, sobre todo, un alegato fundamentado sobre los principios generales del Derecho.

La jurisprudencia avanza poco a poco en el control de la potestad reglamentaria. Cabe destacar cómo resoluciones judiciales recientes equiparan la Memoria de Impacto Normativo con la motivación de los actos administrativos. En los casos en los que aquella se encuentra profundamente incompleta el Poder Judicial comienza a valorar la falta de motivación y por ello, considera que se está infringiendo el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Los defectos graves en la elaboración de la MAIN pueden justificar la expulsión de una norma o precepto del Ordenamiento jurídico.

El citado es un ejemplo de otros muchos posibles sobre la virtualidad práctica de los principios generales del Derecho en el control de potestades discrecionales, y en especial, de la reglamentaria. Si se realiza una aproximación a los principios de buena regulación consagrados en la LPACAP parece que no han alcanzado la eficacia esperada por el legislador. Aunque las decisiones judiciales los tienen en cuenta, en la mayor parte de ocasiones, es en conexión con los principios clásicos del control del poder público. Todavía queda tiempo para que los principios de buena regulación alcancen la operatividad esperada por todos para promover una mejor legislación de los poderes públicos para el desarrollo de un Derecho administrativo, como afirmaba un prestigioso jurista, comprendido como un Derecho del poder para la libertad.

La clave, en mi opinión, para una adecuada dinámica en el ejercicio de la potestad reglamentaria, se basa en la cláusula del interés general entendida bajo el prisma del principio de subsidiariedad. Esta idea implica otorgar mayor fuerza e intensidad a los criterios de necesidad y proporcionalidad en la elaboración de una norma jurídica.

Tomás Moro en Utopía, recordaba que los pueblos con más normas no eran los más felices. No ha de ser confundidos los criterios cuantitativos de los cualitativos, y se debe apostar por menos normas jurídicas, pero de más calidad. Se propone que la potestad reglamentaria se base en el aforismo latino *nec magis nec minus*, es decir, ni más ni menos de lo necesario para garantizar un interés público que se ha de construir de forma colaborativa con la sociedad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. (2017), “La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex-ante, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 36.
- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. (2016), “Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica Real. Nueva Época, núm. 6.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1999), “El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica”, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 3.
- ARAGUÀS GÁLGERA, I. (2016), La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- BASSOLS COMA, M. (2008), “El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 33.
- BAUMAN, Z. (2003), Modernidad líquida, Madrid, Fondo de Cultura Económica.
- BROUSSEAU, E. La evolución de la regulación sectorial: ¿qué determinantes? ¿Qué modalidades?, Gob. Reg Notas, Fundación Paris-Dauphine.
- CALLEJA PUEYO, P. (2016), ¿Por qué lo llaman discrecionalidad técnica si es arbitrariedad? Legal Prestigia, disponible en: <http://www.legalprestigia.aranzadi.es/articulos/54/por-que-lo-llaman-discrecionalidad-tecnica-si-es-a.aspx>
- CASADO CASADO, L. (2017), “La incidencia de la ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local”, Revista Vasca de la Administración Pública, núm. 107.
- CASSAGNE, J. C. (2019), “Las transformaciones del Derecho público y su proyección al modelo de Estado”, Conferencia de cierre pronunciada el 12/04/2019 en las XII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano llevadas a cabo en el Pazo de Mariñán (La Coruña), dirigidas por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

- CASSAGNE, J. C. (2016), *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Madrid, Reus.
- CASSAGNE, J. C. (2015), “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 157.
- CORDÓN MORENO, F. (2003) “Control judicial del uso por la Administración de sus facultades discrecionales”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 1.
- COTINO HUESO, L. (2007), *Los reglamentos en España: la fuente del Derecho más común y quizá la más desconocida*, *Revista Iusta*, núm. 26.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2015), “Estado y mercado en un mundo global”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25.
- DEL GUAYO, I. (2017), *Regulación*, Madrid, Marcial Pons.
- DE LA CRUZ FERRER, J. (1988), “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, p. 65.
- DÍAZ G. M. (2016), “La reforma de las potestades normativas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 63.
- ESTEVE PARDO, J. (2009), *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Madrid, Marcial Pons.
- ESTEVE PARDO, J. (2015), *El Estado garante: idea y realidad*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- ESTEVE PARDO, J. (2014), “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y Sociedad”, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 8.
- ESPÍN TEMPLADO, E. (1985), “Separación de poderes, delegación legislativa y potestad reglamentaria en la Constitución Española”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 6, p. 183.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A. (1990), “La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo VII.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2020). *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Navarra, Aranzadi.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. (2022). “La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio ilegal de la potestad reglamentaria: entre el garantismo y la sostenibilidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60.
- GARCÍA MEXÍA, P., RODRÍGUEZ-ARANA, J. (Dirs.), HERNANDO MASDEU, J. (Coord), (2010), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la Justicia*, Madrid, Fundación Universitaria San Pablo CEU.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. (1999), *Curso de Derecho Administrativo* vol. I, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1968), “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984), *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959), “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 30.
- GARCÍA RUBIO, F. (2017), “La potestad reglamentaria local tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 44.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1983), “El principio general de la buena fe en el derecho administrativo”, *Discurso leído el día 18 de enero de 1983, en el acto de su recepción como académico de número*.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1963), “El procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40.
- HERCE MAZA, J. I. (2023), “Principio de subsidiariedad y colaboración público-privada: una apuesta por la participación de la sociedad en asuntos de interés general”, en Ruocco, G. & Vázquez, C. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- HERCE MAZA, J. I. (2017), “La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública”, *Anuario Jurídico Villanueva*, núm. 11.
- LASSERRE, B. “El Estado regulador”, Conferencia impartida en el encuentro con la nueva promoción de la Escuela Nacional de Administración el 25 de enero de 2019. Acceso disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/El_Estado_Regulador_-_traduccion.pdf
- LARENZ, K. (2010), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- LETORNEUR, M. (1951), “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *Etudes et Documents du Conseil d’Etat*, núm. 3.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2018), “El control de la potestad reglamentaria”, en *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica Tomo II*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- MEILAN GIL, J. L. (2011). *La argumentación en el contencioso-administrativo*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade A Coruña, núm. 15.
- MELERO ALONSO, E. (2004), “La flexibilización de la reserva de ley”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10.
- MORA RUIZ, M. (2016). “Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria. Disposición derogatoria”, en *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. Humberto Gosálbez Pequeño, Madrid, Wolters Kluwer.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VIII, Madrid, Boletín Oficial del Estado
- MUÑOZ MACHADO, S. (2016), “Regulación y confianza legítima”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, p. 141 y ss.
- PONCE SOLÉ, J. (2005) “Good Administration and Administrative Procedures”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 12, núm. 2.
- PONCE SOLÉ, J. (2003), “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162.
- PONCE SOLÉ, J. (2023) “Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora María de Benedetto, “Corruption from a Regulatory Perspective”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 24, p. 379.
- PONCE SOLÉ, J. (2009), “¿Mejores normas? Directiva 2006/123&/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, Madrid.
- PRIETO ROMERO, C. (2016), “El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 201, p. 372.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J. A. (2007), “Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos” en ALENZA GARCÍA, J. F, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., (coords.) *Organización y Procedimientos Administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Pamplona, Aranzadi.
- REINOSO CARRIEDO, A. (2016), “Novedades en el ejercicio de la potestad reglamentaria tras las Leyes 39/2015 y 40/2015, El consultor de los Ayuntamientos (Opinión), núm. 18.
- REVUELTA PÉREZ, I. (2014), “Análisis de Impacto Normativo y Control Judicial de la Discrecionalidad Reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2014), “El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 1, núm. 2.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015), *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Madrid, Global Law Press.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2022), “Calidad regulatoria y buena regulación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 26.

- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008), *Derecho Administrativo Español*. Tomo I. Introducción al Derecho Administrativo Constitucional, A Coruña, Netbiblo.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I. (2019), “La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. ext.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F. J. (1996), “Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones”, *Autonomías*, núm. 21.
- REBOLLO PUIG, M. (1995), *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons.
- REBOLLO PUIG, M. (1991), “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125.
- RUIZ OJEDA, A. (2001), “Hermenéutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos”, *Thémata*, núm. 27.
- SAINZ MORENO, F. (1979), “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 89.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2022), *Derecho Administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos.
- SARMIENTO ACOSTA, M. “El problema del control de la discrecionalidad de los reglamentos administrativos” 2011/12, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 16-17.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2009), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Madrid, Iustel.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2020), “El confuso mundo de las habilitaciones reglamentarias”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2016), “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.
- STIGLER, G. J. (1961), *Private Vice and Public Virtue*, *The journal of law and economics*, núm. 4.
- SUAY RINCÓN, J. (2016), “El control de la potestad reglamentaria”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 26.
- SUNSTEIN, C. R. (2017), *Paternalismo Libertario*, Barcelona, Pensamiento Herder.
- SEBASTIÁN, C. (2014), “Sobre la producción normativa en España”, *Hay Derecho*, acceso disponible a través de: <https://www.hayderecho.com/2014/10/21/sobre-la-produccion-normativa-en-espana/>
- TORNOS MÁ, J. (1983), “La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102.

VAQUER CABALLERÍA, M. (2017), “Auge y problemas de la meta-regulación: la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en PONCE SOLÉ, J & CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.

La doctrina de la prevalencia: ¿un cambio de paradigma?

The doctrine of prevalence: a paradigm shift?

Fecha de recepción: 07/06/23

Fecha de aceptación: 22/06/23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO AUTÓNOMICO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—1.1. Cuestiones introductorias.—1.2. Los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo desde el punto de vista doctrinal.—II. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LEGISLACIÓN BÁSICA Y LEGISLACIÓN DE DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA LLAMADA DOCTRINA DE LA PREVALENCIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 102/2016, DE 25 DE MAYO, Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.—2.1. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016, de 25 de mayo de 2016.—2.2. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016: la llamada doctrina de la prevalencia. Evolución de la doctrina de la prevalencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.—2.3. Algunas consideraciones sobre la doctrina de la prevalencia.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente artículo trata de analizar las implicaciones que tiene nuestro Estado Autonómico en el ordenamiento jurídico español, en concreto en el sistema de fuentes y cómo se puede resolver la antinomia ocasionada por la contradicción entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo. Centrándose en la solución que había dado el Tribunal Constitucional hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, en la que establece la doctrina de la prevalencia y cómo este cambio jurisprudencial afecta a nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

PALABRAS CLAVE: *Estado Autonómico, sistema de fuentes, legislación básica estatal-legislación de desarrollo autonómica, principio de prevalencia, doctrina de la prevalencia, jurisdicción constitucional concentrada.*

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the implications that our Autonomous State has on the Spanish legal system, specifically on the system of sources and how the antinomy caused by the contradiction between basic state legislation and autonomous development legislation can be resolved. Focusing on the solution that had been given by the Constitutional Court until the judgment 102/2016, of 25 May, in which it establishes the doctrine of prevalence and how this jurisprudential change affects our system of concentrated constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: *Autonomous State, system of sources, basic state legislation-legislation of autonomous development, principle of prevalence, doctrine of prevalence, concentrated constitutional jurisdiction.*

I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO AUTONÓMICO Y SUS IMPLICACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1.1. Cuestiones introductorias

Santi Romano decía que el ordenamiento jurídico es como una partitura musical en el que todas las notas están combinadas armónicamente de tal forma que se obtiene una melodía huérfana de estridencias¹.

La entrada en vigor de nuestra Constitución española de 1978 (en adelante CE) ha supuesto la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de numerosas novedades hasta entonces desconocidas, siendo, quizá, una de las más significativas el reconocimiento del Derecho a la Autonomía, en el artículo 2 CE².

El derecho de autonomía consagrado en este artículo, que junto con el artículo 1 CE constituye, tal y como señala la doctrina con autores como M. Aragón Reyes o J. Santamaría Pastor, la clave de bóveda de nuestro ordenamiento jurídico o una de las decisiones fundamentales de la Constitución, en el sentido propugnado por C. Schmitt, pasa de ser una realidad a una posibilidad en el Título VIII de la Constitución (bajo la rúbrica “De la Organización Territorial del Estado”), que, como decía F. Rubio Llorente “el Título VIII no era sistema, sino historia”, y cuyo artículo de cabecera, el 137, señala que “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

¹ ROMANO, S. (2012). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Reus, p. 302.

² En el cual se establece que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

Nace así la configuración de nuestro Estado como un Estado Autonómico, o si se prefiere, como decía J. Ferrando Badía, “como un Estado autonómico nacional-regional”, el cual se puede definir, de acuerdo con el autor citado, como un tipo de Estado intermedio entre el Estado Unitario y el Federal semejante al que los constituyentes de la Segunda República denominaron “Estado Integral”, y los legisladores teóricos de la Constitución italiana del 47 denominaron “Estado regional”³.

En cualquier caso, de los dos preceptos antes mencionados de nuestra Constitución, dice J. Santamaría Pastor que “se observan una serie de principios que integran la cláusula de nuestro Estado autonómico. Dos de ellos poseen un carácter estructural y aluden, respectivamente a los aspectos centrífugo y centrípeto del sistema: el principio de autonomía y de unidad. El tercero es de naturaleza funcional o dinámica, y alude a la necesaria convergencia o enlace entre los dos anteriores: se trata del principio de solidaridad”⁴.

Las ideas principales de estos principios son las siguientes:

a) El principio de autonomía

La autonomía se puede definir como la capacidad de dirigir y orientar política y administrativamente los intereses de una comunidad.

Es ocioso recordar que es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional⁵, que “la autonomía no es soberanía”, así pues, el máximo intérprete de nuestra Constitución ha precisado que “la autonomía hace referencia a un poder limitado” y manifiesta igualmente que “dado que cada organización territorial dotada de poder autónomo es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de ésta donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la CE”.

En suma, mientras que la soberanía es poder originario y supremo, la autonomía es poder limitado y derivado que solo cobra sentido dentro de la unidad. Es por ello por lo que el Tribunal Constitucional en la STC 56/1990, de 29 de marzo, definió la autonomía como un poder limitado, no soberano, derivado y no originario.

En cualquier caso, tal y como señala J. Santamaría Pastor, “el derecho a la Autonomía es un derecho que al ser ejercido se convierte también en principio organizador de la estructura del Estado que se traduce, como tal, esencialmente en tres esferas: la de la organización, la de las competencias y la de la garantía constitucional de la primera y la segunda”⁶.

³ BADÍA, J. F. (1986). *El Estado unitario, el Estado Federal y el Estado Autonómico*. Madrid: Tecnos, p. 392.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 192.

⁵ Desde sus primeras sentencias, como la 4/1981, de 2 de febrero, o en sentencias más recientes, como las sentencias 42/2014, de 25 de marzo, y 128/2016, de 7 de julio.

⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Op. cit.

De estos tres ámbitos, especial atención requiere el principio de autonomía en el ámbito competencial, pues a diferencia de lo que ocurre con otros Estados descentralizados políticamente, tal y como señala I. de Otto y Pardo, “una característica de nuestro Estado Autonómico consiste en que no es la propia Constitución la que crea, organiza y dota de competencias a las Comunidades Autónomas, sino que se trata de una tarea que corresponde al legislador, en las Cortes Generales, mediante leyes y dentro de los límites, tanto materiales como formales, establecidos por la Constitución”⁷.

Pero, además debemos señalar que en la Constitución no existe un reparto de competencias como ocurre en otras formas de Estado descentralizadas. Y es que una lectura atenta de los artículos 148 y 149 CE nos permite afirmar que, en realidad solo, el reparto de competencias se lleva a cabo en el artículo 149 CE, ya que el artículo 148 CE, en verdad, lo que hace es mencionar las materias sobre las cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias.

Es decir, una primera lectura de estos dos preceptos nos puede llevar al equívoco, pues nos puede hacer pensar que estamos, tal y como señala la doctrina, ante un sistema de dos listas: la de competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas (art. 148.1 CE), y la de competencias que pertenecen, por imperativo constitucional al Estado (art. 149.1 CE). Sin embargo, como adelantábamos, una lectura más reflexiva de estos dos preceptos nos permite afirmar que la única lista de competencias en sentido estricto es la que contiene el artículo 149.1 CE: no solo porque en ella se establece una enumeración imperativa e inderogable de las funciones estatales, sino también porque es la única que rige el proceso de distribución respecto de todas las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el artículo 148 CE, tal y como señala E. Álvarez Conde, solo posee una lista de materias, no de competencias.

Llegados a este punto debemos matizar que, siguiendo a la doctrina italiana, las materias se pueden concebir como “aquel conjunto de actividades, bienes o institutos jurídicos referentes a un cierto sector homogéneo”. Es decir, la materia es el objeto sobre el que recae la competencia. Por su parte, la competencia puede ser concebida como “la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia determinada”. Así pues, el concepto de competencia engloba los conceptos de materia y potestad. Así mismo, no podemos obviar que un sector de la doctrina, con autores como O. Alzaga Villaamil, propugna que podemos distinguir entre potestad y función, justificando esta distinción en que, en el derecho político español tradicional, las potestades eran entendidas como manifestaciones de los grandes poderes del Estado, por ello en nuestro constitucionalismo decimonónico era común hablar, especialmente a partir de la Constitución de 1837, de la potestad de hacer leyes (poder legislativo),

⁷ DE OTTO, I. (1988). “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. *Revista española de derecho constitucional*, n.º 8, N.º 23, pp. 305-322.

de la potestad de hacer ejecutar las leyes (poder ejecutivo) y de la potestad de aplicar las leyes (poder judicial); quedando reservado el término facultades para las distintas facetas de estas potestades.

Por lo que se refiere a los tipos de competencias, una lectura sistemática del artículo 149 CE nos permite diferenciar entre competencias exclusivas, compartidas y concurrentes, por lo que a nosotros nos interesa ahora, las competencias concurrentes son aquellas que, sobre una misma materia, pueden actuar los dos entes con potestades de la misma naturaleza. Un ejemplo de este tipo de competencia lo encontramos en el seno de la legislación básica estatal- legislación de desarrollo autonómica. En este mismo sentido se pronuncia T. De la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que “las competencias concurrentes se caracterizan porque atribuyen competencia sobre una misma materia y con el mismo alcance a los dos niveles territoriales”⁸. No obstante, esta opinión no es pacífica. Así, autores como I. Lasagabaster Herrarte señalan que la relación competencial ley básica-ley de desarrollo, no se enmarca dentro las competencias concurrentes, sino de las compartidas definidas éstas como “aquellas competencias en las que el Estado tiene competencia para dictar las bases, legislación básica o normas básicas y las Comunidades Autónomas las normas de desarrollo”⁹.

En cualquier caso, esta distribución de competencias no solo puede llevarse a cabo a través de los Estatutos de Autonomía, sino que también, a través de los instrumentos específicos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE, se podrán transferir a las Comunidades Autónomas competencias adicionales. El Tribunal Constitucional ha señalado que mientras los Estatutos de Autonomía son instrumentos jurídicos de autoorganización, la transferencia o delegación del artículo 150.2 CE está en el ámbito de la heteroorganización¹⁰.

Finalmente, la Constitución ha previsto en el último inciso del artículo 149.3 CE una cláusula de cierre del sistema, nos estamos refiriendo a la cláusula supletoria, pues tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la 147/1991, de 4 de julio, (FJ 7) “[la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución] no es una norma competencial sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución, más bien, precisamos ahora, una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias [...]”.

⁸ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2017). “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 111, p. 34. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.10>

⁹ LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.

¹⁰ STC 56/1990, de 29 de marzo (FJ 5.º).

Pero, además, el principio de autonomía tiene relevantes implicaciones en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, en este sentido podemos citar el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero, que formulan los Ex Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, Javier Delgado Barrio y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y donde señalan que “La estructura constitucional del Estado de las autonomías ha dado lugar a un sistema complejo que se caracteriza, desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, por la posibilidad de concurso válido de normas de procedencias muy distintas, con ámbitos de competencia propios, garantizados constitucionalmente”.

Estas implicaciones, siguiendo a la doctrina¹¹ se pueden sintetizar en las siguientes ideas:

- i. En primer lugar, ha supuesto la introducción en nuestro sistema de fuentes, de nuevas fuentes de derecho, que solo durante un breve periodo de tiempo tuvieron vigencia, nos estamos refiriendo a los Estatutos de Autonomía.
- ii. En segundo lugar, se ha producido una “dinamitación” del concepto de ley. En este sentido dice O. Alzaga Villaamil que “la Constitución Española ha hecho estallar el concepto tradicional de ley”. Y es que, como señala E. Aja Fernández, “el español es quizá el ordenamiento en el que se observa con más claridad la multiplicación de variantes legislativas una vez superada la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal que trajo consigo la Escuela Alemana”. En suma, en nuestro sistema de fuentes actual podemos distinguir entre el concepto de ley como género y el concepto de ley como especie, de ahí que podamos predicar, como decía F Rubio Llorente, que “lo que caracteriza hoy en día el procedimiento legislativo no es su origen, ni su función, sino su método, su procedimiento, su debate público y su publicidad”.

De tal forma que podemos hablar de leyes como una categoría de normas jurídicas de las cuales se puede predicar las notas de rango, fuerza y valor de ley, y dentro de esta categoría se incluirían no solo las leyes aprobadas por las Cortes Generales, sino también las aprobadas por los parlamentos autonómicos, pues como señala O. Alzaga Villaamil, “la Constitución de 1978 puso punto y final al monopolio estatal de dictar leyes, tradicional en nuestro Derecho Público”. Y es que las leyes de las Comunidades Autónomas son expresión del principio de autonomía. No es casualidad, que la palabra autonomía, desde el punto de vista etimológico signifique capacidad de autonormación.

Pero también dentro de la categoría de ley tendríamos que incluir las

¹¹ Con autores como J. Pérez Royo en PÉREZ ROYO, J. (2007). *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.

disposiciones normativas del gobierno, nos estamos refiriendo pues a los decretos legislativos y los decretos leyes, no solo expedidos por el Gobierno de la Nación (al amparo de los dispuesto en los arts. 82 a 85 y 86 CE), sino también del Gobierno de las Comunidades Autónomas (cuando así lo reconozcan sus respectivos Estatutos de Autonomía).

Por todo ello podemos afirmar con M. Aragón Reyes afirma que la potestad legislativa ya no se atribuye solo a uno de los poderes del Estado, como venía haciéndose en la teoría clásica de la separación de poderes, sino que es una función que se otorga al Estado en su conjunto. En suma, poco tiene que ver el poder legislativo que enunció Montesquieu en su día con el poder legislativo actual.

- iii. En tercer lugar, debemos señalar que han aparecido nuevas fuentes de derechos, nos estamos refiriendo a las normas con rango, valor y fuerza de ley recogidas en la Constitución Española en el artículo 150 en los apartados 1 (leyes marco), 2 (leyes orgánicas de transferencia y delegación) y 3 (leyes de armonización).
- iv. Y, en cuarto lugar, ha supuesto la aparición de 17 infraordenamientos normativos que, bajo el paraguas de la Constitución española, constituyen el ordenamiento jurídico español. Pues como señala Balaguer Callejón, bajo el ordenamiento constitucional vigente existen, además del ordenamiento general del Estado, diversos ordenamientos autonómicos (17 Comunidades Autónomas más 2 ciudades autónomas).

b) El principio de Unidad

Por lo que se refiere al principio de Unidad, dice O. Alzaga Villaamil que “estamos ante los cimientos mismos del Estado”¹², en este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional donde ha venido a establecer que “la Constitución parte de la unidad de la nación española que se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía nacional. Esta unidad se traduce en una organización del Estado para todo el territorio nacional”¹³.

¹² ALZAGA VILLAAMIL, O. (2021). *Derecho político español según la Constitución de 1978*. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 694.

¹³ En sentencias como la 4/1981, de 2 de febrero, o la 247/2017, de 12 de diciembre, o más recientemente, en la sentencia 158/2019, de 12 de diciembre, donde ha venido a recordar que “la soberanía de la Nación, residenciada en el pueblo español, conlleva necesariamente su unidad (art. 2 CE), mediante la que la Nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de derecho. Un Estado único, común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de autonomías territoriales, siendo así el artículo 1.2 CE base de todo nuestro ordenamiento jurídico [STC 259/2015, FJ 4 a); en términos análogos, STC 90/2017, FJ 6 a)]” (STC 114/2017, de 17 de octubre, FJ 5 y STC 158/2019, de 12 de diciembre, FJ 4.º).

J. Santamaría Pastor añade que se trata de un principio de claro contenido jurídico y constituye “el correlato lógico indispensables del propio principio de autonomía: no hay autonomía posible sin unidad”¹⁴.

Así configurado, el principio de unidad actúa como un límite al principio de autonomía, límite que se materializa en la unidad del ordenamiento jurídico, en el interés nacional y en la unidad de mercado.

Uno de los mecanismos a través de los cuales el principio de unidad se manifiesta es en la denominada legislación básica, pues, al fin y al cabo, como señala J. Santamaría Pastor, “la normación básica que corresponde al Estado no es otra cosa que la traducción completa que el Constituyente ha hecho, en cada materia, de los principios de unidad y del interés general o nacional, es decir, lo que se busca es que la regulación normativa sea uniforme y tenga una vigencia común en toda la nación. Es decir, lo básico, tal y como señalado el Tribunal Constitucional en sentencias como la 33/2017, de 1 de marzo; 136/2012, de 19 de junio; o 211/2014, de 18 de diciembre; es lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible de una materia en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que en competencia estatal y determina el tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general la competencia asumida en su Estatuto Autonomía”.

No es este el lugar oportuno para llevar a cabo un estudio pormenorizado de esta fuente del derecho, pero sí debemos hacer referencia a alguno de los aspectos más destacados de este tipo de leyes para poder entender nuestro estudio.

En primer lugar, debemos comenzar señalando que la legislación básica se encuentra enunciada a lo largo del artículo 149.1 CE en diversos subapartados y con diferente terminología, en los que el Constituyente otorgó la competencia al Estado de establecer las bases respecto de determinadas materias para poder así garantizar la unidad del ordenamiento jurídico español, asumiendo después las Comunidades Autónomas la potestad legislativa para desarrollar dichas bases. A lo largo del artículo 149.1 CE, se observa que el Constituyente hace referencia a esta expresión en numerosas ocasiones, como por ejemplo en el subapartado 1.º “La regulación de las *condiciones básicas*¹⁵ que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”; o en el 17.º, el cual dispone que “*Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*”; en términos similares podemos citar el apartado 23.º “*Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias*”.

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Apuntes de Derecho Administrativo. Op. cit.*

¹⁵ La cursiva es nuestra.

Ahora bien, esta aparente sencillez desaparece en cuanto se entra al estudio detallado de este tipo de normas. Brevemente podemos resumir los aspectos más trascendentes de este tipo normas.

Así, debemos señalar que tenemos que distinguir entre la legislación básica, que corresponde dictar al Estado, y la legislación de desarrollo, que corresponde a las Comunidades Autónomas. De esta dicotomía, nosotros nos vamos a centrar especialmente en la legislación básica, ya que es la que mayores problemas plantea en la práctica.

Así pues, debemos aclarar que la legislación básica no puede confundirse, tal y como señala E. García de Enterría, ni con la con las leyes de bases recogidas en los artículos 82 a 85 CE (entendidas éstas como el acto de delegación, por el cual se delega en el Gobierno la potestad legislativa para dictar textos articulados), ni tampoco con las leyes de ampliación de competencias, ya mencionadas y recogidas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE.

La principal diferencia entre las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 150 y la legislación básica radica en que, en el caso de la legislación básica, las Comunidades Autónomas tienen conferida directamente por la Constitución la posibilidad de desarrollar las bases que establezca la legislación básica.

Son varias las cuestiones más trascendentales, por lo que a nosotros nos afecta, respecto de la legislación básica.

i. *Qué se entiende por legislación básica*

Para responder a esta pregunta podemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución¹⁶ ha venido a señalar que la noción *bases* presenta una doble vertiente a) una material y b) una formal.

- a) Por lo que se refiere a la vertiente material, el Tribunal Constitucional ha establecido que “lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias” (STC 48/1988, FJ 3). Sin embargo, y como recuerda la doctrina¹⁷, la legislación básica no puede agotar toda la normación, pues “los característico del sistema radica en el concurso de los dos centros territoriales de poder para la regulación global de una misma materia”¹⁸.

¹⁶ Entre otras podemos citar la sentencia 132/2019, de 13 de noviembre (FJ 6.º).

¹⁷ Entre otros autores podemos citar a SANTAMARÍA PASTOR, J.A. o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas.

- b) Atendiendo a la vertiente formal, ésta hace referencia al instrumento, al vehículo formal, para establecer lo básico, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional este instrumento es la ley (STC 1/1982, FJ 1). No obstante, y como recuerda el propio Tribunal Constitucional “ [se] ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas de rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988, FJ 3) [...] Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una dispensa excepcional” (STC 223/2000, FJ 6)”.

En suma, mientras que la vertiente material hace referencia al contenido, la vertiente formal hace referencia al continente.

ii. *Cuál es la relación entre legislación básica y legislación de desarrollo*

Se trata esta de una cuestión que no es ociosa, pues en función del tipo de la relación que exista entre una y otra norma, los mecanismos de resolución serán diferentes.

En relación con esta cuestión, la doctrina se ha preguntado si la ley básica estatal es parámetro de validez de la ley autonómica de desarrollo. Plantearse esta cuestión no es algo baladí, pues si afirmamos que la ley básica estatal es parámetro de validez de la ley de desarrollo autonómica, es decir, que aquélla forma parte del bloque de constitucionalidad, entonces estaremos afirmando que los conflictos entre ley básica-ley de desarrollo son conflictos propios del control de constitucionalidad, como veremos más adelante.

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que la relación entre la norma básica estatal y la norma autonómica de desarrollo no es la misma que se da en los supuestos de ley y reglamento ejecutivo, pues en el caso que estamos estudiando el legislador autonómico goza de una mayor autonomía y margen de actuación. Y es que como señala la doctrina, “la Constitución, al limitar las competencias estatales a la determinación de lo básico, exige implícitamente que la normativa de este carácter deje a las Comunidades Autónomas espacio suficiente para que éstas puedan desarrollar políticas o acciones propias¹⁹”.

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Apuntes de Derecho Administrativo*. Op. cit.

c) El principio de solidaridad

Finalmente, debemos señalar que un escenario tan complejo como el que acabamos de exponer requiere de la existencia de una serie de principios que permitan garantizar la unidad del Estado como unidad estructural política. Para ello, se han previsto una serie de principios que rigen la relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, entre los que encontramos el principio de solidaridad. De acuerdo con J. Santamaría Pastor este principio lo que busca es proporcionar técnicas de convergencia que posibiliten el funcionamiento ordenado del conjunto, frente a las situaciones de tensión, que por otra parte son inevitables, y que surgen de los dos principios antes mencionados y que son potencialmente contradictorios.

Junto con este principio existen otros principios, como el principio de cooperación leal, entre otros.

Pero además de los principios que rigen las relaciones entre los diferentes entes políticos primarios también tenemos que hacer referencia a los principios que rigen las relaciones entre los diferentes infraordenamientos jurídicos y que permiten resolver las posibles antinomias que surgen en la praxis jurídica y que permiten por tanto garantizar la unidad, la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico español.

De entre todos estos principios nosotros nos vamos a centrar en el principio de prevalencia.

El principio de prevalencia se encuentra recogido en el artículo 149.3 CE, donde se establece que “La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”.

Es un lugar común en la doctrina afirmar que el principio de prevalencia es una regla que sirve para resolver los conflictos que surjan entre normas de distintos infraordenamientos, pero no de atribución de competencias²⁰. En suma, y como recogía I. de Otto “la cláusula, por tanto, no altera el reparto de competencias, sino que actúa dentro de él dirimiendo

²⁰ Así, para M.J. Alonso Mas “la prevalencia resuelve un conflicto aplicativo entre dos normas válidas, vigentes y que en principio serían aplicables, y nos dice cuál de las dos debe seleccionarse. No afecta a su vigencia ni a su validez, no se trata de una modulación de los efectos de inconstitucionalidad desde la propia Constitución” (“De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. María José Alonso Mas). En este mismo sentido señala B. Setuáin Mendía que “la prevalencia es una regla de resolución de conflictos normativos, interordenamentales, es decir, un criterio de selección de la aplicación en supuestos de controversia entre una norma estatal y otra autonómica que no se mueve en el ámbito de la delimitación de atribuciones Estado/Comunidades Autónomas, sino en el del buen funcionamiento de las relaciones entre sus respectivos ordenamientos” (“El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo). Beatriz Setuáin Mendía).

el concurso normativo allí donde la regla de atribución de competencias no ofrece por sí misma una solución”²¹.

No obstante, debemos tener en cuenta que, entre el principio de prevalencia y el principio de competencia, no existe una rígida separación, pues, tal y como señala P. Ibáñez Buil “para que una norma pueda ser considerada prevalente es presupuesto previo su legitimidad desde el punto de vista competencial”²².

Aclarada la naturaleza del principio de prevalencia, la siguiente cuestión que debemos examinar es quién es el órgano encargado de aplicarlo, es decir, el ámbito subjetivo. Sobre esta cuestión podemos afirmar que también existe un cierto consenso doctrinal al afirmar que el principio de prevalencia establecido en el artículo 149.3 CE debe ser aplicado por los operadores jurídicos primarios y por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, pero no por el Tribunal Constitucional. El principal motivo radica en el hecho de que el principio de prevalencia sirve para determinar cuál es la norma aplicable, ámbito propio del control de legalidad, no quién es el competente, ámbito propio del control de constitucionalidad. En este mismo sentido se pronunció F. Rubio Llorente, quien señaló en su día que “la prevalencia no es regla aplicable por el Tribunal Constitucional, pues éste no debe escoger la norma aplicable para resolver caso, sino que se pronuncia sobre la validez de la ley en relación con el bloque de constitucionalidad”²³.

Determinado cuál es el ámbito material, la siguiente cuestión que debemos fijar es el ámbito objetivo del principio de prevalencia, es decir, en qué supuestos cabe aplicar el principio de prevalencia.

De acuerdo con T. De la Quadra-Salcedo Janini, podemos distinguir aquellos supuestos en los que prevalece la norma autonómica respecto de la norma estatal, de aquellos en los que prevalece la norma estatal sobre la autonómica.

El primer caso se daría cuando, de acuerdo con el autor antes citado, el derecho estatal se ha dictado en el ejercicio de la cláusula residual establecida en el artículo 149.3 CE, es decir, en casos de *derecho preconstitucional*. Mientras que el derecho estatal prevalecerá sobre el derecho autonómico en los siguientes supuestos: a) en caso de “colisión entre normas adoptadas en ejercicio de títulos competenciales materiales y propios distintos de cada uno de los dos niveles territoriales”²⁴; b) en el mismo supuesto anteriormente citado, pero ahora “el título competencial estatal no se define materialmente, sino que es un título competencial horizontal”²⁵; y c) en aquellos casos en los que

²¹ DE OTTOY PARDO, I. “La prevalencia del Derecho Estatal sobre el Derecho Regional” *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol I. Núm. 2, mayo-agosto 1981.

²² IBÁÑEZ BUIL, P. “La reciente evolución de la regla de la prevalencia del Derecho Estatal en la doctrina Constitucional”. *Revista de Administración Pública*, p. 222.

²³ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

²⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

²⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

ambos niveles disponen de idéntica competencia sobre idéntico objeto. Esto es, en los casos de competencias concurrentes.

No obstante, debemos señalar que existe una cierta discusión doctrinal, pues mientras que un sector señala que esta cláusula es la correcta para resolver los conflictos que surgen entre competencias compartidas, otro sector señala, por el contrario, que se debe aplicar para resolver las antinomias que se originan en el seno de las competencias concurrentes.

Cuestión no menos importante es la que se refiere a los requisitos que se deben dar para aplicar esta regla de resolución de conflictos. De acuerdo con la doctrina, éstos se sintetizan en las siguientes ideas básicas:

- a) Que cada una de las normas que entra en conflicto haya sido dictada en el ejercicio de un título competencial válido.
- b) Que recaigan sobre un mismo objeto y que la solución de la aplicación de cada una de las normas de lugar a resultados contradictorios que no se puedan salvar por la vía de la interpretación.
- c) Que no se trate de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

1.2. Los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo desde el punto de vista doctrinal

Una vez que hemos hecho una fotografía a “vista de pájaro” de nuestro ordenamiento jurídico desde un punto de vista estático, vamos a centrar nuestro estudio en un supuesto concreto que se puede dar, a saber: la contradicción entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo y cómo se resuelve esta antinomia.

Se trata de una cuestión que no es pacífica. Son varias las preguntas que nos debemos hacer:

- a) En primer lugar, debemos preguntarnos si se trata de un problema de legalidad o de inconstitucionalidad

Esta pregunta no es ociosa, pues en función de la respuesta, el órgano competente para la resolución de esta antinomia será: o los órganos y tribunales de la jurisdicción ordinaria (si estamos ante un problema de legalidad) o el Tribunal Constitucional (si consideramos que es un problema de inconstitucionalidad).

Debemos comenzar definiendo qué se entiende por control de constitucionalidad y qué se entiende por control de legalidad. T. De la Quadra-Salcedo Janini²⁶ recuerda que el Tribunal Constitucional definió el control de

²⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

constitucionalidad como “aquellos supuestos en los que el control se suscita, de forma única y directa, respecto de un precepto contenido en la Constitución, pero también en aquellos otros en los que, como consecuencia de la configuración constitucional de la distribución de las competencias normativas, dicho control debe tener lugar, en los términos del 28.1 LOTC²⁷” (esto es del llamado bloque de constitucionalidad).

Por lo tanto, si afirmamos que la legislación básica estatal forma parte del bloque de constitucionalidad, y, por tanto, es parámetro de validez de la ley autonómica de desarrollo, entonces los posibles conflictos que puedan surgir en el seno ley básica-ley de desarrollo serán conflictos que tendrán que resolverse en el seno del control de constitucionalidad y por ende el órgano competente será el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el control de legalidad puede definirse como aquel control que llevan a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y que consiste en determinar la norma aplicable al caso concreto, entre dos normas válidas.

Sin embargo, el deslinde de las competencias del Tribunal Constitucional (jurisdicción constitucional) respecto de las del Tribunal Supremo (y la jurisdicción ordinaria) es difícil y complejo.

El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional, que a diferencia de lo que ocurre en Alemania, y al igual que ocurre en Italia, se encuentra separado del Poder Judicial²⁸. Ello nos permite afirmar que no existe un poder judicial único que tenga en su vértice al Tribunal Constitucional. Sino que debemos distinguir, por una parte, la jurisdicción constitucional, encarnada por el Tribunal Constitucional; pues como dice el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC). “Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”. Y, por otra parte, encontramos la jurisdicción ordinaria en cuyo vértice se sitúa el Tribunal Supremo.

Así pues, mientras que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, el Tribunal Supremo es el supremo intérprete de la legalidad ordinaria.

Como señala P. Tenorio Sánchez, el primero tendría como competencia la interpretación de la Constitución y el segundo sería el competente para interpretar y la aplicar la legalidad ordinaria. En suma, y siguiendo al autor antes mencionado, podríamos tal vez aceptar que la jurisdicción constitucional es la tendencialmente competente para interpretar la Constitución y la

²⁷ En la sentencia 163/1995, de 8 de noviembre (FJ 4.º),

²⁸ Así, mientras el Título VI de la Constitución regula el poder judicial, bajo esa misma rúbrica del artículo 117 al 127 y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la regulación del Tribunal Constitucional se halla en el Título IX, bajo la rúbrica “Del Tribunal Constitucional”, del artículo 159 a 165 y se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

suprema intérprete de esta última, mientras que la jurisdicción ordinaria es tendencialmente la intérprete de la legalidad y hasta cierto punto la suprema intérprete de la última²⁹.

No obstante, al igual que el Tribunal Constitucional es el máximo, pero no el único para interpretar Constitución, la jurisdicción constitucional no aplica sólo la Constitución, sino que también enjuicia la aplicación de la ley, es decir, de alguna manera, también aplica la ley. Y ello se debe a que el Tribunal Constitucional también tiene que interpretar la ley cuando esta última es objeto de un proceso, esto es, en los recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad. Por ello, nuestra jurisdicción ordinaria no puede ser definida pura y simplemente como la que aplica la legalidad ordinaria.

Sin embrago, el Tribunal Constitucional sí que es el único que puede declarar con efectos vinculantes la inconstitucionalidad de leyes. Ello se debe a que nuestra jurisdicción constitucional se caracteriza por ser una jurisdicción de carácter concentrada o también conocida como modelo centralizado de justicia constitucional.

Este sistema de jurisdicción constitucional, como señala García de Enterría³⁰, fue diseñado por Hans Kelsen en los primeros decenios del siglo XX y su punto de partida es la consideración de que la Constitución es una norma jurídica, pero no cualquier norma, sino la *Lex Suprema* del ordenamiento jurídico, y en virtud de esta supremacía se erige como criterio de validez del resto de normas del ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, y si bien este no es lugar oportuno para llevar a cabo un estudio detallado sobre el carácter concentrado de nuestra jurisdicción, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de jurisdicción difusa, y por utilizar los términos del maestro vienes, en los sistemas de jurisdicción concentrada el Tribunal Constitucional actúa como “legislador negativo”, pues tiene la capacidad para derogar del ordenamiento jurídico aquellas normas con rango y fuerza de ley que considere que son contrarias a la Constitución.

Las principales características del carácter concentrado de nuestra jurisprudencia son, de acuerdo con autores como V. Ferreres Comella o T. De la Quadra-Salcedo Janini³¹, las siguientes:

- i. Su centralización, pues, solo el Tribunal Constitucional puede controlar definitivamente la validez constitucional de las leyes. En consecuencia, los órganos judiciales no pueden por su propia auto-

²⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P. (2022) “Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, N.º 50, pp. 291-324. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36375>

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, p. 325.

³¹ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta ... *Op. cit.*”

ridad inaplicar una ley por estimar que viola a la Constitución. No obstante, este monopolio del Tribunal Constitucional sólo abarca el juicio negativo de constitucionalidad, pero no el positivo. En este sentido se pronunciaba García de Enterría, quien hablaba de “monopolio de rechazo”³².

- ii. El carácter abstracto del control, dado que la finalidad del proceso que se abre es determinar si una ley es o no inconstitucional.

A estas características R. Jiménez Asensio³³ añade otras, entre las que encontramos:

- iii. La legitimación para impugnar las leyes u otras disposiciones normativas ante el Tribunal Constitucional solo corresponde a los órganos políticos o las fracciones de órganos políticos (por ejemplo, una minoría parlamentaria), lo cual, dota a esos recursos de inconstitucionalidad de un fuerte contenido de “politicidad”³⁴.
- iv. La existencia de un proceso constitucional propio que conocerá específicamente de este tipo de asuntos.
- v. Y el carácter *erga omnes* de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad.

En conclusión, y de acuerdo con Zagrebelsky, “el modelo centralizado de justicia constitucional supone otorgar un privilegio jurisdiccional al legislador, en virtud del cual las leyes solo pueden ser anuladas por el Tribunal Constitucional”³⁵.

El carácter concretado de nuestra jurisdicción constitucional también ha sido remarcado por el Tribunal Constitucional donde ha venido a señalar que: “[l]os órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley, dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes [...]”³⁶.

Una de las consecuencias de que nuestra jurisdicción tenga carácter concentrado radica en el hecho de que el monopolio del rechazo de la ley

³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

³³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, p. 222.

³⁴ *Ídem*.

³⁵ *Vid.* Cita 29.

³⁶ STC 73/2000, de 14 de marzo, (FJ 16).

contraria a la Constitución solo corresponde al Tribunal Constitucional. Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria no puede ni inaplicar la ley en un caso concreto ni declararla total o parcialmente inconstitucional, es decir, declarar su invalidez o expulsarla del ordenamiento jurídico.

No obstante, esta afirmación tiene una serie de excepciones, ya que cabe la posibilidad de que la jurisdicción ordinaria inaplique no solo las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución, sino también, y como recoge R. Alonso García³⁷, cabe la posibilidad de que los tribunales y jueces ordinarios inapliquen de las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea³⁸ (STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991) y a los tratados internacionales (a raíz de la STC 140/2018, de 20 de diciembre). Y, como vamos a ver más adelante, también, a raíz de las sentencias 102/2016, de 25 de mayo de 2016, y de la 204/2016, de 1 de diciembre de 2016, también los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden inaplicar las leyes autonómicas contrarias a las bases fijadas por el Estado, en virtud del principio de prevalencia.

En este punto debemos detenernos en la discusión doctrinal que surgió respecto de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución.

Debemos comenzar señalando, tal y como indica la doctrina con autores como O. Alzaga Villaamil o I. de Otto y Pardo que ninguna Constitución al entrar en vigor sustituye automáticamente el ordenamiento jurídico previo a la misma.

Así pues, la entrada en vigor de la Constitución de 1978 supuso para el legislador ordinario la perentoria necesidad de llevar a cabo un proceso de adaptación del ordenamiento jurídico para adecuarlo a nuestra *norma normarum*.

En nuestro sistema constitucional la solución a este problema se encuentra regulada en la disposición derogatoria, apartado 3 de la CE, donde se dispone que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”, cláusula que no está en muchas constituciones europeas, por ejemplo, la italiana de 1947 no la contienen. Aunque otras, como por ejemplo la Ley Fundamental de Bonn, sí la recogen.

³⁷ ALONSO GARCÍA, R. (2020) “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. Revista Española De Derecho Constitucional n.º 119, pp. 13-51. 10.18042/cepc/redc.119.01

³⁸ Como recuerda ALONSO GARCÍA, R. “la competencia del juez ordinario para inaplicar leyes por contrarias al derecho entonces comunitario, hoy de la Unión; competencia, además, de naturaleza plena, en el sentido de que, a diferencia de la del control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, compartida entre el juez ordinario y el juez constitucional, esta de control de «europeidad» de las leyes, tanto anteriores como posteriores a nuestra adhesión, recaía, en términos exclusivos, en el juez ordinario, sin perjuicio, [...], del control último que más tarde se reservaría el TC, por la vía del recurso de amparo, «frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española en nombre de la primacía del derecho comunitario europeo». Añadimos que esto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en sentencias tan recientes como la sentencia 141/2022, de 14 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional reitera su doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

El problema que esta disposición derogatoria ha planteado en el plano doctrinal y en el jurisprudencial, puede resumirse de la siguiente manera: si una ley anterior a la Constitución está en oposición con ésta, o bien se trata de un caso de inconstitucionalidad de tal ley, supuesto que la doctrina califica como inconstitucionalidad sobrevenida; o, por el contrario, se trata de un mero supuesto de derogación.

El problema está lejos de ser una mera cuestión terminológica, ya que, si concluimos que se trata de supuestos de inconstitucionalidad sobrevenida, al igual que sucede para conocer cualquier recurso de inconstitucionalidad, el único tribunal competente será el Constitucional; mientras que debemos admitir que la derogación de una ley por otra posterior puede producirse por el juez o tribunal ordinario que entienda del caso controvertido.

Debemos señalar que esta cuestión también se ha planteado en el derecho comparado, los dos modelos preferentes del Constituyente español son la Constitución Italiana de 1947 y la Ley Fundamental Alemana de 1949, donde se ha resuelto este mismo problema de manera diversa.

La fórmula de la Ley Fundamental de Bonn, regulada en su artículo 123, se decanta por atribuir a los jueces y tribunales la competencia para dirimir el problema de control de constitucionalidad de las leyes. Sin perjuicio de ello, y entendiendo que, en cuanto a sus efectos, la derogación y la inconstitucionalidad coinciden en la alegación final de la invalidez de la norma, el Tribunal Constitucional Federal ha admitido que puede utilizarse la vía del recurso directo de inconstitucionalidad contra leyes anteriores a la Constitución, por el argumento de que es una vía que solo el propio Tribunal Constitucional puede dispensar.

La fórmula italiana es, sin embargo, diferente. A pesar de que, como hemos expuesto la Constitución Italiana carece de cláusula expresa, ello no es óbice para derogar todas las normas que se opongan a ella. La Corte Constitucional Italiana en una de sus primeras sentencias estimó que no se trataba de un problema de abrogación si no de legitimidad constitucional sobrevenida. Por ello, declaró que era competente para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución.

Desde la perspectiva italiana, se trata, en efecto, de un problema de compatibilidad con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada con ocasión de la aplicación actual de la norma, aunque la elaboración de esta haya sido anterior. Se debe matizar que esta inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción de los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las leyes que nuestra *norma normarum* establece hoy.

Un sector de la doctrina³⁹ inicialmente se decantó por la solución italiana, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional en una de sus primeras

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

resoluciones⁴⁰ optó por la vía alemana, si bien, con una notable diferencia, y es que, a diferencia del Tribunal Constitucional Alemán, nuestro garante de la Constitución sí acepta cuestiones de inconstitucionalidad sobre legislación preconstitucional. No obstante, la principal novedad consiste en que la sentencia establece una alternativa entre una aplicación por los jueces y tribunales ordinarios de la ley preconstitucional que contradigan la Constitución según el argumento de la derogación, y decisión del propio Tribunal Constitucional cuando dichos jueces y tribunales ordinarios no aprecien por sí mismos la derogación y ante la duda de si se ha producido o no planteen una cuestión de inconstitucionalidad, esa alternativa de soluciones produce una única diferencia: que la sentencia del Tribunal Constitucional tendrá fuerza *erga omnes*, resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse, lo que no es el caso de las estimaciones de derogación que puedan hacer los tribunales ordinarios. Todo ello se fundamenta en la idea de que la Constitución es una ley superior, criterio jerárquico y posterior, criterio temporal, y la coincidencia de este doble criterio da lugar a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

En cualquier caso, observando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, parece claro que el sistema está hoy consagrado, y los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria podrán apreciar por sí mismos la derogación por la Constitución de las leyes precedentes o, si la conclusión les parece problemática, remitir la cuestión como cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. No obstante, de acuerdo con García de Enterría “sería deseable que esto último ocurriese siempre que se tratase de principios generales y abiertos de la Constitución como preceptos concretos de las leyes, pero la opción está entera en manos de los jueces y tribunales ordinarios”⁴¹.

Por ello, un sector de la doctrina opta por la fórmula del monopolio de la inconstitucionalidad sobrevenida. Así por ejemplo, F. Rubio Llorente cuando formuló un voto particular en la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, propugnaba la separación completa entre las instituciones de inconstitucionalidad y derogación, reteniendo la primera solo para las leyes posteriores a la Constitución y reconduciendo la segunda a las leyes anteriores a ésta que contraríen sus criterios, de tal forma que la constatación de la derogación debe ser reservada a los jueces y tribunales ordinarios, sin que el Tribunal Constitucional tenga en ellos función posible⁴².

⁴⁰ STC 4/1981, de 2 de febrero, de 1981.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Op. cit.

⁴² En este mismo sentido se pronunciaron autores como por ejemplo VARELA DÍAZ o SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, M., quienes insistieron en los peligros que conllevaba el que la función de

- b) En segundo lugar, debemos examinar cuáles son las soluciones doctrinales que se han propuesto para resolver esta antinomia.

Nosotros nos vamos a centrar en la respuesta que ha dado el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, pero antes queremos hacer un breve repaso de cuáles eran las soluciones que se habían propuesto en sede doctrinal.

Desde el punto de vista doctrinal, autores, como J. Santamaría Pastor, señalan que “la lógica intrínseca de los conceptos hace inevitable concluir que la norma básica estatal, por la misma fuerza de las cosas, debe hallarse en una posición supraordenada o de superioridad jurídica intrínseca respecto de la norma autonómica de desarrollo”. De tal forma que, de acuerdo con este autor, esta posición de superioridad determina, en primer término, la nulidad de la norma autonómica que contradiga los preceptos anteriormente establecidos por la norma básica estatal, la cual constituye un parámetro para medir la constitucionalidad de la primera. En consecuencia, para este sector de la doctrina si la ley básica establece una normación incompatible con la normativa anterior de desarrollo, ésta debe entenderse derogada. En suma, para este sector de la doctrina podríamos decir que el mecanismo que debe emplearse es el principio jerárquico.

Frente a esta postura, otro sector de la doctrina con autores como E. García de Enterría propugna que la relación entre la normación básica estatal y las normas de desarrollo autonómico no responde a una relación de jerarquía y ello se debe, entre otros motivos, a que la jerarquía se da sólo entre normas procedentes del mismo sujeto y no en la relación interordinamental. Por ello, este sector de la doctrina propugna que la solución a esta antinomia reside en la técnica del desplazamiento. De tal forma que la norma estatal desplaza a la norma autonómica la cual queda ineficaz, no siendo posible, para sector doctrinal aplicar la técnica de la derogación, dado que “es más que dudoso que técnicamente quepa hablar de derogación de la norma de un ordenamiento por la norma de otro”⁴³.

interpretar y aplicar la Constitución fuera ejercida por la jurisdicción ordinaria, lo que en su criterio pugnaría contra el principio de concentración que rigen la Constitución en materia de cuestiones de inconstitucionalidad.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Op. Cit.

II. LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA LLAMADA DOCTRINA DE LA PREVALENCIA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 102/2016, DE 25 DE MAYO, Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

2.1. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas antes de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016, de 25 de mayo de 2016

Centrándonos ya en las soluciones que había dado el Tribunal Constitucional a esta cuestión, hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, la línea jurisprudencial que había seguido el Tribunal Constitucional consistía en afirmar que, los supuestos de contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica, constituían un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, y por ende, la competencia correspondía al Tribunal Constitucional, como único órgano con competencia para depurar el ordenamiento jurídico, todo ello como consecuencia lógica del carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional.

J. Santamaría Pastor recuerda que la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que para que tenga lugar la inconstitucionalidad de la norma autonómica por infracción de la normativa estatal básica, han de concurrir dos requisitos: primero, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica (y por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial de la Constitución haya reservado al Estado); Y, segundo, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, se efectiva insalvable por vía interpretativa.

En estos supuestos, cuando el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria considere que existe una contradicción entre una ley básica estatal y una ley de desarrollo autonómica, debe, al amparo de lo dispuesto en los artículos 163 de la Constitución Española; 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; y 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. De tal forma que nos encontramos ante un problema de inconstitucionalidad, y no de norma aplicable, esto es, de un problema de legalidad que deba resolver los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Como recuerda el fundamento jurídico 2.º de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/2022, de 15 de junio de 2022, esta doctrina fue sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2002, de 9 de octubre,

FJ 9, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución vino a establecer que: “[l]os órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8, y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3)”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 173/2002, de 9 de octubre, también aclara que “la inaplicación de una ley no solo vulneraba el rango y dignidad de ésta sino, muy en particular, los derechos procesales de las partes, puesto que forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro ordenamiento el que la disposición de ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquel no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 LOTC”.

De tal forma, continúa señalando nuestro Tribunal Constitucional que “ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no solo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida” (STC 173/2002, FJ 8).

“En consecuencia”, resolvía el Tribunal Constitucional en aquel caso que, “habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el artículo 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del artículo 35 LOTC”.

Esta doctrina, fue luego reiterada posteriormente en otras sentencias del Tribunal Constitucional como la sentencia 66/2011, de 16 de mayo; la 187/2012, de 29 de octubre; 177/2013, de 21 de octubre, y la 195/2015, de 21 de septiembre, entre otras.

En suma, y como señala M. J. Alonso Mas “desde la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, y hasta fechas recientes, el Tribunal Constitucional venía rechazando la inaplicación judicial de las normas autonómicas con rango de ley contrarias a otras amparadas en competencia estatales básicas y exclusivas, exigiendo siempre plantear una cuestión de inconstitucionalidad: tanto si la ley autonómica era anterior como posterior a la estatal; tanto en caso de contradicción con la ley básica en cuyo desarrollo se hubiera dictado, como en caso de ley autonómica dictada en ejercicio de una competencia exclusiva pero contraria a normas básicas amparadas en otro título competencia”⁴⁴.

Así pues, la doctrina jurisprudencial expuesta en las líneas anteriores puede resumirse en las siguientes ideas: los órganos de la jurisdicción ordinaria no son los competentes para fiscalizar las normas postconstitucionales con rango y fuerza de ley, dado que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, en nuestro sistema de justicia constitucional concentrada, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, *so pena* no solo de vulnerar el rango y dignidad de las leyes, sino también la tutela de los derechos y libertades fundamentales.

De tal forma que, en caso de contradicción entre una norma con rango de ley estatal y una norma con rango de ley autonómica, el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria debía plantear una cuestión de inconstitucionalidad, al amparo del artículo 163 de la CE ante el Tribunal Constitucional, y éste como supremo intérprete de la Constitución debía resolver la cuestión.

Un sector de la doctrina se ha mostrado crítico con esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Entre otros autores, podemos mencionar a M. A. Ruiz López⁴⁵, quien señala que el voto particular de la sentencia 1/2003, de 16 de enero (que ha tenido su continuidad en otro voto formulado en la STC 178/2004, de 21 de octubre, suscrito en este caso por Rodríguez Zapata y García Calvo) es congruente con el dinamismo que caracteriza la legislación básica y con una articulación más práctica y eficaz del funcionamiento del complejo sistema jurídico territorial. Y es que, de acuerdo con este autor los reajustes entre normas diversas no constituyen un monopolio del Tribunal Constitucional, cuya función primordial es garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley.

Y esta opinión doctrinal se dejó sentir en otros votos particulares que se formularon a alguna de las sentencias mencionadas anteriormente, como por ejemplo a la sentencia 66/2011, de 16 de mayo; a la de 177/2013, de 21

⁴⁴ ALONSO MAS, M. J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>

⁴⁵ RUIZ LÓPEZ, M. A. (2013). “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”. *Revista de Administración Pública*, n.º 192: septiembre-diciembre, pp. 137-178. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4534820>

de octubre; o a la de 195/2015, de 21 de septiembre se habían formulados votos particulares que defendían la resolución de esta antinomia a través de la cláusula de la prevalencia.

Así, a la sentencia 195/2015, de 21 de septiembre de 2015, se formuló voto particular por parte del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en el que se defendía que, en “[estos] casos las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas pueden y deben ser resueltas bien mediante una interpretación de los preceptos en controversia que permita conjugar su aplicación, haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias; bien, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, dando aplicación, conforme a lo establecido en el artículo 149.3, inciso 3, CE, a la normativa básica estatal. La legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de “desarrollo legislativo” de las bases del Estado, [...]. Esta prevalencia, sin embargo, como he defendido ya desde antiguo, no es un supuesto de declaración de nulidad de la norma autonómica cuyo monopolio compete al Tribunal Constitucional ex artículo 163 CE. Es un supuesto de inaplicación en que la normativa autonómica resulta desplazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación y aplicación de normas en conflicto, puede ser desarrollada con naturalidad por los órganos judiciales, sin perjuicio de un eventual control posterior por parte de este Tribunal Constitucional”.

Antes de continuar debemos señalar, siguiendo a J. A. Razquin Lizárraga⁴⁶, que a pesar de que ésta había sido la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo no se acogió a esta doctrina, y siguió una línea argumental diferente. En sentencias como la de 13 de octubre de 2003⁴⁷ “a partir de su entendimiento sobre la cláusula de la prevalencia el Tribunal Supremo recurrió al mecanismo de una interpretación conforme o armonizadora de la legislación autonómica con la legislación estatal⁴⁸; y, en otro caso, utilizó la técnica de la “preemption” o desplazamiento, considerando que la contradicción entre una norma legal autonómica y la legislación estatal posterior debía resolverse confirmando prevalencia a esta, de acuerdo con lo previsto en artículo 149.3, aplicando la ley autonómica e inaplicando legislación básica estatal⁴⁹. A juicio del Tribunal Supremo, en estos casos de contradicción sobrevenida la cuestión estriba en la selección de la norma

⁴⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2017). “El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior. A propósito de las SSTC 102 y 204/2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, pp. 109-121 J.

⁴⁷ STS 13 de octubre de 2003 (Recurso de Casación núm. 2602/2000).

⁴⁸ STS de 6 de junio de 2007 (Recurso de Casación núm. 7376/2003).

⁴⁹ Por todas, STS de 9 de septiembre de 2008 (Recurso de Casación núm. 7459/2004).

aplicable y no en la inconstitucionalidad de una ley autonómica, pues el órgano judicial se limita legítimamente a desplazar la ley autonómica cuando otra posterior estatal ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación que no se ajusta lo establecida en aquella”⁵⁰.

Finalmente, debemos mencionar, como recuerda B. Setuáin Mendía que, no solo la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había pronunciado en este sentido, sino que también encontramos pronunciamientos similares en otras sentencias de las salas de lo Contencioso Administrativo de los TSJ de la Comunidad de Valencia (de 20 de noviembre de 2002), de Castilla-La Mancha (de 27 de diciembre de 2010 y 26 de julio de 2011) y de Canarias (de 28 de noviembre de 2012 y de 21 de abril de 2014)⁵¹.

2.2. Resolución de conflictos entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas a partir de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016: la llamada doctrina de la prevalencia

En cualquier caso, esta ha sido la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional, hasta la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución ha venido a establecer una nueva línea jurisprudencial, denominada como *doctrina de la prevalencia*.

Esta doctrina consiste en la aplicación, por parte de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria del principio de prevalencia, recogido en el artículo 149.3 CE, antes explicado, en los casos de antinomias ocasionadas por la contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica, resolviéndose a favor de la legislación básica estatal, sin que ello suponga la invalidez de la ley autonómica de desarrollo puesto que en nuestros sistema de jurisdicción constitucional concentrada esta competencia corresponde solo al Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus funciones como “legislador negativo”.

Para poder entender este cambio jurisprudencial debemos hacer un breve resumen de la cuestión objeto de la sentencia 102/2016. En este caso, como recoge I. Lasagabaster Herrarte⁵², la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Administración Local de Galicia exigían la misma mayoría de 2/3 del número de miembros de la corporación para adoptar el acuerdo de alteración de

⁵⁰ STS de 7 de abril de 2009 (Recurso de Casación núm. 4418/2006).

⁵¹ SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 47, p. 37.

⁵² LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.

términos municipales. La posterior Ley estatal 57/2003, que modifica la Ley de Bases de Régimen Local, redujo esta mayoría, estableciéndola en la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación. Esta modificación hizo que la Ley de la Administración local de Galicia, que establecía una mayoría de 2/3, se viera incurso en inconstitucionalidad sobrevenida.

El Tribunal Constitucional dio un paso más en la doctrina de la prevalencia en la sentencia 204/2016, de 1 de diciembre de 2016, donde vino no solo a confirmar el cambio jurisprudencial acometido en la sentencia anteriormente mencionada, sino que además amplió los supuestos en los cuales podía aplicarse la doctrina de la prevalencia. En este caso, la cuestión objeto de este nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional consistió en resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Bilbao, que planteaba la siguiente disyuntiva: la Ley 6/1989, de la función pública vasca, preveía un plazo de prescripción de las infracciones en su artículo 89.2, que devino contrario a la regulación que realizó posteriormente la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En estas dos sentencias el Tribunal Constitucional vino a señalar que, para que se pudiera aplicar la doctrina de la prevalencia, debían darse los siguientes requisitos:

- a) Que estemos ante un supuesto de inconstitucionalidad mediata sobrevenida. La inconstitucionalidad sobrevenida tiene lugar cuando la norma autonómica no vulnera directamente la Constitución, sino que lo hace de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias (entre otras, STC 102/2016, de 25 de mayo, FJ 1).
- b) En cualquier caso, debemos remarcar que la doctrina de la prevalencia no opera en los casos de inconstitucionalidad mediata originaria. De acuerdo con M. J. Alonso Mas, “la diferencia entre incompatibilidad originaria y sobrevenida es que, en la primera, el legislador autonómico se aparta conscientemente de las bases, a diferencia de los casos de leyes repetidas y de incompatibilidad sobrevenida”⁵³.

Y que esta situación de inconstitucionalidad mediata sobrevenida se deba:

- i. Bien porque la norma autonómica reproduce o desarrolla lo dispuesto en la normal estatal básica, y en ese caso la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se

⁵³ ALONSO MAS, M.^a J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>

modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica, es decir en los supuestos de *lex repetita*.

Dicho con otras palabras, cuando la inconstitucionalidad mediata sobrevenida se debe a la modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando esta no hacía sino repetir la legislación básica (caso planteado en la sentencia 102/2016).

- ii. O bien porque, ante supuestos de ausencia de norma básica, posteriormente se dicta ésta en un sentido incompatible con la norma autonómica de desarrollo anterior (supuesto planteado en la sentencia 204/2016).

No obstante, debemos señalar que hay algún sector doctrinal, con autores como B. Setuáin Mendía, que propugna que de las sentencias del Tribunal Constitucional se deriva que lo determinante de la aplicación de la regla de prevalencia ya no es que el precepto autonómico sea una *lex repetita*, sino el hecho de que la ley autonómica no sea contraria a las bases cuando fue aprobada. Es decir, que no plantease desajustes *ab initio*.

En cualquier caso, en virtud de la doctrina de la prevalencia corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, la aplicación de la norma estatal sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues como resume el Pleno del Tribunal Constitucional, “no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabe su mera inaplicación, por haber sido desplazada por la norma estatal al amparo de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE”⁵⁴.

No obstante, esta inaplicación no supone en ningún caso derogación de la norma autonómica, pues como viene insistiendo el Tribunal Constitucional, por imperativo constitucional la depuración del ordenamiento jurídico corresponde únicamente al Tribunal Constitucional; de tal forma que, como recoge el FJ 6.º de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, “este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, de tal forma que puede resolverse [...] inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento jurídico (art. 149.3 CE), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que en todo caso puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria”. En definitiva, “esa prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto

⁵⁴ Auto 27/2019, de 9 de abril de 2019.

no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que, efectivamente, concurrían las condiciones para ello”.

Así pues, y tal y como señala T. De la Quadra-Salcedo Janini, la revocación de la doctrina tradicional se ha realizado a través de estas dos sentencias. Si bien es cierto que inicialmente en la sentencia 102/2016 se establecía una excepción a tal doctrina, cuando concurrían una serie de requisitos muy concretos, con la sentencia 204/2016 el ámbito de aplicación de la doctrina de la prevalencia se generaliza.

Este cambio jurisprudencial ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en otros pronunciamientos posteriores, a saber: la STC 1/2017, de 16 de enero de 2017; la STC 76/2022, de 15 de junio de 2022; o el ATC 27/2019, de 9 de abril de 2019.

Finalmente, debemos señalar que recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre cuáles son los requisitos que deben darse para aplicar la doctrina de la prevalencia, así en el fundamento jurídico 2.º de la sentencia 76/2022, de 15 de junio, el máximo intérprete de la Constitución ha venido a señalar que “[...] se ha aplicado la denominada doctrina de la prevalencia en casos en que existía legislación básica estatal previa que el precepto autonómico controvertido simplemente reproducía (*lex repetita*), modificándose después la norma estatal en un sentido incompatible con la legislación autonómica (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio, y AATC 167/2006, de 22 de mayo, y 27/2019, de 9 de abril, FJ 4). También se ha admitido dicha inaplicación en un supuesto de ausencia previa de norma básica y posterior dictado de esta en un sentido igualmente incompatible con una ley autonómica (STC 204/2016, de 1 de diciembre). En definitiva, en los casos [...] concurren como elementos comunes que la norma estatal de contraste tenía carácter de legislación básica y que era posterior a la disposición de la ley autonómica. Además, allí en donde existía legislación básica previa, la ley autonómica se limitaba a reproducirla, y el conflicto surgía al modificar el legislador estatal en un sentido tal que la norma autonómica devenía incompatible con la misma”.

Partiendo de los presupuesto antes mencionado el Tribunal Constitucional en la sentencia anterior señaló que no era de aplicación la doctrina de la prevalencia pues en el caso objeto de la sentencia 76/2022, de 15 de junio, una de las normas estatales, el artículo 24.1 LPACAP⁵⁵, se había dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado para dictar normas de procedimiento administrativo común, y por tanto no respondía al esquema

⁵⁵ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

competencial bases-desarrollo que, como hemos dicho, es uno de los presupuesto para aplicar la doctrina de la prevalencia; y la otra norma en conflicto, el artículo 10 LEA⁵⁶, precede a la disposición autonómica en cuestión, de forma que el conflicto no surge como consecuencia de la adopción o modificación de la ley estatal *ex post* a la ley autonómica. Es por ello por lo que, en este caso, no cabía aplicar la doctrina de la prevalencia, de tal forma que el juez conocedor del asunto tendría que haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad.

En conclusión, y como habíamos anunciado ya, a los supuestos antes mencionados de inaplicación por parte de los tribunales y jueces ordinarios de las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea, a los tratados internacionales y de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución se suman ahora la inaplicación de leyes autonómicas por contrarias a la legislación básica estatal en virtud del principio de prevalencia.

De esta forma, como recoge la doctrina con autores como M. J. Alonso Mas⁵⁷ o T. de la Quadra-Salcedo Janini⁵⁸, esta nueva jurisprudencia permite que la cláusula de prevalencia, recogida en el artículo 149.3 CE, pueda ser utilizada por los jueces y tribunales de la jurisdicción de ordinaria, pues hasta la fecha, este principio solo lo podían aplicar los órganos administrativos y bien los órganos judiciales, pero solo en relación con normas sin rango de ley.

2.3. Algunas consideraciones sobre la doctrina de la prevalencia

Sin duda alguna la doctrina antes expuesta supone un cambio nada desdeñable por las consecuencias que lleva a aparejada y que veremos más adelante, pero antes creemos que es necesario hacer una serie de consideraciones, y es que, como se señala en varios votos particulares de las sentencias antes mencionadas⁵⁹ se echa en falta una mayor motivación por parte del Tribunal Constitucional sobre cuáles son los fundamentos jurídicos de este cambio jurisprudencial.

En primer lugar, debemos comenzar recordando la diferencia entre plenitud y coherencia. Detenernos en esta cuestión no es algo ocioso, pues el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, en el FJ 6.º, cuando expone la doctrina de la prevalencia, señala que “[...]”

⁵⁶ Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

⁵⁷ ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.* pp. 235-265.

⁵⁸ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁵⁹ Por ejemplo, en la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, podemos citar el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita, quien señala que “El primer problema que suscita la Sentencia de la que discrepo proviene de la escasa argumentación que se ofrece para fundamentar la envergadura del cambio de la doctrina jurisprudencial que se acomete [...]”.

Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3 CE) [...]”.

Sin embargo, en este punto coincidimos con lo expuesto por la Magistrada Adela Asua Batarrita, quien, en el apartado 7.º de su voto particular a la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, señala que “[...] Ya desde el primer momento, la Sentencia muestra la confusión con la que se mueve entre las distintas cláusulas del artículo 149.3 CE, especialmente entre la cláusula de supletoriedad y la de prevalencia, como se observa al asignar al principio de prevalencia la finalidad de “asegurar la plenitud del ordenamiento”, para cuyo sustento se citan una serie de Sentencias de este Tribunal referidas todas ellas a la cláusula de supletoriedad. Cláusula que es la que se corresponde con ese principio de plenitud del ordenamiento, ya que su función se orienta a evitar lagunas en dicho ordenamiento; función que no puede predicarse de una regla que, según la propia Sentencia, tiene por objeto la selección de la norma aplicable”.

Y es que, como hemos comenzado diciendo, coherencia y plenitud son dos características del ordenamiento jurídico que no podemos confundir. La doctrina clásica con autores como L. Prieto Sanchís define la coherencia como “aquella cualidad del sistema en cuya virtud cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión”⁶⁰. De acuerdo con este autor, esa cualidad desaparece cuando nos encontramos con una antinomia o contradicción normativa, es decir, cuando el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas. En suma, y como señala M. Segura Ortega⁶¹, en sentido estricto la *coherencia* significa ausencia de contradicciones, esto es, las normas que forman parte de un mismo sistema no pueden prescribir la realización de conductas que son incompatibles entre sí. La *plenitud*, por su parte, se define como “una propiedad del ordenamiento jurídico en cuya virtud el sistema dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso o supuesto de hecho”. En este mismo sentido se pronuncia A. E. Pérez Luño⁶² quien señala que un ordenamiento jurídico es pleno si dispone al menos de una respuesta para cada hecho de la vida cuya naturaleza exija su regulación jurídica.

No obstante, tanto la coherencia como la plenitud del ordenamiento jurídico son conceptos ideales, de tal forma que cuando se afirma que un ordenamiento jurídico es coherente y pleno, no se está afirmando la inexistencia de antinomias y lagunas, pues la aparición de éstas es consustancial a la naturaleza dinámica del Derecho; sino la existencia de mecanismos para la resolución de las mismas. Por ello, compartimos con el voto de la Magistrada Adela Asua Batarrita que la situación provocada por la contradicción entre la

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.

⁶¹ SEGURA ORTEGA, M. (1998). *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 288.

⁶² PÉREZ LUÑO, A. E. (2021). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 282.

legislación básica estatal y la legislación de desarrollo autonómica no afecta a la plenitud, sino a la coherencia del ordenamiento jurídico, por cuanto que no supone una laguna, sino una situación de contradicción normativa, siendo los mecanismos de resolución de uno y otro diferentes.

Aclarado esto, hemos visto que, entre los requisitos para poder aplicar la doctrina de la prevalencia, es necesario que nos encontremos en el seno de una relación legislación básica estatal-legislación de desarrollo autonómica; que se dé un supuesto de inconstitucionalidad mediata sobrevenida, y que esta inconstitucionalidad mediata sobrevenida se deba: o bien a una modificación en la ley básica que contradiga lo dispuesto con la ley de desarrollo autonómica, cuando ésta se hubiera limitado a repetir lo dispuesto en la ley básica; o bien cuando se debiera a la ausencia de ley básica y posterior dictado de ésta que contradiga la ley de desarrollo autonómica anterior.

No obstante, y desde la perspectiva de los requisitos que deben darse para aplicar el principio de prevalencia, recogido en el artículo 149.3 CE, se podría decir que, en puridad, no cabría, en ninguno de los dos supuestos, aplicar este principio para resolver la antinomia que se produce resultado de la contracción entre legislación básica-legislación de desarrollo.

Como hemos visto, el principio de prevalencia es una regla de resolución de conflictos, que parte de la premisa de que dos normas válidas, una autonómica y otra estatal, cada una dictadas al amparadas de un título competencial válido, entran en contradicción. En ese caso, y al ser un problema de norma aplicable, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria deben decidir qué norma es la aplicable.

En los casos de contradicción de legislación básica-legislación estatal de desarrollo, desde el momento en el que se habla de “inconstitucionalidad mediata sobrevenida”, el uso de esta expresión nos indica que no estamos ante un problema de legalidad sino de constitucionalidad. Aun con todo, y aunque se tratara de un simple error de nomenclatura, no se da la premisa básica para poder aplicar el principio de prevalencia (tanto si consideramos que ley básica actúa como parámetro de validez de la ley autonómica como si no, pues en última instancia siempre se infringe el ordenamiento constitucional de distribución de competencias), ya que tenemos que enjuiciar en primer lugar la validez de la norma autonómica y, por tanto, ya no partimos de la premisa de que la confrontación se da entre dos normas válidas.

En el primer caso, esto es, cuando la contradicción se debe a la modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando ésta no hace sino repetir la legislación básica; la ley autonómica de desarrollo que entra en conflicto con la ley básica del Estado, no se dicta en el ejercicio de las potestades legislativas que la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas en el seno de la relación ley básica-ley de desarrollo, sino que simplemente es una reproducción de un precepto estatal, dictado al amparo de una competencia estatal. Es decir, en este caso, la norma autonómica que entra en conflicto con

la ley estatal no ha sido dictada mediante el ejercicio de una competencia propia. Por lo tanto, no se da el requisito de que las dos normas que entran en conflicto son normas válidas, o lo que es lo mismo, no se puede afirmar que las dos normas que entran en conflictos han sido dictadas, por cada ente territorial, en el ejercicio de sus competencias.

En el segundo supuesto, a saber, en los supuestos de ausencia de norma básica, y en los que posteriormente se dicta ésta en un sentido incompatible con la norma autonómica de desarrollo anterior; en este caso sí bien es cierto que las dos normas son dictadas en base a un fundamento constitucional legítimo, la operación de determinar cuándo acaba lo básico y cuándo comienza el desarrollo de lo básico, es más un problema de competencia que de norma aplicable, y por lo tanto no se podría resolver mediante la cláusula de la prevalencia. En suma, se trata de examinar si una de las dos normas en conflictos adolece de vicio de incompetencia, y si es así, es el Tribunal Constitucional el que se debe encargar de depurar el ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto debemos hacer una aclaración, a saber, decimos que los conflictos de competencia son propios de la jurisdicción constitucional, porque cuando examinamos si un ente u otro es el competente, este examen se realiza en base a la distribución de competencias de la Constitución, de ahí que lo que en realidad se está haciendo es un control de la adecuación de las leyes en función de las competencias atribuidas en la Constitución y por el resto de las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad.

En este punto debemos recordar que existe una cierta discusión doctrinal acerca de si la legislación básica es o no es parámetro de validez (y por lo tanto se inserta dentro del bloque de constitucionalidad) de la legislación autonómica de desarrollo. Los que se pronuncian en sentido negativo argumentan que la norma básica estatal no delimita las competencias autonómicas, y por ello no puede ser considerado como un parámetro de validez de la legislación de desarrollo autonómica. Así, por ejemplo, B. Setuáin Mendía señala que “en el seno de la relación ley básica-ley de desarrollo/invalidéz de esta última por inconstitucionalidad sobrevenida, la invalidéz no depende de su armonía con la primera, sino con el concepto de base que refleja la Constitución”⁶³.

En cualquier caso, lo que queremos decir es que todos los problemas competenciales son de alguna manera problemas de inconstitucionalidad y no de mera legalidad, ya que se trata de examinar qué ente político primario tiene atribuida la competencia para poder regular esa materia en cuestión y si nos encontramos ante un supuesto de competencia compartida, de competencia concurrente o de competencia exclusiva, en virtud de lo establecido en la Constitución y en las demás normas que forman el bloque de la

⁶³ SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 47, p. 37.

constitucionalidad. En conclusión, se trata de una función típica de nuestro Tribunal Constitucional como órgano encargado de velar por la adecuación del ordenamiento jurídico a la Constitución, lo que significa que atribuir esta función a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria es apartarse de nuestro sistema de constitucionalidad concentrada y aproximarse a uno de constitucionalidad difusa.

En este mismo sentido se pronuncian autores como López García, quien viene a señalar que la aplicación de la cláusula de la prevalencia supone llevar a cabo un juicio previo de la norma básica y calificar la competencia autonómica como exclusiva o no. Por lo tanto, para este autor la cláusula de prevalencia solo puede aplicarse cuando existe ese juicio previo de constitucionalidad.

Sin embargo, a este planteamiento podría hacerse la siguiente observación: el Tribunal Constitucional solo tiene el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes en lo referido al rechazo o expulsión de aquellas que, siendo posteriores a la Constitución, entren en contradicción con ella. Dicho en otras palabras, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria sí pueden llevar a cabo un control positivo de validez de las normas con rango y fuerza de ley. Y, por lo tanto, sí sería de aplicación la cláusula de la prevalencia, pues antes de determinar qué norma es la aplicable, podrían llevar a cabo ese juicio de validez, que actúa como requisito previo para aplicar el principio de prevalencia.

Sobre esta cuestión T. De la Quadra-Salcedo Janini, señala que “aunque es cierto que el principio prevalencia es una regla de colisión y no una regla de delimitación de competencias, el principio solo opera cuando el órgano encargado de aplicar la regla ha determinado la validez de la norma a la que se pretende otorgar carácter prevalente, determinación que se realiza a través del principio de competencia”⁶⁴. De acuerdo con este autor “este juicio positivo de validez lo pueden realizar los órganos judiciales, pues nuestro modelo de justicia constitucional concentra en el Tribunal Constitucional, el monopolio de rechazo de la ley, pero no el de los juicios positivos de constitucionalidad”⁶⁵. Esta opinión es compartida por otros autores, como, por ejemplo, M. J. Alonso Mas.

Ahora bien, ¿cuál debe ser el objeto de este examen previo de validez?: a) la norma estatal, b) la norma autonómica o, c) ambas normas.

En este punto, la doctrina se encuentra dividida. Mientras que un sector doctrinal, con autores como I. De Otto y Pardo, Fernández Farreres, E. García de Enterría y Fernández Rodríguez, S. Muñoz Machado, M. Aragón Reyes o Arroyo Gil, propugna que la cláusula de la prevalencia presupone un juicio de validez competencial de las dos normas en conflicto. Otro sector de la doctrina, con autores como García Torres, F. Rubio Llorente,

⁶⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁶⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

Jiménez Campos o Padrós Reig, defiende que la cláusula de prevalencia presupone únicamente la realización de un juicio de validez de la norma con pretensión de prevalecer, pero no la realización de un juicio de validez de la norma a desplazar⁶⁶.

Por su parte, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en concreto de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, se deduce que el Tribunal Constitucional ha optado por señalar que el juicio previo de validez, que deben llevar a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, solo recae sobre la legislación básica⁶⁷.

En cualquier caso, si optamos por analizar tanto la validez la norma desplazada (legislación de desarrollo) como de la norma que desplaza (legislación básica), y solo cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad en el caso de que la norma que desplaza se considere que no es válida, nos surge la siguiente duda ¿qué ocurre con la norma desplazada que se considera que no es válida? Es decir, si se considera que la norma estatal es válida, y por tanto prevalece, pero la norma desarrollo no pasa ese juicio de validez positivo ¿cómo se depura la norma de desarrollo autonómica?

Sobre esta cuestión volveremos más adelante, pues antes tenemos que entrar en el fondo del análisis de validez positivo que deben realizar los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Y, de nuevo, son varias las observaciones que se pueden realizar, en función del supuesto de hecho en el que nos encontremos.

- a) En el caso de modificación de la normativa estatal aplicable, sin que se haya producido la exigible acomodación de la legislación autonómica, cuando ésta no hace sino repetir la legislación básica; se llegaría a la conclusión que, como recoge la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, nos encontramos que el precepto de la ley de desarrollo autonómico que entra en contradicción con el precepto de la ley básica estatal, no se dicta en el ejercicio de una competencia propia de la Comunidad Autónoma, sino que es una simple repetición de una norma estatal dictada por el Estado al amparo de una competencia que le corresponde, a saber, establecer los principios y las bases que luego el legislador autonómico debe desarrollar.

⁶⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁶⁷ De acuerdo con el voto particular de la Magistrada Adela Asua Batarrita a la Sentencia 102/2016, [el Tribunal Constitucional en esta decisión considera] “que la prevalencia [del] precepto básico estatal debe mantenerse en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada; únicamente en tal caso el juez sí tendría la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero en relación con la norma estatal, y no en relación a la norma autonómica [...]”.

Por lo que, en este caso, en realidad, no nos estamos encontrando con una contradicción entre una norma dictada al amparo de una competencia del Estado y una norma dictada al amparo de una competencia autonómica, sino que el precepto que entra contradicción es competencia del Estado, pero, por técnica normativa, se incluye en la normativa autonómica. En suma, se trata de una contradicción que afecta al contiene, pero no al contenido, pues sobre el contenido no hay duda: es competencia estatal porque es legislación de carácter estatal y, por lo tanto, la norma que debe prevalecer es la estatal por haber pasado ese juicio de validez positivo.

De esta forma, en estos casos, y por utilizar la terminología del Tribunal Constitucional, la inaplicación de la ley autonómica, por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios, no vulnera su rango de ley, porque no es una materia sobre la cual la Comunidad Autónoma tenga competencia y, por lo tanto, no tiene que entrar a examinar el título competencial de atribución. Por lo tanto, y como recoge M. J. Alonso Mas, “para el Tribunal Constitucional no estamos ante un conflicto entre títulos competenciales diferentes, sino ante la relación norma básica-norma de desarrollo. Así, si estamos ante normas amparadas en títulos diferentes, no procederá aplicar la cláusula de prevalencia; porque estaremos ante la delimitación entre títulos competenciales”⁶⁸.

Dicho en otras palabras, no se está atentando contra la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, manifestación del principio de autonomía, porque sobre esta materia no tiene competencia, de tal forma que el legislador autonómico, a efectos de técnica legislativa, lo que hace es reproducir en su ley autonómica de desarrollo una norma jurídica que es dictada por el Estado al amparo de su competencia. Creemos que esta idea se contiene en el fundamento jurídico 6.º de la sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016, cuando el máximo intérprete de nuestra Constitución señala que “[el legislador autonómico] no lo hizo reclamando una competencia propia, sino por puro mimetismo con la regulación contenida en la legislación básica que aquella ley pretendía desarrollar”.

En estos casos, como recoge M. J. Alonso Mas⁶⁹, para el Tribunal Constitucional “la ley autonómica no pretende innovar el ordenamiento mediante mandatos normativos; simplemente, reproduce la voluntad del legislador estatal”.

Llegados a este punto debemos señalar que, el hecho de que en un cuerpo normativo se contengan normas de diferente naturaleza no es una práctica desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, baste señalar la doctrina sobre las denominadas materias conexas, expuesta

⁶⁸ ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.* pp. 235-265.

⁶⁹ *Ídem.*

por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 5/1981, de 13 de febrero de 1981; o la 212/2012, de 14 de noviembre de 2012, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución ha venido a establecer que, “en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno el legislador incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la Ley orgánica [materias propias de ley ordinaria]”. Así según dicha doctrina “cuando se dé el supuesto que acabamos de indicar y, por consiguiente, en una misma Ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE). Pero este régimen puede ser excluido por la propia Ley Orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una Ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas. Si tal declaración no se incluyera en la ley orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar qué preceptos de los contenidos en una Ley orgánica pueden ser modificados por Leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, contribuyendo de este modo tanto a la depuración del ordenamiento como a la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada por la inexistencia o por la imperfección de las citadas normas de articulación” [STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 c)].

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un cuerpo normativo (ley autonómica de desarrollo) que además de contener preceptos normativos dictados al amparo de su competencia, con el objetivo de “facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable” (STC 102/2016 FJ 6.º) ha incorporado preceptos que recogen las bases que dicta el Estado al amparo del artículo 149.1 de la CE. En cualquier caso, y como viene a señalar el Tribunal Constitucional en el FJ 6.º de la STC 102/2016, de 25 de mayo de 2016, “el hecho de que el legislado autonómico incluya en un solo texto el conjunto de la normativa a tener en cuenta no significa que ello altere la naturaleza de la legislación reproducida, ni que el legislador autonómico pueda atribuirse alguna potestad alguna de influir en la legislación básica, por mucho haya sido reproducida en la legislación de desarrollo”.

En este caso, y atendiendo a todo lo expuesto, es claro, que la norma que desplaza (la legislación básica) es válida, pero la norma desplazada (la legislación de desarrollo) no.

- b) En el segundo supuesto, es decir en los casos en los que la norma autonómica de desarrollo se dicta en ausencia de una norma estatal básica el juicio de validez competencial de las dos normas en conflicto plantea mayores problemas. Ello se debe a que, ante la ausencia de legislación básica, el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias legislativas, desarrolla una norma sobre la cual todavía no existen los principios básicos, por lo tanto, en el caso de que posteriormente se dicte la ley básica y ésta sea en sentido contrario a la ley autonómica de desarrollo (anterior), la operación jurídica que se debe realizar en este caso no se trata de una mera constatación de cuál es el título competencial en virtud del cual se ha dictado cada norma, sino que debe entrar ahora en el sentido, en el espíritu de la norma. En suma, se debe realizar una operación mucho más compleja, pues se debe entrar a valorar hasta qué punto la norma de desarrollo autonómica era una decisión propia del legislado autonómico. Ello se debe a que es posible que el legislador autonómico legisle sin necesidad de esperar a las bases, pues su potestad legislativa no viene conferida *ex lege*, sino por la propia Constitución. Esta idea la remarcan E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, quienes señalan que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, “las Comunidades Autónomas no tienen que esperar a que el Estado dicte la normación básica para disponer de inmediato de sus facultades normativas de desarrollo”⁷⁰.

De todo lo dispuesto hasta ahora se observa que en realidad, y para ser lo más respetuoso posible con nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrada, la aplicación de la doctrina de la prevalencia, por parte de los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos entre legislación básica estatal y legislación autonómica de desarrollo, solo podría darse en aquellos casos en los que, además de darse los requisitos mencionados anteriormente, existiría certeza sobre el carácter básico de la norma estatal, no solo desde el punto de vista extensional sino también intensional⁷¹.

Pues de lo contrario, y como ya hemos expuesto, los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando realizaran el juicio positivo de validez tendrían que llevar a cabo una operación más propia del control de la constitucionalidad, al tener que entrar a valorar si la norma estatal tiene el carácter básico, tanto desde el punto de vista material y formal; que del control de la legalidad.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo I. *Op. Cit.* p. 876.

⁷¹ Idea tomada de M. Atienza, quien venía a señalar que la idea de derecho presenta vaguedad tanto intensional como extensional pues no existe unanimidad respecto del conjunto de rasgos o propiedades que se predicán de él y que lo caracterizan (intensión); ni del conjunto de objetos o dimensiones de la realidad abarcadas por ese término (extensión).

En suma, creemos que para que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pudieran llevar a cabo ese juicio de validez positivo, que es requisito previo para aplicar la cláusula de la prevalencia, sería necesario que el carácter *básico* de la legislación estatal estuviera ya determinado.

Debemos señalar que esta cuestión ha sido también puesta de relieve en alguno de los votos particulares antes mencionados, en los supuestos en los que el carácter básico de la norma estatal no viene expresamente recogido en la propia norma o no ha sido declarado así por el Tribunal Constitucional, como ocurre con el artículo 47.2 LrBRL⁷² cuyo carácter formal y materialmente básico⁷³ ha sido declarado en las sentencias 66/2011y 159/2021, por referencia a su letra d) (FJ 1.º STC 102/2016).

Pues en ausencia del carácter expreso de lo básico, sería el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria el que tendría que determinar si la norma estatal, que entra en contradicción con la norma autonómica, tiene carácter básico.

No podemos olvidar que este requisito (en el carácter básico de la norma estatal), había sido exigido inicialmente en la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, como uno de los requisitos que debían darse para aplicar la doctrina de la prevalencia. Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional extendió el ámbito de aplicación de la doctrina de la prevalencia en la sentencia 204/2016, de 1 de diciembre, este requisito desapareció. Algún sector de la doctrina, con autores como T. De la Quadra-Salcedo Janini, lo comparaban con la doctrina del “acto aclarado,” en virtud, de la cual, el juez nacional no tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial acerca la interpretación de una norma de la Unión ante el TJUE, cuando el propio Tribunal ya haya tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia del Tribunal Constitucional 25/2022, de 23 de febrero.

Resta considerar una cuestión que nos habíamos dejado en el tintero, a saber, qué ocurre, con la norma autonómica que resulta que es contraria a la norma estatal. Pues la consecuencia de la aplicación del principio prevalencia es que la ley que es desplazada permanece, aun así, válida y vigente. Dice el Tribunal Constitucional en el FJ 6.º de la sentencia 102/2016 que “[...] Este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede

⁷² Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

⁷³ En este punto no podemos obviar la matización que hace la Magistrada Adela Asua Batarrita en el apartado 4 de su voto particular en la STC 102/2016, quien señala que “en relación al proclamado carácter básico del artículo 47.2 a) LBRL, debe advertirse que no se ha producido pronunciamiento constitucional sobre dicho supuesto. Tanto la STC 66/2011 como la STC 159/2012, citadas al final del fundamento jurídico 6, se refieren al carácter básico del artículo 47.2 d) y no del 47.2 a) LBRL, que sería el aquí aplicable [...]”

resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal”.

En este punto debemos recordar que la doctrina, con autores como L. Prieto Sanchís⁷⁴ señala que el término derogación tiene diferente significado, en función del criterio de resolución de antinomias que se utilice; cuando decimos que “la ley superior deroga la ley inferior” (criterio jerárquico), el término deroga significa que la norma inferior es inválida. Cuando afirmamos que “la ley posterior deroga la anterior” (criterio cronológico), en este caso deroga ya no supone pérdida de validez, sino de vigencia. Y cuando decimos que “la ley especial deroga la general” (criterio de especialidad) aquí derogación significa solo la postergación de la norma para regular el caso concreto.

Por lo tanto, y de acuerdo con la argumentación del Tribunal Constitución, en el caso de aplicación del principio de prevalencia nos encontramos con que el término *deroga*, no tiene el significado de invalidez, sino de pérdida de vigencia. Sin embargo, desde el plano puramente teórico, esta afirmación no sería del todo correcta pues, como hemos visto, los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria lo que hacen, al aplicar el principio de prevalencia, es seleccionar la norma aplicable, y por tanto, inaplicar aquella norma que no se considera de aplicación al caso, de tal forma que, en puridad, no cabe hablar de derogación en los términos antes expuestos.

En cualquier caso, se da la paradoja que la antinomia sigue existiendo, en primer lugar, pues dado que las sentencias de los tribunales ordinarios tienen eficacia *inter partes*, puede ocurrir no solo que esta cuestión se vuelva a plantear ante otro tribunal, sino que además otro tribunal o juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional puede decretar lo contrario, lo que conlleva una situación de gran inseguridad jurídica. En suma, se pone en peligro el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dado que a diferencia de lo que ocurre con las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, que por imperativo constitucional (art. 164 CE), tienen eficacia *erga omnes*; las sentencias de la jurisdicción ordinaria tienen eficacia *inter partes*, por lo que nos podríamos encontrar supuesto en los que sobre una misma norma recayesen sentencias divergentes respecto de su naturaleza básica.

En este mismo sentido, se pronunció la magistrada Asua, quien, en su voto particular, señala que “la aplicación de la prevalencia conlleva un riesgo cierto de inseguridad jurídica y de pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad”. También en esta misma línea encontramos otras voces autorizadas como la de T. de la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional “supone una excepción al modelo centralizado de justicia constitucional y general dos consecuencias: una mayor inseguridad jurídica

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.

en relación con el sistema de distribución de competencias y la imposibilidad de que los parlamentos autonómicos defiendan la conformidad de la ley autonómica con aquel”⁷⁵.

En suma, una situación que tendría que dirimirse, y dado que la jurisdicción ordinaria no puede depurar el ordenamiento jurídico nos encontraríamos con que en nuestro ordenamiento jurídico seguiría existiendo una antinomia que solo podría resolver o bien por el legislador autonómico mediante la modificación de la ley autonómica de desarrollo en el sentido de la legislación básica, o bien planteando una cuestión de inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitucional el que, como legislador negativo, se encargue de depurar el ordenamiento Constitucional, y derogue, ahora si en el sentido de validez la norma autonómica.

Otra de las consecuencias de la aplicación de la doctrina de la prevalencia, de acuerdo con T. De la Quadra-Salcedo Janini, es que se atenta contra el carácter democrático de la obra de los parlamentos autonómicos. De acuerdo con este autor “en el modelo centralizado de justicia constitucional la representación de la Comunidad Autónoma, tanto el Gobierno como el Parlamento, tiene la capacidad de intervenir en el proceso por el que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad reconociéndole, así, al órgano que elaboró la norma la capacidad de presentar sus argumentos y defender la legitimidad constitucional de la misma. Sin embargo, tal posibilidad no se daría en el centralizado, pues en los pleitos de los que conocen los jueces, el parlamento autonómico, o incluso su gobierno no sean parte en el litigio”⁷⁶. Es por ello que, algún sector de la doctrina (M.J. Alonso Mas), señala que “si se consolida esta nueva doctrina, será razonable exigir que se oiga en el proceso al autor de la norma. La ley 29/1998⁷⁷ exige oír en el proceso el autor del reglamento, cuando, ante un recurso indirecto, aquel no coincida con la demanda principal”.

En cualquier caso, y a meros efectos de buscar una solución debemos señalar que una situación similar se ha dado en el derecho de la Unión Europea en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. Debemos recordar brevemente que el principio de primacía, fue inferido por el que hoy es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) a partir de la sentencia *Costa vs. Engel* de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64) y viene a establecer que en caso de colisión entre el derecho de la Unión Europea y el derecho estatal, la norma comunitaria prevalece sobre nacional. Siempre y cuando aquella se encuentre dentro de su esfera de competencia.

Los efectos prácticos de la primacía consisten, en suma, en la exclusión o inaplicación de la norma interna incompatible. Sin embargo, y es aquí donde debemos centrar nuestra atención, la aplicación preferente de la norma

⁷⁵ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁷⁶ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁷⁷ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

comunitaria sobre la estatal no supone la nulidad absoluta o inmediata de la norma interna incompatible, la cual puede seguir produciendo efectos en sus contenidos en supuestos que no se opongan al derecho de la Unión Europea. Además, la derogación de la norma nacional opuesta al derecho Unión Europea corresponde a las instituciones estatales competentes.

No obstante, y tal y como señala la doctrina existe la obligación, por parte de los poderes públicos competentes, de eliminar las normas internas que sean contrarias al derecho de la Unión. La razón de ser radica en el hecho que, si un Estado miembro mantiene en vigor una norma nacional contraria, aun probando su inaplicación y el efectivo respecto de la Unión, incumple su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los tratados y de los actos de las instituciones (principio de cooperación leal, art. 4.3 TUE). En suma, la primacía y el efecto directo de las disposiciones de la Unión no dispensan a los Estados miembros de la obligación de eliminar de su orden jurídico interno aquellas disposiciones incompatibles.

La doctrina señala que la razón estriba, en opinión del Tribunal de Justicia, en que el mero mantenimiento en vigor, aún sin aplicación, engendra siempre una situación de hecho ambigua, dejando a las personas afectadas en un estado de incertidumbre en cuanto a las posibilidades que tienen de acogerse a la norma de la unión. Por ello, el Tribunal de Justicia exige que la incompatibilidad entre una norma nacional y una norma de la Unión, incluso de efecto directo, deberá ser eliminada definitivamente mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas. Esto significa que la utilización de las circulares administrativas, incluso publicadas en los Boletines Oficiales, advirtiendo de la inaplicación de la norma interna no son el medio adecuado para asegurar el pleno efecto de las normas de la Unión (STJUE de 15 de octubre de 1986 *Comisión c. Italia*, asunto 168/85).

Esta solución podría aplicarse al caso que nos ocupa, no obstante, tenemos que hacer una última precisión y es que no podemos olvidar que, como ha declarado el Tribunal Constitucional⁷⁸, el derecho de la Unión Europea, si bien es cierto que forma parte del ordenamiento jurídico español, no es un parámetro de constitucionalidad. Es decir, es un criterio hermenéutico, pero no un criterio de validez, de tal forma que, en el caso de contradicción entre norma nacional y norma de la Unión Europea, no existe propiamente un problema de inconstitucionalidad que deba dirimir el Tribunal Constitucional.

Así, como recuerda M. Marco Abato “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional venía señalando desde sus inicios que la aplicación del derecho europeo era una “cuestión infraconstitucional” y ello en la medida en

⁷⁸ Entre otras podemos mencionar las sentencias 156/2021, de 13 de septiembre; 215/2014, de 18 de diciembre; y 75/2017, de 19 de junio.

que como señala la sentencia 215/2014, de 18 de diciembre, recordando resoluciones anteriores, a pesar de que la vinculación entre el derecho nacional y el derecho de la unión europea, se encuentra “instrumentada, con fundamento del artículo 93 CE y en el Tratado de adhesión” (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), ello no significa que en virtud de ese precepto “se haya dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea de rango y fuerza constitucionales” (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a; y 134/2011, de 20 de julio, FJ 6), ni que el Derecho comunitario, originario o derivado, constituya canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (SSTC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; y en sentido parecido, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; y 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5)”⁷⁹.

En cualquier caso, de nuevo debemos insistir que esta propuesta debe tomarse con las cautelas necesarias, pues el problema que surge de la contradicción entre legislación básica estatal y legislación de desarrollo autonómica no está en el mismo plano que la problemática que surge de la contradicción entre derecho de la Unión Europea y derecho nacional. En el primer caso, y como hemos visto, acudimos a los mecanismos de resolución de autonomías previstos en nuestro ordenamiento, el cual, como ordenamiento jurídico pleno, prevé mecanismo de resolución de antinomias. Mientras que, en el segundo caso, tendríamos que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos previstos en el sistema de ordenamientos multinivel⁸⁰.

Otra solución podría ser la propuesta en su día I. de Otto y Pardo para la solución respecto de las normas preconstitucionales, quien propugna que en esos casos se produce la derogación automática, *ex constitutione*, sin necesidad de declaración alguna.

Todo lo expuesto, nos lleva a intentar proponer algunas soluciones para intentar casar esta nueva línea jurisprudencial con la necesidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico. Estas son las soluciones que se nos ocurren:

- a) Volver a la línea jurisprudencial anterior a la sentencia 102/2016, de 25 de mayo, de tal forma que sea el Tribunal Constitucional el que dirima los conflictos entre legislación básica y legislación de desarrollo, y, por tanto, le corresponda efectuar no solo el juicio de validez negativo sino también el positivo, lo que supondría aumentar la carga de trabajo del Tribunal Constitucional y lo que ello supone para la ciudadanía, a saber, el retraso en la impartición de justicia.

⁷⁹ MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>

⁸⁰ Para un estudio más detallado se recomienda consultar GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Sanz y Torres.

- b) Mantener la línea jurisprudencial actual, si bien creemos sería conveniente que el Tribunal Constitucional aclarara de forma expresa, en primer lugar, si el juicio de validez positivo que deben llevar a cabo los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria recae tanto en la norma que desplaza como en la norma desplazada (que creemos que sería lo más conveniente) o solamente en la primera; y aclarado este extremo, dejara sentado que en los casos en los que el juez considere que la norma no es válida (no solo la que desplaza, sino también la desplazada), plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. De tal forma que sea él, el que lleve el juicio de validez negativo, reservándose así el juicio de validez positivo a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.
- c) Abrir nuestra jurisdicción concentrada a una jurisdicción difusa, lo que nos lleva a examinar cómo podría articularse este cambio.

III. CONCLUSIONES

Resta hacer unas últimas conclusiones de todo lo dispuesto hasta ahora y en concreto queremos enfocarlas en las implicaciones que esta nueva línea jurisprudencia adoptada por el Tribunal Constitucional en nuestro sistema de jurisdicción concretada y en el propio orden constitucional.

Así pues, son tres las preguntas que nos hacemos:

1) *¿Se ha iniciado el camino hacia la jurisdicción difusa?*

A lo largo de todo este comentario hemos venido afirmando que el carácter de nuestra jurisdicción constitucional es concentrado, y que es una cuestión pacífica en la doctrina. Y es que si bien es cierto que no hay ningún precepto de la Constitución que establezca expresamente que nuestro sistema de jurisdicción constitucional es de carácter concentrado, una lectura sistemática de la propia Constitución, en concreto de los artículos 153.a), 161 y 163, nos lleva a la concluir que los constituyentes decidieron diseñar un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, que se caracteriza por otorgar a un órgano concreto, en este caso al Tribunal Constitucional, el control de la constitucionalidad de las leyes, encarnando así una jurisdicción propia y diferente de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, debemos matizar que nuestro sistema de jurisdicción concentrada no es un sistema puro de jurisdicción constitucional concentrada, desde el momento en que se reconoce, en el artículo 163 de la Constitución, la posibilidad de plantear, por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En este sentido E. Álvarez Conde señala que no puede perderse de vista que en la actualidad casi ninguno de los sistemas de justicia constitucional res-

ponde totalmente a uno o a otro de los modelos mencionados. En realidad, cada país tiene sus propias peculiaridades, que afectan tanto las funciones como los procedimientos a seguir, “produciéndose una especie de simbiosis entre el sistema austriaco y el norteamericano, aunque con preponderancia de los elementos de aquel”. También se pronuncia en este sentido M.A. Ruiz López, quien señala que “la justicia constitucional española [...] se trata de un modelo que incorpora elementos difusos [...]”.

No obstante, en los últimos años este carácter difuso se ha acentuado y no son pocos los autores, entre otros R. Alonso García⁸¹, los que han señalado un cambio de paradigma hacia un sistema de jurisdicción mixta o incluso difusa en los últimos años al reconocer el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial la posibilidad de que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan no solo inaplicar leyes autonómicas en virtud de la doctrina de la prevalencia, que hemos visto en este artículo, sino también la posibilidad de que puedan inaplicar las leyes preconstitucionales contrarias a las Constitución Española y las normas que sean contrarias al derecho de la Unión Europea y a los tratados internacionales.

En este mismo sentido, se pronuncia T. De la Quadra-Salcedo Janini, quien señala que “esta nueva doctrina supone una excepción a un modelo centralizado puro de justicia constitucional, pues abre la posibilidad de que los órganos judiciales efectúen una inaplicación de la ley autonómica por contravenir mediatamente la Constitución”. Por su parte, el magistrado Martínez Valdés, en su voto particular a la STC 2004/21016, señala que “la nueva doctrina supone una grieta abierta en nuestro modelo concentrado de justicia constitucional”.

Lo que nos lleva a plantearnos si este cambio de paradigma es posible, desde el punto de vista del orden constitucional diseñado en la Constitución de 1978.

Debemos comenzar recordando que no hay en la Constitución ningún precepto que recoja, de manera expresa, el carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional, de hecho, una lectura atenta del artículo 161 CE nos permite afirmar que los constituyentes quisieron que el Tribunal Constitucional conociera de los recursos enunciados en este precepto, pero no se establece en ningún momento que se trate de una competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional. Así mismo, una lectura del Título VI de la Constitución, relativo al poder judicial no prohíbe tampoco que los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan ser competentes para conocer la inconstitucionalidad de las leyes. Así pues, el carácter concentrado de nuestra jurisdicción constitucional se deriva de lo dispuesto en el artículo 1.2 LOTC donde se establece que “Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional” y de una interpretación sistemática de lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de

⁸¹ ALONSO GARCÍA, R. “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. *Op. cit.*

julio, del Poder Judicial. Carácter que, no obstante, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, así en las sentencias 73/2000, de 14 de marzo (FJ 15), y en la sentencia 248/2000, de 19 de octubre (FJ 5), el Tribunal Constitucional ha señalado que “No hay que olvidar “que nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los Jueces y Tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos”, poniendo a disposición de éstos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad [la cuestión prejudicial de validez, en el caso de las normas forales fiscales], destinado a asegurar que la actuación normativa se ha mantenido “dentro de los límites de la Constitución”.

Por lo que, *a contrario sensu* podría entenderse que como no está prohibido, está permitido, lo que abriría la senda a un cambio de paradigma.

Baste señalar tres argumentos para sostener esta afirmación:

- 1) En primer lugar, que el propio TC en su STC 118/2016, 23 de junio, (FJ 2.º) ha declarado que “es importante tener presente que nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los artículos 161.1 d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración, pudiendo articular cada nuevo proceso, no solo como un instrumento de resolución de controversias constitucionales, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la propia Constitución le impone [...]”. En este mismo sentido se pronuncia M. J. Alonso Mas quien señala que “la sentencia 118/2006 afirma que los tribunales ordinarios no están excluidos de modo absoluto del control de normas con rango de ley”⁸².
- 2) En segundo lugar, que este argumento, es decir que el hecho de que una determina cuestión no este prohibida, permite interpretar que, *a contrario sensu*, está permitida, ha sido utilizado en varias ocasiones. Así, se ha utilizado para reconocer la potestad reglamentaria de los Ministros o de las Administraciones Independientes, pues el artículo 97 CE no señala que la potestad reglamentaria “solo” corresponda al Gobierno. En este sentido señala la doctrina, que “el hecho que la Constitución sólo prevea expresamente la potestad reglamentaria del Gobierno no ha sido nunca interpretado en el sentido de que impida a la ley atribuir potestad reglamentaria a otras autoridades administrativas. Es decir, no existe un monopolio constitucional del

⁸² ALONSO MAS, M.ª J. “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal... *Op. cit.*

Gobierno sobre la potestad reglamentaria. Tan es así que la legislación ha reconocido tradicionalmente potestad reglamentaria a los Ministros, al menos en las cuestiones domésticas u organizativas de sus correspondientes departamentos; y se lo ha venido reconociendo, asimismo, a las entidades locales. Y en tiempos más recientes, no sólo se admite la atribución legal de potestad reglamentaria a autoridades del Poder Ejecutivo (estatal o autonómico) y a las entidades locales, sino también a autoridades independientes”.

Pero también este argumento se ha utilizado para permitir que las Comunidades Autónomas puedan crear órganos homólogos al Defensor del Pueblo, ya que a pesar de que el artículo 54 CE, precepto que regula la institución del Defensor del Pueblo, no mencione expresamente la existencia de figuras similares en las Comunidades Autónomas, este silencio fue interpretado en el sentido de que tales figuras eran posibles pues no se establece ningún tipo de monopolio estatal en este ámbito. De esta forma, la LO 3/1981, del Defensor del Pueblo, contempló la posibilidad de la existencia de entidades similares (art. 12.2), y los estatutos de autonomía comenzaron a preverlas, desarrollándose e implementándose poco a poco.

Lo mismo puede decirse respecto del Consejo de Estado recogido en el artículo 107 CE o del Tribunal de Cuentas, regulado en el artículo 136 CE. Así, respecto de los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, esta posibilidad fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en la sentencia 204/1992, de 26 de noviembre. Por lo que se refiere a la posibilidad de creación de órganos de control externo por parte de las Comunidades Autónomas, la Constitución española no contempla expresamente ni tampoco exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano de fiscalización de la actividad financiera pública. No obstante, y como recuerda M. Núñez Pérez⁸³ el Tribunal Constitucional “ha señalado en las SSTC 187/1988, de 17 de octubre, 18/1991, de 31 de enero, y 215/2000, de 18 de septiembre, [que] el bloque de la constitucionalidad en materia de control externo económico-financiero y presupuestario del sector público está integrado por los artículos 136 y 153.d) de la Constitución Española, antes aludidos, por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, así como por las disposiciones estatutarias mediante las que se crean y regulan los correspondientes Órganos autonómicos. En estas sentencias del Tribunal Constitucional se señala, además, que las competencias fiscalizadoras de los Órganos autonó-

⁸³ NÚÑEZ PÉREZ, M. (2018). “Título VII. Economía y Hacienda. Artículo 136”, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia (España), p. 1720.

micos son jurídicamente concurrentes y compatibles con las competencias fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas sobre los sectores públicos autonómico y local”.

Finalmente se utilizó como uno de los argumentos, entre otros, para reconocer que los Parlamentos de las Comunidades Autónomas también ostentan potestad legislativa. Así, por ejemplo, señala S. Muñoz Machado que “la interpretación a favor del reconocimiento a todas las Comunidades Autónomas de poderes de naturaleza legislativa puede apoyarse en el texto de la Constitución [...] en el hecho de que el artículo 66.2 CE, al afirmar que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa, ni prejuzga ni excluye que haya otros entes públicos territoriales que puedan ejercerla igualmente en el ámbito material de su competencia”.

- 3) En tercer lugar, debemos señalar que no han faltado voces en la doctrina que han defendido que la puesta en cuestión de nuestro modelo centralizado de justicia constitucional deriva de la propia previsión del principio de prevalencia recogido en el artículo 149.3 CE, como recoge T. De la Quadra-Salcedo Janini, citando en este punto a García Torres como defensor de que “el control difuso podría concurrir en ciertos casos con el control concentrado del Tribunal Constitucional”⁸⁴.

Lo que nos lleva a plantearnos cómo se puede articular este cambio:

- 2) *¿Estamos ante una mutación constitucional?*

Lo expuesto nos lleva a preguntarnos si este cambio podríamos articularse como una mutación constitucional⁸⁵.

Sin duda alguna, al lector, este planteamiento le puede parecer arriesgado, dado que no han pasado ni diez años desde que tuvo lugar este cambio jurisprudencial. No obstante, no podemos olvidar que, en los últimos años, son varios los pronunciamientos⁸⁶ del Tribunal Constitucional que nos permiten afirmar que parece que la doctrina de la prevalencia está consolidada. Quedaría por ver si el ámbito material de este cambio de paradigma se amplía a otros conflictos normativos en un futuro.

⁸⁴ DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta... *Op. cit.*”

⁸⁵ En este mismo sentido se han pronunciado otros autores como S. Muñoz Machado, tal y como recuerda Marcos Marco Abato en MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>

⁸⁶ Además de las ya citadas sentencias 102/2016, de 25 de mayo y 204/2016, de 1 de diciembre encontramos las siguientes sentencias: 116/2016, de 20 de junio; 127/2016, de 7 de julio; 1/2017 de 16 de enero; 76/2022, de 15 de junio, y el auto 27/2019 de 9 de abril.

En cualquier caso, y volviendo al tema que nos ocupa, como es bien sabido, y de acuerdo con la doctrina clásica con autores como Konrad Hesse, las mutaciones constitucionales pueden definirse como todas aquellas modificaciones del contenido de la Constitución que no van acompañadas de una modificación del texto de la misma. No es este el lugar para hablar de las mutaciones constitucionales, pero baste señalar que la doctrina, con autores como P. De Vega García, siguiendo en este punto a otros autores como H. Dau-Lin, señalan que las mutaciones constitucionales pueden clasificarse en los siguientes tipos:

- i. “Mutaciones debidas a prácticas políticas que no se oponen formalmente en la Constitución escrita, y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional.
- ii. Mutaciones debidas a prácticas políticas en oposición abierta a preceptos de la Constitución. En ellas la contraposición entre realidad política realidad jurídica es evidente, dando lugar a que la fuerza de los hechos se imponga a la fuerza coercitiva de las normas.
- iii. Mutaciones producidas por la imposibilidad del ejercicio, o por desuso, de las competencias y atribuciones establecidas en la Constitución.
- iv. Y mutaciones producidas a través de la interpretación de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos obtienen un contenido distinto de aquel en que inicialmente fueron pensados”.

De acuerdo con esta clasificación, podríamos intentar encuadrar esta mutación constitucional como una mutación producida a través de la interpretación de los términos de la Constitución. Es decir, podríamos entenderlo como una manifestación de la interpretación evolutiva de la Constitución.

Para abordar esta cuestión podemos traer a colación el voto particular del Magistrado Manuel Aragón Reyes respecto de la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, donde el magistrado del Tribunal Constitucional vino a señalar que “la llamada interpretación evolutiva, consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan”. En este caso, continúa señalando el voto particular, “[...] el intérprete debe adaptar el sentido de la Constitución, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. [...]. Como bien se ha dicho en frase autorizada y respetada, “la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho”, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda

reescribir, sin límites, su supremo intérprete. La realidad social puede conducir a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional. La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución”.

Pocas glosas se pueden hacer a este fragmento del voto particular del Magistrado M. Aragón Reyes que acabamos reproducir, pues el hecho de que la Constitución no recoja que exclusivamente corresponde al Tribunal Constitucional conocer de los recursos de inconstitucionalidad permitiría a éste señalar que en determinados supuestos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden actuar como órganos de la jurisdicción constitucional, no solo llevando a cabo el juicio positivo de validez, si no el negativo, que hasta ahora en nuestro sistema de jurisdicción concentrada este juicio correspondía solo al Tribunal Constitucional.

Ello sin perjuicio de la reforma a la que tendría que someterse el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, nuestras inquietudes no acaban aquí, hemos visto que es posible el cambio de una jurisdicción concentrada a una jurisdicción difusa, también hemos visto que es posible que este cambio se articule como una mutación constitucional resultado de una interpretación evolutiva de la Constitución, es decir, hemos analizado este cambio de paradigma desde el punto de vista de la legalidad, pero nos queda hacerlo desde el punto de vista de la legitimidad.

En este punto decía N. Bobbio⁸⁷ que “un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta, lo ejerce con justo título, y el poder es ejercido con justo título solo en la medida en que quien lo ejerce está autorizado por una norma o un conjunto de normas generales que establecen en una determinada comunidad quien tiene el derecho de mandar y quienes tienen, y en qué circunstancias, la obligación de obediencia.” Como es bien sabido la Constitución es obra de un super poder, como dice O. Alzaga Villaamil, del poder constituyente. Por su parte, P. De Vega García⁸⁸ decía que, “dado que la actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la Constitución, la única manera imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema, no puede ser otra que la de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional. La soberanía política se convertirá así en soberanía jurídica”. En

⁸⁷ BOBBIO, N. (2009). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, p. 784.

⁸⁸ DEVEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, p. 312.

este esquema, el poder de reforma de la Constitución es definido por la doctrina como un poder constituyente-constituido. Lo que nos lleva a preguntarnos si este cambio, por las implicaciones trascendentes que conllevan tendría que llevarse a cabo de acuerdo con los mecanismos de reformar o puede acometerlo el Tribunal Constitucional, por la vía de sus sentencias actuando no ya como legislador negativo sino como legislador positivo.

Lo que nos lleva a planteamos una última cuestión, a saber ¿se han cumplido los peores augurios de Carl Schmitt? es decir, ¿se ha convertido el Tribunal Constitucional en el dueño y señor de la Constitución?

3. *¿El Tribunal Constitucional, dueño y señor de la Constitución? Reminiscencia de la teoría de Carl Schmitt*

Como recoge R. Jiménez Asensio⁸⁹, la discrepancia radical de Carl Schmitt respecto de la teoría expuesta por Hans Kelsen residía en el hecho de que para el autor alemán ningún tribunal de justicia podía ser el guardián de la Constitución, pues el protector “fácilmente se convierte en árbitro y señor de la Constitución”. Continúa señalando el autor mencionado que, para Schmitt, ese guardián de la Constitución concentraría el control y, además, devendría en un organismo que resultaría políticamente fácil de captar y de influir.

De ahí que Carl Schmitt defendiera que el guardián de la Constitución no podía ser un órgano *ad hoc*, sino en el Jefe del Estado.

En realidad, y como es bien sabido, esta discusión clásica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt encerraba dos formas diferentes, paradójicamente antagónicas, de lo que debía ser la Constitución e incluso el Estado⁹⁰.

En cualquier caso, la experiencia fallida de la Constitución de Weimar de 1919 y los horrores de la Segunda Guerra Mundial nos enseñaron que no era suficiente con declarar la garantía de los derechos y la separación de poderes en las Constituciones, como decía el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino que además era necesario prever mecanismo para garantizar el cumplimiento de las misma, naciendo así las ideas de suprelegalidad material y formal.

Ahora bien, y como recuerda Alessandro Pizzorusso⁹¹, citando a Constantino Mortati, “poco después de entrar en vigor de la Constitución de 1947, la razones que indujeron los constituyentes italianos a introducir el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, consistía en el propósito de disponer de obstáculos al resurgimiento de gobiernos tiránicos, como el fascista, y en la necesidad

⁸⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos...* op. cit.

⁹⁰ GARCÍA, E. (ed.) (2020). *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, p. 410.

⁹¹ PIZZORUSSO, A. (1999) “La justicia Constitucional en Italia”. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º, pp. 151-177. <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6485>

de encontrar un órgano regulador de los conflictos derivados de la nueva estructura regional atribuida al Estado”. Sin embargo, y como continua el autor italiano “en los años de vida de la Corte Constitucional Italiana no ha tenido grandes ocasiones de comprobar retornos autoritarios, y su labor se ha centrado más en la resolución de los conflictos entre Estado y las regiones”.

Estas observaciones podrían ser también de aplicación para nuestro Tribunal Constitucional, pues en los últimos tiempos una de sus principales funciones ha sido dirimir los conflictos que han ido surgiendo entre el Estado y las Comunidades Autónomas (baste recordar la pléyade de sentencias a las que ha dado lugar la llamada cuestión catalana), de ahí que algunos autores hayan hablado del “Estado Jurisprudencial Autonómico”. No obstante, no podemos olvidar que en estos conflictos lo que se trata de garantizar es la separación de poderes desde un punto de vista horizontal, en suma, uno de los principios básicos de nuestro Estado social y democrático de Derecho, y es que como decía Elías Díaz, “no todo Estado es Estado de Derecho”⁹².

Con esto lo que queremos decir es que si bien es cierto que hoy los problemas a los que tiene que hacer frente el Tribunal Constitucional, en su papel de garante de la Constitución, no son los mismos que cuando surge el neoconstitucionalismo en Europa (momento a partir del cual resucita la justicia constitucional) el Tribunal Constitucional nunca puede perder de vista que es un órgano que se encarga de garantizar el cumplimiento de la Constitución y la adecuación de las leyes a la misma, y no es una manifestación del poder constituyente, ni del poder constituyente-constituido, pues, tal y como decía F. Tomás y Valiente “nadie puede decirle al Tribunal Constitucional cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son, en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2020). “El Control de Convencionalidad: cinco interrogantes”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 119, pp. 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>
- ALONSO MAS, M.^a J. (2017). “De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico”. *Revista de Administración Pública*, n.º 203: mayo-agosto, pp. 235-265. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.08>
- ÁLVAREZ CONDE, E.
- (2007). *Reforma Constitucional y Reforma estatutario*. Madrid: IUSTEL.
 - (2019). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, p. 99.

⁹² DÍAZ, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, p. 208.

- ÁLVAREZ CONDE, E., GARCÍA-MONCÓ, A., y TUR AUSINA, R. (2013). *Derecho Autonómico*. Madrid: Tecnos.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. (2021). *Derecho político español según la Constitución de 1978. Tomo I. Constitución y fuentes del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 694.
- ARAGÓN REYES, M. (dir.). (2011). *Constitución Estado Constitucional, partidos y elecciones y fuentes del Derecho* Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Madrid: Aranzadi, p. 458.
- ARAGÓN REYES, M. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 985.
- BADÍA, J. F. (1986). *El Estado unitario, el Estado Federal y el Estado Autonómico*. Madrid: Tecnos, p. 392.
- BOBBIO, N. (2009). *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, p. 784.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T. (2017) “La reanimación de la prevalencia. ¿una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 111, p. 34. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.10>
- DE OTTO Y PARDO, I.
- (1981) “La prevalencia del Derecho Estatal sobre el Derecho Regional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. I. Núm. 2, mayo-agosto 1981.
 - (1988). “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”. *Revista española de derecho constitucional*, n.º 8, N.º 23, pp. 305-322.
 - (2014). *Obras completas*. Oviedo: Universidad de Oviedo, p. 1569.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, p. 312.
- DÍAZ, E. (2010). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus, p. 208.
- DÍEZ PICAZO, L. M. (2020). *Ordenamiento Constitucional Español*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 489.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, p. 325.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2022). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas, p. 876.
- GARCÍA MORILLO, J., et al. (2018). *Derecho Constitucional Volumen I*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 454.
- GARCÍA, E. (ed.) (2020). *Carl Schmitt y Hans Kelsen. La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, p. 410.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2018) *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Madrid. Editorial. Sanz y Torres.
- IBÁÑEZ BUIL, P. (2023). “La reciente evolución de la regla de la prevalencia del Derecho Estatal en la doctrina Constitucional”. *Revista de Administración Pública*, 220, 219-249. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.08>

- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005). *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, p. 222.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2019). *El principio de primacía en la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 152.
- MARCO ABATO, M. (2017). “Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa”. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 29, pp. 75-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6275513>
- MUÑOZ MACHADO, S. “Derecho Público de las Comunidades Autónomas”. Volumen I. Edición 2.º. Editorial IUSTEL 2007.
- NÚÑEZ PÉREZ, M. (2018). “Título VII. Economía y Hacienda. Artículo 136”, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (dir.). *Comentarios a la Constitución Española Tomo II*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, BOE: Tribunal Constitucional (España): Wolters Kluwer: Ministerio de Justicia (España), p. 1720.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2021). *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 282.
- PÉREZ ROYO, J. (2007). *Las fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos, p. 232.
- PÉREZ ROYO, J. (2016). *Curso de Derecho Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 894.
- PIZORRUSSO, A. (1999) “La justicia Constitucional en Italia”. UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 2.º, pp. 151-177. <https://doi.org/10.5944/trc.4.1999.6485>
- PRIETO SANCHÍS, L. (2016). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, p. 336.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2017). “El Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre la cláusula de prevalencia: posible inaplicación judicial de la ley autonómica en caso de colisión sobrevenida con la legislación básica estatal posterior. A propósito de las SSTC 102 y 204/2016”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, pp. 109-121.
- ROMANO, S. (2012). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Editorial Reus, p. 302.
- RUIZ LÓPEZ, M.A. (2013). “La cláusula de prevalencia del Derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones”. *Revista de Administración Pública*, n.º 192: septiembre-diciembre, pp. 137-178. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4534820>
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, p. 192.
- SEGURA ORTEGA, M. (1998). *Manual de Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, p. 288.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2018). “El ámbito de operatividad del principio de prevalencia: algunas certezas, riesgos inevitables y muchas dudas. (A propósito de la doctrina derivada de la serie jurisprudencial iniciada por la STC 102/2016, de 26 de mayo)”. *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 47, p. 37.

TENORIO SÁNCHEZ, P. (2022) “Relación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. Autocontención del Tribunal Constitucional”. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 50, pp. 291-324. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36375>

Cuarenta años de Derecho parlamentario autonómico: a propósito del nuevo Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias

**Forty years of regional parliamentary law:
regarding the new Regulation of the General
Junta of the Principality of Asturias**

Fecha de recepción: 01-06-23

Fecha de aceptación: 12-06-23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. EL REGLAMENTO EN SU CON-
TEXTO.—1.1. Un punto de partida: algunos principios del Derecho parlamen-
tario.—1.2. Un medio: el Reglamento como expresión genuina de la autonomía
parlamentaria. El Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias.—II.
RECORRIDO HISTÓRICO DESDE 1982.—2.1. Primeras manifestaciones
de la autonomía reglamentaria.—2.2. El Reglamento de 1997.—2.3. Reformas
posteriores.—III. EL NUEVO REGLAMENTO DE 2023.—3.1. Procedimiento
de elaboración.—3.2. Estructura y sistemática.—3.3. Principales contenidos.—IV.
CONDICIONES PARA LA REFORMA.—V. REFLEXIONES FINALES.—
VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

RESUMEN

La aprobación del nuevo Reglamento de la Junta General es motivo suficiente para abordar los cuarenta años de Derecho parlamentario autonómico. Además de explorar los principios cardinales y el recorrido histórico desde 1982, con las primeras manifestaciones de la autonomía reglamentaria y las reformas posteriores, se examina detalladamente el nuevo Reglamento, tanto en lo que tiene que ver con su forma de elaboración como con sus principales contenidos. También se lleva a cabo un intento de abstracción y sistematización en torno a las condiciones necesarias para poder afrontar una reforma reglamentaria. El trabajo concluye con una reflexión sobre los retos y oportunidades que se plantean en el Parlamento contemporáneo.

PALABRAS CLAVE: Derecho parlamentario, Reglamento, reforma, autonomía parlamentaria, grupos parlamentarios, Comunidades Autónomas.

* Letrado de la Junta General del Principado de Asturias.

ABSTRACT

The approval of the new Regulation of the Asturian General Assembly is a sufficient reason to address the forty years of Autonomous Parliamentary Law. In addition to exploring the basic principles and the historical journey since 1982, also covering the early manifestations of regulatory autonomy and subsequent reforms, the new Regulation is thoroughly reviewed in terms of both its drafting process and its main contents. An attempt is also made to abstract and systematize the necessary conditions for undertaking a regulatory reform. The article concludes with a reflection on the challenges and opportunities that arise in the contemporary Parliament.

KEYWORDS: *parliamentary law, rules of order, reformation, parliamentary autonomy, parliamentary groups, Regions.*

I. EL REGLAMENTO EN SU CONTEXTO¹

En los últimos meses se han producido todo un conjunto de efemérides en relación con el Estado de las autonomías y el Derecho parlamentario. Hace poco más de un año se conmemoraba el cuadragésimo aniversario del Reglamento del Congreso de los Diputados, un texto cuya importancia va mucho más allá de la propia Institución en la que se alumbró, pues su influencia fue capital en los comienzos de las Asambleas Legislativas autonómicas.

Precisamente, en relación con estas, hace pocas semanas, el 8 de mayo, se han cumplido los cuarenta años desde las primeras elecciones autonómicas en las Comunidades Autónomas denominadas de *vía lenta*, es decir, aquellas que accedieron a la autonomía a través del artículo 143 de la Constitución². Aquellas primeras elecciones conllevaron, al fin, la genuina aparición del Parlamento como órgano institucional de las recién creadas Comunidades Autónomas, si bien es cierto que no puede desconocerse la previa existencia de los *órganos preautonómicos*, en los que quizás aparecen ya algunas de las reglas, principios y valores que luego configurarán el Dere-

¹ Quisiera, además, que este texto sirva para agradecer y dar testimonio de quiénes, con su esfuerzo, inteligencia y buen hacer, han hecho jurídicamente posible el nuevo Reglamento de la Junta General, objeto de este trabajo: a Blanca Belmonte Peláez y Natividad Salas Martínez, compañeras Letradas e infatigables al desaliento, y, en particular, a Alberto Arce Janáriz, Letrado Mayor de la Junta General y de cuyo incomparable magisterio aprendemos todos aquellos que día a día tenemos la suerte de compartir vida profesional.

² En las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura, Illes Balears, Madrid y Castilla y León. A estas doce Comunidades Autónomas había que añadir Navarra, que pese a no acceder a la autonomía a través del artículo 143, celebró sus primeras elecciones autonómicas en dicha fecha. Ya habían tenido lugar, previamente, las elecciones autonómicas en Euskadi y Cataluña (9 y 20 de marzo de 1980, respectivamente), en Galicia (20 de octubre de 1981) y en Andalucía (23 de mayo de 1982).

cho parlamentario, así como en el periodo de tiempo que transcurrió entre la aprobación de los Estatutos de Autonomía, de los que también se han celebrado, con mayor o menor fasto, hace escasos meses el cuadragésimo aniversario, y la celebración de las citadas elecciones³.

Todas estas efemérides brindan una ocasión excepcional para reflexionar acerca de la institución parlamentaria, en general, y de su sistema de fuentes, en particular: de su evolución a lo largo de estos cuarenta años, de su estado en el momento actual y de los retos y desafíos a los que se enfrenta. El Derecho parlamentario ha sido objeto de una expansión cuantitativa y cualitativa notable: por un lado, como consecuencia de la aparición de las Comunidades Autónomas, y, por otro, por la subordinación de los *interna corporis* a la penetración en el mundo parlamentario de la fuerza expansiva de los derechos y libertades fundamentales, que ha supuesto la génesis de todo un *corpus* jurisprudencial. Además, a los principios clásicos establecidos por la Constitución, que ya configuraban *ab initio* un Derecho parlamentario con un sentido o dimensión valorativa o axiológica sobre la base de las ideas del Estado de Derecho, de la garantía efectiva de los derechos y libertades o del reconocimiento del sufragio universal y de la libre y plural concurrencia por el poder, han venido a unirse otros distintos, como el de transparencia o de participación ciudadana.

En el caso del Principado de Asturias, además de estas efemérides compartidas, se da la circunstancia de la recentísima aprobación de un nuevo Reglamento, que fue debatido y votado por el Pleno de la Cámara, tras más de tres años de trabajo, el 27 de marzo⁴. Esta reforma, que, por su carácter integral da pie a un nuevo texto, viene a sustituir al Reglamento de 1997, que tras más de veinticinco años desde su aprobación y entrada en vigor sufría el paso del tiempo, tanto por presentar ciertos problemas en su regulación como por la necesidad de depurar e incorporar los usos y costumbres aparecidos a lo largo de todos estos años. Los finales de legislatura son siempre propicios para llevar a cabo reformas reglamentarias, a veces para resolver problemas puntuales, puestos de manifiesto en los años precedentes, en otras ocasiones para culminar largos procesos de elaboración y deliberación. Aunque el presente trabajo pretende centrarse únicamente en el nuevo Reglamento de la Junta General, cabe destacar que no ha sido la única reforma reglamentaria, pues, por ejemplo, el Parlamento de Canarias llevó a cabo una revisión de

³ Situación que, además, tenía su reflejo en los distintos Estatutos de Autonomía. En el caso del Principado de Asturias, la disposición transitoria segunda establecía la composición de la Junta General, nutriéndose de los parlamentarios a Cortes Generales, los Diputados Provinciales y los designados por la Asamblea de Parlamentarios, la constitución de la misma y las competencias a ejercer, que eran todas las establecidas en el Estatuto, con excepción de la potestad legislativa, si bien se permitía «disposiciones necesarias para el funcionamiento de las Instituciones».

⁴ Boleín Oficial del Principado de Asturias (en adelante, BOPA) n.º 70, de 13 de abril de 2023; corrección de errores en BOPA n.º 99, de 25 de mayo.

su Reglamento⁵, que, si bien ni es, en puridad, uno nuevo, ni puede ser calificada como integral, sí que cabe destacar que es profunda, al haberse visto modificados más de medio centenar de artículos y disposiciones, muchos de ellos en materias de relevante significación parlamentaria⁶. También el Parlamento de la Rioja modificó su Reglamento⁷ en orden a modificar las competencias de la Junta de Portavoces y el número mínimo para constituir grupo parlamentario.

1.1. Un punto de partida: algunos principios del Derecho parlamentario

El Derecho Parlamentario, pese a tener no pocos rasgos en común con otros sectores del ordenamiento jurídico, tales como ser un sistema dinámico, con capacidad de autorregulación, autosuficiente y jerarquizado, posee notas genuinas, que lo diferencian del resto del ordenamiento, siendo su relación con la Constitución lo que determina sus perfiles básicos: manifestación normativa de la autonomía parlamentaria y de producción interna por el propio órgano al que se aplica; norma de consenso mediante la imposición de mayorías cualificadas; axiológico, valorativo y políticamente comprometido, consecuencia de los preceptos constitucionales y estatutarios relativos al Estado de Derecho y Democrático; de contenido mínimo y flexible, aunque parcialmente racionalizado, en particular en determinados aspectos; y parcialmente revisable y controlable por la jurisdicción constitucional.

Pretender esbozar aquí una teoría acerca del sistema de fuentes parlamentario y del Reglamento excedería con mucho el objeto pretendido en este trabajo, si bien parece aconsejable *revisitar* alguno de sus conceptos clave, en particular a la luz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, en tanto que estos axiomas sobre los que se elabora el *corpus* que rige la institución parlamentaria son condición necesaria para poder afrontar una aproximación, en general, al sistema de fuentes, y, en particular, al nuevo Reglamento de la Junta General. Aunque no cabe desconocer, como se ha dicho,

⁵ En sesión celebrada los días 28 y 29 de marzo, publicada la reforma en el Boletín Oficial de Canarias n.º 75, de 18 de abril de 2023.

⁶ En particular, se modifican 48 y se introducen 13 nuevos preceptos. Algunas de las modificaciones más significativas son las siguientes: reconocimiento expreso de la autonomía presupuestaria y financiera de la Cámara, regulación del régimen de asignaciones y de incompatibilidades retributivas, principios de actuación, incorporación de medidas para luchar contra el transfuguismo, nueva regulación del voto telemático, habilitación a la Mesa de la Cámara para la aprobación de directrices de técnica normativa.

⁷ En sesión celebrada el día 25 de enero de 2023, publicada la reforma en el Boletín Oficial de La Rioja n.º 27, de 8 de febrero de 2023. Sobre la reforma: OCÓN GARCÍA, J. (2023). “La reciente reforma del reglamento del Parlamento de la Rioja. El diputado no adscrito y la Junta de Portavoces”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*. N.º 25. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, pp. 86-94.

la flexibilidad del Derecho parlamentario⁸, en la que, incluso, la unanimidad todo lo puede⁹, lo cierto es que estos principios y valores se configuran como límite y garantía del mismo y de la actuación parlamentaria.

En primer lugar, el sometimiento del Parlamento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En relación con esto, el Tribunal Constitucional ha recordado recientemente que «a partir de la misma configuración del artículo 1.1 CE, la noción de Estado de Derecho se desarrolla igualmente en el título preliminar al subrayar que los poderes públicos, al igual que los ciudadanos, *están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*. Afirmación que, naturalmente, se refiere a todos los poderes públicos, incluido por tanto el poder legislativo, y para cuya efectividad el constituyente previó la existencia de un órgano específico, el Tribunal Constitucional»¹⁰. En relación con esta idea, la evolución de la teoría y de la práctica en torno a los *interna corporis* es una buena muestra del propio desarrollo del Estado contemporáneo y de sus principios estructurales. Toda actuación del poder público debe quedar sometida al ordenamiento jurídico, incluso del Parlamento y aun cuando se defienda con vigor el principio de separación de poderes, pues, como señalaba GARCÍA DE ENTERRÍA «no cabe, en modo alguno, contraponer principio democrático con principio de legalidad. La primera aplicación del principio democrático es ser gobernado por las Leyes (obra de la voluntad general) y no por los hombres; es el Preámbulo de la Constitución quien lo dice, no yo [...]. Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la Ley: esta es la esencia misma del Estado de Derecho»¹¹.

En segundo lugar, el compromiso entre mayoría y minoría, que es consustancial al parlamentarismo. El Derecho parlamentario, entendido como un Derecho de libertad, que garantiza y apoya la separación de poderes, debe resituarse en la centralidad normativa a la minoría política, no solo como instrumento que encauza y hace posible el acuerdo, fomentando la capacidad de entendimiento, sino garantizando los derechos y prerrogativas de la minoría. En este sentido, tiene dicho el Tribunal Constitucional que «en un sistema democrático, las minorías han de ser protegidas. El pluralismo político exige la consideración de todos los actores democráticos, no solamente de las mayorías, pues el sistema de alternancia del poder político, se produce cuando es

⁸ Cfr. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2020). “La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19”. *Teoría y Realidad Constitucional*. N.º 46. Madrid.

⁹ La flexibilidad del Derecho parlamentario se observa, sobre todo, a través del *nemine contradicente*, por el que, de haber unanimidad entre los grupos parlamentarios y/o diputados, es posible desplazar la norma jurídica aplicable.

¹⁰ ATC 177/2022, de 19 de diciembre.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993). “Un punto de vista sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992”. *Revista de Administración Pública*. N.º 130. Madrid.

posible mediante la posibilidad de deliberación en condiciones de igualdad, sin la imposición de unos grupos sobre otros. Esto implica una consideración de los actores políticos que satisfaga las exigencias de unas reglas del juego democráticas»¹². La consideración axiológica o valorativa del Derecho parlamentario adquiere aquí su máxima relevancia, pues no cabe considerarlo como un mero instrumento de conformación de la voluntad, sino que, como afirma el Tribunal, «el respeto a la posición y los derechos de las minorías actúa como elemento constitutivo del propio sistema, que legitima su propio funcionamiento. Sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado, propugnado por el artículo 1.1 CE como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico»¹³. Esta condición de compromiso actúa, así, como una aproximación *real* a la unanimidad que exige la idea de libertad en la producción de un orden social por los propios sometidos a dicho orden. La principal característica del principio democrático no es que la voluntad que gobierne sea la voluntad del pueblo, sino que los sometidos a las normas, el mayor número posible de los miembros de la comunidad política, participe en dicho proceso de formación de la voluntad. El Parlamento surge como intersección entre ambas ideas: como cauce con el que conformar la voluntad y como ficción de la idea de libertad unánime.

Y, en tercer lugar, la autonomía parlamentaria, con su correspondiente reconocimiento constitucional y estatutario, que no es sino el «núcleo de la garantía institucional del Parlamento»¹⁴ y cuya razón de ser está en «la necesidad de sustraer al Parlamento de posibles intromisiones de otros poderes del Estado que puedan afectar al desempeño de las funciones parlamentarias», de tal forma que se configura como «mecanismo protector del órgano parlamentario [...] que no supone la huida del Derecho, sino la existencia de un Derecho propio elaborado por las Cámaras, o adoptado mediante importación selectiva o remisión a otras normas»¹⁵. La autonomía parlamentaria es, por tanto, condición necesaria para la separación de poderes, garantizando la integridad e independencia de las Cámaras como reflejo del Poder Legislativo y permitiendo el adecuado desarrollo de las potestades y competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico, sin cuya defensa «sufriría el principio democrático y se refuerza el carácter autoritario del sistema político»¹⁶. Para garantizar esto, la autonomía parlamentaria se descompone, a su vez, en una triada de manifestaciones¹⁷: autonomía normativa o reglamentaria (capacidad de autorregulación mediante normas y

¹² STC 56/2022, de 5 de abril.

¹³ ATC 177/2022, de 19 de diciembre.

¹⁴ STS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de abril de 2018.

¹⁵ STC 38/2022, de 11 de marzo.

¹⁶ GUTIÉRREZ VICÉN, C. (2018). «La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados». *Revista de las Cortes Generales*. N.º 104. Madrid: p. 56.

¹⁷ STC 38/2022, de 11 de marzo.

acuerdos de la Cámara), una autonomía financiera o presupuestaria (capacidad de aprobar su propio presupuesto) y una autonomía funcional u organizativa (capacidad de contar con su propia organización, de contar con su propio personal y de elegir sus órganos de gobierno).

1.2. Un medio: el Reglamento como expresión genuina de la autonomía parlamentaria. El Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias

La autonomía normativa o reglamentaria, es decir, la capacidad de dotarse de normas de organización, funcionamiento y desarrollo, es la manifestación central de la autonomía parlamentaria, pues, como gráficamente tiene dicho el Tribunal Constitucional, «siempre [se] ha relacionado la autonomía reglamentaria de las Cámaras con la propia autonomía parlamentaria»¹⁸, ello sin perjuicio de que esta sea, además, cauce a través del que se vehiculan jurídicamente las restantes manifestaciones de la autonomía parlamentaria. En todo caso, en virtud de esta autonomía les corresponde a las Cámaras una función ordenadora de su vida interna, regulando su propia organización y funcionamiento, ordenando los derechos y atribuciones de los parlamentarios y articulando las fases o procedimientos que se desarrollen en su seno. Este poder de normación autónomo, que poseen *mutatis mutandi* otros órganos constitucionales, supone que los Parlamentos puedan aprobar normas jurídicas que, no siendo leyes en sentido formal, gozan de eficacia tanto *ad intra* como *ad extra*, siempre y cuando la norma se encuentre dentro del contenido así reservado por la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía.

En este sentido, el sistema de fuentes que *construye* la autonomía reglamentaria encuentra en el Reglamento parlamentario su principal medio instrumental. Aunque nada se dirá aquí acerca del debate sobre su naturaleza jurídica y posición en el sistema de fuentes, que depende, en gran medida, de los postulados doctrinales desde los que se aborde y del particular sistema constitucional, cabe destacar que se trata de una norma jurídica peculiar y genuina, expresión primaria del Derecho parlamentario, que toma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía algunas notas caracterizadoras: previsión expresa, en tanto condición y garantía de la autonomía parlamentaria, aprobación por los órganos plenarios, con mayorías reforzadas, y un contenido mínimo indisponible¹⁹. Más allá de las manifestaciones doctrinales elaboradas a través de la ontología y de la particular regulación dada por las normas inmediatamente citadas, la modulación y delimitación del Regla-

¹⁸ STC 96/2019, de 15 de julio.

¹⁹ Si bien el Tribunal Constitucional, al examinar esta cuestión, ha señalado «cierta indefinición en el diseño de la reserva reglamentaria» (STC 136/2011, de 13 de septiembre).

mento parlamentario ha tenido lugar, principalmente, por el Tribunal Constitucional, que, partiendo de algunos de los principios antes examinados, ha declarado, por un lado, la subordinación y limitación, formal y material, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía²⁰, y, por otro lado, su incardinación en ambas como cúspide del sistema de fuentes parlamentario y expresión de los más altos valores de dicho ordenamiento²¹.

Ahora bien, no habiendo distinguido hasta ahora entre el plano estatal y el plano autonómico, y pese a que se haya afirmado la «relevancia constitucional de los Parlamentos autonómicos, asimilada y cercana al de las Cortes Generales»²², lo cierto es que el Tribunal Constitucional, de forma inveterada, ha venido manteniendo que «de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no puede inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas», de tal forma que el sistema de fuentes en los Parlamentos autonómicos «es [el] contenid[o] únicamente en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado entendido en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas»²³. Que no puedan inferirse reglas y principios de aplicación directa, por haber sido adoptados dichos preceptos para las Cortes Generales, no significa que los preceptos constitucionales no puedan servir, por un lado, como guía en la elaboración normativa, y, por otro, como parámetro interpretativo²⁴. En todo caso, la solución que adopta el Tribunal es *ad hoc*, examinando, cuando procede, la aplicabilidad o no del precepto en cuestión²⁵.

En relación con todas estas consideraciones axiomáticas cabe preguntarse si hay el correspondiente reflejo en el ordenamiento autonómico, pues, por ejemplo, respecto de la forma de gobierno, afirma ARCE JANÁRIZ que «aun participando el Principado de Asturias del patrón común de la forma de gobierno parlamentaria, lo cierto es que la trasposición de ese canon a nuestra Comunidad Autónoma presenta algunos perfiles propios, tanto en el

²⁰ En particular, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «de conformidad con el sistema de fuentes autonómico, el Estatuto, norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, se erige en la norma superior en la jerarquía normativa del ordenamiento autonómico, y, por tanto, de las normas inferiores, también el Reglamento del Parlamento Autonómico, deberán ser conformes en su redacción e interpretación con aquella» (STC 35/2022, de 9 de marzo).

²¹ STC 226/2004, de 29 de noviembre.

²² STS, de la Sala de lo Penal, de 17 de marzo de 2015.

²³ STC 116/1994, de 18 de abril, reiterado recientemente por la STC 84/2015, de 30 de abril.

²⁴ Cfr. SANZ PÉREZ, A. L. (2023). *Fundamentos de Derecho parlamentario Español*. A Coruña: Colex.

²⁵ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado recientemente la inaplicabilidad de los artículos 68 (STC 153/2014), 88 (STC 84/2015) o 134 (STC 7/2010).

primer elemento del binomio, la configuración de la Junta General como Asamblea de representación directa, como en el segundo componente, el referido a las relaciones de la Junta General con el Ejecutivo y su Presidente»²⁶. Lo cierto es que, más allá del *ius commune*²⁷ cuya recepción fue consecuencia de la primaria influencia del Reglamento del Congreso de los Diputados en aquellas *neonatas* Asambleas Legislativas, con sus correspondientes luces y sombras²⁸, presenta la Junta General algunos matices particulares, que conviene analizar en tanto que, tributarios del contexto propio, ayudan a entender cuestiones que luego se examinarán.

En este sentido, la Junta General, caracterizada como órgano institucional del Principado de Asturias (art. 22 EA), goza de inviolabilidad (23.2 EA) y de autonomía parlamentaria (28 EA) en unos términos similares al resto, pues expresamente se reconoce el triple haz de manifestaciones típicas de la autonomía parlamentaria, esto es, que «aprueba su Presupuesto y el estatuto de su personal», que «establece su propio Reglamento» y que «elige su Presidente y demás componentes de la Mesa». No obstante su reconocimiento estatutario, la cuestión estriba, más bien, en el grado de efectividad que tiene en la realidad jurídico-política de la Comunidad Autónoma, pues de poco sirve proclamarlo solemnemente si luego no goza de la imprescindible consideración en el día a día de la Cámara. No cabe desconocer que la autonomía parlamentaria, en tanto garantía del Poder Legislativo, supone, en no pocas ocasiones, un freno a la acción política de gobierno, precisamente por su función tuitiva de las minorías. El proceso histórico y el contexto político devienen imprescindibles para poder comprender el grado de eficacia de la autonomía parlamentaria, pues cuanto mayor sea la concentración de poder, con reducida alternancia política, menor será la autonomía del Parlamento. A este respecto, en el caso de la Junta General, concurren una serie de premisas que, en mayor o menor medida, afectan a esta cuestión: por un lado, el Principado de Asturias como Comunidad Autónoma uniprovincial, en la que han permanecido y todavía permanecen vestigios de la antigua Diputación Provincial, no tanto en el plano jurídico²⁹ sino en el político y sociológico, y, por otro, la reducida alternancia política en la Comunidad Autónoma³⁰.

²⁶ ARCE JANÁRIZ, A. (2022). “La forma de Gobierno del Principado de Asturias”. SOSA WAGNER, F. (Dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: Editorial Reus, p. 83.

²⁷ Cfr. ARCE JANÁRIZ, A. (1993). “El procedimiento legislativo en el Principado de Asturias”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 38. Madrid: p. 169.

²⁸ Cfr. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2016). “Reflexiones sobre el Derecho parlamentario español”. *Manual de Derecho parlamentario autonómico*. IGLESIAS MACHADO, S. y MARAÑÓN GÓMEZ R. (coord.). Madrid: Dykinson, p. 15.

²⁹ Los últimos vestigios jurídicos de la Diputación Provincial fueron paulatinamente suprimidos. En particular, la potestad reglamentaria para la organización de los servicios en materias de ejecución de legislación del Estado que se le atribuía a la Junta General (art. 23.2 EA) fue suprimida en la reforma estatutaria de 1999 (Ley Orgánica 1/199, de 5 de enero).

³⁰ El Partido Socialista Obrero Español ha obtenido la victoria en diez de los doce procesos electorales desde 1983, habiendo gobernado la Comunidad Autónoma durante 36 de los 41 años.

Estas señas diferenciales se observan tanto en la teoría, como ocurre, por ejemplo, respecto del ámbito material de la reserva reglamentaria, menor que en otros Estatutos de Autonomía, señaladamente en lo que tiene que ver con la elección del Presidente del Principado y las relaciones entre la Junta General y el Consejo de Gobierno, que no se regula en el Reglamento sino en la correspondiente Ley, habiendo quien afirma al respecto que es «inapropiado y de dudosa constitucionalidad que, a través de la ley, se regulen materias objeto de reserva reglamentaria»³¹, como en la práctica, por ejemplo respecto de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de presupuestos, que no tiene parangón alguno en ninguno de los Parlamentos españoles³².

II. RECORRIDO HISTÓRICO DESDE 1982

2.1. Primeras manifestaciones de la autonomía reglamentaria

El Estatuto de Autonomía de Asturias, aprobado por Ley Orgánica el 30 de diciembre de 1981³³ y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 11 de enero de 1982, entró en vigor veinte días después de su publicación, el 31 de enero de 1982, por aplicación del artículo 2.1 del Código Civil en tanto que no contenía disposición específica, desplegando un entramado institucional de nueva creación, si bien con una continuación histórica³⁴, basado en la Junta General, el Consejo de Gobierno y el Presidente, de tal forma que la primera «constituye, sin estar jerárquicamente supraordenad[a] al Presidente y al Gobierno, el eje de rotación de la organización institucional y tiene asignada por ello una posición central en su engranaje»³⁵.

³¹ SANZ PÉREZ, A. L. (2023). *Fundamentos de Derecho parlamentario Español*. A Coruña: Colex, p. 48.

³² Como consecuencia de la presentación del proyecto de ley por el Consejo de Gobierno a finales de noviembre o principios de diciembre, en un escaso mes natural, poco más de veinte días hábiles, se tramita una iniciativa legislativa respecto de la que, por un lado, el Estatuto de Autonomía dispone que debe ser presentada «antes del último trimestre del año» (art. 47.3) y, por otro, el Reglamento de la Cámara prohíbe el procedimiento de urgencia (art. 158.2 del Reglamento de 1997). La consecuencia natural y común a una presentación tardía de la iniciativa no parece que deba ser una constricción sistemática y repetida de las facultades parlamentarias en el examen, enmienda y aprobación del proyecto de ley, sino la prórroga presupuestaria, que es el instrumento jurídico previsto por la Constitución y el Estatuto de Autonomía ante una presentación extemporánea.

³³ Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias, que sería modificado con posterioridad en 1991 (Ley Orgánica 3/1991, de 13 de marzo), 1994 (Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo) y 1999 (Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero).

³⁴ En la etapa preautonómica, de conformidad con el Real Decreto-Ley 29/1978, de 27 de septiembre, la función de gobierno y administración se confió a un órgano colegiado, el Consejo Regional de Asturias, que coexistía con el órgano de gobierno y administración de la provincia, la Diputación Provincial (cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, B. [2003]. «Constitución, denominación y sede de la Comunidad Autónoma. ARCE JANÁRIZ, A. (coord.). *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: estudio sistemático*. Oviedo: Gobierno del Principado de Asturias, pp. 37-48).

³⁵ ARCE JANÁRIZ, A. (2022). «La forma de Gobierno del Principado de Asturias». SOSA WAGNER, F. (Dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: Editorial Reus, pp. 82-83.

Dispuesto este entramado institucional, el propio Estatuto de Autonomía hubo de dar respuesta a la composición y funciones de la Junta General, pues, una vez que tuvo lugar su entrada en vigor, su constitución debía tener lugar dentro de los treinta días siguientes, pese a que todavía no se habían celebrado las primeras elecciones autonómicas³⁶. Así, en la disposición transitoria segunda se establecía, respecto de las funciones, que «tendr[í]a todas las competencias [...], excepto el ejercicio de la potestad legislativa», si bien podía dictar «con carácter provisional [...] disposiciones necesarias para el funcionamiento de las Instituciones del Principado»³⁷. También debía proceder a la «elección del Presidente del Principado de Asturias».

El ejercicio de estas competencias propias exigía adoptar un marco jurídico, del que se carecía por completo, pero que era necesario para el adecuado desarrollo de sus funciones. En la sesión constitutiva, el 6 de marzo de 1982, una vez que se forma la mesa de edad y se declara constituida la Cámara, se procede a establecer dicho régimen jurídico, si bien de modo fragmentario, puesto que no se abordó *in totum*: aprobando primero las normas que regulaban la elección de la Mesa de la Cámara³⁸ y luego las normas para la formación de los grupos parlamentarios y de la investidura del Presidente del Principado³⁹. Se declara, además, que el Reglamento del Congreso de los Diputados «constituya derecho supletorio sobre la materia».

Estas normas aprobadas por el Pleno fueron la primera manifestación de la autonomía reglamentaria en la Junta General. Con posterioridad, el 15 de marzo de 1982, la Mesa de la Cámara, en su primera reunión, reitera las normas aplicables para las sesiones de la Junta General, en general, y para la sesión de elección del Presidente, en particular, si bien refuerza la aplicabilidad del Reglamento del Congreso de los Diputados, pues, aunque se declarase su carácter supletorio, fue imprescindible durante esta primera etapa, en tanto que las normas aprobadas por el Pleno contenían únicamente 11 artículos, a todas luces insuficientes para ordenar mínimamente la vida interna de la Cámara, que iba mucho más allá que lo que regulaban aquellas normas.

La tramitación del primer Reglamento de la Junta General comenzaría una vez celebradas estas primeras sesiones parlamentarias, elaborándose un borrador por el Grupo Parlamentario de UCD de Asturias, presentado ante

³⁶ La disposición transitoria primera establecía estas tendrían lugar entre el 1 de febrero y el 31 de mayo de 1982, en la fecha que se fijara de común acuerdo por el Consejo de Gobierno y el Gobierno de la Nación.

³⁷ No obstante la utilización del término «disposiciones» y la expresa sustracción de la potestad legislativa, las disposiciones aprobadas por la Junta General utilizaron el *nomen iuris* de la ley.

³⁸ Se tomó como base para la discusión parlamentaria un borrador de normas que había sido elaborado por la Comisión creada al efecto por el Consejo Regional (Decreto 31/1981, de 4 de diciembre).

³⁹ En relación con las normas a aplicar en la sesión de elección del Presidente del Principado de Asturias, la Mesa de la Cámara se dirigió al Congreso de los Diputados en orden a la emisión de un dictamen al respecto, señalando su Secretaría General que, por tratarse de una institución no consultiva, no resultaba ortodoxa la elaboración del documento solicitado.

la Mesa de la Cámara para su admisión a trámite, publicación y remisión al Consejo de Gobierno⁴⁰. Tras el correspondiente examen y deliberación en la Ponencia designada a tal efecto y en la Comisión de Reglamento, en particular de las 100 enmiendas presentadas, sería aprobado por el Pleno el 13 de diciembre de 1982⁴¹, con 42 votos a favor y 11 votos en contra.

Se trataba de un texto breve, de 81 artículos, dos disposiciones finales y tres disposiciones transitorias, que seguía estableciendo expresamente la supletoriedad del Reglamento del Congreso de los Diputados. Regulaba, en general, los grandes aspectos del orden parlamentario, si bien de forma sucinta, a través de siete títulos: sesión constitutiva (arts. 1 a 3), Estatuto de los Diputados (arts. 4 a 11), organización del Parlamento (arts. 12 a 40), disposiciones generales de funcionamiento (arts. 41 a 54), procedimiento legislativo (arts. 55 a 67), orientación y control del Consejo de Gobierno (arts. 68 a 80) y orden parlamentario (art. 81).

Este Reglamento estaría en vigor poco más de dos años. El 26 de octubre de 1984 se registra una proposición de reforma, suscrita por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, que sería tomada en consideración por el Pleno el 15 de noviembre. La proposición de reforma, que fue objeto de 232 enmiendas, tras la oportuna deliberación, primero, en la Ponencia designada a tal efecto, y, luego, en la Comisión de Reglamento, fue finalmente aprobada por el Pleno el 23 de abril de 1985⁴², con 39 votos a favor y 4 votos en contra.

El Reglamento contenía 255 artículos, una disposición derogatoria, dos disposiciones finales y cinco disposiciones transitorias. Si bien el Reglamento del Congreso de los Diputados dejaba de ser expresamente calificado como norma supletoria, cabe destacar que ambos eran muy similares, tanto en contenido como en estructura y sistemática, pues lo que se hizo fue adaptar aquel a la realidad de la Junta General, de tal forma que su influencia siguió siendo notable.

2.2. El Reglamento de 1997

Superados los primeros diez años desde la aprobación y entrada en vigor del Reglamento de 1985, siendo ya considerable la experiencia parlamentaria acumulada en los casi quince años de vida de la Junta General, en la IV

⁴⁰ Respecto de la remisión al Gobierno, que se prevé, con carácter general, en las proposiciones de ley, de las que trae causa la tramitación de la reforma reglamentaria, señala GUTIÉRREZ VICÉN que «no resulta de aplicación a las propuestas de reforma reglamentaria el resto del artículo 126 relativo a la remisión de las proposiciones de ley al Gobierno al objeto de que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración así como su conformidad o no con su tramitación» (GUTIÉRREZ VICÉN, C. [2012]. “Disposición Final Segunda”. RÍPOLLES SERRANO, M.R. [coord.]. *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Madrid: Congreso de los Diputados, p. 1390).

⁴¹ BOPA n.º 6, de 10 de enero de 1983.

⁴² BOJG n.º 81, de 26 de abril.

Legislatura (1995-1999) se decide abordar una reforma integral del Reglamento que, a la vista del resultado final, no solo recogió toda una serie de usos y prácticas que seguramente habían sedimentado con el transcurso de los años, sino que permitió innovar en no pocos aspectos.

Convine examinar, aunque sea brevemente, el procedimiento seguido en aquella reforma reglamentaria, pues tendrá significativa influencia en posteriores procedimientos parlamentarios⁴³. El contenido, según describe ARCE JANÁRIZ, «fue materialmente elaborado por un Grupo de Trabajo⁴⁴, integrado por Diputados y Letrados, con asistencia de expertos, y luego tramitado como Proposición de Ley»⁴⁵. Respecto de la dinámica de trabajo, con sucesivas lecturas en las que se fueron perfilando los contenidos a introducir en la reforma, buscando, en la medida de lo posible, el máximo consenso, cabe destacar el informe monográfico elaborado antes de la formación del Grupo de Trabajo por el entonces Letrado de la Cámara Alberto Arce Janáriz⁴⁶, que a lo largo de sus más de 90 páginas abordaba en profundidad tanto «las directrices posibles para la reforma», identificando los problemas particulares que presentaba el Reglamento de 1985 y posibles soluciones al respecto, como «el procedimiento de la reforma», proponiendo específicamente «una vía previa al procedimiento propiamente parlamentario», es decir, la elaboración del borrador mediante un grupo de trabajo, como así se hizo.

Elaborado el borrador por el Grupo de Trabajo, el 21 de mayo de 1997, es decir, casi dos años después de su constitución, todos los Grupos Parlamentarios (Socialista, Popular, Izquierda Unida y Mixto) suscriben y presentan la proposición de reforma, que es calificada y admitida a trámite por la Mesa de la Cámara, proponiendo al Pleno su tramitación en lectura única. Finalmente, el 18 de junio⁴⁷, la proposición de reforma fue tomada en consideración por el Pleno, acordada su tramitación en lectura única y aprobada la reforma con 41 votos a favor y un voto en contra.

El Reglamento contenía, además de un preámbulo, 247 artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Era un texto continuista, que, como señalaba el propio preámbulo, «no hac[ía] tabla rasa del texto vigente», en particular en su estructura y sistemática, pero que incorporaba profundas innovaciones materiales, adelantándose en no pocos preceptos a contenidos que paulatinamente serían adoptados por otros Parlamentos españo-

⁴³ Un procedimiento similar sería el seguido en la reciente reforma del Reglamento de 2023, pero, también, aunque sin éxito, en el intento de reforma reglamentaria de la IX Legislatura (2013-2014), así como en el intento de reforma estatutaria de la VII Legislatura (2007-2008).

⁴⁴ Resolución de la Presidencia de la Junta General del Principado de Asturias, de fecha 26 de septiembre de 1995, por la que se crea el Grupo de Trabajo para la Reforma del Reglamento de la Cámara.

⁴⁵ ARCE JANÁRIZ, A. (2003). *Teoría y práctica de la Junta General del Principado de Asturias*. Granda-Siero: Madú, p. 151.

⁴⁶ Informe sobre la Reforma del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, de 19 de enero de 1995.

⁴⁷ BOPA n.º 166, de 18 de julio.

les, pues permitió a la Junta General ser «pionera en apertura social» en tanto que amplió «progresivamente las opciones de presencia o participación ciudadana»⁴⁸. Entre sus novedades más reseñables cabría señalar una mejor imbricación e interrelación del Parlamento en el tejido social, en particular mediante la audiencia social en los procedimientos parlamentarios, el incremento de la transparencia, la potenciación de los resortes de control parlamentario, la introducción de la posibilidad de preguntas al Presidente del Principado o la mejora de la evaluación del cumplimiento de las resoluciones aprobadas, así como, en general, numerosas mejoras técnicas para optimizar los procedimientos parlamentarios.

2.3. Reformas posteriores

Desde su aprobación y entrada en vigor, el Reglamento fue objeto de un total de doce modificaciones, de mayor o menor envergadura, teniendo por meta, todas ellas, adaptar la realidad normativa del Reglamento, si bien dentro de sus parámetros generales, pues ninguna de ellas supuso un cambio de paradigma respecto de los contenidos originales de aquel.

La primera reforma, que tuvo lugar el 26 de julio de 1999⁴⁹, es decir, recién comenzada la V Legislatura (1999-2003), tuvo por objeto incorporar en el artículo 69 un nuevo apartado que flexibilizara el régimen de las comisiones permanentes, de tal forma que la facultad para modificar su denominación, número y competencias fuese de la Mesa de la Cámara y la Junta de Portavoces, no siendo así necesaria modificación reglamentaria para adaptar estas a la correspondiente estructura gubernamental. La proposición de reforma, suscrita el 23 de julio por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad, teniendo lugar tanto la toma en consideración como la decisión acerca de la lectura única el mismo día de aprobación de la reforma.

En la VII Legislatura (2007-2011), diez años después de la entrada en vigor del Reglamento, tuvo lugar la segunda reforma, el 9 de noviembre⁵⁰, cuyo objeto fue la adaptación a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en particular modificando el artículo 166 para residenciar en el Pleno de la Cámara la competencia para aprobar el Estatuto de Personal de la Junta General, que hasta entonces aprobaba la Mesa de la Cámara. Además, se añadió un nuevo artículo (245 bis) para reflejar en el Reglamento los distintos cuerpos funcionariales. La proposición de reforma, suscrita el 16 de octubre por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

⁴⁸ Cfr. ARCE JANÁRIZ, A. (2022). “La forma de Gobierno del Principado de Asturias”. SOSA WAGNER, F. (Dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: Editorial Reus, p. 83.

⁴⁹ BOPA n.º 173, de 27 de julio.

⁵⁰ BOPA n.º 265, de 14 de noviembre.

La tercera reforma, el 16 de mayo de 2008⁵¹, también en la VII Legislatura, tuvo por objeto la incorporación de dos nuevos títulos en el Reglamento, relativos a las relaciones de la Junta General con la Sindicatura de Cuentas y con el Procurador General⁵², cuestión que, pese a que habían pasado más de cinco años desde la entrada en vigor de las correspondientes leyes⁵³, todavía no tenía reflejo reglamentario. La proposición de reforma, suscrita el 28 de abril por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

En la VIII (2011-2012) Legislatura, el 23 de diciembre de 2011⁵⁴, se reformó el artículo 22.6 del Reglamento para establecer el régimen de publicidad del Registro de Intereses en lo que atañe a las declaraciones de incompatibilidades y de intereses y actividades. La proposición de reforma, suscrita el 6 de julio por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada siguiendo el procedimiento ordinario y aprobada con 29 votos a favor y 16 abstenciones.

En la IX (2012-2015) Legislatura tuvo lugar, también, una reforma, el 27 de junio de 2014⁵⁵, que derogó el artículo 277 del Reglamento, relativo a los Cuerpos funcionariales, que había sido incorporado previamente en 2007, al considerarse poco flexible que estuviera en el Reglamento y no en el Estatuto de Personal. La proposición de reforma, suscrita el 9 de junio por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

En la X Legislatura (2015-2019) tuvieron lugar dos reformas. La primera, el 25 de noviembre de 2016⁵⁶, incorporó al Reglamento un nuevo título relativo a la transparencia, dando cumplimiento a los mandatos establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La proposición de reforma, suscrita el 4 de noviembre por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

La segunda de las reformas, que tuvo lugar el 15 de junio de 2018⁵⁷, modificó la regulación sustantiva del procedimiento en lectura única (art. 165), en particular para adaptarlo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la posibilidad de presentar enmiendas en dicho procedimiento⁵⁸.

⁵¹ BOPA n.º 129, de 4 de junio; corrección de errores en BOPA n.º 135, de 11 de junio.

⁵² La parte de la reforma correspondiente al Procurador General quedaría luego sin efecto como consecuencia de la Ley del Principado de Asturias 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General.

⁵³ Leyes del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas, y 5/2005, de 16 de diciembre, del Procurador General.

⁵⁴ BOPA n.º 3, de 5 de enero.

⁵⁵ BOPA n.º 157, de 8 de julio.

⁵⁶ BOPA n.º 282, de 5 de diciembre.

⁵⁷ BOPA n.º 146, de 25 de junio.

⁵⁸ Esta reforma modifica, también, el artículo 166, relativo al Estatuto de Personal, pues simplifica su regulación al señalar que «será aprobado directamente por el Pleno, a propuesta de la Mesa de la Cámara». Se elimina, así, la referencia al procedimiento en lectura única.

La proposición de reforma, suscrita el 30 de mayo por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

Por último, en la XI Legislatura (2019-2023) tuvieron lugar un total de cinco reformas reglamentarias, si bien dos de ellas traen causa directa de la pandemia ocasionada por la COVID-19, que obligó a la Junta General a una forzada e inmediata modernización tecnológica y reglamentaria. La primera reforma, de la que luego algo más se dirá, tuvo lugar el 29 de julio de 2019⁵⁹, modificando el artículo 27 del Reglamento para rebajar de tres a dos los diputados necesarios para constituir grupo parlamentario. La proposición de reforma, suscrita el 12 de julio por el Grupo Mixto, fue tramitada en lectura única y aprobada con 25 votos a favor, 16 en contra y 4 abstenciones.

El 5 de febrero de 2020⁶⁰, todavía antes de la pandemia, se incorporó el voto telemático al Reglamento, modificando los artículos 107 y 111. La proposición de reforma, suscrita el 3 de diciembre de 2019 por el Grupo Parlamentario Socialista, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad. El 20 de mayo de 2020⁶¹, una vez retomada la actividad de la Cámara tras el confinamiento domiciliario impuesto durante el estado de alarma⁶², se vuelve a reformar el artículo 111 del Reglamento, en particular para incorporar como supuesto habilitante del voto telemático las «situaciones excepcionales que impidan la normal presencia de los Diputados en la Cámara». La proposición de reforma, suscrita el 13 de mayo por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

La cuarta reforma tuvo lugar el 1 de julio de 2020⁶³. Como consecuencia de diversos problemas en torno al uso del bable/asturiano en los debates⁶⁴, la reforma introdujo un nuevo artículo (art. 3 bis) por el que «tanto los Diputados en el ejercicio de sus funciones parlamentarias como los miembros del Consejo de Gobierno, los cargos y empleados públicos y cualquier persona que comparezca ante la Cámara, podrán utilizar el bable/asturiano», debiendo adoptar «la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, [...]

⁵⁹ BOPA n.º 146, de 30 de julio.

⁶⁰ BOPA n.º 37, de 24 de febrero.

⁶¹ BOPA n.º 97, de 21 de mayo.

⁶² Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁶³ BOPA n.º 139, de 20 de julio.

⁶⁴ Aunque la reforma traía causa directamente de esta problemática, como se señalaba en su exposición de motivos, lo cierto es que no resolvió el problema de fondo, pues lo sucedido, utilizar el bable/asturiano durante una comparecencia de la Consejera de Cultura, Política Llingüística y Turismo, no guardaba relación con los sujetos facultados para intervenir en esa lengua, sino con el conflicto jurídico surgido cuando determinados diputados alegaban no entender el bable/asturiano, lo que podía suponer, en definitiva, la vulneración del artículo 23.2 CE.

los criterios oportunos a tal efecto»⁶⁵. La proposición de reforma, suscrita el 3 de octubre de 2019 por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, fue tramitada siguiendo el procedimiento ordinario y aprobada con 27 votos a favor, 13 votos en contra y 5 abstenciones.

Finalmente, el 15 de julio de 2020⁶⁶ tuvo lugar la última reforma del Reglamento de 1997, que consistió en incorporar una nueva disposición adicional para permitir la celebración de comparecencias por videoconferencia cuando «causas de fuerza mayor suficientemente acreditadas impidan [...] comparecer». No obstante, esta previsión se circunscribió únicamente a las comparecencias en condición de expertos o interesados, por considerar que, respecto del resto de comparecencias, la presencia era un bien jurídico a salvaguardar, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. La proposición de reforma, suscrita el 26 de junio por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara, fue tramitada en lectura única y aprobada por unanimidad.

En lo que tiene que ver con intentos de reforma que no hayan concluido con éxito, más allá de seis proposiciones de reforma presentadas⁶⁷ que, por diversos motivos, no salieron adelante, destaca la revisión en profundidad que se intentó en la IX Legislatura, con motivo de los quince años de vigencia del Reglamento de 1997. El Grupo de Trabajo constituido a tal efecto⁶⁸, pese a que celebró un total de 25 reuniones entre el 13 de mayo de 2013 y el 30 de octubre de 2014, no logró alcanzar un consenso mínimo, por lo que ni siquiera llegó a redactarse una proposición de reforma.

Estos procedimientos parlamentarios, tanto en lo que tiene que ver con la elaboración del Reglamento de 1997 como en sus reformas posteriores, brindan valiosa información acerca de los términos en los que tuvieron lugar. Así, la mayoría de las iniciativas gozaron de amplio consenso, en su apro-

⁶⁵ Esta reforma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados. La STC 75/2021, de 18 de marzo, desestimó el citado recurso, al entender que el contenido impugnado ni suponía establecer, de facto, la cooficialidad del bable/asturiano ni vulneraba los derechos reconocidos en el artículo 23 CE.

⁶⁶ BOPA n.º 149, de 3 de agosto.

⁶⁷ En la V Legislatura dos proposiciones de reforma propiciadas ambos por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, uno para modificar el procedimiento de elección del Presidente del Principado de Asturias y otro para incorporar la convocatoria de consultas populares. En la VII Legislatura, una proposición del Grupo Parlamentario Popular, que pretendía la modificación de los artículos 14 (solicitudes de información de los diputados) y 67 (solicitudes de información y de comparecencia de las comisiones). En la IX Legislatura, por un lado, el Grupo Parlamentario Popular propuso modificar el artículo 214 RJG, relativo a las preguntas al Presidente del Principado, y, por otro, el Grupo Parlamentario Foro Asturias planteó una modificación en profundidad. Y, finalmente, en la XI Legislatura, el Grupo Parlamentario Popular propuso, como alternativa a rebajar el número mínimo de diputados necesarios para conformar grupo parlamentario, la incorporación de las agrupaciones parlamentarias en el Grupo Mixto.

⁶⁸ Resolución del Presidente de la Junta General, de 22 de abril de 2013, por la que se crea y regula el Grupo de Trabajo para la Reforma del Reglamento de la Cámara. Al igual que en 1997, el Grupo de Trabajo tomó como base para la reforma un documento elaborado por los Servicios de la Cámara.

bación y en la presentación de la iniciativa, lo cual facilita, sin duda alguna, la tramitación de la reforma, en tanto que con la unanimidad al suscribir la proposición se reduce el riesgo de identificación partidista de la misma. En segundo lugar, la lectura única es el cauce procedimental utilizado en once de las trece iniciativas, si bien, en lo que tiene que ver con las reformas puntuales, no plantea excesivos problemas, pues en todas ellas era posible defender la simplicidad de su formulación. También destaca la celeridad de las reformas, pues se sustanció generalmente en pocas semanas. Y, finalmente, que, en todas las Legislaturas, con excepción de la VI, hubo, al menos, una reforma reglamentaria, seguramente en un intento de ir adaptando la norma a la realidad del momento. En relación con este último aspecto, destaca la última Legislatura, en la que se llevaron a cabo casi la mitad de las reformas, algunas ciertamente de notable significación parlamentaria, quizás tanto por las extraordinarias circunstancias que la rodearon como por el inevitable sentir del paso del tiempo sobre el Reglamento, que hacía visible, cada vez más, la necesidad de abordar una reforma en profundidad.

III. EL NUEVO REGLAMENTO DE 2023

3.1. Procedimiento de elaboración

A comienzos de la XI Legislatura (2019-2023) se constata la voluntad de elaborar un nuevo Reglamento que venga a mejorar y actualizar el Reglamento de 1997. Aunque en un primer momento la iniciativa es propiciada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que expresamente lo solicita en una de las primeras Juntas Portavoces de la Legislatura y elabora un primerísimo plan de trabajo, la iniciativa será luego compartida por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara.

Para poder llevar a cabo esta revisión en profundidad era necesario articular un procedimiento *ad hoc*. Teniendo en cuenta los precedentes, ya relatados, se optó por adoptar una mecánica similar a la utilizada tanto con el Reglamento de 1997 como en la frustrada reforma de 2013. Para ello, se crea un grupo de trabajo⁶⁹ que tenía por objeto «estudiar las posibles modificaciones a incorporar [...] y, en su caso, consensuar un texto previo que pueda servir de base para, si así se acuerda, su posterior formalización como iniciativa parlamentaria». Respecto de su composición, además del Presidente de la Junta General, que lo presidía, asistían, por cada Grupo Parlamentario, el portavoz o un diputado y un asesor parlamentario, así como el Letrado Mayor, asistido por los demás letrados de la Cámara. También se establecía en la Resolución que regulaba su funcionamiento

⁶⁹ Resolución del Presidente de la Cámara, de 16 de julio de 2019, por la que se crea y regula el Grupo de Trabajo para la Reforma del Reglamento de la Cámara.

la celebración de una reunión mensual, acompañada de la documentación elaborada por los Servicios de la Cámara. En relación con la dinámica de trabajo, se adoptó un enfoque que cabe calificar como posibilista, en tanto que se trató de buscar los puntos en común, postergando para sucesivas lecturas los puntos más conflictivos. Los Servicios de la Cámara elaboraron sucesivos documentos de trabajo en los que se abordaban tanto las disfunciones detectadas en el Reglamento entonces vigente y los usos y prácticas parlamentarias generadas en sus más de veinticinco años de vigencia como las novedades más importantes de los restantes Reglamentos parlamentarios y la jurisprudencia y doctrina relacionada⁷⁰.

El Grupo de Trabajo celebró un total de 41 reuniones⁷¹ entre el 17 de febrero del 2020, fecha de la primera reunión, y el 3 de febrero de 2023, fecha de la última, contabilizándose un total, según las actas de las mismas, de 62 horas de reunión. Los trabajos sufrieron numerosas paralizaciones, no siendo constante ni uniforme el ritmo de trabajo, si bien puede observarse un notable incremento una vez sobrepasado el ecuador de la Legislatura, en el año 2022, en el que se abordó el grueso de la reforma. No obstante lo anterior, es cierto que no puede desconocerse la desgraciada incidencia que tuvo la pandemia ocasionada por la COVID-19, pues, en general, muchos de los procedimientos parlamentarios quedaron completamente paralizados durante la misma, no celebrando el Grupo de Trabajo ninguna reunión telemática, pese a que, por su naturaleza jurídica, no había obstáculo para ello. Tampoco la participación en el seno del Grupo de Trabajo fue reseñable: por un lado, la asistencia a las reuniones fue muy desigual, decayendo significativamente con el paso del tiempo⁷², y, por otro, los debates no mostraron diferencias sustanciales, más allá de unas pocas cuestiones concretas. Ambas circunstancias seguramente expliquen la filosofía adoptada por el Grupo de Trabajo respecto de ciertos elementos estructurales de la reforma.

Así las cosas, casi tres años después de la primera reunión del Grupo de Trabajo, el 3 de febrero de 2023, se llevó a cabo la última reunión, en la que se concluyen sus trabajos, alcanzando un texto final que, tras unas últimas correcciones técnicas, sería presentado el 3 de marzo como proposición de

⁷⁰ Los distintos documentos elaborados tienen una extensión total aproximada de 315 páginas.

⁷¹ Las 41 reuniones tuvieron lugar 5 en 2020, 8 en 2021, 26 en 2022 y 3 en 2023.

⁷² Mientras que en las primeras reuniones se constata la asistencia de prácticamente todos los miembros, se llega al final de los trabajos a una presencia casi residual, con mayor número de asesores parlamentarios que de diputados. En todo caso, la asistencia a las reuniones, sin contar con la presencia de los Servicios de la Cámara y de los asesores parlamentarios, fue la siguiente: ocho miembros asistieron a cinco reuniones; siete miembros a seis reuniones; seis miembros a nueve reuniones; cinco miembros a ocho reuniones; cuatro miembros a cinco reuniones; tres miembros a seis reuniones; y dos miembros a dos reuniones. Para poner en contexto estos datos, hay que tener en cuenta que la composición del Grupo de Trabajo fue, durante casi la totalidad de sus reuniones, de siete miembros en representación de los Grupos Parlamentarios, además del Presidente de la Cámara, que asistió a la totalidad de las reuniones.

reforma por seis de los ocho Grupos Parlamentarios de la Cámara: Socialista, Popular, Ciudadanos, Podemos Asturias, de Izquierda Unida y Foro Asturias⁷³. El texto acordado en el Grupo de Trabajo gozaba de un amplio consenso, al menos en sus contenidos esenciales, incluso por los dos Grupos que no habían suscrito la proposición.

En la proposición de reforma se interesó «la lectura única [...] dado que se trata de una regulación interna y cuyo contenido ha sido objeto de una dilatada y exhaustiva deliberación en el marco del Grupo de Trabajo». La Mesa de la Cámara, en su reunión de 6 de marzo, calificó y admitió a trámite la iniciativa, acordando el 8 de marzo, una vez celebrada la correspondiente Junta de Portavoces, proponer al Pleno la tramitación en lectura única. El 15 de marzo fue tomada en consideración⁷⁴, acordándose la tramitación en lectura única⁷⁵, si bien, al haber alcanzado solo dos tercios, y no la unanimidad, su aprobación no fue inmediata, sino que la votación sobre el texto se pospuso al siguiente Pleno, abriéndose un plazo para la presentación de enmiendas. Pese a contar con un amplio respaldo, fueron presentadas un total de 47 enmiendas⁷⁶, incluso por los Grupos Parlamentarios que habían suscrito la proposición. El 30 de marzo, una vez incorporadas las tres enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista y conformado, por tanto, el texto⁷⁷, se aprobó la proposición de reforma con 36 votos a favor, 4 votos en contra y una abstención⁷⁸. Finalmente, el 13 de abril se publica el nuevo

⁷³ No suscribieron la proposición de reforma el Grupo Parlamentario Vox y del Grupo Mixto (en total, 3 de los 45 diputados de la Cámara). Respecto del Grupo Mixto, este aparece en la recta final de la Legislatura como consecuencia de la expulsión de uno de los diputados del Grupo Parlamentario Ciudadanos.

⁷⁴ La toma en consideración tuvo 39 votos a favor (de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Ciudadanos, Podemos Asturias, de Izquierda Unida y Foro Asturias), 3 votos en contra (del Grupo Parlamentario Vox y del Grupo Mixto) y una abstención (de un diputado del Grupo Parlamentario Foro Asturias).

⁷⁵ La tramitación en lectura única fue acordada con 36 votos a favor (Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Ciudadanos, de Izquierda Unida y Foro Asturias), 7 votos en contra (los Grupos Parlamentarios Podemos Asturias y Vox y el Grupo Mixto) y 1 abstención (un diputado del Grupo Parlamentario Foro Asturias).

⁷⁶ Las enmiendas presentadas fueron las siguientes: 31 enmiendas de grupo parlamentario (3 del Grupo Parlamentario Socialista, 2 del Grupo Parlamentario Ciudadanos y 20 del Grupo Mixto) y 16 enmiendas de diputados (8 del diputado del Grupo Parlamentario Podemos Asturias don Daniel Marí Ripa y otras 8 del diputado del Grupo Parlamentario Foro Asturias don Pedro Leal Llana). Una de las enmiendas fue inadmitida por la Mesa de la Cámara en tanto que tenía por objeto el régimen jurídico de los senadores de designación autonómica, por lo que se consideró, por un lado, que no era congruente con el precepto enmendado, y, por otro, que afectaba a la reserva de ley que establece el Estatuto de Autonomía.

⁷⁷ Pues, como señala GUTIÉRREZ VICÉN, «concluida la votación de los votos particulares y el dictamen debe procederse a una votación final sobre la totalidad del texto que requiere su aprobación por mayoría absoluta» (GUTIÉRREZ VICÉN, C. [2018]. «La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados». *Revista de las Cortes Generales*. N.º 104. Madrid: p. 61).

⁷⁸ Votaron a favor Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Ciudadanos, Podemos Asturias, de Izquierda Unida y Foro Asturias), en contra el Grupo Parlamentario Vox, el Grupo Mixto y un diputado del Grupo Parlamentario Podemos Asturias y se abstuvo un diputado del Grupo Parlamentario Foro Asturias.

Reglamento⁷⁹ tanto en el *Boletín Oficial de la Junta General* como en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*.

En relación con el procedimiento de elaboración del Reglamento, la utilización del grupo de trabajo solo puede ser calificada como muy positiva, pues su flexibilidad, así como la posibilidad de incorporar asesores parlamentarios, permitió una mayor eficacia en los trabajos, favoreciendo también la adopción de acuerdos y fomentando la unanimidad entre las distintas fuerzas políticas. Sin embargo, respecto de la tramitación a través del procedimiento en lectura única una vez que se había acordado un texto en el Grupo de Trabajo, la pregunta es si este es el instrumento adecuado para articular una reforma que, en la práctica, supone adoptar un nuevo Reglamento, especialmente cuando la proposición de reforma no goza de la unanimidad de la Cámara. En este sentido, la lectura única, que no es discrecional, sino que se vincula a determinados supuestos habilitantes, en particular la naturaleza o la simplicidad de formulación, impone un importante grado de afección a los diputados y grupos parlamentarios, que ven mermada su capacidad para conocer, deliberar y enmendar la iniciativa, tanto por la importantísima reducción de plazos como por la imposibilidad de realizar determinados trámites, tales como la presentación de enmiendas de totalidad o las lecturas en ponencia y comisión, lo que afecta no solo a los diputados y grupos parlamentarios, sino también a la sociedad civil, en tanto que, por ejemplo, se le impide participar en la reforma a través del correspondiente trámite de comparecencias.

3.2. Estructura y sistemática

El Reglamento conserva íntegros 32 artículos del Reglamento de 1997⁸⁰, la mayoría de ellos puramente procedimentales, si bien nueve de ello contienen alteraciones redaccionales. Casi el 90 % de los artículos del Reglamento han sido objeto de modificación, en mayor o menor grado. Desde esta perspectiva, quizás excesivamente cuantitativa, aunque la reforma no sea estructuralmente rupturista, pues, en términos generales, se han respetado tanto

⁷⁹ El Reglamento fue objeto de una corrección de errores el 25 de mayo (BOPA n.º 99), en relación con el artículo 27.1 RJG. El error estaba, en relación con los requisitos exigidos para formar grupo parlamentario, en la omisión del sintagma «de una o varias formaciones», si bien la única interpretación posible era que la omisión había sido involuntaria y que eso era necesario para poder aplicar el precepto en cuestión, pues ni los diputados obtienen un número de escaños ni de votos, en tanto que son las formaciones políticas que se presentan a las elecciones y en las que se integran los correspondientes diputados. No obstante, y en tanto que la posibilidad de conformar grupos parlamentarios con dos diputados es polémica, siendo una mera omisión gramatical y estando clara la voluntad del Grupo de Trabajo, que había decidido no modificar nada de la reforma del año 2019, se entendió aconsejable dictar la corrección de errores.

⁸⁰ Los siguientes artículos: 2, 5, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 58, 81, 82, 85, 90, 104, 106, 113, 126, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 160, 166, 182, 212, 213, 216, 223, 244 y 245.

las grandes decisiones ideológicas como los principales valores y principios del anterior Reglamento, cabe considerarla como global, que da lugar a un nuevo texto reglamentario⁸¹.

Respecto de su estructura y sistemática, el Reglamento tiene 259 artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. El Reglamento de 1997 tenía 285 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, si bien debe tenerse en cuenta los dos artículos formalmente derogados (11 y 277)⁸² y otros once artículos que, aunque no formalmente derogados, sí que habían quedado sobrevenidamente sin objeto⁸³. Más allá de que se trate de un texto algo más breve y racionalizado, cabe destacar cuatro cuestiones, pues, en términos generales, su estructura y sistemática es prácticamente idéntica a la del Reglamento de 1997. En primer lugar, una cuestión puramente formal o de estilo, pues se han rubricado todos los artículos, siguiendo lo establecido en las Directrices de Técnica Normativa, que disponen que «los artículos deberán llevar un título que indique el contenido o la materia a la que se refieren». Esto, aunque no sea algo esencial de la reforma, sin duda facilita una más rápida y mejor comprensión del texto.

En segundo lugar, se ha optado por suprimir el preámbulo, que sí tenía el Reglamento de 1997, en línea con lo que hacen la mayoría de Reglamentos parlamentarios⁸⁴. Aunque no cabe desconocer que los preámbulos, pese a no tener naturaleza normativa, están dotados de valor hermenéutico⁸⁵ y cumplen una importantísima función, describiendo, por ejemplo, el contenido de la norma o indicando su objeto y finalidad, lo cierto es que, en el Reglamento parlamentario, norma de dimensión interna y *ad intra*⁸⁶, sin depender su aplicación de sujetos ajenos al Parlamento, tiene una menor virtualidad práctica.

En tercer lugar, cabe destacar que el antiguo artículo 14, que contenía el derecho de los parlamentarios a obtener información, situado antes en la parte de los derechos y prerrogativas, se configura ahora como un título autónomo, de tal forma que no solo se concibe como un derecho de los parlamentarios, así expresamente citado en el artículo 13, en el que se enumeran con carácter general los derechos parlamentarios, sino que se destaca su carácter instrumental y funcional.

⁸¹ De hecho, aunque formalmente se califique como reforma, no se utiliza la técnica de la modificación normativa, sino que se articula como una norma *ex novo*.

⁸² El primero, relativo al uso del bable, y el segundo de la transparencia.

⁸³ El título XV, de las relaciones con el Procurador General, que habían quedado sin objeto desde la entrada en vigor de la Ley del Principado de Asturias 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General.

⁸⁴ Tan solo los Reglamentos de los Parlamentos de Andalucía, Cantabria, La Rioja y Navarra y de la Asamblea de Extremadura incorporan un preámbulo al texto.

⁸⁵ STC 31/2010, de 28 de junio.

⁸⁶ SSTC 108/1986, de 29 de julio, y 49/2008, de 9 de abril.

Y, finalmente, también se ha optado por reubicar la regulación de la transparencia parlamentaria. Mientras que en el Reglamento de 1997 conformaba un título independiente, el último, consecuencia de su tardía incorporación al mismo, pues no formaba parte de su contenido original, ahora es un capítulo dentro del título relativo a las «disposiciones generales de funcionamiento», encontrando así mejor acomodo, en particular si se tiene en cuenta la naturaleza y función de la transparencia parlamentaria.

3.3. Principales contenidos

El Reglamento, además de formalizar prácticas y usos consolidados a lo largo de los veinticinco años de vigencia del Reglamento de 1997, incorpora numerosas novedades. Las más significativas han afectado al estatuto jurídico de los parlamentarios, a la regulación de los grupos parlamentarios, a la organización parlamentaria y las disposiciones generales de funcionamiento. El resto de las modificaciones han sido de menor entidad, pues los distintos procedimientos parlamentarios siguen prácticamente sin modificaciones sustanciales, salvo, quizás, en lo referido al procedimiento presupuestario y al procedimiento de elección y de exigencia de responsabilidad política del Presidente del Principado.

No obstante, antes de entrar en el análisis de las principales novedades, conviene advertir tres cuestiones de carácter general. Así, por un lado, cristaliza definitivamente el término «Junta General», que hasta entonces tenía un uso irregular, alternándose con otras expresiones, no tanto por una cuestión de estilo sino por considerarse que dicho término reflejaba una continuidad histórica que no era tal y no favorecía la comprensión de la naturaleza jurídica de la Junta General⁸⁷. Por otro lado, se han incorporado numerosas cláusulas de salvaguarda con el Estatuto de Autonomía, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las *leges repetitae*⁸⁸, evitando

⁸⁷ En este sentido, ARCE JANÁRIZ, al afirmar, por un lado, que es dudoso «que la institución llamada Junta General fuera de naturaleza homogénea» y «que la histórica Junta General fuese bien conocida por los asturianos cuando en 1981 se aprobó el Estatuto de Autonomía». Señala, además, que este término «no favorece [...] la proyección externa del Parlamento autonómico» (ARCE JANÁRIZ, A. [2003]. *Teoría y práctica de la Junta General del Principado de Asturias*. Granda-Siero: Madú, pp. 20–21).

⁸⁸ Para el Tribunal Constitucional las *leges repetitae* constituyen una «peligrosa técnica legislativa» (STC 341/2005, de 21 de diciembre). El Consejo de Estado ha señalado que «no es una técnica normativa recomendable la de transcribir en las normas autonómicas previsiones contenidas en normas dictadas por el Estado dentro del ámbito de sus competencias. Razones de certidumbre jurídica aconsejan —siempre que sea posible— no utilizar dicha técnica», de manera que «la incorporación en normas autonómicas del contenido de preceptos estatales (en su literalidad o prácticamente en su literalidad) solo debe hacerse en lo estrictamente indispensable y para mantener la sistemática y coherencia interna de la norma autonómica (y haciendo constar el origen del precepto)» (Dictamen 1489/2002, de 6 de junio). Aunque dicho respecto de la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico, sus fundamentos son plenamente aplicables aquí, por compartir identidad de razón.

que el Reglamento regule *per se* contenidos que tienen su fuente primaria en la norma estatutaria. Y, por último, respecto del uso del lenguaje, se ha optado por seguir utilizando de manera uniforme el masculino, si bien incorporando ahora una nueva disposicional adicional que señala que «de conformidad con [...] la Ley Orgánica 3/2007 [...] y [...] la Ley del Principado de Asturias 2/2011 [...] las referencias que en el texto de esta ley se hagan, por economía lingüística, mediante el uso del masculino genérico se entenderán realizadas tanto en género femenino como en masculino».

En relación, ahora sí, con las novedades del nuevo Reglamento, comenzando por el **título preliminar**, el artículo 4 regula la sede de la Junta General, que, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Autonomía, se establece en la ciudad de Oviedo. Se prevé la posibilidad, además, de reuniones fuera del Palacio, salvo del Pleno y de las Comisiones, órganos a los que expresamente se prohíbe cualquier reunión fuera de la sede, así como «el desplazamiento de delegaciones de las Comisiones, a propuesta de sus respectivas Mesas», previa autorización por la Mesa de la Cámara. Se trata, sí, de un régimen novedoso, al menos en la Junta General, pero notablemente restrictivo, tanto por las expresas excepciones como por la necesidad de autorización, lo que puede restar vitalidad a su empleo por los distintos órganos en el día a día parlamentario.

Respecto del bable/asturiano, el Reglamento consolida definitivamente la reforma del año 2020, permitiendo su uso por parlamentarios, miembros del Consejo de Gobierno y comparecientes, debiendo adoptar la Mesa de la Cámara los criterios oportunos a tal efecto⁸⁹. En relación con esto, el artículo 125.3 incorpora la posibilidad de utilizarlo en las publicaciones oficiales, si bien nuevamente se subordina a la aprobación de unos criterios no predeterminados por la Mesa de la Cámara y la Junta de Portavoces.

El artículo 6 incorpora la participación ciudadana como principio de actuación de la Cámara al establecer que «habilitará cauces de participación ciudadana en la actividad [...] y promoverá su conocimiento y difusión entre la ciudadanía». No obstante, esta declaración está huérfana de posterior desarrollo, pues no se han establecido los instrumentos a través de los que articular dicha participación. Cabe preguntarse si tiene sentido incorporar el *locus communis* de la participación ciudadana cuando no se adoptan instrumentos que son comunes en otros Parlamentos, por ejemplo, enmiendas o preguntas de iniciativa ciudadana, si bien, todo hay que decirlo, con desigual éxito⁹⁰.

En lo que tiene que ver con el **estatuto jurídico de los diputados**, destaca especialmente la posibilidad que se contiene en el artículo 14 para regular una «indemnización de transición en concepto de cese». Esta cesan-

⁸⁹ Sigue sin estar resuelto el conflicto jurídico que subyacía en la reforma del año 2020: la potencial vulneración del artículo 23.2 CE por incomprensión del bable/asturiano.

⁹⁰ Cfr. GONZALO ROZAS, M. A. (2018). «Parlamento y participación ciudadana». *Revista de las Cortes Generales*. N.º 105. Madrid: Cortes Generales.

tía, que no está impuesta en el Reglamento, sino que podrá ser establecida si así lo deciden la Mesa y la Junta de Portavoces, viene a resolver el hecho de que los parlamentarios no tienen derecho a prestación por desempleo, a diferencia de los miembros de las corporaciones locales, que sí están expresamente contemplados en el artículo 264.1 e) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Hay que tener en cuenta que indemnizaciones similares habían sido ya establecidas en la mayoría de los Parlamentos españoles: en las Cortes Generales, en los Parlamentos de Andalucía, Aragón, Baleares, Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja, Navarra y País Vasco y en la Asamblea de Murcia.

Respecto de la «suspensión y pérdida de la condición de diputado» (arts. 24 y 25), además de establecer la suspensión automática, y no discrecional, cuando se decreta la prisión provisional, acotándose la temporalidad de la suspensión al tiempo que dure la medida judicial, se incorpora como supuesto de pérdida de la condición la inelegibilidad establecida en el artículo 6.2 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. También se simplifica el régimen de la renuncia a la condición de diputado, que ahora podrá hacerse ante el Letrado Mayor, favoreciendo su celeridad y simplicidad.

En relación con los **grupos parlamentarios**, se lleva a cabo una depuración técnica importante, tratando de aclarar su régimen jurídico, en particular lo que tiene que ver con la figura del portavoz (art. 29): por un lado, la designación del portavoz deberá hacerse en escrito separado al de constitución, siendo necesario acuerdo de la mayoría de sus miembros, tanto para esta designación inicial como para los eventuales cambios que luego tengan lugar; y, por otro lado, se concreta la esfera de actuación del portavoz al establecer que sus actos se imputarán a los grupos parlamentarios, prevaleciendo su voluntad sobre la de los demás miembros.

El régimen jurídico del grupo mixto (art. 31) sufre también importantes cambios, pues la Mesa y la Junta de Portavoces pueden establecer limitaciones en facultades y medios, siempre y cuando tenga un número de diputados inferior al mínimo o alguno de sus integrantes pueda ser considerado transfuga por no formar parte del correspondiente grupo parlamentario. Debe tenerse en cuenta, respecto de esta cuestión, que el Estatuto de Autonomía dispone que «todo miembro de la Cámara deberá estar adscrito a un Grupo»⁹¹, lo que impide acoger la figura del diputado no adscrito, con la que otros Reglamentos han tratado de luchar contra el transfuguismo⁹². También

⁹¹ El mismo precepto se encuentra también en el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, por lo que la Asamblea de Murcia tampoco ha podido regular la figura del diputado no adscrito.

⁹² Cfr. FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2022). “Las respuestas al transfuguismo en España: especial referencia al pacto antitransfuguismo. TUDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.). *Calidad democrática y Parlamento*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad y Marcial Pons.

se ha previsto la formación de agrupaciones parlamentarias dentro del grupo mixto, si bien no es un derecho de sus miembros, sino que la decisión es competencia de la Mesa y la Junta de Portavoces. Esta posibilidad no acaba de casar con el mínimo necesario para formar grupo parlamentario, pues si se exige que los diputados que se quieran agrupar sean «pertenecientes a una misma formación política que como tal se haya enfrentado al electorado», la agrupación solo podrá darse cuando siendo dos diputados se haya obtenido menos de un 6 % de los votos en la Comunidad Autónoma. Nada se dice, además, de su régimen jurídico, pero sería dudoso que, a través de esta figura, se pudiera equiparar al de los grupos parlamentarios de dos diputados, más aún cuando se trata de una decisión discrecional de la Mesa y de la Junta de Portavoces, sujeta, por tanto, a criterios políticos y no jurídicos.

Pese a las luces expuestas, que conforman avances en la regulación de los grupos parlamentarios, el nuevo Reglamento conserva una importante sombra, pues mantiene la reforma del año 2019 que rebajó el número de diputados necesarios para conformar grupo parlamentario, de tal forma que de los tres iniciales se bajó a dos cuando las formaciones políticas «hubieran obtenido [...] al menos el seis por ciento de los votos emitidos válidamente sumando las tres circunscripciones electorales». Los resultados de aquellas elecciones autonómicas arrojaron que tres formaciones políticas, Asturias por la Izquierda, Foro Asturias y Vox, no tenían el mínimo de tres diputados para conformar grupo parlamentario propio. Ante la imposibilidad del préstamo de diputados, expresamente proscrito en el Reglamento de 1997, se decide rebajar el número de diputados necesarios⁹³, evitando con ello su integración en un grupo mixto plural. La reforma tuvo así una justificación estrictamente política: fue una alternativa a la práctica fraudulenta de otras Cámaras del conocido como *préstamo de diputados*⁹⁴.

El peligro de reformar *en caliente* son las consecuencias imprevistas e imprevisibles que puede generar. En este caso, casi desde el principio cabe observar una problemática que atravesará toda la Legislatura: las desavenencias internas en un grupo parlamentario de dos diputados son irresolubles. Sin entrar al prolijo detalle, estas desavenencias, públicas y notorias, han ocasionado seis pleitos a la Junta General, uno ante el Tribunal Constitucional⁹⁵ y

⁹³ Se incluye un requisito en términos de porcentaje de voto, a imagen y semejanza del Reglamento del Congreso de los Diputados. Para ARCE JANÁRIZ «no puede pasar inadvertido [...] que se suman los votos obtenidos en las tres circunscripciones cuando el sistema electoral no los suma en la asignación de escaños, dando, dese modo, carta de naturaleza, aunque solo sea a efectos de formación de Grupo parlamentario, a una suerte de circunscripción única ad hoc» (ARCE JANÁRIZ, A. [2022]. “La forma de Gobierno del Principado de Asturias”. SOSA WAGNER, F. (Dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: p. 91).

⁹⁴ Cfr. ARCE JANÁRIZ, A. (2022). “La forma de Gobierno del Principado de Asturias”. SOSA WAGNER, F. (Dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: Editorial Reus, p. 90.

⁹⁵ Se trató de un recurso de amparo de un diputado contra la retirada de unas enmiendas con ocasión de la tramitación del Proyecto de Ley de Presupuestos. Los Servicios de la Cámara, entendiendo que las enmiendas eran del Grupo Parlamentario, las tuvieron por retiradas en tanto que, con posterioridad a su presentación y antes de que se reuniera el órgano encargado de su calificación y admisión a trámite, el

cinco ante el Tribunal Superior de Justicia⁹⁶, resueltos todos ellos favorablemente a los intereses de la Junta General. En todo caso, lo que se ventiló en dichos pleitos, por más que participe el Parlamento, son cuestiones domésticas de los grupos parlamentarios, referidas a la distribución de funciones en su seno y a las facultades del portavoz, especialmente si cabe considerarlo o no como una voz supraordenada a los demás miembros.

El nuevo Reglamento, pese a los problemas relatados y en contra de la posición de los Servicios de la Cámara, que reiteradamente señalaron la necesidad de volver a la regulación anterior, ha consolidado la reforma del año 2019, pues ha conservado íntegramente su contenido. Más allá de las consideraciones ontológicas en torno a la posibilidad de articular en grupo lo que no es sino una pareja, la principal cuestión radica en que no es posible armonizar su estructura y funcionamiento interno con el principio democrático. En este sentido, es necesario tener en cuenta que el Parlamento es la institución democrática por antonomasia, encarnando el principio democrático como consecuencia de su legitimidad de origen, ello articulado mediante una regla de la mayoría que cristaliza en un «sufragio universal, libre, igual, directo y secreto». Este principio democrático no se muestra solo en la forma de elección de los representantes públicos, sino que, además, se engarza a lo largo de todo el proceso parlamentario, a través de muy diversos preceptos: por ejemplo, la forma de elección de los miembros de la Mesa de la Cámara y de las Mesas de las Comisiones o el método de formación de la voluntad de sus distintos órganos (votación personal o voto ponderado). No parece descabellado afirmar el carácter estructural y vertebrador del principio democrático en el ordenamiento parlamentario. Si esto es así y el principio democrático es consustancial al Parlamento, no cabe desligarlo de la propia consideración de los grupos parlamentarios, pues como sujetos preponderantes en la acción parlamentaria deben someterse a las reglas, principios y valores que caracterizan al Derecho parlamentario, por más que se diga que estos gozan de autonomía en su organización y acción interna, no habiendo contradicción alguna con el principio democrático, sino, en todo caso, una garantía de indemnidad una vez aceptada aquella premisa. No parece que autonomía y democracia sean conceptos antagónicos o antinómicos.

Tampoco el ordenamiento jurídico es ajeno a la consideración del principio democrático como elemento estructural de la organización del poder público, así expresamente proclamado en la Constitución, de tal forma que, por ejemplo, respecto de los partidos políticos, de los que el Tribunal

portavoz titular había solicitado la retirada. El Tribunal tuvo que dilucidar, por tanto, si la decisión de la Mesa de la Comisión, confirmada en vía de reconsideración, comportó o no la vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

⁹⁶ Pese a que los pleitos tenían por objeto, por un lado, el nombramiento y cese del personal eventual, y, por otro, determinadas cuestiones sobre la subvención parlamentaria, en el fondo afloraba la misma cuestión: las facultades del portavoz titular y su interlocución cualificada con la Junta General.

Constitucional ha dicho, en relación con los grupos parlamentarios, que «los segundos [grupos] sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros [partidos]»⁹⁷, el artículo 6 CE y el 7.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, disponen expresamente que su estructura interna y el funcionamiento deberán ser democráticos. En idéntico sentido, respecto de las asociaciones privadas, en los artículos 7.1 g) y 11.3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, al afirmar que «los Estatutos deberán contener los criterios que garanticen el funcionamiento democrático» y que «adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna». Está claro que los grupos parlamentarios son una realidad distinta a los partidos políticos y asociaciones, no se quiere aquí decir otra cosa, pero lo cierto es que guarda con ellos una amplia identidad de objeto, sujeto y causa, reafirmando ello el carácter indisponible del principio democrático que debiera regir en su naturaleza. Si el principio democrático es consustancial también a los grupos parlamentarios, cabe plantearse entonces sus concretas implicaciones respecto de los grupos parlamentarios de dos diputados, en particular sobre su estructura y funcionamiento. El principio democrático se articula, al menos en nuestro ordenamiento constitucional, mediante la regla de la mayoría, instrumento que permite conformar una voluntad determinada mediante las sumas de las voluntades individuales previamente expresadas y contadas. Los integrantes de la colectividad manifiestan su voluntad individualmente, resultando finalmente imputable a la colectividad aquella determinación que alcanza un mayor apoyo. Así, la regla de la mayoría es, en definitiva, una necesidad interna del principio democrático, su plasmación práctica y estructural.

La pregunta es entonces si es posible articular el principio democrático en un grupo parlamentario de dos diputados. La regla de la mayoría, y, por tanto, el principio democrático, no puede regir allí en dónde solo existe o puede existir la unanimidad, pues, por naturaleza, la disensión conlleva a una *no decisión*, es decir, al bloqueo, no habiendo mayorías ni minorías. Es cierto que la unanimidad se exige para el acto fundacional del grupo parlamentario, pero debe limitarse a tal, en el entendido que, para dotar de realidad jurídica a lo que es una mera voluntad personal, sí que debe existir el consentimiento unánime, y esto no se justifica solo por motivos de oportunidad, sino porque si se predica un funcionamiento democrático, por esencia y para distinguir al todo de sus partes, es decir, al grupo parlamentario de sus integrantes, debe darse la posibilidad de una diferencia entre el contenido de la voluntad del grupo parlamentario y el contenido de la voluntad de sus integrantes: la mayoría presupone la existencia de una minoría, al menos en teoría, y el derecho de la mayoría implica el derecho a la existencia de una minoría. Todo esto no puede darse en un grupo parlamentario de dos diputados. Estas cuestiones, que pueden parecer es-

⁹⁷ STC 36/1990, de 1 de marzo.

trictamente teóricas, tienen su reflejo en muy diversa normativa, y así, por ejemplo, es significativo que, para la constitución de una asociación, no son suficientes únicamente dos personas, pues el artículo 5.1 de su Ley Orgánica establece que «las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas».

En definitiva, el nuevo Reglamento perpetúa una regulación errónea y sumamente perniciosa para el normal funcionamiento de la Junta General, pese al criterio de los Servicios de la Cámara y sin mayor justificación teórica que la existencia, en un determinado momento, de una necesidad partidista que satisfacer.

En cuanto a la **organización de la Junta General**, el Reglamento, con carácter general, ha tratado de acotar los plazos para convocar los distintos órganos de la Junta General, cuestión polémica siempre por la concurrencia de intereses políticos divergentes, de tal forma que ahora, una vez solicitada su convocatoria, el Presidente del órgano debe proceder en un plazo predefinido⁹⁸. También se han incorporado las sesiones adicionales, tanto para el Pleno como para las Comisiones: no más de una por periodo de sesiones, previa solicitud de una tercera parte de sus miembros y a celebrar en el plazo de quince días (arts. 59.2 y 77.3).

Respecto de las funciones de la Mesa de la Cámara, se especifica su competencia para elaborar y aprobar el presupuesto parlamentario (art. 36.1. b)). Mientras que antes era competente para «elaborar el proyecto de Presupuesto», guardando silencio en el resto de los extremos en cuestión, ahora se señala que lo es para «elaborar y aprobar el Presupuesto de la Junta General y remitirlo al Consejo de Gobierno para su consolidación en el Proyecto de Ley del Principado de Asturias de Presupuestos Generales». Por otra parte, se da carta de naturaleza a los cronogramas de tramitación [art. 36.1 f)] y se circunscribe la reconsideración a la consideración de «afectado», no siendo suficiente con simplemente discrepar de la decisión (art. 36.2). También se establece la supletoriedad de la legislación administrativa general para el despacho de los asuntos de naturaleza administrativa (art. 40.5).

Mayor significación tienen las novedades introducidas respecto de su composición, previsiones que no solo se aplican a la Mesa de la Cámara, sino también a las Mesas de las Comisiones. En primer lugar, se intenta procurar la paridad entre hombres y mujeres estableciendo que «la formación política que obtenga un puesto en la Mesa y opte a otro deberá, para este segundo puesto, presentar un candidato de sexo distinto al del puesto ya obtenido» (arts. 41.2 y 56.2). El problema radica en que el contenido prescriptivo se establece solo para el caso de una composición particular, en la que un mismo grupo parlamentario tenga más de un miembro, pero no con carácter general, por lo que la composición equilibrada es más un desiderátum que una realidad jurídica.

⁹⁸ Dos días en el caso de la Mesa de la Cámara y de la Junta de Portavoces (arts. 40.2 y 50.1).

En segundo lugar, se establece como causa de cese el «abandono voluntario o expulsión del Grupo Parlamentario de pertenencia» [arts. 51 d) y 56.1]. En línea con lo dispuesto para el grupo mixto, se trata de introducir aquí otra medida de lucha contra el transfuguismo⁹⁹, de tal forma que la causa de cese opere *ope legis*, sin necesidad de ningún tipo de acuerdo posterior. Ahora bien, la pregunta es si esta decisión no desnaturaliza la posición y función de la Mesa de la Cámara, y, en menor medida, de las Mesas de las Comisiones, cuyos miembros no son jurídicamente representantes de los grupos parlamentarios. Si tradicionalmente se ha concebido a la Mesa de la Cámara, en cuanto órgano de gobierno, como una magistratura arbitral, neutra y de garantía, la reforma difícilmente ayudará a preservar el recto ejercicio de sus funciones y prerrogativas, acentuando, por el contrario, la dependencia política y funcional de sus miembros con los grupos parlamentarios en los que se integran.

La Junta de Portavoces apenas presenta modificaciones de importancia, pudiendo destacar únicamente que las declaraciones institucionales, antes integradas en un único artículo, se escinden ahora en dos, uno para la Junta de Portavoces (art. 53) y otro para el Pleno (art. 79), seguramente con el objetivo de poder sortear determinados vetos políticos, pues desaparece la exigencia de unanimidad (y de urgencia) para las declaraciones que apruebe la Junta de Portavoces, no siendo así para las del Pleno, en las que se mantiene el requisito de la unanimidad.

En relación con las Comisiones, se regulan detalladamente tanto las comisiones de investigación (arts. 68 a 71) como las comisiones de estudio (arts. 72 a 74), si bien estas últimas con una mayor flexibilidad. Así, se impone la elaboración de un plan de trabajo, se dispone el régimen de las comparecencias, hasta ahora contenido en una norma de desarrollo y se establece, en fin, la forma de elaborar y aprobar el dictamen y los votos particulares, así como su publicación, imponiendo su comunicación a las personas expresamente citadas, ello en cumplimiento de la jurisprudencia constitucional¹⁰⁰.

Finalmente, el Reglamento incorpora a los grupos de trabajo (art. 75) y los intergrupos parlamentarios (art. 76) como parte de la organización de la Cámara, pues hasta ahora operaban al margen de norma reglamentaria: los primeros «en materias que sean de la competencia de la Junta General» y los segundos «para promover y mantener relaciones conjuntas de los Grupos Parlamentarios con instituciones y entidades en asuntos de mutuo interés». Se trata, en ambos casos, de una decisión adecuada, que dota de mayor seguridad jurídica su utilización.

⁹⁹ Esta medida está expresamente prevista en la III adenda al Pacto Antitransfuguismo: «las personas transfugas no adscritas [...] no podrán participar en la Junta de Portavoces ni en las mesas de las cámaras, que solo puede ser constituida por portavoces y representantes de los grupos políticos».

¹⁰⁰ STC 133/2018, de 13 de diciembre.

En lo que tiene que ver con las **disposiciones generales de funcionamiento**, se han realizado múltiples modificaciones, en general de pequeño alcance, pero que tienen por objeto acompasar y adaptar la realidad normativa tanto al devenir de los tiempos como a la práctica parlamentaria: registro de las sesiones en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen (art. 95.3); obligatoriedad del cupo para la elaboración del orden del día del Pleno (art. 96); simplificación del formato de los debates, que será el establecido *ad hoc* por la Junta de Portavoces y por las Mesas de las Comisiones para cada sesión, según se trate del Pleno o de las Comisiones, si bien se regula uno supletorio, para el caso de que no se fije ninguno (art. 105); limitación de las ampliaciones de plazos, que, con carácter general, no podrán prorrogarse más de una vez (art. 121); el reconocimiento del carácter oficial y auténtico de la publicación digital (art. 125.2); y, en fin, en materia de disciplina parlamentaria, además de incorporar la prescripción de infracciones y sanciones (art. 137), se tipifica como sanción de suspensión temporal cuando, con dolo o negligencia grave, se falseen u omitan datos relevantes en las declaraciones de incompatibilidades, de actividades e intereses y de bienes o se incumpla la obligación de mantenerlas actualizadas (art. 136.1).

Mención especial requiere la regulación dada al voto telemático (art. 117) y a las sesiones telemáticas (disposición adicional primera). Tras la experiencia acumulada como consecuencia de la pandemia, se han reforzado ambas posibilidades, si bien todavía con importantes restricciones, ello de acuerdo con la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la presencialidad como requisito para una adecuada interacción política¹⁰¹. Para el voto telemático se exige una «situación excepcional que impida su normal presencia en la Cámara», lo que se acreditará mediante la correspondiente declaración responsable, de tal forma que desaparecen los supuestos habilitantes: la decisión, competencia de la Mesa de la Cámara, será caso a caso, en función de lo declarado por el diputado en cuestión.

Respecto de las sesiones telemáticas, la disposición adicional primera permite, en efecto, la celebración de reuniones de carácter virtual, tanto del Pleno y de las Comisiones como del resto de órganos de la Cámara, si bien en el caso de los dos primeros la decisión no es discrecional, sino que deben reunirse una serie de requisitos: en primer lugar, un elemento objetivo, pues como presupuesto habilitante se exigen «situaciones extraordinarias, tales como las que, en su caso, puedan derivarse de los estados del artículo 116 de la Constitución [...] que impidan la normal presencia de los miembros de la Cámara o de sus Comisiones»; en segundo lugar, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de miembros es cualificada, de tal forma que la sesión no podrá ser telemática si cabe la presencia del «Presidente o Vicepresidente que le sustituya, un Secretario y una cuarta parte de los miembros del órgano con representación de todos los Grupos Parlamentarios»; y, en tercer lugar,

¹⁰¹ STC 19/2019, de 12 de febrero.

un requisito funcional, no pudiendo celebrarse por vía telemática sesiones plenarias que tengan por objeto la elección, censura o confianza del Presidente del Principado. Sin perjuicio de estas reuniones telemáticas, también se prevé la posibilidad de intervenir telemáticamente en reuniones presenciales cuando así lo autorice motivadamente la Mesa de la Cámara. El resto de los órganos de la Cámara tiene un régimen mucho más flexible, pues podrán celebrar reuniones por videoconferencia siempre que ninguno de sus miembros se oponga. En todo caso, el régimen de intervención telemática deberá ser concretado por la Mesa de la Cámara, en particular para articular determinadas garantías: asegurar la identidad de los asistentes, el contenido de sus manifestaciones, la interactividad e intercomunicación en tiempo real y la plena disponibilidad de medios, etc.

En relación con el **procedimiento legislativo**, se ha llevado a cabo un intento de calendarizar las distintas actuaciones reglamentarias, de tal forma que los distintos trámites, en particular en lo que tiene que ver con las comparecencias legislativas, tengan una cadencia temporal que evite su paralización. Se ha establecido la exigencia de homogeneidad y congruencia respecto de las enmiendas (art. 148.3) y se ha simplificado la regulación de la disconformidad presupuestaria (art. 150), de tal forma que ahora es la Mesa de la Cámara, y no el Pleno, el órgano competente para decidir acerca de una disconformidad manifiestamente infundada. En las proposiciones de ley de iniciativa municipal o popular (art. 165) se permite ahora la comparecencia de los proponentes ante la Comisión competente antes de su toma en consideración. En el artículo 154 se ha introducido una prolija regulación del funcionamiento de las ponencias legislativas, respecto de cuestiones controvertidas y que no tenían adecuado respaldo reglamentario, tales como la modificación de aspectos no enmendados, la presentación de enmiendas de aproximación y transaccionales o la forma de elevar a la Comisión el informe y el texto articulado.

Mayor significación presentan los cambios en **materia presupuestaria**, buscando una racionalización en lo que tiene que ver con la estructura del procedimiento, para lo que se hace preceptivo el debate inicial para la fijación de las cuantías globales, con independencia de la presentación o no de enmiendas de totalidad, respecto de las que se establece, además, que solo podrán ser una por grupo parlamentario y de devolución, sin que sea posible una de texto alternativo (art. 173). En el caso de las enmiendas parciales, no se permite su presentación al estado de ingresos (art. 174). Se reconocen, por último, dos cuestiones que, aunque accesorias, su acomodo reglamentario evita eventuales problemas en su aplicación: la competencia de los Servicios de la Cámara para efectuar los ajustes aritméticos necesarios (art. 176) y la obligatoriedad de elaborar las enmiendas a través de la correspondiente aplicación informática, para lo que se requiere la colaboración del Consejo de Gobierno en la remisión del proyecto de ley en un formato compatible con la misma (art. 177).

La regulación de la **elección del Presidente del Principado de Asturias** por la Junta General y la **responsabilidad política del Consejo de Gobierno** (arts. 185 a 190) ha sido objeto de una notable revisión normativa, suprimiendo buena parte de los preceptos contenidos en el Reglamento de 1997. El procedimiento de elección del Presidente¹⁰² encuentra su sede normativa, de acuerdo con el artículo 32.4 del Estatuto de Autonomía, en la Ley del Principado de Asturias 6/1984, de 5 de julio, del Presidente del Consejo de Gobierno. Esta reserva de ley puede ser sorprendente, en particular por ser única en el Derecho comparado, y ello al margen de la valoración que quepa realizar acerca del particular procedimiento de elección establecido, muy relevante para la arquitectura institucional de la forma de gobierno, pero mientras no se modifique el Estatuto de Autonomía es un contenido normativo ajeno al Reglamento de la Junta General, pues la reserva de ley, en su vertiente pasiva, impide que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico pueda proceder a la regulación reservada y atribuida¹⁰³.

El Reglamento de 1997 era un trasunto literal de la legislación autonómica, por lo que, en aplicación de la doctrina de las *leges repetitae*, se consideró conveniente suprimir todo aquello objeto de la citada reserva de ley, perviviendo únicamente lo que la propia norma legal reenvía al Reglamento: el formato de los debates. Aunque la decisión sea adecuada, únicamente cabe plantearse si además no hubiera sido oportuno abordar algunas lagunas y antinomias que presenta dicha normativa, si bien no se consideró políticamente oportuno, lo que es lógico y entendible en tanto que la forma de elección del Presidente no es una cuestión pacífica entre las distintas fuerzas políticas. De haber considerado necesario esto último, bien a través del propio Reglamento, bien mediante una modificación legislativa de las correspondientes leyes, hubiera sido el momento de revisar diversas cuestiones y prácticas cuya compatibilidad con el Estatuto de Autonomía es más que discutible.

Respecto de la **función de control y de dirección política**, cabe destacar, principalmente, que se introduce la figura de las preguntas de especial actualidad ante el Pleno (art. 210), que permiten abordar asuntos acerca de los que no se haya podido preguntar en los plazos ordinarios, sustituyendo una de las preguntas incluidas en el orden del día por esta nueva pregunta, si bien es necesaria la conformidad del Consejo de Gobierno, lo que seguramente reduzca su efectividad. También se ha establecido el decaimiento de las iniciativas urgentes cuando no se sustancien en la sesión inmediatamente siguiente a su presentación.

¹⁰² Idénticas consideraciones cabe realizar en torno a la moción de censura y la cuestión de confianza: artículo 34.2 del Estatuto de Autonomía y la Ley del Principado de Asturias 7/1984, de 13 de julio, de relaciones entre el Consejo de Gobierno y la Junta General.

¹⁰³ STC 139/1988, de 8 de julio.

En cuanto a las **relaciones con la Sindicatura de Cuentas**, se han introducido algunos cambios menores, en particular para reformar el régimen jurídico de la cuenta general, cuya regulación anterior no se venía aplicando en la práctica. A la vista del resultado final, es posible que se haya perdido la ocasión para aclarar si las solicitudes de fiscalización de la Junta General a la Sindicatura de Cuentas son obligatorias, habida cuenta de lo controvertido del asunto¹⁰⁴, aunque el artículo 232.3 parece confirmar dicha obligatoriedad al señalar que «la Sindicatura de Cuentas dará cuenta a la Cámara de la correspondiente adición a su programa de fiscalizaciones con las que en su caso se soliciten». Esta interpretación es coherente con la propia posición institucional de la Sindicatura de Cuentas, de la que su ley reguladora establece que «depende directamente de la Junta General».

En otro orden de cosas, además de agilizar notablemente las autorizaciones de los convenios a celebrar con otras Comunidades Autónomas (arts. 247 y 248), se incorpora la participación de la Junta General en el sistema de alerta temprana (art. 249), si bien para lograr una participación real y efectiva de los Parlamentos autonómicos en el sistema de alerta temprana no es suficiente con operar sobre el Reglamento, sino que debe acudirse a la norma que lo regula, tanto del Derecho de la Unión como de la normativa estatal.

Por último, en lo que tiene que ver con los **Servicios de la Junta General**, se ha llevado a cabo una depuración de sus contenidos, de tal forma que una vez consolidada la Administración que auxilia al Parlamento en el desarrollo de sus funciones, bajo la rúbrica de la Secretaría General (art. 257), que se incorpora por primera vez, se establecen únicamente sus singularidades más importantes. Así, por ejemplo, se dispone que los letrados «actuarán con libertad de conciencia, objetividad, neutralidad e independencia de criterio» (art. 258). Además, se incorporan dos importantes precisiones respecto de la figura del Letrado Mayor (art. 259): su nombramiento al inicio de la Legislatura, de entre funcionarios de carrera del Cuerpo de Letrados de la Junta General, y sus causas de cese¹⁰⁵, que son la finalización de la legislatura, el cese discrecional acordado por la Mesa de la Cámara, a propuesta de cualquiera de sus miembros, y la renuncia.

¹⁰⁴ No cabe desconocer, en este sentido, la opinión del actual Síndico Mayor, quién en una obra doctrinal ha manifestado que «este proceso debe sustanciarse siempre según lo dispuesto en la ley, de tal forma que la última palabra y el criterio final queden reservados a las ICES, en cuanto a la aceptación de esas peticiones, así como su exacta modulación temporal y material» (FERNÁNDEZ LLERA, R. (2022). «Parlamento y control externo: una relación sólida y abierta TUDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.). *Calidad democrática y Parlamento*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad y Marcial Pons, p. 93).

¹⁰⁵ Si bien, desde hace varias Legislaturas, ya se había establecido la práctica de que, al inicio de cada una, debe tener lugar el correspondiente nombramiento, por más que formalmente no había cese al no estar previsto reglamentariamente.

IV. CONDICIONES PARA LA REFORMA

A la vista de todo lo anterior, teniendo presente la experiencia adquirida durante la elaboración del nuevo Reglamento de la Junta General, en particular en el Grupo de Trabajo, cabe preguntarse cuáles son las condiciones necesarias que, en cierta medida, coadyuvan a garantizar el éxito en una reforma reglamentaria¹⁰⁶. La reforma, especialmente si es en profundidad, es un proceso complejo que requiere de tiempo, de esfuerzo y de cooperación entre los distintos sujetos implicados, cuyo objetivo debería ser, por un lado, satisfacer las necesidades de cambio, y, por otro, fortalecer la capacidad del Parlamento para cumplir con sus funciones constitucionales y estatutarias.

Aunque parezca algo accidental, el punto de partida radica en la existencia de una necesidad *real* a satisfacer, en mayor o menor grado, pues si el Derecho, en general, requiere de estabilidad para poder cumplir su función social, en el Derecho parlamentario es aún más importante, de tal forma que las reformas deben ser abordadas únicamente cuando exista una verdadera distancia entre el *ser* y el *deber ser* parlamentario. Se trata, en todo caso, de evitar reformas espurias, en las que, bajo otras apariencias, se oculten otras metas no declaradas. En este sentido, es aconsejable llevar a cabo una evaluación previa, identificando los elementos que impiden un funcionamiento adecuado de la institución y analizando el contexto comparado, en particular para obtener enfoques innovadores. También es conveniente categorizar el conjunto de prácticas, precedentes y usos parlamentarios que se considere oportuno introducir en el Reglamento.

En segundo lugar, es imprescindible la voluntad política, de tal forma que los grupos parlamentarios, en particular sus portavoces, estén comprometidos con la reforma, impulsando y participando activamente en el procedimiento parlamentario. Más allá de afirmar que haya una mayoría favorable a la reforma, algo obvio, quizás sea aconsejable un determinado contexto político, pues, como señala ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «los partidos políticos españoles, todos ellos sin distinción, no piensan lo mismo sobre el Parlamento cuando están en el Gobierno que cuando están en la oposición. Cuando tienen mayoría en las Cámaras rechazan lo mismo que propusieron cuando eran minoría y perseguían apretar al Gobierno mayoritario con todas las armas a su alcance»¹⁰⁷. Así, es probable que un

¹⁰⁶ Cabría poner en duda el propio término y tratar de realizar una tipología atendiendo a los distintos parámetros que se observan en las reformas. Aquí, para lo que se pretende, cabe acoger la definición dada por GUTIÉRREZ VICÉN: «alteración del texto del Reglamento acordada mediante el procedimiento específicamente establecido para ello y, en principio, con vocación de generalidad y permanencia» (GUTIÉRREZ VICÉN, C. [2018], «La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados». *Revista de las Cortes Generales*, N.º 104. Madrid: p. 58).

¹⁰⁷ ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (2017). *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Ediciones de El Cronista, Iustel, p. 121.

Reglamento equilibrado, en el que los frenos y contrapesos del Parlamento y del Gobierno funcionen recíprocamente, requiera un contexto en el que todas las fuerzas, pero en particular los grupos parlamentarios mayoritarios, tanto los que apoyan al gobierno como los de oposición, vean posible la alternancia política y el intercambio de sus roles, pues ello permite encontrar no solo una norma de consenso, sino una norma útil al Parlamento, sin preponderancias ni excesos de ningún tipo.

Todo esto conlleva la necesidad de resaltar la importancia del procedimiento parlamentario, que presenta, sí, una indudable perspectiva política en tanto se configura como un conjunto de garantías de meditación y debate que permiten plasmar la pluralidad social a través del discurso parlamentario¹⁰⁸, pero que debe también coadyuvar en la búsqueda del interés general a través del compromiso entre las distintas fuerzas políticas¹⁰⁹, todo ello con agilidad y eficacia, cumpliendo las previsiones reglamentarias aplicables. Esto es primordial en la reforma reglamentaria en tanto que, como señala GUTIÉRREZVICÉN, «la cuestión procedimental se relaciona con el principio de autonomía parlamentaria», en particular «con la necesidad de proteger las normas rectoras de las Cámaras del juego de mayorías políticas ocasionales», evitando «los llamados golpes de mayoría en una materia tan sensible para el funcionamiento de las Cámaras»¹¹⁰. El procedimiento de reforma debe buscar, además, la consulta y participación activa de todos los actores relevantes, desde los grupos parlamentarios, los propios diputados, el Gobierno y los Servicios de la Cámara hasta la propia sociedad civil, bien a través de expertos, bien mediante otros cauces o instrumentos de participación, ello para garantizar su conocimiento y apoyo, así como para recopilar distintos enfoques y opiniones, imprescindible para asegurar su vigencia en el tiempo.

Y, finalmente, otra cuestión muy relevante es contar con un apoyo técnico suficiente, a través de la participación de los Servicios de la Cámara, en particular del Cuerpo de Letrados, que aportarán su conocimiento y experiencia al servicio de la reforma, así como de asesores y expertos de los grupos parlamentarios. También, en este sentido, el papel de los propios parlamentarios es muy importante, siendo aconsejable que sean expertos en la materia reglamentaria, bien por tener dilatada experiencia en la Cámara, bien por su condición profesional.

En definitiva, el Derecho parlamentario, por sus especiales características y el particular contexto en el que se desarrolla, hace aconsejable que concurren determinadas condiciones, algunas endógenas y otras exógenas a la

¹⁰⁸ KRIELE, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Depalma, pp. 261-262.

¹⁰⁹ Cfr. KELSEN, H. (2009). *De la esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK, pp. 92-103.

¹¹⁰ GUTIÉRREZVICÉN, C. (2018). «La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados», *Revista de las Cortes Generales*. N.º 104. Madrid: p. 49.

reforma. Estas son algunas de ellas, seguramente ni necesarias ni suficientes, pues, en función del contexto y del momento, habrá unas y cambiarán otras. No obstante, reflexionar sobre ellas pone en valor la importancia que tiene tanto el Reglamento parlamentario, en general, como sus mecanismos de reforma, en particular, para una mejor calidad democrática, garantizando la efectiva integración de las voluntades políticas en el resultado final.

V. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de las páginas precedentes, con la *excusa* del nuevo Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, se ha intentado realizar un recorrido por los cuarenta años de Derecho parlamentario autonómico: aunque está claro que cada Parlamento tendrá sus propias coordenadas, mucho de lo que aquí se relata será probablemente una historia compartida. Sea como fuere, lo cierto es que es más necesario que nunca reflexionar acerca de los riesgos, desafíos y oportunidades a los que se enfrentan los Parlamentos contemporáneos, pues, más allá de la inveterada tradición que les es propia, lograr no solo su subsistencia en la sociedad contemporánea, sino conseguir que sea más robusto, más cercano, más participativo y más transparente, pasa ineludiblemente por cohonestar esos valores y principios consustanciales con la adopción de transformaciones necesarias, ello para seguir sirviendo como «crisol de la sociedad y de su pluralidad y lugar de encuentro y reunión de las mayorías y minorías».

Antes de abordar una valoración de la reforma objeto de este trabajo, parece oportuno plantearse algunas de estas cuestiones pendientes en el Derecho parlamentario de nuestros días, no tanto por estar en el *debe* del nuevo Reglamento de la Junta General, sino por ser aquello a lo que se enfrenta el Parlamento del mañana. Transcurrido casi el primer cuarto del siglo XXI, la sociedad contemporánea, como consecuencia de la irrupción y consolidación de la era digital, ha experimentado una transformación sin precedentes, especialmente en lo que tiene que ver con los procesos comunicativos y de acceso a la información. El Parlamento no es ajeno a esta metamorfosis: se enfrenta a multitud de retos y desafíos que plantean difíciles interrogantes y que exigen respuestas innovadoras, ello para asegurar tanto su supervivencia como su centralidad en el sistema social. Así, a modo de mero ejemplo, cabe señalar algunos de estos desafíos: procesos de fragmentación del espacio público; pérdida de confianza en el principio democrático; exigencia de mayores cotas de transparencia, de rendición de cuentas y de participación ciudadana; demanda de instantaneidad en la gestión pública; polarización política y social, que dificulta el consenso y la capacidad real del Parlamento para abordar los problemas en la gestión de los asuntos públicos; transformaciones tecnológicas y digitales; incidencia de la inteligencia artificial en el debate parlamentario, etc.

Cada uno de los ejemplos citados requiere de una reflexión serena en la que, a través de enfoques multidisciplinares, se analicen sus riesgos y sus oportunidades, de tal forma que las adaptaciones pertinentes potencien las ventajas de la era digital al tiempo que se garantizan los derechos y libertades de los ciudadanos. La clave está en que todas estas cuestiones deben abordarse *en y desde* el Derecho parlamentario, a través, siempre, de la reforma reglamentaria, pues es la única manera de ser capaces de integrar en las transformaciones necesarias sus valores, principios y reglas. El Parlamento no puede ser siempre un *arcano* del poder, sino que debe ser punta de lanza de la metamorfosis contemporánea para poder garantizar la pervivencia del principio democrático.

En este sentido, la transparencia y la participación ciudadana deben ocupar una posición de centralidad en el Parlamento, no solo por ser ambas demandas constantes de la sociedad civil, que también, sino por el valor que aportan para enfrentar problemas inherentes al parlamentarismo contemporáneo. La transparencia es esencial para fortalecer el vigor del principio democrático: divulgar la información ayuda a someter el poder al imperio de ley a través de la rendición de cuentas, de la formación de una opinión pública ilustrada y de una mayor participación efectiva de la ciudadanía en los asuntos públicos. No obstante, no debe confundirse transparencia con publicidad, pues la primera exige una actitud proactiva, reduciendo la complejidad de lo mostrado y haciendo que sus contenidos sean aprehensibles para la ciudadanía. En relación con esta última cuestión, la institución parlamentaria tiene que erigirse en polo gestor de la información, tanto *ad intra* como *ad extra*, pues tiene los medios necesarios para generar conocimiento. El tratamiento de la información permite, además, luchar contra las *fake news*, especialmente cuando la inteligencia artificial tiene la capacidad de tratar y alterar millones de datos al instante. La pluralidad del Parlamento, desventaja en tantas ocasiones, deviene aquí en fundamental garantía para lograr una fuente fiable y confiable de información.

La transparencia es, también, instrumento necesario para fomentar la participación ciudadana y reducir la distancia entre la sociedad y el Parlamento. Para comprender adecuadamente esta cuestión es necesario analizar el cambio experimentado en el paradigma comunicativo, como consecuencia de la aparición de la sociedad de la información, siendo ahora sus características fundamentales la ubicuidad, la rapidez, el anonimato o la masividad. Una mayor participación exige, sobre todo, que el Parlamento se adapte a este nuevo contexto y utilice estratégicamente los medios disponibles para involucrar a la ciudadanía de la forma más efectiva posible. No se trata tanto de fomentar las consultas y audiencias parlamentarias, sino de maximizar los canales multidireccionales de comunicación, en particular las redes sociales, que no solo permiten difundir y recibir información, sino que consiguen llegar a públicos tradicionalmente alejados del Parlamento. Se trata, así, de ir más allá del portal web y de la sede electrónica, adoptando

los estándares de la web la web 3.0 para que, mediante una participación informada y significativa, a través de información clara y comprensible, se fortalezca la confianza en las instituciones democráticas y se legitimen los procesos de toma de decisión.

Aparece aquí, por tanto, la digitalización del Parlamento, segundo hito sobre el que merece la pena reflexionar, especialmente para destacar su carácter instrumental, pues la tecnología debe estar al servicio de las funciones parlamentarias. Seguramente sean necesarios cambios estructurales, algunos incluso de mentalidad, tal y como ocurrió durante la pandemia, cuando el confinamiento domiciliario impuso una importante digitalización, brindando importantes lecciones para el futuro, pero ello debe hacerse siempre partiendo del Derecho y examinando caso a caso los bienes jurídicos en liza. Un primer paso obvio: seguir fortaleciendo la infraestructura tecnológica, tanto en el *hardware* y *software* a disposición del Parlamento como en la dotación de personal al servicio de la Administración. En un entorno volátil y en el que garantizar la confianza en el proceso digital es una condición imprescindible debe prestarse especial atención a la ciberseguridad, contando con redes de comunicación seguras y con sistemas de almacenamiento de datos que permitan su pervivencia en el tiempo y en el espacio.

En relación con esto, la digitalización exige cambios de paradigma, no pudiendo ser concebida como una mera conversión de formato. Se hace necesario replantearse los procedimientos, métodos y flujos de trabajo para adaptarlos a la realidad digital, aprovechando sus ventajas y minimizando sus inconvenientes. Así, por ejemplo, es posible estudiar el desarrollo e implementación de sistemas de gestión legislativa digital, que facilite el proceso legislativo en su conjunto, desde la propia redacción normativa hasta la preparación de enmiendas, homogeneizando y unificando los aspectos formales y mejorando la capacidad deliberativa de los actores parlamentarios.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer los riesgos asociados a la digitalización, pues tan malo es anclarse en un pasado que no existe como crear un *Leviatán* digital. La notoriedad alcanzada por la inteligencia artificial es un buen ejemplo de ello, pues no faltan hoy personas que ponen en cuestión una de las premisas fundamentales de la acción parlamentaria: la incertidumbre y la imposibilidad de identificar racionalmente el bien y el mal. El principio democrático como método de decisión de los asuntos colectivos tiene el riesgo de desaparecer ante intentos deterministas que favorecen la aparición de una racionalidad no democrática e inductiva, basada en la correlación entre causas y efectos. Nunca es mal momento, por tanto, para defender el principio democrático, en general, y el procedimiento parlamentario, en particular, como factores de integración que ayuden a buscar equilibrios entre las distintas mayorías y minorías, evitando ser factor de polarización, tan presente en la sociedad contemporánea.

Y, finalmente, es necesario reflexionar también acerca del papel que juega la autonomía parlamentaria en todo este proceso de digitalización, en parti-

cular, aunque no solo, por el alto coste que conlleva toda mejora tecnológica. ¿Tiene sentido que cada Parlamento adopte sus propias infraestructuras y tecnologías? ¿Es mejor acogerse a los medios tecnológicos puestos a disposición por los Gobiernos y Administraciones? Quizás sea necesaria una mayor cooperación parlamentaria, adoptando soluciones compartidas para problemas que son comunes, de tal forma que se logre una mayor eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos públicos, sirviendo todo ello para un mejor ejercicio de las funciones parlamentarias y una mayor transparencia y participación ciudadana, acortando la verticalidad que tradicionalmente ha distanciado al poder de la ciudadanía, aunque preservando, en todo caso, la consideración del Parlamento como clave de bóveda sobre el que se asiente el sistema constitucional.

Para concluir estas líneas, cabe preguntarse que valoración merece el nuevo Reglamento de la Junta General aprobado el pasado 29 de marzo. Para poder dar una respuesta es necesario abordar dos cuestiones distintas: por un lado, el procedimiento de reforma utilizado, y, por otro, el resultado final alcanzado. Respecto de la primera cuestión, lo cierto es que, pese a no darse, *a priori*, todos los condicionantes favorables, la reforma fue un éxito, tanto en el Grupo de Trabajo como luego en su tramitación parlamentaria. Hubo, sí, algún claroscuro, como el poco interés suscitado por el Grupo de Trabajo, su duración excesiva o la forma final de aprobación, mediante el procedimiento de tramitación en lectura única, desluciendo el trabajo previo en tanto que no parece el instrumento adecuado para llevar a término una reforma reglamentaria de tal envergadura, en particular por no existir unanimidad entre los distintos grupos parlamentarios y haber impedido un debate público, sosegado y abierto a la sociedad civil.

En relación con el resultado final alcanzado, el nuevo Reglamento ha mejorado técnicamente al texto anterior, corregido numerosos desajustes y acercado la norma a la realidad, pues muchas de las prácticas, precedentes y usos parlamentarios sedimentados durante los últimos veinticinco años tienen ahora su correspondiente encaje. Ahora bien, ¿justifica el fin alcanzado los medios utilizados? Pese a ser una pregunta de difícil respuesta, por las mejoras que, indudablemente, se introducen, la clave está, quizás, en los casi tres años utilizados simplemente en *actualizar y corregir*, pues es probable que para llegar hasta aquí no era necesario tanto empeño.

Desde este punto de vista el nuevo Reglamento es una oportunidad perdida, pues los esfuerzos empleados bien hubieran servido para afrontar con decisión y reflexión los desafíos a los que se enfrenta la Junta General. No es una mala reforma, pues, salvo en la pervivencia de los grupos parlamentarios de dos diputados y en cierto desequilibrio institucional hacia postulados de gobierno, no se ha incrementado la brecha entre el *ser* y el *deber ser* parlamentario, pero mientras que el Reglamento de 1997 fue pionero en muchas materias, abriendo camino a otras Cámaras, el nuevo Reglamento ni siquiera llega a los horizontes de otros Reglamentos. La

reforma no ha sabido afrontar una reflexión más profunda sobre la materia reglamentaria, quizás por poca ambición parlamentaria, quizás por el contexto político, quizás, en fin, por el corsé estatutario, en tanto que esta reforma hubiera necesitado de una reforma previa del Estatuto de Autonomía para desplegar mayores potencialidades.

En definitiva, cabe calificar la reforma como *gatopardiana*, pues cambia todo (*forma*) para que nada cambie (*sustancia*). Es por ello que este no es el Reglamento que la Junta General necesita para evitar ser ese *arcano* al que antes se hacía referencia: es probable que haya que buscar otros enfoques y otros contenidos que permitan mejorar la representación y acortar distancias entre representantes y representados. Si alguna vez se dijo que «la existencia de la democracia moderna depende de la cuestión de si el Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales de nuestra era»¹¹¹, el Derecho parlamentario debe ser valiente, pues el compromiso entre la mayoría y la minoría, con el que casi comenzábamos este trabajo, se fragua en el Parlamento, en uno que funcione y que no viva en sí y para sí mismo.

VI. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARCE JANÁRIZ, A. (1993). “El procedimiento legislativo en el Principado de Asturias”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 38. Madrid.
- ARCE JANÁRIZ, A. (2003). *Teoría y práctica de la Junta General del Principado de Asturias*. Granda-Siero: Madú.
- ARCE JANÁRIZ, A. (2022). “La forma de Gobierno del Principado de Asturias”. SOSA WAGNER, F. (dir.). *Asturias: 40 años*. Madrid: Editorial Reus.
- ARCE JANÁRIZ, A. (2003). “La Junta General”. ARCE JANÁRIZ, A. (coord.). *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias: estudio sistemático*. Oviedo: Gobierno del Principado de Asturias.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (2017). *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Iustel y Ediciones de El Cronista.
- FERNÁNDEZ ESQUER, C. (2022). “Las respuestas al transfuguismo en España: especial referencia al pacto antitransfuguismo”. TUDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.). *Calidad democrática y Parlamento*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad y Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ LLERA, R. (2022). “Parlamento y control externo: una relación sólida y abierta”. TUDELA ARANDA, J. y KÖLLING, M. (eds.). *Calidad democrática y Parlamento*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad y Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, B. (2003). “Constitución, denominación y sede de la Comunidad Autónoma”. ARCE JANÁRIZ, A. (coord.). *El Estatuto de*

¹¹¹ KELSEN, H. (2009), *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo: KRK, p. 78.

- Autonomía del Principado de Asturias: estudio sistemático*. Oviedo: Gobierno del Principado de Asturias.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1993). “Un punto de vista sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992”. *Revista de Administración Pública*. N.º 130. Madrid.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2020). “La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis. Actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19”. *Teoría y Realidad Constitucional*. N.º 46. Madrid.
- GONZALO ROZAS, M. A. (2018). “Parlamento y participación ciudadana”. *Revista de las Cortes Generales*. N.º 105. Madrid: Cortes Generales.
- GUTIÉRREZ VICÉN, C. (2012). “Disposición Final Segunda”. RIPO-LLES SERRANO, M. R. [coord.]. *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- GUTIERREZ VICÉN, C. (2018). “La reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados”. *Revista de las Cortes Generales*. N.º 104. Madrid: Cortes Generales.
- KELSEN, H. (2009). *Esencia y valor de la democracia*. Oviedo: KRK.
- KRIELE, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Depalma.
- OCÓN GARCÍA, J. (2023). “La reciente reforma del reglamento del Parlamento de la Rioja. EL diputado no adscrito y la Junta de Portavoces”. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*. N.º 25. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2016). “Reflexiones sobre el Derecho parlamentario español”. *Manual de Derecho parlamentario autonómico*. IGLESIAS MACHADO, S. y MARAÑÓN GÓMEZ R. (coord.). Madrid: Dykinson.
- SANZ PÉREZ, A. L. (2023). *Fundamentos de Derecho parlamentario Español*. A Coruña: Colex.

La disciplina presupuestaria en la contratación pública en España

Budgetary discipline in spanish public procurement

Fecha de recepción: 05-06-23

Fecha de aceptación: 13-06-23

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. EL PRESUPUESTO PÚBLICO COMO MEDIO EFICAZ PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PAZ SOCIAL.—II. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES A LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO.—2.1. Principios generales del sistema presupuestario.—2.1.1. Principios constitucionales vinculados a la disciplina presupuestaria.—2.1.1.1. El principio fundamental de la legalidad en materia presupuestaria.—2.1.1.2. Principios de igualdad contributiva del gasto público y de asignación eficiente de los recursos públicos.—2.1.1.3. Principio de universalidad y anualidad.—2.1.1.4. Los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera.—2.1.1.5. El principio de control público.—2.2. Gestión de los Presupuestos Generales del Estado.—2.2.1. Autorización o aprobación del gasto.—2.2.2. Compromiso de gasto o disposición.—2.2.3. Reconocimiento de la obligación.—2.2.4. Ordenación de pago.—III. LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—IV. LAS REGLAS PRESUPUESTARIAS APLICABLES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—4.1. Planificación de la actividad económica y el Presupuesto General del Estado.—4.2. Actividades preparatorias en la contratación pública.—4.2.1. Tramitación del expediente de contratación. Existencia de crédito para contratar.—4.2.2. Adjudicación del contrato sin existencia de crédito. Tramitación de emergencia y anticipada.—4.2.3. Las modificaciones de las condiciones contractuales y la debida certificación de existencia de crédito.—4.2.4. Contrataciones con ejecución superior al plazo previsto en la LCSP. Contratos plurianuales.—4.2.5. Las reglas presupuestarias en la tramitación de los acuerdos marco.—V. REFLEXIONES FINALES.—VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Profesor de Derecho Administrativo y Director del Instituto para el Desarrollo del Buen Gobierno y la Calidad Democrática de la Universidad Villanueva de Madrid. Doctor en Derecho y Magister en Historia. <https://orcid.org/0000-0002-6940-5087>

RESUMEN

Resulta innegable la relación necesaria y obligatoria entre los aspectos jurídicos vinculados a la regulación de los Presupuestos Generales del Estado, con el ámbito estratégico de las contrataciones públicas. En este trabajo se analiza precisamente la influencia y el grado de penetración de las reglas propias de la disciplina presupuestaria general en la tramitación de los expedientes de contratación pública. Para desarrollar el análisis propuesto se partió de la visión filosófica del presupuesto público, como herramienta para el cumplimiento de los fines del Estado, en especial para garantizar la efectividad de los derechos sociales fundamentales. Constituyó un aspecto indispensable estudiar los principios jurídicos y constitucionales aplicables a los presupuestos públicos, destacando el principio de legalidad presupuestaria, que nos permitió identificar la cuestión de la limitación del gasto público, como premisa fundamental sobre la cual giran las reglas de la disciplina presupuestaria y que condicionan la legítima tramitación de los contratos públicos.

PALABRAS CLAVE: *Gestión presupuestaria, contratación pública, sector público, control público.*

ABSTRACT

The necessary and obligatory relationship between the legal aspects linked to the regulation of the General State Budgets, with the strategic scope of public procurement is undeniable. This paper precisely analyzes the influence and degree of penetration of the rules of general budgetary discipline in the processing of public procurement files. To develop the proposed analysis, we began by analyzing the purpose of the public budget, as a tool for the fulfillment of the purposes of the State, especially to guarantee the effectiveness of fundamental social rights. It was an essential aspect to study the legal and constitutional principles applicable to budgets, being the principle of budgetary legality, which allowed us to identify the question of limiting public spending, as the fundamental premise on which the rules of budgetary discipline and that condition the legitimate processing of public contracts.

KEYWORDS: *Budget management, public procurement, public sector, public control.*

I. EL PRESUPUESTO PÚBLICO COMO MEDIO EFICAZ PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PAZ SOCIAL

Se considera de vital importancia iniciar este estudio, que pretende armonizar el análisis de la noción y principios de los presupuestos públicos, con el sensible e interesante universo de las contrataciones estatales, con algunas reflexiones sobre la importancia de los presupuestos públicos como herramienta necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado, por parte de los actores del sector público; entendiendo que los fines del Estado deben estar orientados hacia la garantía del mantenimiento del orden político, la paz social y el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas.

En ese sentido, en el artículo 10 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE), se define como fundamento del orden político y de la paz social, al interés general, que se encuentra representado por: i. La dignidad de la persona; ii. Los derechos fundamentales que le son inherentes a las personas; iii. El libre desarrollo de la personalidad; y iv. El respeto a la ley y a los derechos de los demás. Adicionalmente, a partir del artículo 39, la propia constitución obliga a los Poderes Públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de las personas y las familias, entre otros mandatos que le profiere con carácter preceptivo el texto constitucional a los órganos del sector público.

Adicionalmente, y para que no quedare ninguna duda, en el artículo 103 constitucional, al regular los principios de la Administración Pública, se deja muy claro que el sector público objetivamente está al servicio de los intereses generales, actividad vicarial que está obligada a cumplir atendiendo criterios de eficiencia, economía y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Dentro de las actividades que deben desarrollar las Administraciones Públicas, la gestión presupuestaria es muy importante, debido a que es en el presupuesto público, donde se encontrará la planificación y los recursos económicos que permitirán desarrollar cualquier programa de interés general.

En virtud de lo anterior, como lo afirma RODRÍGUEZ-ARANA, el contenido del presupuesto estatal también ha de definirse y realizarse al servicio objetivo del interés general, atendiendo a los principios de economía, eficiencia y equidad puesto que la principal norma jurídica que disciplina los ingresos y gastos del Estado si no atiende a la cohesión social, a la equidad, a los derechos sociales fundamentales, no cumpliría con los postulados de la forma del Estado social y democrático de Derecho¹, donde lo primordial es el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades fundamentales para los ciudadanos, convirtiéndose, por lo tanto, en ilegítimo el gasto público que no identifica las necesidades públicas con el interés general².

Especial consideración poseen los derechos sociales fundamentales protegidos por la CE, y que comporta en gran medida derechos prestacionales que deben garantizar y cumplir las Administraciones Públicas, convirtiéndose en trascendentales a la hora de la determinación de los criterios de presupuestación para la elaboración y ejecución de los Presupuestos Generales del Estado. Lo anterior nos lleva a entender la consustancial relación entre la necesaria equidad en el gasto público, que recoge la CE, y la realización de los derechos sociales fundamentales, ya que precisamente la comentada naturaleza prestacional supone costes que deben traducirse en los presupuestos públicos para garantizar la materialización de la gestión que conlleva a la satisfacción de las necesidades legítimas de las personas³.

¹ Véase artículo 1.1 de la CE.

² RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2015), *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Sevilla: Editorial Derecho Global e INAP, p. 650.

³ *Ídem*, p. 652.

De igual manera, a través de la correcta instrumentación presupuestaria, se priorizan criterios de asignación de los recursos que permitirán continuar impulsando un proceso de transformación estructural de la economía para contribuir a la consecución de un desarrollo más resiliente y sostenible, pensando en la persona humana⁴; y es el gasto público, ejecutado de forma eficiente, el principal instrumento para priorizar el cumplimiento de uno de los fines del Estado, representado por la redistribución de la renta y la riqueza.

Vemos entonces como los derechos sociales fundamentales tienen una estrecha vinculación con la política presupuestaria y financiera de los Estados, quienes dentro de su planificación de la acción gubernamental y disponibilidad de créditos presupuestarios, se proponen trabajar por la cohesión social y territorial de España, reforzando todo el sistema prestacional de la gestión pública, que debe estar en caminado a garantizar la dignidad de la persona, tal como se ve reflejado en el artículo 1.g) de la Orden HFP/535/2022, de 9 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2023.

De ahí que sea correcto afirmar que el presupuesto público, en tanto expresión de plan de desarrollo del Estado, es un instrumento concreto de realización programática de los derechos económicos, sociales y culturales⁵, lo cual se vincula con la garantía del interés general, que se constituye en el norte de la acción administrativa⁶. En ese sentido, corresponde al Estado: i. Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas; ii. Remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y; iii. Facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁷.

Sobre la base de lo antes mencionado, se reafirma la utilidad que tienen los presupuestos generales del Estado en la consecución de las políticas públicas, tomando como referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 31.2 de la CE, que el gasto público se efectuará sobre la base de una asignación equitativa de los recursos públicos, cuya programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

Ahora bien, lo antes mencionado nos permite reflejar, como anualmente el presupuesto debe traducir en cifras y objetivos concretos, los contenidos propios de un Estado social de derecho, en función de las prioridades estatales y del interés general, lo que debe partir de la garantía de una serie de mí-

⁴ Véase artículo 1 de la Orden HFP/535/2022, de 9 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2023.

⁵ ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y FERRARO CASTRO, Fernando (1998), “Efectos de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”, *Liber Amicorum*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, p. 639.

⁶ CANÓNICO SARABIA, Alejandro (2022), “El régimen presupuestario en la contratación del sector público”, *Gabilex*, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. 31, tercer trimestre, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, p. 264.

⁷ Artículo 9.2 de la Constitución Española.

nimos que han de estar recogidos en la estructura normativa presupuestaria, así como los principios de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales fundamentales y de promoción y progresión de estos derechos, dentro de un enfoque de justicia distributiva⁸.

Esto quiere decir que un adecuado diseño de la inversión pública tiene efectos positivos sobre la eficiencia del aparato productivo de un país, a través del aumento de valor y la reducción de costes, sobre todo cuando el sector público invierte en áreas como la innovación, educación, energía, transporte y comunicaciones; y tiene otros efectos positivos sobre la eficiencia en la asignación y provisión de otros bienes y servicios vinculados directamente al bienestar y la calidad de vida de las personas.

Todo lo expresado, a nivel presupuestario, deja en evidencia como las partidas de gastos incluidas en la estructura presupuestaria deben conectarse en mayor medida con el gasto de inversión social y de desarrollo, que genera prosperidad, y es precisamente el presupuesto, el instrumento estratégico e ideal para, —desde la planificación hasta la ejecución—, garantizar que se cumplan con los objetivos de desarrollo sostenible de una nación y de sus habitantes.

Adicional a lo anterior, el estado cuenta con un mecanismo de gestión muy poderoso, con la capacidad de contribuir al fortalecimiento de la economía estatal y por ende al desarrollo en general, este mecanismo es, la contratación pública, que unida al correcto y adecuado empleo de los fondos públicos, definitivamente consolidará un verdadero desarrollo sostenible; es por esa razón que resulta de sumo interés abordar los temas presupuestarios en las contrataciones públicas.

Ahora bien, para hablar con certeza sobre la disciplina presupuestaria en la contratación pública, debemos comenzar analizando las reglas y normas que disciplinan, no solo la obtención de recursos económicos, sino la distribución y el buen manejo de los mismos en función de la satisfacción de las necesidades colectivas, respetando la legalidad y, en definitiva, el interés general; lo que a su vez permite el logro eficiente y eficaz de los objetivos y metas trazadas dentro de la gestión gubernamental.

En ese sentido, tomando en consideración que la contratación pública es una de las formas a través de las cuales el sector público se organiza jurídicamente y canaliza la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios, enfocaremos el objeto de este estudio en la revisión crítica de los aspectos presupuestarios más relevantes que pudieran condicionar la actividad desplegada en los procesos de contratación estatal, examinando los principios, las reglas y normas presupuestarias en el estratégico sector de la contratación pública.

⁸ CORTI, Horacio, *Derecho constitucional presupuestario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 750, *la actividad financiera pública debe ser razonable, es decir, debe ser un medio adecuado para asegurar el habitual ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.*

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES A LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Resulta de gran relevancia el necesario análisis del régimen de la gestión presupuestaria cuando se pretende estudiar los mecanismos mediante los cuales se ponen en movimiento las Administraciones Públicas, a la hora de cumplir con las competencias que le asigna el ordenamiento jurídico. Efectivamente, en el desarrollo de la actuación administrativa ordinariamente se disponen de importantes recursos económicos, y para ello, es indispensable contar previamente con ingresos o financiación suficiente que garanticen la ejecución del cometido público. El documento de planificación donde consta expresamente la estimación de los ingresos a percibir y la determinación de los rubros de gastos de las Administraciones Públicas, es denominado —precisamente— presupuesto público.

Los Presupuestos Generales del Estado, han sido definidos constitucionalmente con base en sus principales características haciendo especial énfasis en su contenido, al señalarse en el artículo 134.2 de la CE, *“Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado”*⁹. Por otra parte, en las disposiciones de la Ley General Presupuestaria (en lo sucesivo LGP), específicamente en su artículo 32, nos encontramos con un concepto más ilustrativo e integral, al establecer que los Presupuestos Generales del Estado, constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar como máximo por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal, durante el ejercicio anual correspondiente.

A partir de esta definición legal podemos afirmar que el presupuesto público, como realidad compleja, es realmente un sistema, integrado por una gran cantidad de información económico-financiera, de planificación, de gestión y para el control público que, en términos generales, comporta un conjunto de principios, órganos, normas y procedimientos que rigen el proceso presupuestario del sector público. A través de este proceso se consolidan los presupuestos públicos donde se expresan los recursos y el límite

⁹ El origen regulatorio del presupuesto público en España está íntimamente relacionado con el origen y desarrollo constitucional, como lo refiere PAREJO ALFONSO, “...se perfila al hilo del surgimiento del Estado constitucional en Cádiz: tras el Decreto de 22 de marzo de 1811, la propia Constitución de 1812, además de recoger los principios de legalidad de ingresos y gastos (art. 131) y equilibrio presupuestario (art. 340), determinó que “para que las Cortes puedan fijar los gastos de todas las ramas del servicio público y las contribuciones que deban cubrirlas, el Secretario de Estado de Hacienda, presentará, luego que estén reunidas, el presupuesto general de los que se estimen precisos, recogiendo de cada uno de los Secretarios de Despacho el respectivo ramo” (art. 341). Las Constituciones de 1837 (art. 72), 1845 (art. 75); 1869 (art. 106); 1876 (art. 85) y 1931 (art. 107), contienen, en efecto, preceptos referidos a la formación del presupuesto, otorgando la iniciativa al Gobierno y reservando la aprobación a las Cortes Generales.” (PAREJO ALFONSO, Luciano (2021), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 11.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 949).

de gastos, vinculados a los objetivos y metas establecidas en los planes, bien sean estatales, autonómicos o locales, que hayan sido formulados dentro de las líneas de la planificación estratégica del Estado. En consecuencia, el presupuesto público se constituye en un instrumento jurídico-técnico imprescindible para la gestión del gobierno, y comprende los recursos, los gastos y las operaciones de financiamiento, para el ejercicio económico financiero correspondiente.

La complejidad del presupuesto no sólo se manifiesta al observar su contenido, sino desde su origen y utilidad, evidenciándose por su doble naturaleza o vertiente, por una parte, se trata de un documento económico, donde constan cifras e importes destinados al cumplimiento de fines enmarcados en la asignación de bienes públicos, y, al mismo tiempo, se constituye en un instrumento con estrictos rasgos jurídicos, donde se deben observar una serie de principios, técnicas y reglas. Lo anterior, también, nos permite declarar con certeza que el presupuesto público se convierte en un instrumento obligatorio y útil para racionalizar las elecciones económicas del sector público, generar la planificación necesaria y garantizar la gestión pública, sin descartar la correcta coordinación de la política económica, que, además, permite realizar un seguimiento sobre el gasto público y desarrollar los mecanismos de control financiero del sector público estatal¹⁰.

De forma particular, los Presupuestos Generales del Estado, estarán integrados por: i. Los presupuestos de los órganos a que se refiere el artículo 2.3 de la LGP¹¹ y de las entidades del sector público estatal a las que resulte de aplicación el régimen de especificaciones y de modificaciones regulado en la misma o cuya normativa específica confiera a su presupuesto carácter limitativo; y ii. Los presupuestos estimativos de las entidades del sector empresarial y fundacional, los consorcios, las universidades no transferidas, los fondos sin personalidad jurídica y las restantes entidades del sector público administrativo no incluidas en el punto anterior, según lo establece el artículo 33 de la LGP.

¹⁰ El control público es una noción consustancial con el Estado de Derecho, y una manifestación del principio de separación de Poderes; en ese sentido Villar Palasí manifestaba que en las reglas de la ejecución presupuestaria se contiene una manifestación preventiva de la función de control del Parlamento sobre el Gobierno, dada las dificultades que supone un estrecho seguimiento del mandato presupuestario (citado por ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (1998), "Los Medios Económicos de la Administración Pública: el régimen de la gestión presupuestaria", Capítulo XVII, Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2, Luciano Parejo Alfonso, A. Jiménez-Blanco y Luis Ortega Álvarez, 5ta edición, Barcelona, Editorial Ariel, p. 96).

¹¹ Artículo 2.3 de la LGP *Los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, forman parte del sector público estatal, regulándose su régimen económico-financiero por esta Ley, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento. No obstante, su régimen de contabilidad y de control quedará sometido en todo caso a lo establecido en dichas normas, sin que les sea aplicable en dichas materias lo establecido en esta Ley.*

Sin perjuicio de lo anterior, esta Ley no será de aplicación a las Cortes Generales, que gozan de autonomía presupuestaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 72 de la Constitución; no obstante, se mantendrá la coordinación necesaria para la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En consecuencia, a través de los Presupuestos Generales del Estado, se determinan: i. Las obligaciones económicas que, como máximo, pueden reconocer los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado, que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado, y las entidades del sector público estatal a las que resulte de aplicación el régimen de especificaciones y de modificaciones regulado en la LGP; ii. Los derechos a reconocer durante el correspondiente ejercicio por los entes mencionados con anterioridad; iii. Las operaciones no financieras y financieras para realizar por las entidades de los sectores empresariales y fundacionales, los consorcios, las universidades no transferidas, los fondos sin personalidad jurídica y las restantes entidades del sector público administrativo; iv. Los objetivos para alcanzar en el ejercicio por cada uno de los gestores responsables de los programas con los recursos que el respectivo presupuesto les asigna; y, v. La estimación de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado¹².

Este instrumento presupuestario se va a plasmar a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que deberá aprobar el Parlamento cada año, configurándose como el elemento jurídico de referencia en la regulación del funcionamiento financiero del sector público estatal, cuyo objeto radica precisamente en la determinación jurídica del régimen presupuestario, económico, financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal, para el año correspondiente.

Como se ha podido observar, el marco normativo de los Presupuestos Generales del Estado se encuentra previsto fundamentalmente en: i. La Constitución Española¹³; ii. La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, donde se conceptualiza, y se determinan sus características básicas, su ámbito de aplicación y procedimientos; iii. La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), que disciplina el proceso de elaboración, ejecución y liquidación de los presupuestos de todas las Administraciones Públicas, con el fundamento en nuevos principios presupuestarios. Integrándose, además, este marco normativo con la Orden HFP/535/2022, de 9 de junio, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2023, instrumento este que es dictado anualmente, por el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

En el ámbito autonómico, los artículos 135 y 156 de la CE les reconocen autonomía financiera a estas comunidades, lo que les permite elaborar, aprobar, gestionar y controlar su propio presupuesto, que desarrollarán con base en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las

¹² Artículo 33 de la LGP.

¹³ Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

Comunidades Autónomas, y de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía. Mientras que las entidades locales se rigen por la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local; donde se regulan las competencias y la organización de las Corporaciones locales, juntamente con el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, ordenando todo el proceso presupuestario en la Administración local.

Para cumplir con el objetivo general de este trabajo nos circunscribiremos a un análisis básico del sistema presupuestario español, principalmente referido a las normas que regulan la Administración General del Estado, cuyo estudio nos permitirá tener una noción clara sobre las reglas precisas y los principios jurídicos conectados con los aspectos económicos y financieros, que se deben observar en los procesos vinculados al ámbito de la contratación estatal; en virtud de que el presupuesto público representa la columna vertebral de la administración financiera del sector público, y dentro de ella la actividad contractual representa un área muy importante a considerar, sobre todo la contratación pública estratégica¹⁴.

2.1. Principios generales del sistema presupuestario

Los principios son proposiciones fundamentales que condicionan todo el sistema jurídico, ya que lo integran, aun cuando no se encuentren positivizados; por lo tanto sirven a todas las vertientes de las manifestaciones jurídicas, como referentes necesarios y útiles para la comprensión de las instituciones fundamentales y los fenómenos jurídicos que se presentan en el plano de la realidad, esto es, contribuyen a comprender y orientar, no sólo desde una visión finalística, sino también en la aplicación práctica del Derecho, para garantizar su certeza y eficiencia, como soporte de las decisiones y soluciones que surgen a la hora de interpretar y resolver las situaciones de conflicto aparecidas en las múltiples relaciones subjetivas, con verdadera trascendencia jurídica, por constituirse en fuente de conocimiento, interpretación y aplicación del Derecho.

Especialmente, en materia presupuestaria resulta de vital importancia la presencia de los principios generales, los cuales se traducen en el conjunto de reglas políticas, jurídicas, contables (financieras y presupuestarias), y económicas, que integran el marco regulatorio sobre el cual se fundamenta todo el sistema presupuestario, en las distintas fases que constituyen el ciclo presupuestario.

Como veremos a continuación, la regulación de los principios fundamentales parte de las disposiciones constitucionales, y luego se desarrollan en las leyes que especialmente regulan la disciplina presupuestaria. Así mismo,

¹⁴ Sobre la contratación pública estratégica se recomienda consultar nuestro trabajo: CANÓNICO SARABIA, Alejandro (2022), *La contratación pública estratégica y el acceso de las pymes*, Olejnik, Santiago.

observaremos como ha sido necesaria la reinterpretación de los principios clásicos, lo que ha dado paso a la consideración de nuevos principios presupuestarios adaptados a las nuevas realidades.

2.1.1. Principios constitucionales vinculados a la disciplina presupuestaria

Dentro de los principios generales del derecho, fundamentales para la interpretación de la integralidad del sistema jurídico, es menester destacar los principios y valores superiores que recoge el texto constitucional, y que, al constituir la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, condicionan la actuación de los agentes públicos y la interpretación de las normas que le asignan atribuciones. Estos valores y principios no constituyen simple retórica, como lo expresara García de Enterría: *...son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación*¹⁵.

En ese orden de ideas, como principio general, que constituye la razón de existir y el fundamento de actuación de las Administraciones Públicas, la CE en su artículo 103.1, determina de manera expresa que *La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*. Efectivamente, la señalada disposición constitucional fija el fundamento y la ruta a seguir por el sector público en la consecución de los fines del estado, destacando su naturaleza de servicio al interés general y la importancia del principio de legalidad, esto es, del sometimiento pleno de su actuación al Derecho, que resulta sumamente relevante en lo que respecta al sistema presupuestario, y sobre el que vamos a comentar seguidamente.

Adicionalmente, a lo largo de todas las disposiciones que integran la CE, se pueden observar referencias a diversos principios vinculados al gasto público y que, por lo tanto, impactan al sistema presupuestario y lo condicionan, a saber: el principio de legalidad (art. 133.4 CE); la igualdad contributiva al gasto público (art. 31.1 CE); la eficiencia y economía (art. 31.2 CE); la asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); la subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); la universalidad y anualidad del presupuesto (art. 134 CE); la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE); y, por último, el control (art. 136 CE)¹⁶.

Seguidamente, analizaremos los principios que nos parecen más relevantes para el objeto del presente estudio, encaminado a conectar las reglas de la gestión presupuestaria con el desarrollo de la actividad bilateral del sector público, a través de la contratación pública.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ta. edición, Navarra, Aranzadi, p. 105.

¹⁶ Ver sentencias del TC 134/2011, de 20 de julio y 11/206, de 9 de junio.

2.1.1.1. El principio fundamental de la legalidad en materia presupuestaria

Como pudimos observar de la citada disposición constitucional contenida en el artículo 103.1, toda la actuación de los órganos del sector público debe estar sometida plenamente a la ley y al Derecho, en consecuencia, ajustada al principio de legalidad general, lo que quiere decir que, sus actuaciones deben estar previamente habilitadas por las normas jurídicas y no deben contrariar las disposiciones legales y constitucionales.

Precisamente, dentro de la noción general del principio de legalidad, y especialmente enfocado en el ámbito presupuestario o financiero, encontramos una subespecie de este principio transversal, ahora considerado en materia de gasto público; partiendo del supuesto que se concretiza con la concepción de Ley de los Presupuestos Generales del Estado, según el fundamento jurídico legitimador previsto en determinados preceptos contenidos en los artículos 133 y 134 de la Constitución Española¹⁷.

Las citadas disposiciones constitucionales, aportan el contenido sustancial del principio de la legalidad presupuestaria, al señalar, por una parte, que *las Administraciones Públicas, sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes*¹⁸, y, por otra parte, cuando determina expresamente que *corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación*¹⁹, lo que se conoce como el principio de competencia o de reserva de ley²⁰.

Se observa, con meridiana claridad, que la CE perfila la dimensión ontológica del principio de legalidad presupuestaria, a través de la generación de unas premisas fundamentales, a saber: i. Los Presupuestos Generales del Estado, se constituyen en una ley, con características especiales, y por lo tanto de estricto y obligatorio cumplimiento; ii. La competencia para la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado le corresponde al Gobierno, que debe presentar a la consideración del Parlamento, ya que,

¹⁷ El profesor PAREJO ALFONSO, lo denomina el juego combinado de los principios de legalidad administrativa y presupuestaria o financiera, justificándolo de la siguiente forma: *...los actos administrativos generadores de gasto están sujetos a un doble bloque normativo (administrativo y financiero), de modo que, de un lado deben ser fruto de una habilitación legal suficiente y ser conformes con la normativa que regule su objeto y, de otro lado, el gasto a que se den lugar debe tener lugar dentro de los medios financieros y a tenor de la lógica de su disposición.* (PAREJO ALFONSO, Luciano, *Ob. cit.*, p. 963). Por su parte la STC 294/1994, de 7 de noviembre, lo califica como “peculiar entrecruzamiento”. GARCÍA MOLINERO, entiende al principio de legalidad como el sometimiento al derecho de toda la actividad económica, financiera y presupuestaria de todos los entes públicos. GARCÍA MOLINERO, Álvaro (2023), *El control de la contratación pública: por un control de calidad capaz de aportar valor añadido a las políticas de compra pública*, Capítulo 28 en *Cinco años de la ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi, p. 810.

¹⁸ Ver artículo 133.4 de la CE.

¹⁹ Ver artículo 134.1. de la CE.

²⁰ El fundamento jurídico del principio de competencia se puede ubicar en los artículos 66.2 y 134.1 de la CE y en el artículo 36 de la LGP.

a las Cortes Generales, le corresponde la atribución de examinar, realizar enmiendas y aprobar la referida ley, así como los sucesivos proyectos de leyes que impacten a la ley presupuestaria, al proponer aumento del gasto público o disminución de los ingresos del ejercicio correspondiente; y, iii. No se podrá contraer ningún tipo de obligaciones financieras o realizar gastos que no estén previstos en la Ley de Presupuestos Generales de Estado, como regla general, lo cual es muy importante para la gestión del sector público, así como, de especial relevancia para la consideración de los procedimientos de compras públicas.

Adicionalmente, se debe mencionar que, bajo el cobijo del principio de legalidad presupuestaria, se desprenden una serie de principios jurídicos instrumentales que, por ende, se convierten en reglas fundamentales aplicables a la gestión presupuestaria en el sector público, como son:

- i. El principio de unidad del tesoro, constituido por la integración formal de todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y el resto de entidades del sector público administrativo estatal, tanto por operaciones presupuestarias como no presupuestarias, tal como lo establece el artículo 96 de la LGP; siendo la utilidad de este principio servir a la unidad de caja, mediante la centralización de los fondos y valores, para responder por las obligaciones del estado y recaudar sus derechos o recursos, entre otras funciones; como se verá más adelante este principio está estrechamente ligado al principio de universalidad del presupuesto.
- ii. El principio de contabilidad, contenido en el artículo 119 de la LGP, determina la obligación que recae sobre las entidades integrantes de sector público estatal, en aplicar los principios contables que correspondan, para reflejar toda clase de operaciones, costes y resultados de su actividad, como para facilitar datos e información con trascendencia económica. Quedando sometidas a la obligación de rendir cuentas de sus operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, al Tribunal de Cuentas (TCu), por conducto de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).
- iii. El principio de especialidad del gasto, representa una de las manifestaciones más claras del principio de legalidad presupuestaria, que se desprende principalmente del precepto normativo contenido en el artículo 42 de la LGP, el cual señala: *Los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuesto o a la que resulte de las modificaciones aprobados conforme a esta ley*. Esto quiere decir, que, así como no se podrán adquirir compromisos para los cuales no existan créditos presupuestarios previamente definidos, tampoco se podrá disponer de créditos para una finalidad distinta a la expresamente prevista en

la ley, lo que también nos conecta con especial relevancia con el tema de la contratación estatal, y los objetivos que se persigue en toda contratación.

El profesor PAREJO ALFONSO afirma que este principio posee una triple dimensión: cuantitativa (finalidad a perseguir con el gasto); cualitativa (volumen máximo de gasto autorizado); temporal (exigencia de gasto en el período anual correspondiente)²¹. En consecuencia, se exige la necesaria correspondencia entre los créditos presupuestarios y los objetivos a los cuales están dirigidos programáticamente, así como en lo que respecta a limitación del gasto en función del crédito asignado en las partidas presupuestarias correspondientes, con la obligación de no superar los importes presupuestarios, y que el crédito se ejecute dentro de la anualidad para la cual fue aprobado el correspondiente presupuesto; por lo que debe existir una exacta vinculación entre el crédito y el objetivo para el cual fue destinado.

En resumen, el principio de la especialidad del crédito implica un mandato sobre las autoridades públicas, para que sean muy precisas y detalladas a la hora de estimar los gastos dentro de la formulación de la ley de presupuesto, no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también tomando en consideración aspectos objetivos y programáticos, en ese sentido, resulta conveniente atender al contenido técnico de los clasificadores económicos-presupuestarios, ya que precisamente la autorización general parlamentaria establecida en la Ley de Presupuestos Generales, se concreta en función del detalle del gasto, lo que trae consigo que los referidos recursos solo puedan ser usados para el fin autorizado expresa y legalmente.

Este principio resulta de suma importancia a la hora de desarrollar cualquier procedimiento de contratación pública, en virtud de que el objeto de la contratación debe estar vinculado al objeto del crédito presupuestario por medio del cual se pagará la contraprestación correspondiente. Se constituye en una conexión absoluta entre el principio de legalidad del gasto, el principio de especialidad y la prohibición de asumir obligaciones o compromisos que no tengan cobertura presupuestaria, adecuada y específica.

No obstante, lo anterior, excepcionalmente es posible efectuar modificaciones presupuestarias en el curso de la ejecución anual de un presupuesto público, previas a la gestión del gasto, por la vía de transferencias (art. 52 LGP), generaciones (art. 53 LGP), ampliaciones (art. 54 LGP), créditos extraordinarios y suplementos de créditos (arts. 55, 56 y 57 LGP) e incorporaciones (art. 58 LGP), previo cumplimiento de las formalidades legales, y en los supuestos que la norma lo permita.

²¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Ob. cit.*, p. 961.

2.1.1.2. Principios de igualdad contributiva del gasto público y de asignación eficiente de los recursos públicos

En virtud de que las haciendas públicas se alimentan de los ingresos públicos, que se originan principalmente de la actividad impositiva o de los sistemas tributarios, uno de los principios fundamentales vinculado a la concepción del gasto público y, por ende, a la gestión presupuestaria, es el principio de justicia o igualdad contributiva al gasto público, regulado en el artículo 31.1 de la CE.

Este precepto constitucional obliga a todas las personas a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos en los que debe incurrir el sector público en el cumplimiento de sus fines de interés general, a través de un sistema tributario fundado en los principios de igualdad y progresividad, que debe atender a la capacidad económica de la persona y que, en ninguna circunstancia, tenga efectos confiscatorios sobre el patrimonio del contribuyente.

No obstante, la norma constitucional en su artículo 31.2, no sólo se limita a establecer la carga para el contribuyente de contribuir equitativamente en el sostenimiento del gasto público, sino que, al mismo tiempo se establece una obligación para el sector público a la hora de asignar los recursos públicos de forma equitativa en función de cubrir esos gastos públicos, política que deberá atender a criterios de buen gobierno, como son los criterios de eficiencia, economía y racionalidad, en la ejecución del gasto público.

Este principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, ha sido desarrollado, posteriormente, en el artículo 7 de la LOEPSE, estableciendo que se constituye en una norma de optimización de referencia para la orientación de las políticas de gasto público, las cuales deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. En ese sentido, se reafirma que la gestión de los recursos públicos deberá estar basada en criterios de eficacia, eficiencia, economía y racionalidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público; siempre teniendo como norte el interés general.

Especialmente, en materia de racionalización del gasto público en la contratación pública, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), emitió una recomendación en la que reconoce que la contratación pública es un pilar fundamental de la gobernanza estratégica, pues se trata de una herramienta de política pública que permite orientar los fondos públicos a necesidades reales de la ciudadanía, por lo que aconseja racionalizar el gasto de la contratación pública combinando los procedimientos de contratación con la gestión de las finanzas

públicas para mejorar el conocimiento sobre el gasto que se dedica a las compras públicas²².

2.1.1.3. Principio de universalidad y anualidad

Se entiende por principio de universalidad presupuestaria la comprensión de la dimensión integral del presupuesto público, visto como un universo dentro del que se encuentran integrados varios elementos necesarios para otorgarle esencia y operatividad, de forma autónoma. Para entender el principio de universalidad presupuestaria se debe conocer a los presupuestos públicos en una dimensión integral, esto es, como un verdadero sistema programático compuesto por una serie de elementos en la persecución de objetivos de interés general, estos son, los recursos o ingresos, la programación y limitación de gastos, las operaciones de financiamiento, y los programas, actividades o metas que definen el ejercicio financiero correspondiente.

Por otra parte, los Presupuestos Generales del Estado, en términos generales, tendrán carácter anual, esto es, se diseñan para ser ejecutados en una anualidad, que tradicionalmente coincide con el ejercicio fiscal o año calendario. En definitiva, tal como lo prevé el artículo 134 de la CE, en este instrumento de planificación, gestión y control, se deberán incluir la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal, y en él, se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado, para el referido año. En virtud de lo anterior, y salvo las modulaciones que se han venido presentando por la irrupción de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que se fundan en la plurianualidad, las leyes de presupuesto tienen una duración ordinaria determinada de un año, ajustada al año fiscal, lo que se ha denominado como el principio de temporalidad presupuestaria²³ o la vigencia anual del presupuesto, y que encuentra desarrollo legislativo en los artículos 27.1 y 34.1 de la LGP²⁴.

2.1.1.4. Los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

A partir de instrucciones precisas del Derecho de la Unión Europea y, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la CE, se erigen forta-

²² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2023), “La buena administración en la contratación pública”, Capítulo 3, en *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi, p. 137.

²³ CANÓNICO SARABIA, Alejandro, *Ob. cit.*, p. 290.

²⁴ Artículo 27.1 de la LGP: *La gestión del sector público estatal está sometida al régimen de presupuesto anual aprobado por las Cortes Generales y enmarcado en los límites de un escenario plurianual.*

lecidos los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, que vinculan a todos los órganos que ejercen el Poder Público, y a los que debe adecuarse la política presupuestaria del sector público, encaminada a garantizar un crecimiento económico sostenido del Estado y a la creación de empleos de calidad²⁵.

En el artículo 26 de la LGP, ya se mencionaba la necesaria aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria en la programación presupuestaria, además de la consideración de los principios de plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad y lealtad institucional; No obstante, es en la LOEPSF, dictada con posterioridad, donde se regulan con mayor detalle.

Se entiende a la estabilidad presupuestaria como evolución o reafirmación del clásico principio de equilibrio presupuestario, pero reinterpretado, basado en la integración precisamente de la noción de equilibrio con el superávit presupuestario, entendida como la capacidad de financiamiento; es decir que sus ingresos no financieros sean iguales o mayores que sus gastos no financieros, según las normas de la Contabilidad Nacional. Cabe destacar que este principio ha cobrado mucha relevancia en el escenario europeo, ya que contribuye a disciplinar la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos Generales del Estado y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de todas las Administraciones Públicas, con el objeto de que se realicen en un marco de estabilidad presupuestaria, coherente con la normativa europea²⁶.

Por su parte, el principio de sostenibilidad financiera se encuentra referido a la capacidad para financiar compromisos de gastos presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en la LOEPSF, en la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. En ese sentido, se debe valorar sus repercusiones y sus efectos a largo plazo para garantizar la sostenibilidad financiera de la Hacienda Pública²⁷.

²⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Ob. cit.*, p. 953.

²⁶ Sobre el principio de estabilidad presupuestaria se recomienda consultar: MARTÍ DEL MORAL, Antonio (2012), “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, *Crisis económica y reforma del régimen local*, Luis Cosculluela (dir.), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi.

²⁷ Nos enseña VILLAR ROJAS, que el principio de sostenibilidad financiera es un medio, no un fin en sí mismo, que tiene por propósito asegurar una gestión pública eficiente, y especialmente la viabilidad de los servicios públicos, en general, garantizando su calidad, continuidad y regularidad, en función de los recursos disponibles, a los fines de no provocar su mal funcionamiento, deterioro o cierre, para poder garantizar la satisfacción de necesidades presentes y futuras. (VILLAR ROJAS, Francisco (2023), *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 7. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 7-40). Adicionalmente sobre el principio de sostenibilidad se recomienda consultar: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2016), Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 439-450; SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2020), El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2, Madrid: Marcial Pons, pp. 161-206.

En definitiva, ambos principios, tanto el de estabilidad presupuestaria como el de sostenibilidad financiera, se basan en las reglas fiscales de equilibrio o superávit estructural, ya que existe la prohibición constitucional para el Estado y las Comunidades Autónomas, de incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Adicionalmente, debemos mencionar el resto de los principios jurídicos de gran relevancia en la actualidad, vinculados a la estabilidad presupuestaria y a la sostenibilidad financiera, que se regulan de forma expresa dentro de los artículos comprendidos del 3 al 9 de la LOEPSF, a saber: i. El principio de plurianualidad (art. 5 LOEPSF); ii. El principio de transparencia (art. 6 LOEPSF); iii. El principio de responsabilidad (art. 8 LOEPSF); iv. El principio de lealtad institucional (art. 9 LOEPSF). Todo esto aporta un marco normativo y principista de cardinal importancia para garantizar una gestión de los recursos públicos de forma eficiente, transparente y atendiendo a una buena administración de los asuntos públicos, que antepone los intereses generales sobre cualquier interés subalterno o marginal.

2.1.1.5. El principio de control público

El control es una de las nociones esenciales del derecho público, relacionada con la gestión pública. Todas las modalidades de gestión de los organismos públicos deben estar sometidas a una revisión y fiscalización que vele porque esa administración se adecue a la legalidad y a la racionalidad, siendo muy necesario el control en todo sistema estatal organizado, para evaluar los indicadores de gestión y contribuir a una correcta y sana administración pública.

Pues bien, una de las manifestaciones del control público, es precisamente, el control fiscal, el control de las cuentas públicas, que supone un sistema estructurado para supervisar la legalidad, la regularidad, la eficiencia y eficacia, la economía y la sinceridad de los ingresos, gastos, bienes y gestión de los órganos y funcionarios de las Administraciones Públicas.

El control fiscal de la gestión económico-financiera del sector público estatal, puede ser ejercido desde dos perspectivas, una de control interno y otra de control externo, ambos regulados de manera general en el artículo 140 de la LGP. Entendiendo, por control interno, aquel que se lleva a cabo por parte de órganos de la propia entidad, integrados en su organización, frente al control externo que se efectúa desde órganos situados fuera de la organización, esto es, no integrados en la entidad controlada.

El control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal²⁸, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya

²⁸ En el caso de las Entidades Locales, el control interno se encuentra previsto en el artículo 213 y ss. del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la

gestión controle, corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). Este control interno es ejercido a través de: i. La función interventora; ii. El control financiero permanente; y iii. La auditoría pública.

La función interventora, que tiene por objeto controlar, antes de que sean aprobados, los actos del sector público estatal que den lugar al reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y la inversión o aplicación en general de sus fondos públicos, con el fin de asegurar que su gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso²⁹ comprendiendo su ejercicio: a) La fiscalización previa de los actos que reconozcan derechos de contenido económico, aprueben gastos, adquieran compromisos de gastos, o acuerden movimientos de fondos y valores; b) La intervención del reconocimiento de las obligaciones y de la comprobación de la inversión; c) La intervención formal de la ordenación del pago; d) La intervención material del pago³⁰.

El control financiero permanente, tendrá por objeto la verificación de una forma continua realizada a través de la correspondiente intervención delegada, de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero³¹.

La Auditoría pública, consistirá en la verificación, realizada con posterioridad y efectuada de forma sistemática, de la actividad económico-financiera del sector público estatal, mediante la aplicación de los procedimientos de revisión selectivos contenidos en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado³².

En el ámbito de las compras públicas, esta función de control la podemos observar en todas las fases de la contratación, sobre la base de la fiscalización e intervención previa que permite comprobar determinados extremos. En ese sentido, la fiscalización e intervención previa de gastos u obligaciones en cada uno de los órganos que integran la Administración General del Estado se realizará de manera general mediante la comprobación de: i. La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado y suficiente a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer; ii. Que los gastos u obligaciones se proponen al órgano competente para la aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación; iii. Que la competencia del órgano de contratación

Ley Reguladora de las Haciendas Locales, contando además con una regulación especial contenida en el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

²⁹ Artículo 148 de la LGP.

³⁰ Artículo 150.2 de la LGP.

³¹ Artículo 157 de la LGP.

³² Artículo 162 de la LGP.

y en general del que dicte el acto administrativo, cuando dicho órgano no tenga atribuida la facultad de aprobación, compromiso del gasto o reconocimiento de la obligación de que se trate; iv. Que los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente³³.

No obstante, este control también se pone de manifiesto en: i. Los expedientes de contratos de obras³⁴; ii. Los expedientes de contratos de suministros³⁵; iii. Los expedientes de contratos de servicios³⁶; iv. Los contratos tramitados a través de acuerdos marcos y sistemas dinámicos de adquisición³⁷; v. Los expedientes de contratos de concesión de obras³⁸; vi. Los expedientes relativos a otros contratos de servicios³⁹; vii. Los expedientes de ejecución de trabajos por la propia Administración: contratos de colaboración con empresarios particulares y encargos a medios propios personificados⁴⁰.

Mientras que el control externo lo ejerce el Tribunal de Cuentas (TCu), como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público, sin perjuicio de su función jurisdiccional dirigida al enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos⁴¹. Dentro de las funciones del TCu, previstas en el 31.c) de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se encuentran: *el examen de los expedientes referentes a los contratos celebrados por la Administración del Estado y de las demás entidades del sector público*, comprendida en los distintos momentos de su preparación, perfección y adjudicación, formalización, afianzamiento, ejecución, modificación y extinción⁴².

Este Tribunal, depende directamente de las Cortes Generales, ejerciendo sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. En concreto, la función fiscalizadora externa, permanente y consuntiva del TCu, se refiere al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad y de buena gestión financiera. Los resultados de la fiscalización se exponen mediante informes, memorias, mociones y notas, que se aprueban por el Pleno del Tribunal y se elevan a las

³³ Todos estos aspectos se encuentran previstos en la Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios. (en lo sucesivo Res. 25/07/2018, IGAE).

³⁴ Apartado 2do de la Res. 25/07/2018, IGAE.

³⁵ Apartado 3ero de la Res. 25/07/2018, IGAE.

³⁶ Apartado 4to de la Res. 25/07/2018, IGAE.

³⁷ Apartado 5to de la Res. 25/07/2018, IGAE.

³⁸ Apartado 6to de la Res. 25/07/2018, IGAE.

³⁹ Apartado 7mo de la Res. 25/07/2018, IGAE.

⁴⁰ Apartado 8vo de la Res. 25/07/2018, IGAE.

⁴¹ Artículo 136 de la CE, regulándose en su artículo 153.d), el control económico y presupuestario de las CC.AA.

⁴² Véase artículos 39 y 40 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Cortes Generales y, en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones locales.

Por último, la LCSP, prevé en su artículo 335, la obligación de remitir los contratos al Tribunal de Cuentas, a los fines del ejercicio de su función fiscalizadora. Así como resulta conveniente el control sobre la ejecución de los contratos para verificar el cumplimiento del principio de eficiencia en el gasto público, que expresamente se regula en el citado artículo 1 de la LCSP⁴³.

2.2. Gestión de los Presupuestos Generales del Estado

El proceso mediante el cual se aprueban y materializan los Presupuestos Generales del Estado, se le denomina ciclo presupuestario, el cual está integrado por una serie de etapas o fases, que la doctrina ha identificado de diferentes formas, partiendo de la interpretación de los preceptos legales. Lo cierto es, que al presupuesto le toca transitar por una serie de pasos perfectamente establecidos para que su contenido, una vez aprobado, pueda ejecutarse adecuadamente, y lo particular de este proceso es que participan diferentes órganos de distintos Poderes Públicos, para tratar de garantizar que el producto resultante cumpla con los estándares de la legalidad y con el resto de los principios a los cuales nos hemos referido anteriormente.

Concretamente, las fases o etapas que constituyen el ciclo presupuestario son: i. La formulación o elaboración, que le corresponde a los órganos el Poder Ejecutivo; ii. La discusión y aprobación, atribución del Parlamento u órgano legislativo; iii. La gestión o ejecución, destinado a los distintos órganos administrativos llamados a materializar o cumplir con los fines públicos a través del contenido presupuestario y; iv. El control, en sus dos vertientes: interno y externo.

En esta oportunidad nos referiremos especialmente a la fase de gestión o ejecución presupuestaria, por la relevancia de esta y su conexión indisoluble con el desarrollo de las actividades contractuales de las Administraciones Públicas, que suponen la asunción de compromisos bilaterales. Pues bien, la gestión del presupuesto de gastos del Estado, de sus organismos autónomos y de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo, así como, de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, se realizará a través de las siguientes fases de ejecución presupuestaria⁴⁴:

⁴³ PÉREZ MARTÍNEZ, Diego (2023), “Responsable del contrato”, Capítulo 26, en *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi, p. 749.

⁴⁴ Véase artículo 73 de la LGP. Así como la regla de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, la cual establece que *1. La ejecución de los gastos presupuestarios se realizará en las siguientes fases: a) Autorización del gasto. b) Compromiso del gasto. c) Reconocimiento de la obligación. 2. La ordenación y ejecución de los pagos correspondientes a las obligaciones reconocidas por gastos presupuestarios se realizarán de acuerdo con lo que se establezca en la Orden que regule los procedimientos para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.*

i. Aprobación del gasto; ii. Compromiso de gasto; iii. Reconocimiento de la obligación; iv. Ordenación del pago; y v. Pago material.

2.2.1. *Autorización o aprobación del gasto*

Partiendo de la base, que los créditos para gastos son limitativos, no podrán adquirirse compromisos de gastos ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación⁴⁵, la autorización o aprobación del gasto, hace referencia precisamente al acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada autorizada en los estados de gasto, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario⁴⁶ es decir, es el acto administrativo por el que la autoridad competente para gestionar un gasto con cargo a un crédito presupuestario aprueba su realización, determinando su cuantía de forma cierta, o bien de la forma más aproximada posible cuando no pueda calcularse exactamente, reservando a tal fin la totalidad o una parte del crédito presupuestario⁴⁷.

Observamos entonces, como en materia de contratación pública, la tramitación del expediente de contratación no sólo requiere del cumplimiento de requisitos en el orden administrativo, sino que, además es necesario cumplir con exigencias de tipo presupuestario, como sería precisamente la aprobación o autorización del gasto. No obstante, en el ámbito de las contrataciones del Estado, la aprobación del gasto viene supeditada a la resolución motivada por el órgano de contratación que apruebe el expediente de contratación⁴⁸ y disponga la apertura del procedimiento de adjudicación, tal y como lo establece el artículo 117 de la LCSP.

Los trámites y actuaciones a llevar a cabo para autorizar la realización de un gasto quedarán reflejados en un expediente de gasto, el cual, una vez aprobado, constará en un documento “A”, de autorización de gastos de ejercicio corriente, por el importe que de dicho expediente corresponda al presupuesto en curso y, en su caso, un documento “A” de autorización de gastos de ejercicios posteriores en el que se detallará la distribución por anualidades de la parte de gasto que se aprueba con cargo a presupuestos futuros⁴⁹.

⁴⁵ Artículo 46 de la LGP.

⁴⁶ Véase artículo 73.2 de la LGP.

⁴⁷ Regla 21 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado.

⁴⁸ Esta aprobación se efectuará siempre y cuando el expediente de la contratación integre toda la documentación que exige el artículo 116 de la LCSP.

⁴⁹ Regla 21 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado.

2.2.2. *Compromiso de gasto o disposición*

El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable. El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas⁵⁰.

Se observa entonces, que, el compromiso de gastos o disposición es el acto administrativo en virtud del cual la autoridad competente acuerda o concierta con un tercero, según los casos, y tras el cumplimiento de los trámites que con sujeción a la normativa vigente procedan, la realización de obras, la prestación de servicios o la adquisición de bienes, que previamente hubieran sido autorizados. En ese sentido, una vez comprometido el gasto, el Servicio gestor formulará un documento “D”, de compromiso de gastos de ejercicio corriente, por el importe correspondiente al Presupuesto en curso y, en su caso, un documento “D” de compromiso de gastos de ejercicios posteriores en el que detallará la distribución por anualidades de los compromisos que habrán de ser financiados con presupuestos de futuros ejercicios⁵¹.

En el ámbito de las contrataciones públicas, el compromiso de gasto se evidencia desde el momento en que se registra en el sistema de información contable de la Administración, el compromiso adquirido con el adjudicatario mediante la contabilidad y emisión del documento “D” en el presupuesto de gastos correspondiente.

2.2.3. *Reconocimiento de la obligación*

El reconocimiento de la obligación, es el acto administrativo en virtud del cual la autoridad competente acepta formalmente, con cargo al Presupuesto del Estado, una deuda a favor de un tercero como consecuencia del cumplimiento por parte de éste de la prestación a que se hubiese comprometido, según el principio del servicio hecho, o bien, en el caso de obligaciones no recíprocas, como consecuencia del nacimiento del derecho de dicho tercero en virtud de la Ley o de un acto administrativo que, según la legislación vigente, lo otorgue⁵².

Previo al reconocimiento de las obligaciones ha de acreditarse documentalmentemente, ante el órgano competente, la realización de la prestación o

⁵⁰ Artículo 73.3 de la LGP.

⁵¹ Regla 22 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado.

⁵² Regla 23 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado.

el derecho del acreedor, de conformidad con los acuerdos que en su fase autorizaron y comprometieron el gasto. Asimismo, llevará implícita la correspondiente propuesta de pago, entendida como, la solicitud por parte de la autoridad competente que ha reconocido la existencia de una obligación, para que, de acuerdo con la normativa vigente, el Ordenador general de Pagos, proceda a efectuar la ordenación de su pago, con observancia del documento “OK” emitido por el servicio gestor, que ha de servir como documento justificante de la operación⁵³.

De lo anterior, se infiere que, es precisamente en esta fase donde, la Administración reconoce la existencia de un crédito exigible a la Hacienda Pública, el cual deviene de un gasto que ha sido aprobado, comprometido y que admite la propuesta de pago correspondiente.

2.2.4. Ordenación de pago

El proceso para la ordenación de pago conlleva la ejecución de unas actuaciones previas, como son: i. Completar las propuestas de pago con los datos que, contenidos en el Fichero Central de Terceros, sean necesarios para que pueda realizarse adecuadamente su ordenación; ii. Validar los datos relativos a la forma de pago de las propuestas; iii. Validar la posible existencia de algunas incidencias⁵⁴.

De conformidad con lo previsto en el artículo 198 de la LCSP, la ordenación del pago se materializa una vez realizada la prestación en los términos previstos en el contrato y presentada la factura para tales fines⁵⁵.

III. LA DISCIPLINA PRESUPUESTARIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El estudio de la disciplina presupuestaria en la contratación pública conlleva la evaluación de las políticas públicas, centradas precisamente en los aspectos económicos y financieros de la actividad contractual del sector público, cuando se afecte a los gastos públicos, debiendo valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta a las disponibilidades de créditos

⁵³ Regla 23.3 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado.

⁵⁴ Véase apartado octavo de la Orden PRE/1576/2002, de 19 de junio, por la que se regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.

⁵⁵ El proceso y la forma para efectuar el pago se llevará a cabo de conformidad con lo previsto en el artículo 198 de la LCSP y el apartado octavo de la Orden PRE/1576/2002, de 19 de junio, por la que se regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado. Así mismo, se debe tener en cuenta la Ley 15/2020, de 5 de julio, de modificación de la Ley 03/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

presupuestarios y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales⁵⁶.

Esta disciplina presupuestaria surge del principio de legalidad financiera o presupuestaria, contemplado en el artículo 134.4 de la CE, al que nos referimos con anterioridad, el cual establece que *Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes*. En ese sentido, sobre la base de lo previsto en el artículo constitucional antes mencionado, los procedimientos de contratación pública se constituyen como uno de los mecanismos por medio de los cuales las administraciones gestionan o ejecutan los créditos presupuestarios a través de la realización del gasto público, debiendo respetarse en todo momento las reglas presupuestarias.

En líneas generales se observa como los aspectos presupuestarios son de obligatorio cumplimiento en primer lugar, para entender que la actividad de las compras públicas cumple con los preceptos legales contenidos en la LCSP y demás normas que rigen la materia, luego para mostrar una gestión pública eficiente en la ejecución de los recursos públicos, y mucho más, si se trata del desarrollo de una contratación pública estratégica, basada en la incorporación de cláusulas sociales, ambientales y económicas que potencien las políticas públicas en función del interés general; y, al mismo tiempo, al atender los aspectos presupuestarios, se cumple con los principios de transparencia e integridad, necesarios para disminuir la corrupción y optimizar las bondades de desarrollo que aporta el sector estratégico de las compras públicas, facilitando, por último, la aplicación de los sistemas de contabilidad y control público.

IV. LAS REGLAS PRESUPUESTARIAS APLICABLES EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los procedimientos de contratación pública, desde su inicio se han de regir por un conjunto de reglas y principios presupuestarios, que se ponen de manifiesto en cada una de las fases de desarrollo de los referidos procedimientos contractuales, por lo que a continuación, estudiaremos las etapas o aspectos que consideramos más relevantes desde la planificación, ejecución y el control del gasto público.

4.1. Planificación de la actividad económica y el Presupuesto General del Estado

En cuanto a la planificación de la actividad económica en España, el artículo 131 constitucional, establece que *El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la*

⁵⁶ Véase artículo 26.2 de la LOEPSF.

riqueza y su más justa distribución. Observamos que, se le atribuye al Gobierno, en el mismo texto constitucional, la competencia para elaborar los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas.

La planificación de la actividad económica general, se encuentra encuadrada en el plan presupuestario a medio plazo⁵⁷, el cual se incluirá en el Programa de Estabilidad, en el que se enmarcará la elaboración de los presupuestos anuales y a través del cual se garantizará una programación presupuestaria coherente con los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, de conformidad con la comentada regla de gasto público, de conformidad con lo previsto en el artículo 29.1 de la LOEPSF.

De lo anterior, se infiere, la vinculación existente entre los Presupuestos Generales del Estado y la planificación económica, en líneas generales, como el mecanismo mediante el cual se garantizará una programación presupuestaria coherente de conformidad con lo previsto en los artículos 11, 12 y 13 de la LOEPSF.

En ese sentido, si observamos con detenimiento el contenido del artículo 1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, donde se encuentra regulado su objeto, inmediatamente nos salta a la vista la relación sinérgica entre la planificación, el presupuesto y la contratación pública, ya que dentro de aquel objeto de la norma de contratación del sector público, se prevé regular la contratación del sector público a fin de garantizar que se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer.

Efectivamente, esta definición previa de las necesidades a satisfacer muestra de manera clara la vinculación existente entre la planificación, el presupuesto y el contrato público, lo cual permite determinar los elementos estratégicos específicos para gestionar las políticas públicas. En ese sentido, las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos

⁵⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 29.2 de la LOEPSF, *El plan presupuestario a medio plazo abarcará un periodo mínimo de tres años y contendrá, entre otros parámetros: a) Los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y regla de gasto de las respectivas Administraciones Públicas. b) Las proyecciones de las principales partidas de ingresos y gastos teniendo en cuenta tanto su evolución tendencial, es decir, basada en políticas no sujetas a modificaciones, como el impacto de las medidas previstas para el periodo considerado. c) Los principales supuestos en los que se basan dichas proyecciones de ingresos y gastos. d) Una evaluación de cómo las medidas previstas pueden afectar a la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas. (...).*

que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Especialmente la necesidad del contrato o las necesidades a satisfacer, deben constar correctamente de forma motivada en el expediente de contratación⁵⁸.

Adicionalmente, observamos como la LCSP, de manera expresa establece la obligación que tienen las entidades del sector público de efectuar la programación de su actividad de contratación pública que han de desarrollar en un ejercicio presupuestario o en periodos plurianuales, de ser el caso, como lo señala el artículo 28.4 de la LCSP. En dicho plan debe constar la proyección de los contratos que se pretenden celebrar durante el próximo ejercicio fiscal, específicamente se deberá determinar la estimación de las adquisiciones de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras que se tiene previsto ejecutar. Evidentemente que esta programación anual deberá estar relacionada rigurosamente con el proyecto de presupuesto que se elaborará para el año correspondiente; esto es, las adquisiciones, los servicios y las obras proyectadas deberán contar con una previsión de recursos presupuestarios básicos en el proyecto de presupuesto para generar coherencia con el sistema público y para garantizar su ejecución⁵⁹.

Adicionalmente, esta programación o plan de contratación anticipada, se dará a conocer mediante un anuncio de información previa que será publicado, a elección del órgano de contratación, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) o en el perfil de contratante del órgano de contratación, especialmente para los contratos sujetos a regulación armonizada.

4.2. Actividades preparatorias en la contratación pública

4.2.1. *Tramitación del expediente de contratación. Existencia de crédito para contratar*

La LCSP regula la iniciación y contenido del expediente de contratación, como una tramitación previa a la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas⁶⁰. En ese sentido, sin perjuicio de los trámites administrativos que se deban cumplimentar, nos hemos de enfocar en los aspectos financieros y presupuestarios que conlleva la formación del expediente de contratación, por ser el objeto de este estudio.

⁵⁸ Véanse artículos 28, 116.1 y 324.2 de la LCSP.

⁵⁹ Véase artículo 134 de la LCSP.

⁶⁰ Véase artículo 116 de la LCSP.

En primer lugar, en cuanto al contenido del expediente de contratación, en donde se debe identificar el objeto total del contrato y donde obligatoriamente deben incorporarse los pliegos que hayan de regir el contrato, se exige, además, la incorporación del certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, se requiere que se incorpore un documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención⁶¹, en su caso, en los términos de la LGP, y como se determina expresamente en el artículo 116.3 de la LCSP.

La obligación de acreditar la existencia de crédito suficiente y adecuado en el expediente de contratación, obedece en términos generales al principio de legalidad presupuestaria, y en concreto a la afirmación contenida en el artículo 46 de la LGP, cuando determina que los créditos para gastos son limitativos; por lo tanto, no podrán adquirirse compromisos de gastos, ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos que incumplan esta limitación. En tal sentido, para evitar asumir compromisos u obligaciones que excedan el límite de gastos, es necesario contar con la constancia de suficiencia de créditos⁶².

Entendiendo, por certificación de existencia de crédito, el documento mediante el cual, se deja expresa constancia certificada, sobre la existencia de saldo suficiente y adecuado para la autorización de un gasto o de una transferencia de crédito, por una cuantía determinada, generando por el mismo importe una reserva para dicho gasto u operación financiera⁶³. Desde la perspectiva contable, la emisión del referido certificado de existencia de crédito se produce normalmente mediante la elaboración del documento contable de retención de crédito (RC) en la aplicación o aplicaciones encaminadas a financiar el gasto, acreditando que, para dichas aplicaciones e importes existe saldo de crédito disponible, lo que se traduce en crédito suficiente (cuantitativamente) y adecuado (cualitativamente)⁶⁴.

⁶¹ Esta previsión normativa que consagra la exigencia del certificado de existencia de crédito, guarda relación con lo previsto en el artículo 219.2.a) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, para el caso de la fiscalización previa, de donde se infiere que la existencia del crédito presupuestario, debe formar parte del contenido del expediente de la contratación, al señalar que *El Pleno podrá acordar, a propuesta del presidente y previo informe del órgano interventor, que la intervención previa se limite a comprobar los siguientes extremos: a) La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza de gasto u obligación que se proponga contraer.*

⁶² En esa misma línea se observa la regulación contenida en el artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), para el caso de las Administraciones Locales, que dispone: *No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.*

⁶³ Ver artículo 31 del RD 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

⁶⁴ El artículo 219.2 letra a) del TRLRHL establece que ha de comprobarse por el interventor la existencia de crédito presupuestario y que el propuesto es el adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer.

En consecuencia, constituye una obligación primaria de los órganos o unidades encargadas de la gestión de los créditos y de los programas de gasto, solicitar las respectivas certificaciones de existencia de crédito, a los efectos de iniciar la tramitación de los expedientes de gastos. La constancia de este elemento en el expediente de contratación se convierte en una condición determinante para continuar la tramitación del referido procedimiento, a los de evitar la realización de trámites administrativos que deviene en innecesario por inexistencia de crédito. Por lo tanto, es un presupuesto de legalidad de la tramitación del gasto, que el certificado de existencia de crédito o su equivalente, conste en el expediente de contratación desde el inicio, antes de la aprobación del gasto.

Así lo ha señalado el Tribunal de Cuentas (TCu) en reiteradas oportunidades, al afirmar que el certificado de existencia de crédito, es uno de los documentos contables que necesaria y obligatoriamente deben conformar el expediente contractual, teniendo la función de garantizar la existencia de crédito adecuado y suficiente, para su tramitación, ya que acredita formalmente que, para la aplicación e importe que figura en el documento de retención de créditos para gastar, existe saldo de crédito disponible⁶⁵.

En iguales términos se observa la regulación contenida en los artículos 35 y 39 de la LCSP, al señalar que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente el crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, toda vez, que, serán nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que se evidencie la carencia o insuficiencia de crédito⁶⁶.

En esa misma línea, el artículo 138 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo el RGLCAP) de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 67.2.d), que, los pliegos de cláusulas administrativas particulares, deberán contener con carácter general para todos los contratos, mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión. Asimismo, se requerirá certificado de existencia de crédito presupuestario, o documento que legalmente le sustituya, expedido por la oficina de contabilidad competente en el expediente de contratación en los contratos de obras.

⁶⁵ Ver Informe Nro. 1085 del TCu, de fiscalización de la contratación de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma De Castilla-La Mancha, 2012. Disponible en: <https://www.tcu.es/repositorio/f36deb0b-35bf-40b4-bee5-eae7ccf6581d/I1085.pdf>

⁶⁶ Sobre este particular la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece en su artículo 28.c), como infracciones muy graves en materia de gestión económico-presupuestaria *Los compromisos de gastos, reconocimientos de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos...*

4.2.2. *Adjudicación del contrato sin existencia de crédito. Tramitación de emergencia y anticipada*

Hemos venido observando, como regla general que, en la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, se cuente con la debida existencia de crédito. No obstante, esta regla general, puede ser objeto de excepciones, tal y como se desprende de la misma LCSP, cuando se refiere a: i. Tramitaciones de emergencia⁶⁷, o, ii. Tramitaciones anticipadas en el ámbito de las Entidades Locales⁶⁸.

En cuanto a la contratación de emergencia, tenemos de conformidad con lo previsto en el artículo 120 de la LCSP, que se trata de un procedimiento que se puede llevar a cabo sin cumplir con los requisitos y las formalidades establecidas para la tramitación ordinaria, esto quiere decir, que la contratación de emergencia se podrá efectuar: i. Sin la existencia de crédito suficiente; ii. De manera verbal⁶⁹; iii. Sin la formalización del contrato a que hace referencia el artículo 153 de la LCSP⁷⁰; iv. Sin la posibilidad de control por parte del recurso especial en materia de contratación⁷¹, así como del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 215 de la LCSP, en cuanto a la celebración de subcontratos⁷² y; v. Ni estarán sometidos a fiscalización previa⁷³. Efectivamente, en estos casos, visto el carácter de excepcionalidad de la tramitación de emergencia, el cual permite que la Administración Pública, pueda contratar prescindiendo de algunas formalidades, la carencia e insuficiencia de crédito en los contratos de emergencia, no se configura como una causa de nulidad del contrato, tal como lo establece el artículo 39.2.b).

⁶⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 120 de la LCSP, *Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional: a) El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.*

⁶⁸ Véase apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la LCSP.

⁶⁹ Artículo 35 de la LCSP. *Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia.*

⁷⁰ De conformidad con lo previsto en el artículo 153.6 de la LCSP, *Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación. No obstante, Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.*

⁷¹ De conformidad con el artículo 44.4 de la LCSP, *No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia.*

⁷² Véase artículo 215.2 de la LCSP.

⁷³ Artículo 151.g de la LGP.

Sin embargo, con posterioridad a la contratación de emergencia, las Administraciones deberán procurar cumplir con la dotación presupuestaria requerida en cuanto a las normas obligatorias en materia de gasto público.

Por su parte, en cuanto a la tramitación anticipada en el ámbito de las Entidades Locales, se observa que: i. Se trata de contratos cuya ejecución material ha de comenzar en el ejercicio siguiente o; ii. Cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente.

Sobre la base de lo antes mencionado, nos encontramos ante un régimen excepcional caracterizado por una condición suspensiva, que la adjudicación queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente (en los casos en que sea presupuestaria) o a la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente (en los casos que sea financiera).

4.2.3. *Las modificaciones de las condiciones contractuales y la debida certificación de existencia de crédito*

Lo normal sería que el contrato se ejecute como se diseñó originalmente y en las condiciones que se suscribió; sin embargo, pudiera ocurrir que –por especiales circunstancias– sea necesario modificar algunas de las condiciones originalmente pactadas, para garantizar el cumplimiento integral del objeto del contrato; esto es más común de lo que pudiéramos pensar. Efectivamente, la posibilidad de modificación de las condiciones originales del contrato está prevista en las normas que rigen las contrataciones públicas, y que además derivan de la teoría general del contrato, ya que su justificación general obedece a razones absolutamente lógicas; no obstante, las modificaciones del contrato no deberían ser de una magnitud tan importante, que suponga una nueva y distinta contratación⁷⁴.

En el ámbito de las contrataciones del estado, se prevén diversos supuestos que justificarían y producirían modificaciones a los contratos públicos, tales como: i. En la sucesión en la persona del contratista⁷⁵; ii. En la cesión de los contratos⁷⁶; iii. En la revisión de precios⁷⁷; iv. En la ampliación del plazo de ejecución del contrato.

No obstante, al margen de los supuestos antes mencionados, el artículo 203 de la LCSP, establece que, los contratos administrativos únicamente podrán ser

⁷⁴ CANÓNICO SARABIA, Alejandro, *Ob. cit.*, p. 316.

⁷⁵ Artículo 98 de la LCSP.

⁷⁶ Artículo 214 LCSP.

⁷⁷ Artículo 103 de la LCSP.

modificados por razones de interés público, previendo dos supuestos en los cuales los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación podrán modificarse durante su vigencia, a saber: i. Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares; ii. Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 de la LCSP, en cuanto a prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales⁷⁸.

En el caso de que las modificaciones hayan sido previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial, siempre y cuando en los referidos pliegos se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad de forma clara, precisa e inequívoca.

Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de esta por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación, tal como lo establece el artículo 204 de la LCSP.

No obstante, en los casos que se requiera efectuar una modificación que no haya sido prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el artículo 205 de la LCSP, establece de manera expresa los supuestos que de forma eventual podrían justificarla, a saber:

1. Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados⁷⁹.
2. Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato. Tales como: i. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever; ii. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato; iii. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o juntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

⁷⁸ Se recomienda consultar con detalle la disposición contenida en el artículo 205 de la LCSP.

⁷⁹ En este supuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 205, se deben observar, además, los siguientes requisitos: ...1.º *Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, ...; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. (...) 2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.*

3. Cuando las modificaciones no sean sustanciales, entendiendo que una modificación de un contrato se considera sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente distinta al celebrado originalmente⁸⁰.

Por su parte, en cuanto a las modificaciones en las condiciones contractuales que surjan en razón de los contratos de obras, se observa de manera expresa, que para poder efectuar las referidas modificaciones se requiere contar, no sólo con la aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos, sino que además, obligatoriamente se debe contar con el debido certificado de existencia de crédito. Expresamente, se establece en el artículo 242.4 la LCSP que, cuando el director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, el cual requerirá para su sustanciación la aprobación del expediente por el órgano de contratación, lo que incluye la certificación del crédito.

Por otra parte, cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, se podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa. En ese sentido, es obligatorio que, en el expediente de continuación provisional a tramitar, deba constar la debida y necesaria certificación de existencia de crédito⁸¹.

4.2.4. *Contrataciones con ejecución superior al plazo previsto en la LCSP* *Contratos plurianuales*

De conformidad con lo previsto en el artículo 134.2 de la CE, por regla general, los presupuestos generales del estado tendrán carácter anual, esto implica que debe llevarse a cabo una ejecución de la gestión presupuestaria con base en una anualidad, en cuyo ámbito temporal deberán actualizarse todos los gastos, ingresos y programas, dentro del periodo correspondiente al ejercicio fiscal respectivo.

Por su parte, en materia de contratación pública se prevé que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse, teniendo en cuenta:

⁸⁰ Según lo previsto en el artículo 205 de la LCSP, se considera sustancial la modificación que: i. Introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos; ii. Que la modificación altere el equilibrio económico de contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el control inicial, esto es, que el nuevo importe represente más del 50 por ciento del presupuesto inicial; y iii. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

⁸¹ Artículo 242.5 LCSP.

i. La naturaleza de las prestaciones; ii. Las características de su financiación y, iii. La necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de estas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de la LCSP. En consecuencia, la duración del contrato atenderá principalmente a su objeto y a las características de ejecución de esas prestaciones, pero su financiación debe estar conectada con la vigencia del presupuesto donde consta la asignación o aplicación correspondiente. No obstante, la regla general de la anualidad contempla una excepción relacionada con aquellos gastos que por su naturaleza no pueden ejecutarse íntegramente en un solo ejercicio económico financiero⁸², a este tipo de gastos se le concibe como compromisos de gasto de carácter plurianual⁸³.

En tal sentido, el artículo 47 de la LGP, regula los compromisos de gastos de carácter plurianual, de la siguiente forma: *Podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que no superen los límites y anualidades*. El anterior precepto normativo, se puede interpretar en correspondencia con lo señalado en el artículo 29.2 de la LCSP, que indica: *El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas*; es decir, que se permite que los contratos puedan tener una vigencia que exceda un ejercicio fiscal, cuya duración se extienda a lo largo de dos o más ejercicios económicos, siendo necesario, en ese caso, disponer de crédito adecuado y suficiente en dichos periodos para poder sufragar las obligaciones que se deriven de su ejecución. Lo cual supone la obligación del órgano de contratación en procurar la disponibilidad de crédito suficiente y adecuado para cubrir los compromisos asumidos en los años posteriores.

⁸² Sobre la recepción a la anualidad contractual, conviene observar lo que establece el RGLCAP, en los términos siguientes: *Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución del contrato sobre lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, suspensiones autorizadas, prórrogas de los plazos parciales o del total, modificaciones en el proyecto o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables, y a fijar las compensaciones económicas que, en su caso, procedan.*

⁸³ Sobre este particular, el artículo 174.2 del Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece “*Podrán adquirirse compromisos por gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que, además, se encuentren en alguno de los casos siguientes: a) Inversiones y transferencias de capital. b) Los demás contratos y los de suministro, de consultoría, de asistencia técnica y científica, de prestación de servicios, de ejecución de obras de mantenimiento y de arrendamiento de equipos no habituales de las entidades locales, ... c) Arrendamientos de bienes inmuebles. d) Cargas financieras de las deudas de la entidad local y de sus organismos autónomos. e) Transferencias corrientes que se deriven de convenios suscritos por las corporaciones locales con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.*”

Específicamente, en los contratos de obras de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por ciento del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final⁸⁴.

4.2.5. *Las reglas presupuestarias en la tramitación de los acuerdos marco*

El acuerdo marco se configura como uno de los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones Públicas, además de los sistemas dinámicos o centralizados de contratación⁸⁵. Estos acuerdos podrán celebrarse con una o varias empresas, con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada⁸⁶.

La duración del acuerdo marco deberá establecerse y justificarse en el expediente de contratación, sin embargo, no podrá exceder de 4 años, aun cuando en casos excepcionales pudiera exceder la duración del mencionado plazo. En ese sentido, la duración de los contratos basados en un acuerdo marco, no estará limitada por la duración del propio acuerdo marco, pudiendo ser independientes en lo que respecta a los plazos de vigencia. No obstante, lo anterior, sólo se podrá celebrar válidamente un contrato basado, durante la vigencia del acuerdo marco.

En cuanto a las reglas presupuestarias aplicables a los acuerdos marco, especialmente la necesidad de obtención de certificación de suficiencia de crédito, se debe aclarar que en los acuerdos marco no es obligatorio incluir la certificación de suficiencia de crédito en el expediente, ya que en este tipo de contratación no existe un límite de contratos ni de importes a contratar *ad initio*, el acuerdo marco no supone de forma inmediata la verificación de un gasto, por lo que no es un requisito contar con la certificación previa, como si tendría que existir, a la hora de formalizar un contrato basado en el acuerdo marco.

En esa línea de análisis, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 17/12, de 20 de noviembre señaló: ... *el presupuesto ha de fijarse en todos aquellos contratos o negocios que impliquen directa e*

⁸⁴ Artículo 47.2 de la LGP.

⁸⁵ Artículo 218 de la LCSP.

⁸⁶ Artículo 219.1 de la LCSP.

*inmediatamente gasto, pero no en los que no concurre tal circunstancia, como es el caso de los acuerdos marco. El acuerdo marco no tiene límite cuantitativo de gasto, ya que no tiene presupuesto al no implicar obligación económica alguna, sin perjuicio de las estimaciones que se contengan en el expediente a los efectos de justificar la celebración de un acuerdo marco para satisfacer ciertas necesidades públicas y someterlo no al régimen de los contratos sujetos a regulación armonizada*⁸⁷.

Para terminar de entender la razón por la cual en los acuerdos marco no es condición de tramitación la certificación de existencia de crédito suficiente y adecuado, conviene diferenciar los conceptos de valor estimado del contrato y presupuesto base. El valor estimado es la variable cuantitativa útil para concretar el régimen jurídico que resulta aplicable al procedimiento licitatorio y al contrato. En concreto, se presenta como una estimación económica total donde se incluyen todos los costes que se pueden derivar del contrato, entre los que se incluyen, los costes laborales, costes de ejecución material del contrato, gastos generales y beneficios, las eventuales prórrogas, las primas o pagos a licitadores y las eventuales modificaciones contractuales, sin incluir el Impuesto al Valor Añadido (IVA), aunque finalmente no se den todos ellos en la práctica. Se trata de una proyección integral de los costes, gastos y beneficios, sin incluir el IVA, de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la LCSP.

Mientras que, el presupuesto base de la contratación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 100 de la LCSP se trata de un valor más concreto y específico, que define *el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo disposición en contrario*. El presupuesto base de licitación, cuando corresponda, debe ser elaborado con carácter obligatorio por los órganos de contratación, respetando su adecuación a los precios del mercado, y resulta ser un parámetro utilizado, entre otros muchos extremos, en la determinación de la garantía provisional, imposición de la penalidad del 3 % por no formalización del contrato al que haya resultado adjudicatario, incluso como límite que no puede ser rebasado por el precio del contrato y para determinar la documentación que ha de contener los proyectos de obras. En consecuencia, el presupuesto base actúa como límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, debido a que está referido a la asignación establecida en el documento presupuestal estatal, para concretar aquel importe máximo de gasto inicialmente previsto para atender la cobertura del crédito al concreto gasto.

Por lo tanto, el acuerdo marco no es un contrato sino un documento en el que se fijan las condiciones para la formalización posterior de contratos basados o derivados. Se trata únicamente de una técnica para racionalizar las contrataciones de bienes y servicios que realizan las Administraciones y, en

⁸⁷ Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes%202012/17-12%20ayuntamiento%20madrid%20web.pdf>

consecuencia, su formalización no supone un compromiso concreto de gasto en el sentido de que no crea una obligación económica para la Administración, sino que el compromiso deviene una vez que se formalizan los contratos basados o derivados. Como conclusión, el acuerdo marco es un expediente en el que la constatación de la existencia de crédito no es obligatoria, ya que no es preciso acompañar un documento contable al expediente administrativo. Los documentos contables de autorización, retención de crédito y disposición se tramitarán junto a los contratos basados en el acuerdo marco en los que ya debe constar el compromiso de gasto concreto con un tercero.

V. REFLEXIONES FINALES

Luego del amplio escenario analizado, hemos podido observar, en líneas generales, que el presupuesto público se encuentra regido por diversas reglas o principios básicos a los fines de garantizar su eficaz e íntegro cumplimiento por parte de las Administraciones Públicas. Este instrumento caracterizado por su naturaleza financiera, política, jurídica y económica, se constituye en un instrumento de planificación presupuestaria y de desarrollo económico, cuya aprobación se establece como un acto legislativo indispensable, donde se norma el régimen presupuestario, financiero y contable de un sistema de gobierno, y, por lo tanto, se definen las líneas que permiten ejercer el control público necesario.

En los Presupuestos Generales del Estado, en virtud de su naturaleza, no sólo se programan los recursos que se estiman recaudar en un ejercicio fiscal, sino que además se prevén las autorizaciones de gasto, configurándose como la expresión jurídica de los derechos, obligaciones, potestades y deberes de la Administración en su relación con los ciudadanos, por lo que en el mismo, se deben contemplar las necesidades de la sociedad que han de ser atendidas por el estado, en el entendido de que la inversión pública debe dirigirse adecuadamente para generar bienestar a las personas y contribuir al desarrollo sostenible; y es principalmente a través del presupuesto público que los objetivos concretos del Estado social de derecho, se traducen en cifras que permiten materializar la posibilidad cierta de realización de todos los derechos sociales fundamentales.

Observándose entonces la importancia e impacto que tiene el presupuesto público en la economía, en el desarrollo y en la garantía de la satisfacción de las necesidades vitales de las personas. En ese sentido, el presupuesto público en correspondencia con las contrataciones públicas, se convierten en un sistema integral y estratégico para organizar y garantizar las acciones y programas de gobierno que se estiman realizar en un período determinado, en cumplimiento de los fines del estado, partiendo de la base que la contratación pública posee un importante potencial para contribuir a cumplir objetivos de interés general, al tiempo, que se cumple con el objeto concreto contractual.

Ahora bien, para entender el proceso presupuestario se debía partir desde el inicio, desde el análisis de las etapas del ciclo presupuestario, que evidencian el tránsito lógico y necesario de la procedimentalización del presupuesto, comenzando con la formulación, elaboración, discusión, aprobación, ejecución y finalizando con el control del presupuesto. Constituyendo precisamente, la dimensión de la ejecución y el control como disciplina presupuestaria, lo que motivó el desarrollo de todo el análisis interpretativo contenido en este trabajo, que nos permitió además reafirmar la importancia de los principios de legalidad presupuestaria y de control público, dentro de la gestión pública ética y eficiente.

Precisamente, la aplicación e interpretación del principio de legalidad presupuestaria, determina la prohibición expresa de adquirir compromisos de gasto u obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos de los presupuestos, declarando nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, ya que se trata de una obligación de estricta observancia para las Administraciones Públicas, que llevan a cabo procedimientos de compras públicas; donde no se podrá contratar válidamente sin la previa disponibilidad de créditos suficiente y adecuados.

En ese sentido, el anterior análisis interpretativo, entre las normas presupuestarias y las normas especiales de las contrataciones públicas, nos permitió establecer criterios claros para identificar la aplicación del principio de legalidad presupuestaria y sus modulaciones, en el importante sistema de las compras del sector público. En ese contexto concluimos en la importancia de la planificación y el cumplimiento de las actividades preliminares para anticiparse y programar adecuadamente la actividad económica general, para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, a los fines de evitar incurrir en improvisaciones o errores, que pudieran resultar perjudiciales al interés general.

Evidenciándose así, la relación sinérgica entre la planificación, el presupuesto y la contratación pública, teniéndose en el caso de esta última, un dispositivo normativo que, prevé regular la contratación del sector público a fin de garantizar que se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, siendo este el punto central donde radica el cumplimiento de las reglas presupuestarias en la contratación pública.

En fin, todos estos aspectos que marcan la disciplina presupuestaria aplicadas a las contrataciones públicas facilitan el control interno y externo de la

actividad y del gasto público, así como la verificación del cumplimiento de los principios jurídicos transversales de eficiencia, transparencia, e integridad, como principios de buen gobierno y buena administración que se debe verificar en el seno de las Administraciones Públicas.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANÓNICO SARABIA, Alejandro (2022), *La contratación pública estratégica y el acceso de las pymes*, Santiago, Olejnik.
- CANÓNICO SARABIA, Alejandro (2022), “El régimen presupuestario en la contratación del sector público”, *Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 31, 3er. Trimestre, Toledo, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- CORTI, Horacio, (2008), *Derecho constitucional presupuestario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- DIEZ SASTRE, Silvia y MARCO PEÑAS, Ester (2020), La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, Madrid, Civitas.
- ELIZONDO BREEDY, Gonzalo y FERRARO CASTRO, Fernando (1998), “Efectos de los derechos económicos, sociales y culturales en la formulación del presupuesto nacional”, *Liber Amicorum*, San José-Costa Rica, Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2016), Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, mayo-agosto 2016, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 439-450.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ta. edición, Navarra, Aranzadi.
- GARCIA MOLINERO, Álvaro (2023), “El control de la contratación pública: por un control de calidad capaz de aportar valor añadido a las políticas de compra pública”, Capítulo 28, en *Cinco años de la ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi.
- MARTÍ DEL MORAL, Antonio (2012), “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, *Crisis económica y reforma del régimen local*, Luis Cosculluela (dir), Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (1998), “Los Medios Económicos de la Administración Pública: el régimen de la gestión presupuestaria”, Capítulo XVII, *Manual de Derecho Administrativo, Volumen 2*, AAVV, 5ta edición, Barcelona, Editorial Ariel.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2021), *Lecciones de Derecho Administrativo*, 11.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch.

- PÉREZ MARTÍNEZ, Diego (2023), “Responsable del contrato”, Capítulo 26, en *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi.
- RODRIGUEZ-ARANA, Jaime (2015), *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Sevilla, Editorial Derecho Global e INAP.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2023), “La buena administración en la contratación pública”, Capítulo 3. en *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Jaime Pintos Santiago (coord.), Navarra, Aranzadi.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2020), El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2, Madrid, Marcial Pons, pp. 161-206.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2023), La sostenibilidad (financiera) de los servicios públicos, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 7 Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

III

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA CASE LAW (ANALYSIS)

El escaño vacante del Sr. Junquera i Vies en el Parlamento Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2022

The vacant seat of Mr. Junqueras i Vies in
the European Parliament. Commentary on
the judgment of the Court of Justice of the
European Union of December 22, 2022

Fecha de recepción: 01-06-23

Fecha de aceptación: 08-06-23

La inmunidad parlamentaria ancla sus orígenes en la llamada *freedom from arrest* del derecho británico. Constituye una prerrogativa del parlamentario individual cuya función principal era la de evitar alteraciones arbitrarias en la composición de la Cámara y posibilitar las reuniones parlamentarias sin que estas vean artificiosamente modificada su aritmética que deberá de provenir de la voluntad popular. Esta prerrogativa constitucionalizada en el artículo 71.2 de la Constitución española se consagra también a nivel europeo como parte esencial del estatuto del parlamentario europeo en el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea.

La garantía se configura con esa finalidad que hemos indicado y no con otra perversa como podría ser dificultar o sustraerse a la acción de la justicia. Dejando eventuales juicios de intencionalidad sobre la motivación intrínseca del acceso al escaño, el ámbito subjetivo de la inmunidad y el momento del despliegue de sus efectos está en la base de este comentario jurisprudencial y se une a tantos otros pronunciamientos judiciales en el ámbito interno y europeo que traen causa del llamado desafío soberanista catalán o Procés que como en pocas ocasiones recientes ha tensionado y ha puesto a prueba

* Letrada de las Cortes Generales. <https://orcid.org/0000-0002-8729-0404>

a las instituciones que han ido resolviendo todas las derivadas que a nivel parlamentario se produjeron habida cuenta de la condición de diputados del Parlamento catalán inicialmente pero que concurren con posterioridad a elecciones al Congreso y al Parlamento Europeo.

La sentencia que comentamos tiene por objeto un recurso de casación interpuesto con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha de 25 de febrero de 2021 y sobre el que se dicta sentencia el 22 de diciembre de 2022. La casación trae causa del asunto C 502/19, un asunto de capital importancia política en nuestro país en relación con la no perfección de la condición de eurodiputado del señor Oriol Junqueras Vies y la consecuente declaración de la vacante, lo que llevaba aparejada la imposibilidad de desplegar sobre su persona la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria.

Para mejor conocimiento del lector debemos de contextualizar el encajamiento de hechos que se suceden hasta el pronunciamiento judicial.

Como es sabido el Sr. Oriol Junqueras era vicepresidente del Gobierno autonómico de Cataluña en el momento en el que el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 19/2017 de 6 de septiembre del referéndum de autodeterminación y la Ley 20/2017 de 8 de septiembre de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, y era también el vicepresidente cuando se celebró el referéndum ilegal.

Consecuencia de los acontecimientos del primero de octubre en Cataluña se promovió por el partido político Vox, el Ministerio Fiscal y abogacía del Estado el proceso penal contra los representantes políticos a quienes se les imputaba la participación en un proceso de sedición y la comisión de tipos delictivos de rebelión o alternativamente el de sedición, el de desobediencia y, en último lugar, el de malversación de caudales públicos.

Durante la fase de instrucción se acordó la situación de prisión provisional para el Sr. Junqueras Vies y, con posterioridad a la apertura del juicio oral se presentó como candidato y resultó elegido en las elecciones generales al Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2019.

El Tribunal Supremo en auto de 14 de mayo de 2019 estimó que no era necesario solicitar el suplicatorio previo del artículo 71.2 de la CE y del artículo 755 de la LECrim puesto que la elección como diputado se había producido una vez abierto el proceso penal y los efectos de la inmunidad solo resultan aplicables respecto de los procesos penales en los que aún no se haya abierto el juicio oral contra el diputado, cosa que no sucedía en el caso que nos ocupa. En el auto de la fecha resuelve conceder permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para poder prestar el acatamiento del artículo 20 del Reglamento del Congreso bajo la debida vigilancia policial y regresar a prisión, declarándose a continuación la suspensión en el ejercicio del cargo de diputado por Acuerdo de la Mesa del Congreso de 24 de mayo de 2019 por aplicación el artículo 384 bis de la LECrim.

Cerrada esta vía, el Sr. Junqueras concurre a las elecciones al Parlamento Europeo celebradas el 26 de mayo de 2019 resultando electo y es, en consecuencia, así proclamado por la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019.

El Sr. Junqueras solicita permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para comparecer ante la JEC para prestar juramento o promesa de acatamiento de conformidad con el artículo 224 apartado 2 de la LOREG. El permiso fue en este caso denegado por el Tribunal Supremo y, en consecuencia, la JEC declaró, transcurrido el plazo, vacante el escaño y suspendidas todas las prerrogativas que le pudieran corresponder por razón de su cargo.

Se constituye así el Parlamento Europeo sin que el Sr. Junqueras figure entre sus miembros, al tiempo que el recurrente interpone recurso de súplica ante el Tribunal Supremo contra el auto denegatorio de 14 de junio de 2019 e invocaba la inmunidad, como diputado europeo electo que se dimana del artículo 9 del protocolo (N.º 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea que establece que:

Mientras el Parlamento esté en período de sesiones, sus miembros gozarán:

- a) En su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país.
- b) En el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Añade que gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento o regresen de este.

El Tribunal Supremo decide entonces suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales.

La primera de ellas sobre el alcance de la inmunidad y cuándo se produce su despliegue de efectos y si esta rige antes del inicio del periodo de sesiones.

Ante una eventual respuesta positiva, pregunta nuestro Tribunal Supremo si el órgano designado en la normativa electoral nacional por no haber cumplimentado el electo los requisitos electoralmente establecidos (en el caso que nos ocupa falta de acatamiento, es decir no haber formulado juramento o promesa de acatamiento a la Constitución ex artículo 224 LOREG, por su limitación de la libertad deambulatoria) persistiría la interpretación extensiva de la expresión periodo de sesiones pese a la ruptura transitoria de su expectativa de tomar posesión de su escaño.

Por último, manifiesta si esa interpretación extensiva se podría mantener en un supuesto en el que la autoridad judicial hubiese declarado la prisión provisional con anticipación del inicio del proceso electoral. En definitiva, como formula en la misma cuestión prejudicial: ¿la autoridad judicial que ha acordado la situación de prisión resultaría obligada a levantar la situación de prisión en términos absolutos, de modo casi automático, para permitir el

cumplimiento de las formalidades y desplazamientos, o bien debería atenderse a un criterio relativo de ponderación en el caso concreto, de los derechos e intereses derivados del interés de la justicia y del debido proceso por una parte y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra?

Son por tanto tres cuestiones prejudiciales que tal y como indica el abogado general en sus conclusiones, el Sr. Maciej Szpunar, son en esencia todas ellas relativas al ámbito de aplicación subjetivo y temporal de la inmunidad de los miembros del Parlamento.

La primera de las cuestiones incide sobre la propia condición de miembro del Parlamento. La inmunidad como tal prerrogativa parlamentaria es predicable de aquellos que ostentan la condición de miembros del Parlamento Europeo. El Acta Electoral de 1976 establece que el procedimiento electoral para las elecciones al Parlamento Europeo se rige por el derecho nacional de los Estados miembros y, como es sabido, en nuestro país, el acatamiento a la Constitución es uno de los requisitos que perfeccionan la condición, haciendo que, por su cumplimiento, así como de los restantes se pase de diputado electo a pleno. La obligación de jurar o prometer acatamiento a la Constitución española se recoge en el artículo 224 de la LOREG para los europarlamentarios y solo con posterioridad a este se adquiere en plenitud el mandato y con ello, todas las prerrogativas que están hasta la fecha suspensas¹.

Los diputados del Parlamento Europeo solo puede registrarse por el derecho de la Unión, como única opción respetuosa de la autonomía e independencia de la Cámara. Desde esa perspectiva de independencia institucional y de autonomía jurídica es desde la que realiza su análisis. Diferencia por tanto en lo que es el procedimiento electoral *strictu sensu* que claramente es objeto de regulación por el derecho interno tal y como establece el Acta Electoral y el estatuto del europarlamentario. Es decir, una vez que ha resultado electo solo puede registrarse por el derecho de la Unión.

Por ello, admite para el caso del Parlamento Europeo que la prestación del juramento o promesa de acatar la Constitución española para los eurodiputados españoles pueda ser un requisito para que estos asuman efectivamente sus funciones, pero no para la adquisición de la condición de miembros y de sus prerrogativas, asumiendo la diferenciación entre diputado electo y pleno pero matizándola. Trata esta interpretación de evitar lo que califica de círculo vicioso como es el hecho de que la persona electa no pueda hacer valer su inmunidad al carecer de la condición de diputado, pero sin la cual no puede por su situación de privación de libertad, cumplir la condición que la permitía adquirir la condición.

¹ El artículo 224.2 LOREG establece que en el plazo de cinco días desde su proclamación, los candidatos electos deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución ante la JEC. Transcurrido dicho plazo, la Junta Electoral Central declarará vacantes los escaños correspondientes a los Diputados del Parlamento Europeo que no hubieran acatado la Constitución y suspendidas todas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo, todo ello hasta que se produzca dicho acatamiento.

El procedimiento de comprobación de credenciales será pues un acto técnico de verificación de los resultados oficialmente proclamados sin que el hecho de no prestar promesa o juramento de acatamiento pueda comportar la anulación del mandato. Las únicas causas posibles de anulación son la pérdida de la elegibilidad del diputado o bien la aparición de una incompatibilidad con el mandato de diputado al Parlamento según la normativa europea que es la que ha de regir el estatuto del europarlamentario.

En resumen, el acatamiento es una formalidad que puede ser un requisito para el ejercicio efectivo del mandato, pero de ningún modo para su adquisición que se deriva únicamente del resultado de las elecciones y una vez electos, los miembros del Parlamento Europeo tienen un mandato regulado por el derecho de la Unión que los Estados miembros no puede revocar o limitar sin una habilitación expresa derivada del derecho comunitario.

Solamente en los casos de dimisión, fallecimiento o anulación del mandato se puede producir la expiración anticipada.

En conclusión, una persona proclamada electa al Parlamento Europeo por la autoridad competente del Estado miembro adquiere únicamente por el hecho de la elección su condición con independencia de cualquier formalidad que se le pudiera ser exigida y conservará su condición hasta el término del mandato salvo en los supuestos de expiración anticipada (art. 13, apartado 1 del Acta de 1976).

En relación con la duración de la protección del artículo 9, párrafo primero, letra a) del Protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea, es decir, desde qué momento se despliega la inmunidad, la duración comienza con la apertura del primer periodo de sesiones del nuevo Parlamento Europeo, es decir, el primer martes siguiente a la expiración del plazo de un mes a partir del final del periodo electoral (art. 11, apdo. 3 del Acta de 1976).

En relación con la aplicación subjetiva de la inmunidad se produce desde la apertura del primer periodo de sesiones del nuevo Parlamento electo y durante todo el mandato y lo extiende *in itinere*, es decir, antes incluso, cuando el diputado se desplaza al lugar de reuniones del Parlamento antes de que dé comienzo el periodo de sesiones.

En un relato fáctico de los hechos no podemos olvidar que en la misma fecha en que se presenta la petición de decisión prejudicial el Tribunal Supremo dicta sentencia que condena definitivamente al recurrente.

Hábilmente, el Tribunal Supremo indica que la respuesta del Tribunal de Justicia tendrá eficacia con independencia de la situación de prisión preventiva o penado que afecta al Sr. Junqueras en la decisión de mantenimiento de la cuestión prejudicial pero lo cierto es que la vacía de contenido, dado que la sentencia comporta la pena accesoria de inhabilitación absoluta y con ello, la privación definitiva de todo cargo público y la inelegibilidad, y esto sí afecta a la elegibilidad al Parlamento y conlleva la anulación del mandato ex artículo 13 del Acta electoral de 1976.

La coincidencia pues del auto de 14 de mayo de 2019 y la sentencia de 14 de octubre del mismo año tiene como consecuencia que aun habiendo sido elegido diputado europeo y haber adquirido por tanto la condición, aunque sin poder iniciar el ejercicio efectivo por haber sido juzgado y condenado penalmente sin que el Parlamento Europeo tuviese ocasión de pronunciarse sobre su inmunidad, el litigio pierde su actualidad.

Hasta aquí una primera parte de la batalla judicial que podemos decir concedió una victoria pírrica al Señor Junqueras al indicar que habiendo resultado electo debía haber sido excarcelado para permitir la toma de posesión y solicitarse el suplicatorio posteriormente para devolverlo a prisión a la espera de la sentencia del Procés. Condenado y en prisión esa vía se había cerrado por la fuerza de los hechos pero fue aprovechada por los fugados independentistas al declarase por el Tribunal el despliegue de la inmunidad durante del desplazamiento previo al primer período de sesiones que estipulaba que la inmunidad de los diputados electos en la Cámara europea se adquiriría en el momento de la elección sin necesidad de desplazamiento a España para firmar el acta, lo que abrió la puerta a que Carles Puigdemont y Toni Comín fueran confirmados como diputados europeos si bien de manera inmediata se solicitó por el Juez Pablo Llarena el suplicatorio. Este es otro tema, la situación de los europarlamentarios y prófugos de la justicia Española, de lo que se espera pronunciamientos judiciales de la justicia europea en fechas muy próximas².

² Cumple recordar en este punto la respuesta de la Junta Electoral Central a una consulta de Roberta Metsola, que sustituyó en la presidencia del Parlamento Europeo al malogrado Sassoli sobre los motivos por los que la JEC no expidió la credencial de diputado del Parlamento Europeo a quienes no había hecho el acatamiento constitucional establecido en el artículo 224 de la LOREG y que condensa la doctrina y jurisprudencia española sobre este particular: “De lo expuesto se infiere que el motivo por el que la Junta Electoral Central no ha podido otorgar la credencial de diputado al Parlamento Europeo a cuatro candidatos electos ha sido la negativa de dichos candidatos a cumplir un requisito establecido en la legislación electoral vigente, y que conforme a ella impide la adquisición de la condición plena de diputado al Parlamento Europeo. Debe subrayarse que en los casos en los que los interesados han impugnado la decisión de la Administración electoral española, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha confirmado el acuerdo de la Junta Electoral Central y reiterado la vigencia de dicha norma legal. Lo ha hecho además examinando la STJUE de 19 de diciembre de 2019, en el caso Junqueras i Vies, por considerar que dicha resolución, limitada a examinar la extensión de la inmunidad de los diputados electos al Parlamento Europeo, no es incompatible con la vigencia de lo dispuesto en el artículo 224. 2 de la LOREG. A esta misma conclusión llega la STGUE de 6 de julio de 2022 (...) en ella se rechaza que la exigencia establecida en el artículo 224.2 de la Ley Electoral española haya sido declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la TJUE de 19 de diciembre de 2019, admitiendo que distintos sistemas parlamentarios prevén el cumplimiento de obligaciones formales por parte de los candidatos electos antes de que estos asuman efectivamente sus funciones (...) concluyendo que habida cuenta de lo anterior, no puede excluirse que el Parlamento haya de efectuar la comprobación de las credenciales atendiendo a la lista de candidatos oficialmente proclamados electos en su versión, modificada tras resolverse las controversias suscitadas en relación con el Derecho nacional.

Es de reseñar las siguientes líneas del escrito que no ponen si no en valor a la administración electoral española. La JEC ha sido un auténtico fortín en hacer valer el ordenamiento jurídico español y ha evidenciado las tretas en muchos casos en el marco del desafío soberanista y no tiene por tanto inconve-

Volviendo al caso que nos ocupa, la situación procesal del Sr. Junqueras derivó en la declaración de vacante de su escaño. A tenor del artículo 13 del Acta electoral un escaño quedará vacante cuando el mandato de un diputado al Parlamento expire debido a su dimisión, fallecimiento o anulación de su mandato como es el caso. Mediante la declaración de 13 de enero de 2020, el Presidente del Parlamento, el socialista David Sassoli, anunció en el Pleno, que la Cámara tomaba nota de la elección del recurrente al Parlamento con efectos desde el 2 de julio de 2019 (en atención a los pronunciamientos contenidos en la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Junqueras Vies (C-502/19) y en segundo lugar, consecuencia del acuerdo de la JEC de 3 de enero de 2020 que declaraba la inelegibilidad del recurrente por haber sido condenado a una pena privativa de libertad mediante la sentencia de 14 de octubre de 2019 y el posterior auto del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2020, declaraba la vacante de su escaño a partir del 3 de enero de 2020.

El Sr. Junqueras interesa que se declare la anulación de dicha declaración. El Tribunal General señaló sus efectos puramente informativos, carentes por tanto de efectos jurídicos, ya que se limitaba tal declaración a tomar nota con arreglo al artículo 13, apartado 3 del Acta Electoral de la anulación del mandato que se fundamente exclusivamente en el derecho interno habida causa de su condena penal de inhabilitación.

niente en realizar el reproche al Parlamento europeo que fue asumido y podíamos decir que reconocido y que está sometido a revisión de la justicia Europa.

Citamos textualmente: “Este escrito no puede concluir sin recordar que las decisiones que el presidente del Parlamento Europeo adoptó en su momento, reconociendo de hecho como eurodiputados a los Sres. Puigdemont i Casamajó y Comín Olivares, a la Sra. Ponsatí Obiols y al Sr. Sole i Ferrando, se tomaron sin oír a la Junta Electoral Central y contra el criterio establecido por ésta y confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo del Reino de España. En este sentido, cabe recordar también lo que la ya citada Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 6 de julio de 2022 declaró en el sentido de que el Parlamento carece de competencia para resolver las controversias que radiquen en las disposiciones del Derecho nacional respecto de las cuales el Acta Electoral no realice ninguna remisión, como el requisito del artículo 224.2 de la Ley Electoral. De ello se sigue que, aun suponiendo que el Reino de España careciera de competencia para establecer en su Derecho nacional el mencionado requisito, el expresidente del Parlamento, no disponía de potestad alguna para señalar tal incompetencia y, a fortiori, para poner en tela de juicio la legalidad de la lista de candidatos electos oficialmente notificada por las autoridades españolas el 17 de junio de 2019. El principio de cooperación leal, reconocido en el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea e invocado en el escrito de la Presidenta del Parlamento Europeo, exige que el respeto en el cumplimiento de las misiones derivadas de los tratados sea mutuo entre la Unión Europea y los Estados Miembros. La Junta Electoral Central ha comunicado al Parlamento Europeo sin demora las personas que han cumplido los requisitos establecidos en la legislación española para poder adquirir la condición plena de diputados al Parlamento Europeo. En los cuatro únicos supuestos en los que no se ha podido expedir la credencial el motivo ha sido la voluntad explícita de los afectados de no cumplir esos requisitos, sin que la Junta Electoral Central, que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho —según exige el artículo 103.1 de la Constitución española— pueda suplir esa omisión voluntaria; mismo requisito que han formalizado los otros cincuenta y cinco diputados electos por el Reino de España. La Junta Electoral Central comunicó oportunamente al Parlamento Europeo que, en esos cuatro casos, aun habiendo sido proclamados electos, los interesados no habían cumplimentado las exigencias contempladas en la legislación española, por lo que se aplicaban las consecuencias previstas en ella Acuerdo de 3 de noviembre de 2022).

Cuestiona el recurrente en los motivos de casación si debía haberse analizado como una incompatibilidad sobrevenida, pero no se admite insistiendo en que con independencia de la terminología que utilice el derecho nacional, la expiración del mandato sobre la base de una condena penal constituye un supuesto de la anulación del mandato del artículo 13, apartado 3 del Acta Electoral y no una incompatibilidad del artículo 7 lo que determina la función del Parlamento según el caso

El papel del Parlamento Europeo, una vez informado por la autoridades nacionales, es dar cuenta del resultado y no puede negarse a tal declaración cuando no dispone por sí mismo de la facultad de declarar tal vacante y no podría en el caso que nos ocupa ejercitar en modo alguno la facultad prevista en el artículo 4, apartado 7 del Reglamento Interno declarando inválido el mandato examinado o negándose a declarar la vacante, y de igual modo, al ser meramente informativa la declaración tampoco podría ser objeto de un recurso de anulación del artículo 263 de TFUE. De este modo, se cierra toda esperanza a recuperar el escaño por el Señor Junquera Vies que, con esta desestimación del recurso de casación del auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2020, se confirma la legalidad de la declaración de vacante de su escaño.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2022, de 9 de marzo

Commentary on the Judgement by the Constitutional Court 35/2022, march 9th

Fecha de recepción: 05/06/23

Fecha de aceptación: 08/06/23

Las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el 26 de mayo de 2019 arrojaron el siguiente resultado en cuanto a porcentaje de votos válidamente emitidos:

PSOE:	27,30 por ciento
PP:	22,23 por ciento
Cs:	19,45 por ciento
Más Madrid:	14,69 por ciento
Vox:	8,88 por ciento
UP, IU, Madrid en Pie:	5,59 por ciento

Dicho resultado electoral se tradujo en el siguiente reparto de escaños:

PSOE:	37 escaños
PP:	30 escaños
Cs:	26 escaños
Más Madrid:	20 escaños
Vox:	12 escaños

En la sesión constitutiva de la XI Legislatura se procedió a la elección de los miembros de la Mesa de la Cámara, regulada por los artículos 51 y 52 del Reglamento de la Asamblea de Madrid.

El artículo 52 establece que se realicen sucesivas votaciones, todas ellas por papeletas, escribiendo cada diputado un solo nombre en cada papeleta.

* Letrada de la Asamblea de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-6149-5807>

Se celebra una votación para la elección de la Presidencia, resultado elegido el que tenga mayoría absoluta de los votos, de no alcanzarse dicha mayoría se celebraría una segunda votación entre los dos diputados más votados y resultaría elegido que el que obtuviese mayor número de votos.

Se realiza una votación para la elección de las tres Vicepresidencias, resultando elegidos los tres diputados que hayan obtenido mayor número de votos, por orden sucesivo.

Se realiza una sola votación para la elección de las Secretarías primera y segunda, resultando elegidos los dos diputados que hayan obtenido mayor número de votos, por orden sucesivo.

Por último, se realiza una votación para la elección de la Secretaría tercera, resultando elegido el diputado que haya obtenido mayor número de votos.

Se trata, por tanto, de un procedimiento de elección nominativo, por papeletas y con una limitación, que no corrección, establecida en el apartado 6 del artículo 52 en cuya virtud “en ningún caso podrán ser elegidos más de cuatro diputados pertenecientes a una misma formación política cuya candidatura hubiera obtenido escaños en la Asamblea de Madrid”.

En la sesión constitutiva de la Asamblea de Madrid de la XI Legislatura, celebrada el 11 de junio de 2019, tras realizarse las votaciones para elegir a los diferentes miembros de la Mesa de la Cámara, el resultado fue el siguiente, según adscripción del titular del puesto en la Mesa con un partido político:

Presidencia:	Cs
Vicepresidencia primera:	PP
Vicepresidencia segunda:	PSOE
Vicepresidencia tercera:	Vox
Secretaría primera:	PP
Secretaría segunda:	PSOE
Secretaría tercera:	Cs

Ante dicha composición de la Mesa se presentó ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo formulado por el portavoz del grupo parlamentario Más Madrid y por una diputada de ese mismo grupo que había sido votada por treinta diputados en la elección de las vicepresidencias, por veinte diputados en la elección de las secretarías primera y segunda y por 57 diputados en la elección de la secretaría tercera, por entender que se había vulnerado su derecho a la participación política por infracción del *ius in officium*.

El acto en concreto objeto de recurso fue la proclamación realizada *in voce* por el presidente de la mesa de edad de los resultados de las votaciones realizadas por el Pleno con infracción de lo establecido 12.2.c) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, conforme al cual en la Mesa y en la Diputación Permanente los grupos parlamentarios han de participar en proporción a sus miembros.

En el recurso se expone que por el presidente de la mesa de edad no se adopto ninguna medida correctora del sistema de elección de los miembros de la Mesa destinada a asegurar en la misma la presencia de la diputada perteneciente al grupo parlamentario Más Madrid que había obtenido votos en las elecciones de las tres vicepresidencias y de las tres secretarías.

Si bien los recurrentes reconocen que se aplicó con rigor el artículo 52 Reglamento de la Asamblea de Madrid, también argumentan que dicho precepto no impide que el presidente de la mesa de edad pueda adoptar “algunas disposiciones” tendentes a evitar un incumplimiento de la proporcionalidad e insisten en que la aplicación estricta del Reglamento permitió que un partido con doce escaños (Vox) tuviera un representante en la Mesa en detrimento de su partido político (Más Madrid), con veinte escaños en el Pleno.

Por su parte, la representación letrada de la Cámara, entre otros argumentos expresó dos consideraciones relevantes:

- La elección de la Mesa es el resultado de la voluntad del Pleno, conformada por la decisión de todos y cada uno de los diputados que lo integran.
- La pretendida adopción por parte del presidente de la mesa de edad de alguna medida correctora de la falta de proporcionalidad implicaría sustraer al Pleno sus funciones sobre la reforma del Reglamento y también sustituir su voluntad sobre la composición de la Mesa.

En la fundamentación jurídica de la sentencia, el Alto Tribunal reitera su doctrina sobre el principio de proporcionalidad en la representación política: “La adecuada representación proporcional solo puede ser, por definición, imperfecta y dentro de un margen de discrecionalidad o flexibilidad, siempre y cuando no se altere su esencia” (SSTC 93/1998; 36/1990; 32/1985; 75/1985 y 4/1992).

En reiteración, en particular, de la STC 93/1998 expresa que “no se trata pues (...) de una proporcionalidad rígida que haya que llevar, necesariamente y como imposición constitucional, a una exactitud matemática, sino que, como declaramos en la STC 36/1990 ‘la proporcionalidad enjuiciable en amparo, en cuanto constitutiva de discriminación, no puede ser entendida de forma matemática, sino que debe venir anudada a una situación notablemente desventajosa y a la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que la justifique’”.

Añade que “la obligación de proporcionalidad sí debe suponer una regla que oriente la aplicación de las normas que rijan la formación de la Mesa, puesto que así lo exige la norma institucional básica madrileña. Si bien hay casos en que la proporcionalidad es muy difícil de determinar, incluso de discutible aplicabilidad en el presente supuesto, en el que debían asignarse, además de la Presidencia, seis puestos más de la Mesa,

resulta bastante evidente que ni siquiera se tendió a la proporcionalidad cuando la cuarta formación política en la Asamblea, con una representación total de escaños cercana al 15 por ciento de la Cámara, cono cuatro puntos porcentuales menos que la tercera formación, a la que le correspondieron dos miembros en la Mesa, y con seis puntos porcentuales más que la quinta formación, a la que le correspondió un miembro en la Mesa, quedó excluida”.

Y concluye que la exclusión de Más Madrid “en el reparto de los puestos a cubrir en la Mesa” no se puede justificar en los resultados de la votación obviando el mandato corrector de la proporcionalidad que impone el Estatuto de Autonomía.

Por otro lado, en cuanto a las facultades que ostentan la presidencia y la mesa de edad, la STC atribuye a las mismas idénticas posición y potestades que a la Mesa de la Cámara elegida por el Pleno y, con base en esta consideración, argumenta que el presidente de la mesa de edad es el responsable de “hacer efectivo el mandato estatutario de proporcionalidad en la composición de la Mesa” y, de acuerdo con este criterio, la falta de adopción por parte de la presidencia de la mesa de edad de alguna medida que hubiese corregido la falta de proporcionalidad que arrojaron los resultados de las votaciones, es lo que privó a la diputada recurrente y a su grupo parlamentario de su derecho a formar parte de la Mesa de la Asamblea de Madrid, por lo que estima el amparo.

El comentario crítico sobre esta STC no va a versar sobre la evidente e incuestionable falta de proporcionalidad que resultó de las votaciones celebradas en dicha sesión constitutiva y que, por ello mismo, implicaron una vulneración del artículo 12.2.c) del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, sino sobre algunas premisas sobre las que parece pivotar la decisión del Tribunal Constitucional y sobre algún precepto constitucional que considero que podría haber sido valorado.

En efecto, el Tribunal Constitucional parece partir de la premisa de que los puestos en la Mesa de la Cámara se “asignan” según un “reparto de los puestos a cubrir” entre las diferentes fuerzas políticas.

Ciertamente, hay designaciones de personas por parte de la Asamblea que siguen esa dinámica, valgan por todos como ejemplos la composición de la Diputación Permanente o designación de senadores autonómicos, en las que con carácter previo a la votación se determina, de forma proporcional, el número de miembros que corresponde a cada grupo parlamentario.

Con esta premisa el Tribunal Constitucional trasciende de la legalidad y se coloca en una situación hipotética según la cual los partidos políticos han realizado un reparto de los puestos de la Mesa y, deliberadamente, han ignorado el principio de proporcionalidad estatutariamente exigido. Solamente desde esta perspectiva de un reparto previo puede entenderse el fallo del Tribunal Constitucional sin haber planteado una autocuestión de constitucionalidad sobre el artículo 52 del Reglamento de la Asamblea.

Sin embargo, como juristas, hemos de ceñirnos a lo establecido en las normas y la elección de los miembros de la Mesa de la Cámara no se sujeta a un reparto previo de los puestos de la misma, sino al procedimiento anteriormente descrito.

Además hemos de tener en consideración todos los preceptos constitucionales. En este sentido viene al caso considerar la prohibición de mandato imperativo contenida en el artículo 67.2 de la Constitución que, a nuestro juicio debe interpretarse de forma amplia, es decir, no solo que el parlamentario no está vinculado a las instrucciones de su partido, sino que no está vinculado a instrucción alguna a la hora de realizar su actividad parlamentaria y, por su puesto, a la hora de emitir sus votos.

Como hemos expuesto al inicio de este trabajo, las votaciones para elegir a los miembros de la Mesa se realizaron por papeletas y en cada una de las votaciones cada uno de los diputados escribió en la papeleta el nombre del diputado o diputada para la ocupación de un puesto en la Mesa de la Asamblea de Madrid. El Tribunal Constitucional, adoptando la tesis de los recurrentes, ha considerado que si el resultado de dichas votaciones no es proporcional, como sucedió en este caso, el presidente de la mesa de edad debió haber adoptado alguna medida, que no concreta por exceder de su función de legislador negativo.

Pero ¿qué tipo de medida se podría haber adoptado? ¿Repetir las votaciones? Ello no solo significaría forzar una modificación del resultado y violentar la voluntad del Pleno, sino que, además, implicaría imponer a los diputados una modificación en el sentido de su voto, ignorando así su derecho a votar libremente y sin sujeción a mandato alguno.

Entendemos que el Tribunal Constitucional hubiera podido plantear una autocuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 52 del Reglamento de la Asamblea de Madrid visto que, por sí solo, no puede garantizar la proporcionalidad exigida por el Estatuto de Autonomía, evitando así la repetición de resultados como el que origina el recurso de amparo sobre el que sentencia el Alto Tribunal.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala Quinta) de 23 de enero de 2023 sobre la demanda de doña Sofía Valverde Digon contra el Reino de España. Recurso núm. 22.386/19

Case of Valverde Digon v. Spain, 26 January 2023, Application núm. 22,386/19

(a reserva de una eventual apelación ante el Pleno del Tribunal)
(La sentencia ganará firmeza en los supuestos especificados en el artículo 44, aptdo. 3, del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹, sin perjuicio de una posible revisión de índole redaccional)

Fecha de recepción del artículo: 05/06/23

Fecha de aceptación y versión final: 19/06/23

I. INTRODUCCIÓN

Por la gran extensión del texto de la sentencia —48 folios el original inglés— prescindimos de su traducción literal y procedemos a resumirla de tal modo que queden clara y suficientemente expuestos los hechos y las alegaciones de la demandante Sra. VALVERDE DIGON (Sección I). A continuación se examinan los considerandos de la sentencia (en lo sucesivo indistintamente sentencia o resolución), el (brevisimo) fallo (Sección III), favorable a la demandante; los dos votos particulares presentados (Sección IV), y finalmente hacemos nuestro comentario final sobre los tres pronunciamientos (Sección V). Hemos optado en efecto, para mayor comodidad del lector y por un imperativo de continuidad discursiva, por agrupar en una sola exposición nuestras observaciones, dándoles un carácter de valoración conjunta, en vez de valorar sucesiva y separadamente el fallo y los votos particulares.

* Traducida y comentada por Mariano DARANAS PELÁEZ, Letrado de las Cortes Generales. <https://orcid.org/0000-0002-6052-4418>

¹ Nota del autor (en lo sucesivo N. del aut.). – Dichos supuestos son tres: primero, que las partes declaren que no) interpondrán recurso; segundo, que en un plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia no se haya interpuesto recurso, o tercero que el Pleno declare no admisible a trámite el recurso presentado por no plantear según el artículo 43 del propio Convenio, cuestión “relativa a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos” o bien una “cuestión grave de carácter general”.

II. RELACIÓN DE LOS HECHOS Y ANTECEDENTES

2.1. Antecedentes personales

1. La demandante Sra. VALVERDE, nacida en 1978, estuvo viviendo con su pareja en Santa Coloma de Gramanet (Barcelona) desde el 10 de febrero de 2006, y ambos estaban empadronados en ese municipio desde la fecha citada. En el año 2004 ya habían comprado un piso y en noviembre de 2008 tuvieron una hija. El 18 de noviembre de 2014 se formalizó ante notario la unión de hecho. En la escritura se declaraba la existencia de pareja civil estable desde 2005 (si bien no se había inscrito legalmente en aquel momento).

2. La pareja, es decir el marido de hecho, falleció el 25 de julio del mismo año 2014, tres días después de la escritura de formalización. La viuda, que pasó a residir en Ciudad Real, quedaba designada heredera en el testamento del fallecido.

2.2. Resumen de las actuaciones administrativas y judiciales

2.2.1. Fase administrativa

1. El 12 de septiembre de 2014 la Sra. VALVERDE solicitó la correspondiente pensión de viudedad, alegando que cumplía tanto los requisitos de orden económico (a los que nos referiremos al resumir los considerandos) como los de *status* de unión civil.

2. Con fecha 16 del mismo mes, cuatro días después de la solicitud de pensión, el Instituto Nacional de Seguridad Social (en lo sucesivo el INSS) dictó resolución por la que desestimaba la petición, señalando que la solicitante no cumplía el requisito de haberse inscrito la unión civil dos años, como mínimo, antes del fallecimiento del otro miembro de la pareja. El INSS añadía que la solicitante no había demostrado los requisitos de índole económica, es decir unos ingresos inferiores al tope legalmente establecido (y que especificaremos al resumir la resolución del TEDH).

3. La Sra. VALVERDE interpuso contra la resolución un recurso que fue desestimado con fecha 21 de octubre de 2014 por la Dirección Provincial de Barcelona del INSS. La Dirección invocaba una sentencia reciente del Tribunal Constitucional (núm. 40/2014, de 11 de marzo, BOE de 10 de abril) que tenía como consecuencia (del modo que más tarde se analiza) la nulidad por inconstitucional de determinada norma de derecho civil catalán para la “consideración como pareja de hecho y su acreditación”, que prescindía del requisito para todo el territorio nacional de acreditación del estado de pareja dos años antes como mínimo del fallecimiento del causante. Se reiteraba, por lo demás, que la recurrente no había probado el cumplimiento de los demás requisitos (los de índole económica).

2.2.2. Fase Judicial

4. El 6 de noviembre de 2014 la Sra. VALVERDE apeló ante el Juzgado núm. 2 de lo Social de Ciudad Real (provincia donde, como queda dicho, acababa de establecerse la recurrente), reiterando que había demostrado inequívocamente ello sin perjuicio de la posibilidad de otros medios de prueba de la unión de hecho; y que, por lo demás el Código de Derecho Civil de Cataluña no exigía requisito alguno en materia de acreditación.

5. El Juzgado desestimó la apelación sosteniendo (como ya había señalado la Dirección Provincial de Barcelona) que seguía siendo aplicable la obligación legal de inscripción registral de la pareja dos años antes, como mínimo, del fallecimiento del otro miembro. Señalaba como clave de su argumentación que el 11 de abril de 2014 (leve error, fue el 10 de abril) se había publicado en el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo BOE) la referida sentencia del Tribunal Constitucional, STC 40/2014, de 11 de marzo, en virtud de la cual se declaraba inconstitucional, y en consecuencia se anulaba, el párrafo quinto (y último) del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS, que dejaba al arbitrio de determinadas comunidades autónomas la posibilidad de prescindir (al menos parcialmente) de la obligación registral a la que nos hemos referido. Disponía, en efecto, el párrafo anulado que en las comunidades autónomas “con derecho civil propio” (caso, entre otras, de Cataluña), siempre que se cumpliera el requisito de cinco años de convivencia, “la consideración de pareja de hecho y su acreditación” se harían conforme a lo que se estableciese la “legislación específica” de esas comunidades, siempre que se cumpliera el requisito de convivencia. Al contrario de los organismos del INSS, el tribunal no se pronunciaba sobre si la demandante cumplía o no el requisito de tener unos ingresos inferiores al tope legalmente establecido para el derecho a pensión de viudedad.

6. La Sra. Valverde interpuso recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo (TS) cuya Sala Quinta (“de lo Social”) lo declaró inadmisibles por no reunir a su juicio las condiciones necesarias por este concepto.

7. La interesada se dirigió entonces en recurso de amparo al Tribunal Constitucional alegando que se había violado su derecho a la no discriminación. Aducía en efecto que existía discriminación en la medida en que el miembro supérstite de la pareja residente, pero no registrada, en Cataluña podía recibir trato diferente según que la muerte del otro miembro hubiese acaecido antes de la STC 40/2014 (el 11 de marzo, como se recordará) o en los dos años siguientes o bien pasados dos o más años. También alegaba que se había violado su derecho a la “tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos” (art. 24.1 CE), ya que había resultado imposible por el fallecimiento del otro miembro acreditar la relación de pareja con la antelación preceptiva. El 16 de octubre del mismo año 2018 el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso afirmando que carecía de relevancia constitucional.

III. EXPOSICIONES DE HECHOS, CONSIDERANDOS, FALLO Y VOTOS PARTICULARES

Señalemos, antes de entrar en el estudio de la sentencia, que el texto se abre con un encabezamiento de brevedad casi telegráfica, en el que se adelantan una por una las cuestiones jurídicas que se van a considerar, a saber “Disfrute pacífico de la posesión —Negativa de las autoridades nacionales a conceder pensión de viudedad debida a la aplicación imprevisible de un nuevo requisito de imposible cumplimiento por la demandante— Imposición de una carga excesiva a la demandante —Falta injustificada de un período transitorio con motivo de cambio en la legislación— Ausencia de un equilibrio equitativo entre los intereses en presencia”.

3.1. Considerandos de la resolución

El Tribunal empieza (considerando 15) por transcribir los preceptos del ordenamiento español que juzga “relevantes” para el caso, concretamente cinco artículos de la CE, el 9.3 (en lo referente específicamente al “principio de seguridad jurídica”), el 14 (que prohíbe la discriminación), el 24 (derecha a tutela judicial efecto y a un juicio justo), el 33 (derecho de propiedad) y el 41(seguridad social).

A continuación se hace constar (pfo. 16) que originariamente la legislación española de seguridad social exigía para el derecho a pensión de viudedad, además de ciertos requisitos económicos, que se hubiese celebrado matrimonio con el difunto, sin que, por lo demás, tuviera significación alguna la fecha de celebración. Pero se fueron aprobando varias reformas que, con el fin de evitar fraudes, introdujeron el requisito de que en caso de muerte causada por enfermedad anterior a la fecha del casamiento, éste tenía que haberse celebrado un año antes, como mínimo, antes del óbito o bien un año antes del nacimiento de un hijo “biológico” en común, a menos que pudiese acreditarse en uno u otro caso que los cónyuges habían convivido durante dos años.

Se recuerda sucintamente (pfos. 18 y 19) que el Tribunal Constitucional había declarado que no existía igualdad constitucional en términos generales entre parejas casadas y no casadas, y que el legislador tenía en consecuencia plena libertad de tratar de modo distinto a unas y a otras, sin que ello supusiera quebrantamiento del principio constitucional de igualdad. Es más, el propio TC había declarado que si bien el legislador podía ampliar el derecho a pensión de viudedad a las “parejas estables de régimen común”, el no hacerlo no suponía violación del artículo 14 CE (haciéndose alusión en este punto a las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, y 41/2013, de 14 de febrero). Se añadía que en España algunas comunidades autónomas podían regular por sí mismas, dentro de ciertos límites y condiciones, el régimen

de las parejas de hecho y que en consecuencia no había uniformidad en el reconocimiento de la relación de pareja de hecho.

Se hace a continuación un resumen (puntos 20-25) de los trascendentes cambios legislativos introducidos ya en el siglo XXI en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994. Se cita en efecto pormenorizadamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE núm. 291, de 5 de diciembre), que reformó en varios aspectos sustantivos de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1994, extendiendo entre otros cambios el derecho a pensión de viudedad a las parejas de hecho, reservado hasta entonces a las parejas casadas.

La sentencia transcribe íntegro el extenso artículo 174 del texto reformado, cuyo apartado 3 regula en cinco párrafos la pensión de viudedad para las parejas de hecho, prescindimos de su reproducción, limitándonos a los preceptos esenciales.

Se establecen en los tres primeros párrafos los “requisitos económicos” para el acceso a la pensión (cuyo cumplimiento negaban, como se recordará, los órganos de la Seguridad Social a los que se había dirigido la Sra. Valverde). El primero y principal es que el miembro viudo acredite que sus ingresos (rendimientos de trabajo y también de capital, así como los de carácter patrimonial) durante el año natural anterior no hayan alcanzado el 50 (cincuenta) por ciento de la suma de los propios y de los del “causante” habidos en el mismo período [el porcentaje es, sin embargo, del 25 (veinticinco) por ciento si no hay hijos comunes con derecho a pensión de orfandad].

No obstante, se reconoce también derecho a pensión “cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5” (una y media) “veces al importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante el período de percepción” [también aquí se establece un incremento por cada hijo común, concretamente el 0,5 (cero coma cinco) veces la cuantía del SMI vigente, todo esto compatible asimismo con la pensión de orfandad de quien conviva con el sobreviviente].

En el cuarto párrafo se establecen otros dos requisitos, ambos de orden cronológico y directamente interrelacionados: primero, acreditación, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, de una “convivencia estable y notoria” hasta el momento del fallecimiento del causante y por cinco años ininterrumpidos, y segundo, acreditación del *status* de pareja de hecho mediante certificado de inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidad autónoma o ayuntamiento del lugar de residencia, inscripción que ha debido efectuarse dos años antes como mínimo del fallecimiento. Esta segunda obligación responde (como ha reconocido incidentalmente la propia sentencia) a la preocupación declarada de los órganos rectores de la SS por evitar fraudes en la solicitud de pensiones.

Ahora bien, el párrafo quinto abre la puerta a la posibilidad de regulaciones distintas en las “comunidades autónomas con Derecho civil propio” (caso

precisamente de Cataluña) disponiendo que “cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración” de pareja de hecho y “su acreditación se llevará (*sic*) a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica” (La sentencia reproduce el sexto y último párrafo de este apartado 3, que no afecta, por lo demás, al presente caso).

Cataluña ha sido (como inmediatamente reseña la sentencia en su punto 23) una de las CC. AA. que han hecho uso de la posibilidad que les brinda el párrafo quinto. En efecto, el Código de Derecho Civil de Cataluña dispone (art. 243-1) que las personas que convivan en una unión afectiva análoga al matrimonio, se consideran pareja estable si cumplen uno de los tres requisitos siguientes:

- a) si la cohabitación dura más de dos años ininterrumpidos;
- b) si tienen un hijo en común durante la cohabitación, o
- c) si formalizan su relación mediante escritura pública.

En consecuencia, deduce la resolución, las parejas de hecho en Cataluña ya no tenían que registrarse formalmente (siempre que se cumpliera uno de los dos, y por lo tanto, el miembro superviviente tendría derecho a pensión).

Recuerda acto seguido el TEDH (pfo. 24) que dada la disparidad de requisitos en las CC. AA. para el reconocimiento del estado de pareja, también quedaba sujeto a discusión el derecho a percibir pensión de viudedad. Se cuestionaban en concreto i) el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de todos los españoles ante el régimen de seguridad social y II) la obligación constitucional de las autoridades de mantener un sistema de seguridad social con garantías de disfrute uniforme en todo el territorio nacional.

En esta tesitura la Sala de lo Social del TS interpuso recurso el 15 de febrero de 2014 sobre posible inconstitucionalidad del referido párrafo quinto del artículo 174.4 LGSS (texto revisado, como se recordará, en 2007), con motivo del recurso de amparo interpuesto por la viuda de una pareja de hecho residente en Asturias, contra la denegación de pensión de viudedad por la Dirección Provincial del INSS, confirmada por el Juzgado núm. 4 de lo Social de Gijón y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la C. A. de Asturias. El TS observaba que las diferencias de criterio en determinadas CC. AA. sobre reconocimiento de las uniones civiles habían tenido como consecuencia la imposición de requisitos también distintos para percibir pensión de viudedad, lo cual podía dar lugar a discriminaciones según cuál fuese el lugar de residencia del miembro superviviente.

Por sentencia de 11 de marzo de 2014 (STC 40/2014, BOE de 10 de abril), es decir meses antes (apunta el que suscribe) de la solicitud de pensión por la Sra. VALVERDE, el Tribunal Constitucional declaró efectivamente inconstitucional y por lo tanto nulo el párrafo quinto. Se transcribe en la resolución del TEDH (pfo. 25) parte del tercer considerando, del cual nos

limitamos a transcribir el cuarto párrafo, que es el que define la posición interpretativa de la sentencia:

“Como ha señalado el Tribunal Supremo, la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo (la existencia de la pareja de hecho), sino que el artículo 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, esto es, la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, y la formal, *ad solemnitatem*, es decir la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “análoga relación de afectividad a la conyugal” con dos años de antelación al hecho causante. De este modo la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en favor exclusivamente de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación al menos dos años antes en un documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia”.

La resolución del TEDH transcribe a continuación una parte de los restantes “fundamentos jurídicos” de la STC, que concluye “estimando” la cuestión suscitada de inconstitucionalidad declara “en consecuencia” nulo e inconstitucional el párrafo quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo (en lo sucesivo RDL) 1/1994, de 20 de junio.

Se interpreta acto seguido (pfo. 26) que “Según el Tribunal Constitucional las solicitudes de pensión pendientes en el momento de entrar en vigor la sentencia quedarían afectadas por la declaración de inconstitucionalidad mientras no se dictara resolución administrativa firme. La declaración de inconstitucionalidad era asimismo aplicable a todas las nuevas solicitudes que se recibiesen tras la entrada en vigor de la sentencia”.

(El TEDH reseña muy brevemente (pfo. 28) que poco después de entrar en vigor la STC toda la LGSS quedaba derogada y sustituida por otra con el mismo nombre, aprobada por RDL 89/2015).

Seguidamente hace referencia la resolución (pfo. 28) a dos sentencias de la Sala de lo Social del TS, posteriores ambas a la entrada en vigor de la mencionada Ley 40/2007 a saber las SSTs 5.124/2014, de 4 de noviembre y 286/2011, de 28 de noviembre, y la 2.122/2021 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, todas ellas sobre casos de parejas de hecho que habían convivido durante más años de lo establecido por la LGSS, pero que no habían acreditado formalmente su relación con la antelación de dos años antes del fallecimiento del causante exigida por la reforma de la propia LGSS de 2007 (con efectos desde 1.º de enero de 2008).

La primera de las tres sentencias examina el caso de una pareja que había convivido más de diez años en el mismo domicilio, tenido dos hijos en común y solicitado su constitución formal como unión civil tras la entrada en

vigor de la tantas veces citada Ley 40/2007 (solicitud que fue aprobada el 8 de marzo de 2008), pero que quedado disuelta por el fallecimiento de uno de sus miembros. El óbito tuvo lugar el 10 de abril de 2009, cuando aún no habían sido exigidos dichos requisitos legalmente.

La Sala juzgadora afirma en su fallo: “La doctrina legal correcta es la sostenida en la STS de 28 de noviembre de 2011, doctrina que, expresada brevemente determina la aplicabilidad del principio general esencial en derecho *ad impossibilia nemo tenetur*, por lo que se exonera a la parte reclamante no sólo del requisito de formalizar la unión civil, sino también de la exigencia adicional de que la formalización haya tenido lugar dos años antes como mínimo del fallecimiento del causante, toda vez que la formalización resulta imposible de cumplir en caso de que la muerte sobrevenga antes de expirar ese plazo...”. Se falla en consecuencia que ha lugar a la pensión de viudedad.

La segunda sentencia resuelve el recurso de casación núm. 286/2011, de 28 de noviembre, contra otra del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que anulaba la dictada en primera instancia por un órgano que no se especificaba, sobre el caso de una pareja de hecho que sea había registrado formalmente a los dos meses y pocos días de entrar en vigor la reforma de 2007 (que fue, como se recordará, el 1.º de enero de 2008). Pero uno de los miembros de la unión falleció el 17 de febrero de 2009, es decir, antes de transcurrir los dos años desde la formalización registral exigidos como lapso mínimo por la citada reforma. En esta ocasión el juzgador en primera instancia resolvió a favor de la parte solicitante de pensión, argumentando que la Ley 40/2007, no contenía ninguna disposición transitoria para supuestos como aquél, y que, a pesar de que la pareja había obrado “con la debida diligencia”, no le había sido posible cumplir el referido requisito de índole temporal, precisamente por el hecho del fallecimiento.

El Tribunal Superior de Justicia revocó, sin embargo, la sentencia, por lo que la parte solicitante acudió en casación ante el TS, el cual hizo suyo el pronunciamiento de primera instancia, afirmando que “en casos como los examinados (en los que la muerte acaeció sólo a pocos meses de entrar en vigor la Ley 40/2007) resultaba imposible el registro preceptivo o la documentación pública con antelación de dos años de una pareja no casada, antes de promulgarse la ley que lo establecía...”. Se reconocía, pues, el derecho a pensión.

La tercera sentencia se dictó por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en resolución del recurso de apelación núm. 2.1222/2021, de 18 de abril. Se trataba de una pareja que había convivido desde 1987 y que quedó disuelta al fallecer la esposa en 2018, tras doce años ininterrumpidos de una enfermedad neurológica que le impedía asumir los derechos y obligaciones dimanantes de la constitución formal de una unión civil. Por su parte el viudo no había podido demostrar la “constitución” formal del modo legalmente establecido “bien... porque no tenía necesidad u obligación de hacerlo, o bien porque cuando habría podido o

debido registrar la pareja, su consorte era incapaz de dar su consentimiento”. En este caso, se añadía a modo de conclusión, que el no cumplimiento del requisito formal “no puede, a pesar de lo afirmado por el INSS, recibir el mismo trato jurídico que las demás situaciones de parejas que no hayan probado en absoluto la existencia, de cuestión, problema o materia alguna limitativa de su capacidad de dar su libre consentimiento a la constitución de unión civil”. Se reconocía en consecuencia el derecho del recurrente a la pensión de viudedad.

Ahora bien son a nuestro juicio los fundamentos jurídicos de la sentencia, que la presente resolución del TEDH reproduce en gran parte, los que mejor ilustran y explican por su formulación detallada y categórica el problema común a todos los casos expuestos (no sólo el de la Sra. Valverde), a saber el de la posibilidad legal o no de pensión de viudedad cuando, habiéndose reunido todos los requisitos de exigüidad de ingresos y de antigüedad de la pareja, no se ha cumplido el de acreditación de la pareja como unión civil dos años antes como mínimo del fallecimiento de uno de sus miembros. En los párrafos siguientes reproducimos del modo más fiel posible los razonamientos del alto tribunal catalán.

Se empieza recordando que, si bien las sentencias del TC declarativas de inconstitucionalidad son aplicables con carácter general, según el artículo 40, aptdo. 1 de la Ley Orgánica del propio TC (LOTIC)², este principio “no debe aplicarse de un modo generalizado cuando existan circunstancias que, de no ser tomadas en consideración, dejarían a una situación injusta, más aún arbitraria, lo que no puede ni debe permitir nuestro ordenamiento legal y constitucional”. En otras palabras, se abre la posibilidad para los tribunales ordinarios de apartarse en algún caso de la doctrina sentada por una declaración de inconstitucionalidad.

Pero, es más adelante donde el TSJ de Cataluña desarrolla su posición en términos inequívocos. Después de aludir a la resolución del INSS denegatoria de la solicitud de pensión, se dice en efecto: “Este Tribunal reconoce que el argumento formulado por el INSS es formalmente correcto, y que si no fuera por la naturaleza excepcional del presente caso, tendríamos que declararnos de acuerdo (Sin embargo) nuestra obligación va más allá de la simple aplicación general de la norma (precedente)... debemos resolver el caso concreto;... Si la norma o jurisprudencia (aplicable) no ofrece respuesta, en este punto, la posición de esta Sala es (desarrollar y llevar a su término) la norma en cuestión y hacerlo con total respeto a la dimensión constitucional del derecho de todo ciudadano a recibir la protección

² N del aut. Dicho aptdo. dice: “Uno. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención, o limitación de la responsabilidad”.

adecuada que establece nuestro sistema de seguridad social (art. 41 de la Constitución española)”.

Hasta aquí la exposición por el TEDH de la legislación y la jurisprudencia nacionales. Pasemos ahora a sus argumentos a la luz del Convenio, de sus Protocolos y de la jurisprudencia elaborada por el Tribunal.

3.2. Fundamentos jurídicos

a) Sobre la admisibilidad a trámite del recurso

EL TEDH recuerda en primer lugar que la recurrente basa su apelación en dos argumentos principales: primero, que la negativa al otorgamiento de la pensión no tuvo en cuenta la “imposibilidad objetiva” de dar cumplimiento a una obligación legal de inscripción registral no aplicable a su caso, que era anterior a la referida STC de 2014, y segundo, que la negativa suponía una discriminación respecto a miembros supervivientes de otras uniones civiles cuya pareja había fallecido antes de dictarse dicha sentencia o bien más de dos años después de la misma. En este punto la Sra. Valverde invocaba el artículo 14 del Convenio (prohibición de todo tipo de discriminación) en relación con el artículo 1.º del Protocolo núm. 1, que proclama el derecho de propiedad.

El TEDH constata lacónicamente (pfo. 30) que el recurso entra en el ámbito del artículo 1.º del Protocolo (recordemos que la tabla inicial de fundamentos formulada bajo el enunciado de la resolución empieza precisamente por “el derecho al disfrute pacífico de la propiedad”) y pasa a examinar bajo el epígrafe general “Admisibilidad” las alegaciones de las dos partes. Con inversión de lo que a nuestro juicio sería el orden normal, se resumen en primer lugar las alegaciones de la parte recurrida, el Estado español, y luego las de la parte recurrente.

El representante del Estado aduce (pfo. 31) que el recurso es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio, pero recuerda que, considerando que esta causa de inadmisibilidad guardaba relación directa con el fondo del asunto, examinó conjuntamente los diversos aspectos del caso.

También señala el Estado (pfos. 32 y 33) que la recurrente no había agotado las instancias nacionales disponibles, requisito exigido por el artículo 35, apdo.1 del Convenio para la admisión del recurso a trámite. Por un lado, en efecto, la Sra. Valverde había utilizado una vía “ineficaz” al apelar contra la negativa de la Administración, una vez dictada la STC 40/2014, y por otro, no había recurrido ante los tribunales nacionales antes de dirigirse al TEDH (pero no se precisa ni aclara cuáles han sido los trámites omitidos). Se añade que, como remedio alternativo, una vez denegada la pensión por resultar inconstitucional y en consecuencia nula la disposición del derecho civil catalán

en la que se basaba la solicitud, la recurrente habría podido pedir pensión a título de indemnización por el daño que se le había causado.

Finalmente (pfo. 34) la representación del Estado niega la aplicabilidad del artículo 14 del Protocolo sobre presunta discriminación contra la recurrente, siendo así que ésta no la había alegado en ninguno de sus recursos administrativos y judiciales, salvo el que presentó ante el TC.

El Tribunal resume acto seguido (pfos. 35-37) la argumentación de la recurrente, que cifra en tres alegaciones: primera, que los recursos interpuestos ante las instancias nacionales constituían “la única vía administrativa y judicial lógica” a su alcance; segunda, que en casos análogos los tribunales habían anulado la denegación inicial del INSS y que por lo tanto los recursos sí habían resultado un “remedio eficaz” y tercera, en cuanto a la segunda parte de lo alegado, por la parte demandada, que la recurrente sí había suscitado en la vía nacional la cuestión de una posible discriminación.

La resolución pasa a valorar (pfos. 38-41) la cuestión previa de admisibilidad del recurso *ratione materiae*, centrándola en la interrogante de si la recurrente tenía o no una “expectativa legítima” de obtener pensión de viudedad (y en consecuencia si es aplicable o no el artículo 1.º del Protocolo núm. 1) para observar acto seguido que es algo “indisolublemente” vinculado al examen del fondo (*assessment of the merits*) y que por lo tanto el examen de la pretensión debe hacerse con el de los aspectos sustantivos del recurso.

El Tribunal recuerda a continuación (pfo. 39) seis de sus sentencias (entre 2002 y 2019) en las que sostiene que cuando existe en el ordenamiento nacional “más de un recurso potencialmente efectivo”, al demandante sólo le es exigible que haya utilizado uno de esos recursos, más aún es libre de utilizar el que considere más adecuado, y tras recordar que la Sra. Valverde sí había agotado las instancias procesales disponibles, rechaza de plano la alegación del representante del Estado. Añade que contra lo que aduce la parte demandada al final de su exposición, la recurrente no habría podido interponer alternativamente una reclamación extraordinaria contra el Estado sin haber impugnado primero la negativa del INSS al otorgamiento de pensión.

Seguidamente (pfo. 40) el TEDH aborda la posibilidad de una violación del derecho de propiedad de la demandante. Empieza observando que “no parece que se haya discutido que la demandante invocó ante los tribunales nacionales la presunta violación de sus (*sic*) derechos de propiedad que ahora invoca en este tribunal”. Y si bien es cierto, se añade, que la recurrente no ha hecho referencia al artículo 1.º del Protocolo núm. 1, “este tribunal ha sostenido que no es necesario que se invoque explícitamente una cláusula del Convenio, siempre que quede planteada la cuestión “al menos en cuanto al fondo” (se hace aquí remisión a ocho sentencias anteriores, una de ellas, por cierto, protagonizada por el Estado español, *Castells vs. Spain*, 23 de abril de 2002, núm. 236). Se añade que, si bien la recurrente no mencionó explícitamente en los procesos nacionales el derecho al disfrute pacífico de sus bienes, sí alegó —haber sido— víctima de un trato injusto (*unfair treatment*)

en sus esfuerzos por lograr la pensión a la que tenía derecho y que se había infringido además el principio de seguridad jurídica (*legal certainty*).

El Tribunal concluye que la recurrente agotó, —al menos en lo sustantivo— sus recursos en el ordenamiento español, por lo que procede desestimar el alegato de no agotamiento de esos recursos.

b) Sobre las alegaciones de fondo de las partes

Resuelta del modo expuesto la cuestión de admisibilidad, la resolución entra en el examen del fondo (*the merits*), exponiendo en primer lugar (pfs. 42-44), no sin cierto grado de reiteración, los argumentos sustantivos de la recurrente, que reproducen básicamente los ya resumidos. Sólo cabe apuntar una añadidura, a saber que el registro especial de parejas de hecho en Cataluña no empezó a ser operativo hasta el 1.º de abril de 2017, es decir más de tres años después de la STC 40/2014, y que en estas condiciones le había sido imposible *de facto* a la pareja formalizar su estado civil.

La recurrente terminaba reiterando el carácter injustamente discriminatorio que suponía negar a las parejas residentes de Cataluña lo que se otorgaba a otras en CC. AA. “de régimen similar” (no decía cuáles) donde el causante hubiese fallecido bien antes del 11 de abril de 2014 (publicación de la STC 40/2014 en el BOE) o bien después del 11 de abril de 2016, es decir, dos años después.

Por su parte la representación del Estado sostenía (pfs. 45-46) con insistencia que el artículo 1.º del Protocolo (derecho de propiedad) no era aplicable al caso. Añadía que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la STC pocos meses antes de fallecer el causante había tenido como consecuencia “clara e indiscutible” la pérdida por la viuda del derecho al cobro de pensión; más aún, la Sra. Valverde ya no podía, contra lo que afirmaba, tener siquiera “una expectativa legítima” de obtener un bien material (*a possession*) en el sentido del artículo 1.º del Protocolo núm. 1. Por lo demás el propio TEDH había sostenido sistemáticamente que los ingresos futuros no entraban en el concepto de “posesión” (aquí se citaban “*inter alia*” tres sentencias, una de 2018 y dos de 2019).

También alegaba la parte recurrida que, aun en el supuesto de que el TEDH equiparase la mera esperanza de obtener pensión a una “expectativa legítima”, la privación de este modo de “posesión” estaría justificada por las “razones de interés general” que habían llevado precisamente al TC a anular, por discriminatoria e inconstitucional, la disposición que servía de base a la pretensión de la recurrente; no cabía, pues, hablar de la privación de un derecho, sino de una medida destinada a impedir a la demandante obtener un trato de favor injustificado en relación con el resto de la población. Una vez entrada en vigor la reforma de la LGSS de 2007, la pareja quedaba obligada, como las de toda España, a registrarse cuanto antes para que pudiesen transcurrir dos años como

mínimo antes de que muriera uno de sus miembros, pero no lo había hecho así; antes bien había esperado varios años para acreditarse. Por último había tenido en todo momento la posibilidad —que no utilizó— de contraer matrimonio.

c) Posición del Tribunal

a) “Principios generales” (pfs. 48-57)

El Tribunal empieza por citar o reconocer un principio determinado para admitir enseguida la posibilidad de no aplicarlo en circunstancias especiales (planteamiento al que, por cierto, recurre, en el resto de su exposición). En efecto, encabeza su argumentación reconociendo que si bien el artículo 1.º del Protocolo no crea ningún derecho a la adquisición de la propiedad (se citan tres sentencias), puede ocurrir en determinadas circunstancias que “una expectativa legítima” goce de la protección de dicho artículo (aquí se menciona otra sentencia). Se aclara a continuación (pfo. 49) que toda expectativa legítima debe ser algo más concreto que una simple esperanza y estar basada en una disposición legal o en una resolución judicial. No se puede hablar en consecuencia de expectativa legítima cuando son objeto de controversia la interpretación y la aplicación del derecho interno y los tribunales nacionales rechazan todos los recursos fundados en ese concepto. Pero se termina admitiendo que un “interés dominical” (*proprietary interest*) puede, aun cuando sea revocable en determinados casos, constituir una “posesión” para los efectos del Protocolo (caso *Beyeler vs. Italia*, núm. 33.202/96., &105, TEDH 2000-I).

En los párrafos siguientes el TEDH, aun aceptando que el artículo 1.º del Protocolo no crea por sí mismo un derecho a recibir pensión u otros beneficios sociales y no restringe o condiciona el margen normativo del legislador nacional en materia de prestaciones sociales, puntualiza que un Estado miembro tiene en vigor disposiciones legales que prevén el pago de pensión como derecho de índole social, esas disposiciones deben considerarse “generadoras de un interés dominical comprendido en el “ámbito del artículo 1.º del Protocolo.

Se añade (pfo. 51) que en el supuesto de que una persona no reúna o deje en un momento dado de reunir los requisitos legales para percibir cierta prestación social, no hay “interferencia” con el artículo 1.º del Protocolo, siempre y cuando el cambio legislativo haya tenido lugar antes de que el interesado llegase al estado o situación (es decir a la edad) de acceso a la prestación. Ahora bien se admite acto seguido por el Tribunal que un “interés dominical” reconocido por el ordenamiento nacional puede, incluso si es revocable en algunas circunstancias, constituir una “posesión” a los efectos del Protocolo (ver nuevamente caso *Beyeler*), y se hace referencia a casos en que el Tribunal ha declarado aplicable el Protocolo, aunque los recurrentes, en el momento de presentar el recurso, ya no reunían los requisitos de acceso a la prestación

exigidos por el ordenamiento nacional (se cita como ejemplo el caso *Kjartan Ásmundsson vs. Islandia*, núm. 60.669/00, &40, TEDH 2004-IX).

Llegada a este punto, la exposición reconoce de nuevo un principio general para luego admitir una vez más que en ciertos casos se puede prescindir de la regla, mejor dicho de su aplicación (págs. 52-54). Se empieza en efecto por aceptar que todo Estado es libre de regular las pensiones y demás prestaciones de seguridad social del modo que considere más adecuado según las circunstancias de la sociedad y a la luz esencialmente del “interés general” (*public interest*); más aún, es libre de modificar el régimen cuantas veces lo juzgue oportuno a la vista de los cambios que vayan registrándose en el conjunto de la sociedad, especialmente en las personas necesitadas de ayuda y asistencia (ver caso *Belane Nagy vs. Hungría*, núm. 53.080, &74, de 13 de diciembre de 2016, que por cierto se cita en total cuatro veces). En consecuencia el Tribunal estima que el margen de interpretación y valoración del interés general por el legislador nacional sea realmente amplio. De ahí que cuando un solicitante haya dejado de reunir los requisitos por un cambio en la propia legislación de su país, haya que prestar especial atención a sus circunstancias personales para comprobar si tiene efectivamente “un interés dominical sustantivo” según el ordenamiento nacional, todo ello conforme a los imperativos de seguridad jurídica y de imperio de la ley (*rule of law*).

Sentado el principio, el Tribunal pasa, como adelantábamos, a formular la salvedad, por no decir la excepción, diciendo (págs. 55) “...el artículo 1.º del Protocolo núm. 1 exige que toda interferencia sea razonablemente proporcionada a la finalidad que se pretenda alcanzar... Pues bien, no se entiende conseguido el requisito de un “justo equilibrio” (*fair balance*) si el interesado sufre una carga individual y excesiva” (se cita nuevamente *Belane* contra Hungría).

La resolución pasa (págs. 57) a examinar cómo se aprecia la existencia de un “justo equilibrio”, cosa sólo posible tomando en consideración las circunstancias del caso, por ejemplo el posible efecto discriminatorio para el interesado de la pérdida de los requisitos legales para el acceso a la prestación (de nuevo el caso *Kjartan Ásmundsson*) o la ausencia de medidas transitorias (*Moskal vs. Polonia*, núm. 10.373/05, &K74, 15 de septiembre de 2009), en el que el recurrente había perdido “prácticamente de la noche a la mañana” la totalidad de su derecho a una pensión que constituía su única fuente de ingresos y, con muy escasas perspectivas de adaptar su vida al cambio sobrevenido.

Hasta aquí la exposición de los “principios generales”. El Tribunal pasa a la

b) aplicabilidad de los citados principios al caso presente

El Tribunal acepta que el 25 de julio de 2014, día en que murió el compañero de la Sra. Valverde, es el momento que se debe tomar como referencia (*the trigger event*) para valorar la legislación vigente sobre pensiones de viudedad, y reconoce paladinamente que la pareja se había acreditado como tal sólo tres días antes. Sin embargo estima (págs. 59) que en el caso presente la cuestión esencial del recurso es que en el momento de fallecer su compañero

la Sra. Valverde reunía los requisitos de acceso a la pensión de viudedad antes de que el TC dictara su sentencia de inconstitucionalidad del pfo. quinto del artículo 174.3 LGSS (en vida aún del compañero de la recurrente) y que, por lo tanto, la imposición por el TC a la interesada de un requisito formal más severo “sin ninguna disposición transitoria adecuada” era “desproporcionada” a la luz de las circunstancias.

Según la resolución hay que tener ante todo en cuenta que antes de fallecer el compañero de la recurrente, la pareja cumplía los “demás requisitos legales”, es decir, vida en común durante más de cinco años sin interrupción y “los criterios económicos”, esto es, la modestia o escasez de recursos de la viuda. El otro requisito, el de acreditación formal, se implantó sólo tres meses antes. En consecuencia, el cambio legal sobrevenido con la STC de 11 de marzo de 2014 imponía a una categoría de personas, incluida la recurrente, una condición nueva no previsible. Más aun, la falta de disposición transitoria alguna a raíz de la sentencia constituye a juicio del TEDH el caso de “interferencia” (es decir violación de derechos) objeto del presente recurso y no puede por lo tanto servir de justificación para no aplicar las garantías del artículo 1.º del Protocolo.

El Tribunal concluye (pfo. 64) que “en este caso concreto la recurrente habría podido albergar una “expectativa legítima” de acceso legal a una pensión de viudedad” de lo cual se sigue (pfo. 65) que el artículo 1.º del Protocolo sí es aplicable al caso de autos y que “la objeción preliminar del Gobierno (*sic*) sobre incompatibilidad *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio debe, en consecuencia, ser desestimada”.

La resolución pasa a estudiar el encaje o posibilidad de inclusión del recurso en el artículo 1.º del Protocolo.

c) conformidad con el artículo 1.º del Protocolo núm. 1

Es con gran diferencia la parte más extensa (pfos. 66-82). El Tribunal empieza afirmando categóricamente que la negación de una pensión de viudedad debe ser considerada como una “interferencia en el derecho del cónyuge o miembro superviviente al “disfrute pacífico de sus posesiones” (en otras palabras como intromisión en su derecho a disfrutar pacíficamente de sus bienes en el sentido del primer párrafo del tantas veces citado artículo 1.º del Protocolo núm. 1). Ahora bien el precepto contiene un segundo párrafo que matiza el anterior disponiendo que toda interferencia de esta índole debe justificarse por los criterios de “legalidad”, “interés general” y “proporcionalidad”.

En tres breves párrafos (67-69) el Tribunal estima que las decisiones adoptadas por la Administración a raíz de la STC 40/2011 eran legales y respondían al interés general ya que pretendían poner fin a una diferencia de trato basada en el lugar de residencia. Cosa distinta es que pueda interpretarse el recurso en el sentido de que niega la posibilidad de prever los cambios legislativos sobrevenidos como resultado de la STC 40/2014; en

este punto el Tribunal considera que “la cuestión es inseparable de las relativas a la justificación de las medidas impugnadas...”. El Tribunal concluye lacónicamente (pfo. 70): “Queda, pues, como cuestión principal la de si era proporcionada la interferencia”.

El Tribunal aprecia en primer lugar (pfos. 71-72) que el cambio legislativo determinado por la STC 40/2014 había introducido un nuevo requisito legal “que no podía objetivamente ser satisfecho por la recurrente”. La pareja cumplió “con prontitud” el requisito de formalización, pero el miembro varón falleció a los pocos meses, antes de transcurrir dos años fijados por la ley. En segundo lugar no estaba probado que la reforma legal fuera previsible por personas en las mismas condiciones que la recurrente. Por lo demás (pfo. 72 *in fine*) la prensa “no suele dar publicidad a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al TC por otros tribunales” (que era precisamente lo sucedido con la STC 40/2014, dictada en virtud de consulta elevada por la Sala de lo Social del TS).

La resolución se detiene de nuevo (pfo. 73) en la STC 40/2014 para subrayar que sólo surtía efecto *pro futuro*, es decir para procedimientos administrativos o judiciales en los que no hubiera recaído decisión o sentencia, y así lo declaraba la propia STC. Así pues, para el TEDH el caso de la Sra. Valverde quedaba comprendido en esa categoría. En consecuencia, aun siendo cierto que la resolución impugnada por la recurrente era “suficientemente previsible desde una perspectiva cualitativa” (noción que no se explica), no lo era en el caso de autos.

A mayor abundamiento (pfo. 74) las autoridades no habían adoptado las medidas necesarias para evitar que quienes habían cumplido todos los requisitos legales antes del 10 de abril de 2014 (fecha en la que empezó a surtir efecto la STC de referencia), se vieran impedidos imprevisiblemente de tener acceso a La pensión. Sin embargo observa el Tribunal que algunos tribunales españoles sí habían aplicado el principio general *ad impossibilia nemo tenetur*, eximiendo así a varios solicitantes no sólo de la acreditación formal sino también del requisito adicional de haberla efectuado dos años antes como mínimo de la muerte de uno de sus miembros (se remite el TEDH a las tres sentencias que se han resumidos en II, A). La Sra. Valverde se encontraba en una situación análoga, por más que en su caso los tribunales no siguieran la misma argumentación.

El Tribunal reconoce (pfo. 75) que la revocación o anulación de una diferencia de trato ante la ley puede ser un “motivo determinante (*a compelling reason*) de interés general”. Pero puntualiza a continuación que el principio del interés general “no puede prevalecer de modo automático en una situación en la que se imponga al interesado una carga excesiva (*an excessive burden*) como resultado de una medida que le prive de su expectativa legítima”, tanto más cuanto que, como también alegaba la Sra. Valverde, el interesado es una mujer, que, por serlo, se halla en una situación desfavorable o vulnerable de dependencia económica ante su pareja.

Acepta asimismo la resolución (pfo. 77) que el requisito de acreditación de la pareja dos años antes como mínimo del fallecimiento de uno de sus miembros es “en realidad una salvaguardia adicional que permite a las autoridades prevenir el fraude y hacer que las pensiones de supervivencia (*sic*) se concedan únicamente conforme a la finalidad que pretenden” es decir proteger al miembro de una pareja estable que se encontraba en dependencia económica respecto al miembro fallecido. Pero en el caso presente nadie ha insinuado siquiera que la pareja había formalizado su unión sólo tres meses antes de fallecer uno de los miembros. Concluye el Tribunal (pfo. 77 *in fine*) que esos tres meses que tardó la pareja en acreditar su unión no pueden considerarse como algo “no razonable”. En definitiva, concluye el Tribunal (pfo. 78 *in fine*) con reiteración a nuestro juicio innecesaria que “...el criterio determinante es si la aplicación del requisito formal de acreditación dos años antes de la muerte sin haberse establecido un período transitorio para permitir a los interesados cumplir con la ley, impuso carga excesiva a la solicitante”.

En cuanto a la primera interrogante el Tribunal señala (pfo. 79) que el legislador nacional no compensó ni alivió “con medidas positivas” la falta de período transitorio alguno que permitiese a las parejas no casadas hacer los trámites necesarios para permitirles el acceso a la pensión de “supervivencia”, y que por su parte el “Gobierno” (es decir procesalmente el Estado) no explicó “por qué el interés general de poner fin a una situación en la cual los residentes en otras partes de España eran tratados menos favorablemente, pues también les era aplicable el requisito de inscripción registral, no había podido conseguirse sin imponer unas consecuencias tan graves a la solicitante”. Se concluye en este punto (pfo. 79 *in fine*) que no se han hallado “motivos imperiosos de interés general que justificaran el no establecimiento de un período transitorio para que la solicitante y personas de su misma categoría pudiesen cumplir los requisitos en un plazo razonable y no se vieses inmediatamente impedidos de tener acceso a la pensión”.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión el Tribunal constata que la falta de un período transitorio para cumplir los nuevos requisitos abocó de hecho a que la solicitante se viese “impedida, de una vez y para siempre” del acceso a una pensión de viudedad. La solicitante no había tenido siquiera la posibilidad de dar cumplimiento a las exigencias sobrevenidas por la sencilla razón de que en su caso concreto habían resultado ser “de imposible cumplimiento” (*of impossible observance*).

A modo de resumen final (pfo. 81) el Tribunal concluye, sin perjuicio de reconocer que los Estados firmantes del Convenio tienen un “amplio margen de apreciación” en la elección de las medidas reguladoras de las pensiones y en la corrección de tratamientos anteriores desiguales, que en el caso presente “no parece haber existido urgencia especial (*no particular urgency*) que justificara una negativa a prever un régimen transitorio, habida cuenta de la existencia de unas expectativas legítimas”. Por lo tanto la finalidad en sí misma legítima de las medidas impugnadas no puede justificar la

ausencia de mecanismos transitorios apropiados para situaciones como la de la solicitante, ausencia que ha tenido por resultado que la interesada se viera privada de su legítima expectativa de recibir la prestación de “supervivencia”. Tal “interferencia” en los derechos de la solicitante es, según la resolución, “desproporcionada e incompatible con la preservación de un equilibrio justo entre los intereses de las partes en presencia”. En consecuencia (pfo. 81) “ha habido infracción del artículo 1.º del Protocolo núm. 1”.

Tras esta exposición, el Tribunal pasa a dictar su fallo.

IV. FALLO

El Tribunal constata en primer lugar (pfos. 84-85) que la recurrente no ha presentado reclamación alguna de índole pecuniaria o no pecuniaria y se abstiene por lo tanto de todo pronunciamiento en este sentido. En cualquier caso, según el Tribunal (pfo. 86), la forma más adecuada de reparación en un caso como el de autos, consistiría en “hacer que el demandante quede, en lo posible, en la situación en la que habría estado de no haberse infringido la disposición”(es decir la que regula el derecho a pensión de viudedad). En este punto el Tribunal observa que el derecho positivo español prevé la posibilidad de revisar sentencias o decisiones definitivas que el Tribunal haya declarado contrarias a derechos amparados por el Convenio, “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, tenga efectos persistentes y no quepa detenerla de otro modo que no sea su revisión por los tribunales”.

En conclusión, el Tribunal:

1. DECLARA, por mayoría de sus miembros, admisible el recurso;
2. FALLA por cuatro votos contra tres, que se ha cometido una violación del artículo 1.º del **Protocolo núm. 1 del Convenio**,

HECHA en inglés y comunicada por escrito el 26 de enero de 2023, conforme al artículo 77 && 2 y 3, del Estatuto del Tribunal.

V. VOTOS PARTICULARES

5.1. Voto conjunto de conformidad de las magistradas Sras.

María ELÓSEGUI y Katerina SIMACKOVA

Las firmantes se declaran ante todo tan breve como categóricamente conformes con el fallo de existencia de violación del artículo 1.º del Protocolo núm. 1, pero expresan inmediatamente su “pesar” (*regret*) porque, a

su juicio, el Tribunal ha pasado “por alto” la alegación de la recurrente de que se ha infringido respecto a sus “derechos dominicales” la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio. Este caso representa según ellas” un ejemplo típico de concepción androcéntrica del derecho y falta de sensibilidad con la trayectoria vital de las personas de condición más débil en lo social y en lo societario, que muy, probablemente son mujeres”.

Se refieren ambas magistradas a continuación a la STC 40/2014. Según ellas, el TC se pronunció sin tomar en consideración la importancia de una pensión en la vida de las personas afectadas. A partir de estadísticas facilitadas por el INSS a petición del TEDH las mujeres en España perciben el 92 (noventa y dos) por 100 de las pensiones, pero el 40 (cuarenta) por 100 de las mujeres no cobran pensión alguna por no haber contribuido lo suficiente durante su vida activa.

A continuación se insiste en algunos de los hecho y argumentos expuestos en la sentencia, sin aportar ningún elemento nuevo, (con la salvedad que más adelante indicamos). Las objetoras subrayan en particular las que la Sra. Valverde cumplió —y esto nadie lo había negado— todos los requisitos, salvo el del plazo mínimo de dos años desde la acreditación formal hasta la muerte del compañero, exigencia esta que la recurrente no podía conocer de antemano y que además resultó irrealizable por sobrevenir el fallecimiento antes de cumplirse los dos años. Y esto se debió “enteramente” a la falta de disposiciones transitorias para las personas afectadas por la nueva condición de acceso a la pensión.

Las dos magistradas abordan de nuevo más adelante el efecto discriminatorio, según ellas, de la sentencia, alegando que el “único grupo de población afectado gravemente por el cambio en la reglamentación eran las mujeres no casadas y dependientes, como se había demostrado por el hecho mismo del sexo y la vida de la propia recurrente y de otras mujeres en circunstancias análogas.

Afirman además que toda medida general que tenga efectos “desproporcionadamente perjudiciales para un grupo en particular” puede ser calificada de discriminatoria, aun cuando no haya existido intención discriminadora que este ha sido el caso de la recurrente por no haber previsto las autoridades españolas el perjuicio que se le irrogaba.

Hacia el final de su exposición sostienen las objetoras que contra la opinión de quienes entienden que el artículo 14 del Convenio no es aplicable al caso presente a la vista de la jurisprudencia del propio TEDH, es precisamente la “conjunción” con el artículo 14 lo que amplía la aplicabilidad de esa jurisprudencia. La aplicación del artículo 14 no presupone necesariamente una violación de alguno de derechos sustantivos amparados por el Convenio. Es necesario y a la vez suficiente obligar a los Estados contratantes a garantizar “los derechos adicionales, siempre que caigan en el ámbito de cualquier artículo del Convenio, que un Estado haya decidido voluntariamente amparar (se citan cuatro sentencias del TEDH).

Después de señalar brevemente que el caso de autos está comprendido en el ámbito de protección del derecho de propiedad, las firmantes terminan expresando su convicción de que la recurrente recibirá por fin su pensión.

5.2. Voto conjunto de disidencia de los magistrados Mattias GUYOMAR, Georges RAVARANI (Presidente) y Carlo RANZONI

Los tres firmantes (lógicamente los discrepantes en la votación del fallo) empiezan “lamentando” no poder seguir a la mayoría en su fallo de que ha habido violación del artículo 1.º del Protocolo núm. 1 del Convenio. Sin perjuicio de recordar que ellos mismos votaron que sí se había cometido esta infracción en un fallo aún reciente (*Domenech Aradilla y Rodríguez González vs. España*, núms. 32.668/19 y 30.807/20, 19 de enero de 2023), afirman que el citado precepto no es aplicable a las circunstancias de la Sra. Valverde.

A continuación señalan los disidentes que la cuestión fundamental en el presente caso es la noción de “expectativa legítima”, y en este punto señalan que para que una expectativa legítima pueda equipararse a un “interés” amparado por el artículo 1.º citado, esa expectativa debe constituir “un activo” (*an asset*); según la jurisprudencia del TEDH ningún recurrente puede invocar una “expectativa legítima”, a menos que se trate de una pretensión que se pueda ordinariamente hacer efectiva” (*a currently enforceable claim*) y que esté suficientemente probada. En el presente caso se está simplemente ante “una pretensión condicional” (*a conditional claim*) que decae por no cumplirse una de las condiciones legalmente establecidas y que, por lo tanto no puede considerarse “posesión” en el sentido del artículo 1.º. Esa “condición” no cumplida es, como se recuerda a continuación, el transcurso preceptivo de dos años entre la acreditación de la pareja y la muerte de uno de sus miembros, requisito que, como también ser reconoce, no se pudo cumplir “debido a las trágicas circunstancias del caso”.

Los disidentes pasan a resumir la “línea de razonamiento” de la mayoría del Tribunal en cuanto a la aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo, contra la posición del Estado como parte recurrida.

a) La sentencia reconoce que en principio, la fecha para determinar si la recurrente cumplía o no los requisitos era la del fallecimiento del causante y, que en ese momento no se había cumplido el requisito de dos años como mínimo desde el acto de inscripción registral.

b) La sentencia afirma que el nudo de la pretensión de la recurrente es que ella cumplía los requisitos ya antes de la STC 40/2014, que tuvo por resultado, al no dictarse medidas transitorias, la imposición de unas condiciones más severas que podían, por lo tanto, considerarse como “desproporcionadas”.

c) La resolución constata que la recurrente reunía los demás requisitos antes de examinar si en consecuencia podía considerarse o no que la recurrente tenía “una expectativa legítima” en la fecha de entrada en vigor de la nueva norma;

d) La sentencia expone el núcleo de la argumentación mayoritaria. Primero, que antes del cambio operado por la STC la recurrente tenía derecho a pensión, más aún podía contar con ella, en el caso de que falleciera su pareja. Segundo, que tras la entrada en vigor del cambio, la pareja sí intentó cumplir el nuevo requisito inscribiéndose registralmente. Tercero, que el cambio imponía a determinada categoría de posibles, entre ellos la recurrente, un nuevo requisito cuya realización no era previsible y que a falta de un período transitorio, no se podía cumplir una vez que entrara en vigor el nuevo régimen. De todo esto concluye la mayoría que en el caso concreto de autos la recurrente podía razonablemente albergar “una expectativa legítima de acceso a pensión de supervivencia” y que le era por ende aplicable el artículo 1.º del Protocolo núm. 1.

A juicio de la minoría disidente la conclusión parte de una premisa falsa. Si bien en un caso anterior por los propios firmantes, concretamente *Domenech Aradillas* y *Rodríguez González* ellos mismos habían votado a favor de la aplicabilidad del artículo 1.º, en el caso de autos no procedía aplicarlo, porque en el asunto de referencia los solicitantes de pensión (y luego recurrentes) sí tenían una expectativa legítima por cuanto el fallecimiento del causante había sucedido antes de dictarse la STC 40/2014, mientras que en el caso de la Sra. Valverde la muerte de su compañero sobrevino con posterioridad. Más aun, añaden los firmantes, incluso mientras vivía su compañero, y antes de la STC, la recurrente no tenía un “derecho ordinariamente ejecutable” en el ámbito del Protocolo núm. 1, sino únicamente una posibilidad (*a prospect*), ni siquiera una expectativa legítima, cuya realización presuponía un acontecimiento concreto, a saber la muerte de su compañero. Con la STC entró en vigor un nuevo requisito que privaba a la recurrente del derecho a pensión al fallecer su compañero antes de transcurrir dos años desde la inscripción registral como pareja. Así, pues, el óbito no resultó suficiente para “cristalizar” una expectativa legítima equiparable a la “posesión” en el sentido del artículo 1.º del Protocolo.

Los firmantes se hacen cargo del “sentimiento de injusticia” causado a la recurrente por la “aplicación inmediata” de una norma nueva y más rigurosa sin disposición transitoria alguna. “Una injusticia”, añaden, que se habría podido remediar en buen número de casos “sobre la base de una estricta responsabilidad de las autoridades” (suponemos que se refieren a la figura de responsabilidad de la Administración Pública), pero insisten en que no se puede hablar de “posesión” de un derecho a la luz de los antecedentes aportados por la recurrente. Se apoyan finalmente a título de precedente en

la sentencia *Richardson vs Reino Unido*, núm. 25.252/08, de 10 de abril de 2012) del propio TEDH, donde se dice: “Sin embargo, cuando el interesado no reúne o deja de reunir los requisitos establecidos en el ordenamiento nacional, no hay interferencia con los derechos amparados por el artículo 1.º del Protocolo núm. 1” (pfo. 17). En estas circunstancias, comentan los disidentes, juzgar aplicable el artículo 1.º al caso presente “va más allá y supone un nuevo paso, que es de lamentar, en la expansión continua del concepto de “posesión” a los efectos de dicha disposición”.

Terminan los votantes minoritarios expresando su “temor” (*We fear that...*) de que el planteamiento adoptado por los votantes mayoritarios entrañe un riesgo, más allá de las circunstancias “muy especiales del caso presente”, de que la protección que ofrece el artículo 1.º del Protocolo núm. 1 pueda, en último término, por una interpretación excesivamente amplia de su ámbito material, obstaculizar la capacidad de las autoridades competentes de reformar su sistema de seguridad social o de modificar la legislación de pensiones.

VI. COMENTARIOS A LA SENTENCIA Y A LOS DOS VOTOS PARTICULARES

Como anunciamos al principio, analizaremos juntamente los tres pronunciamientos, centrándonos en los argumentos o alegaciones principales (que por otra parte han sido sustancialmente los mismos, salvo excepción), no sin antes hacer unas breves consideraciones de índole formal.

6.1. Observaciones formales

La primera observación es que la sentencia y en menor medida los dos votos particulares resultan excesivamente largos, premiosos por momentos, para la exposición de unos razonamientos no muy numerosos y al fin y la postre bastante claros y sencillos en lo conceptual, con independencia de su mayor o menor validez jurídica y de su interés social (más aun humano) en varios aspectos. Entendemos en particular que los “Principios generales” expuestos en los párrafos 48 al 57 se habrían podido reducir a la mitad y nos atreveríamos a decir lo mismo en los párrafos 58 al 82 sobre aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo, tanto más cuanto que se repiten a menudo los mismos argumentos (a veces casi literalmente). El segundo voto particular (el de los tres disidentes) adolece hasta cierto punto del mismo defecto (mejor dicho exceso) al exponer que no tenía siquiera expectativa legítima de éxito.

6.2. Consideraciones sustantivas

PRIMERA.- (aunque no necesariamente la decisiva en nuestra valoración de conjunto). Nos declaramos conformes en lo fundamental con el segundo voto particular. Compartimos, en efecto, su oposición al fallo, por cuanto la recurrente ya no tenía derecho a pensión de viudedad según la legislación vigente en la fecha de fallecimiento de su compañero. Es en el fondo el mismo argumento (si bien con otras palabras) que el de los disidentes, quienes se centran (a nuestro juicio con acierto) en la STC 40/2014, de 11 de marzo, como hecho determinante, en último término, de la negativa del INSS a la solicitud de la Sra. Valverde, que tuvo con posterioridad.

SEGUNDA.- Declaramos asimismo nuestra total disconformidad con el primer voto particular sobre presunta discriminación contra la Sra. Valverde (que invoca el art. 14 del Convenio), cargo que hace suyo en gran parte el fallo del caso. Nadie ha probado (ni siquiera ha intentado seriamente probarlo) que la negativa de pensión a la recurrente haya obedecido a razones de sexo o, como se dice ahora de género.

TERCERA.- Si se nos permite una nota de ironía ácida (sin acusar ni menospreciar a la Sra. Valverde, que actuó de buena fe en todo momento), sí habría habido discriminación, pero a favor de la recurrente, no en contra de ella, de no haber sido anulado por la STC 40/2014 el artículo 174.3 del Código Civil catalán, que otorgaba a los residentes en Cataluña condiciones bastante menos rigurosas para el derecho a pensión de viudedad (en materia de tiempo de convivencia como de fecha o plazo de acreditación) que las establecidas con carácter general por la LGSS para los residentes en las CC.AA. sin derecho civil propio (la gran mayoría en número y en población).

CUARTA.- En cuanto a la aplicabilidad del artículo 1.º del Protocolo núm. 1 al caso presente, uno de los argumentos principales de la recurrente (formulado en conexión con el de presunta violación del artículo 14 del Convenio, al que hemos aludido), rechazado de plano por la representación del Estado, recogido sin reservas (con gran detenimiento) por el fallo mayoritario, pero rechazado categóricamente por los tres firmantes del segundo voto particular, opinamos nuevamente en contra del fallo, y a favor por ende del parecer de los tres disidentes. Entendemos en efecto que el Protocolo no es aplicable al recurso de la Sra. Valverde por las razones que se exponen a continuación.

QUINTA.- El artículo en cuestión habla estrictamente de derecho de toda persona física o moral al “respeto de sus bienes” y prohíbe toda privación arbitraria de la propiedad. Pero la jurisprudencia del TEDH, según se deduce de los extensos considerandos del fallo, extiende su ámbito de aplicación a todo lo que, en expresión del propio Tribunal, constituya “posesión” o en términos

mucho más generales “derechos de propiedad” o “derechos patrimoniales” o intereses económicos, llegando incluso a incluir las “expectativas legítimas” de obtener un beneficio o prestación material a la que se crea tener derecho. Precisamente con base en la noción de “expectativa legítima” (entre otros motivos) ha fallado el Tribunal a favor de la recurrente.

SEXTA.- Una vez más, aun siendo conscientes de que se nos pueda achacar estrechez de criterio jurídico o insensibilidad con la situación de la recurrente al negársele la pensión, rechazamos los razonamientos del Tribunal sobre aplicabilidad del Protocolo a la pretensión de la recurrente, ya que, por mucho que se pretenda ensanchar, con una finalidad loable de ayuda a una persona necesitada (*favorabilia sunt amplianda*) el marco del artículo 1.º, resulta ilógico incluir en él la solicitud de una pensión de viudedad que, por fundada que pueda ser jurídica y moralmente, nada tiene que ver con la noción de propiedad o derechos propietarios o patrimoniales y por lo tanto, tampoco con la de expectativa.

En conclusión, estamos de acuerdo con la representación del Estado de que no procede *ratione materiae* aplicar en este caso el Protocolo.

SÉPTIMA.- Con lo que antecede, podríamos, más aún deberíamos en teoría, dar por finalizada nuestra exposición., una vez que nos hemos opuesto no sólo al fallo, sino también a sus considerandos principales. Pero no podemos hacerlo —por imperativo— a la vez jurídico y moral, porque el fallo contiene, justo es reconocerlo, argumentos válidos en derecho, aunque a nuestro juicio insuficientes, y porque el caso presenta, como lo han reconocido tanto los disidentes como los cuatro magistrados mayoritarios, un problema humano y en definitiva social que explica precisamente el estrecho margen de la votación final (cuatro votos contra tres).

OCTAVA.- El argumento principal es que el requisito de transcurso mínimo de dos años entre la inscripción registral de la pareja y la muerte de uno de sus miembros, fundado por lo demás en la lógica preocupación del INSS por evitar fraudes en materia de pensiones resulta aleatorio y en algunos casos, como precisamente el de la Sra. Valverde, imposible de cumplir (*ad impossibilia nemo tenetur*). No se puede en efecto prever cuándo va a suceder el hecho causante (*the trigger event*) del derecho a pensión, salvo en casos excepcionales.

NOVENA.- Tanto el fallo como los dos votos particulares han apreciado, —y censurado con mayor o menor severidad—, la ausencia de medidas transitorias por parte de la Administración inmediatamente después de publicarse la STC 40/2014 para dar a las parejas que, como la Sra. Valverde, residían en CC. AA. con derecho civil propio y régimen específico de acceso a pensión, la oportunidad de adaptar su situación al cambio legislativo

sobrevenido. Aunque apenas se emplea literalmente el término de “seguridad jurídica” (*legal certainty*), queda claro el reproche de todos los miembros del TEDH por la indefensión en la que quedaba la recurrente (señalemos por nuestra parte que el principio de seguridad jurídica se reconoce expresamente en la CE, cuyo artículo 9 dice: “La Constitución garantiza... la seguridad jurídica.”).

DÉCIMA.- Parece meridiano que estas dos últimas consideraciones, unidas a la principal (que, como queda dicho, negamos) de aplicabilidad del Protocolo, han inspirado el fallo a favor de la recurrente. En definitiva el TEDH ha dictado un fallo más bien humano o si se prefiere, humanitario que estrictamente ajustado a derecho, lo que nos mueve a unas reflexiones finales que desarrollamos en el próximo y último párrafo.

UNDÉCIMA.- Todo lo que antecede nos lleva a una conclusión: el TEDH, haciéndose cargo de las circunstancias personales y sociales de la recurrente, ha dado prioridad a la equidad sobre la legalidad, a la justicia social sobre la ley, tratando de remediar así lo que, por imprevisión debida a la incompetencia o por falta de sensibilidad el legislador o más probablemente el propio INSS no evitó dictando las medidas transitorias que habrían podido resolver situaciones como la de autos. Personalmente celebramos como ciudadanos o simplemente como seres humanos lo que como juristas no podemos aprobar. Sólo nos queda esperar que la Administración española actúe en lo sucesivo con rigor jurídico y a la vez con flexibilidad humanitaria para evitar que el TEDH, como previenen los tres disidentes, entorpezca, coarte o condicione su labor.

IV

CRÓNICA DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA PARLIAMENTARY ACTIVITY REPORT

La Actividad Parlamentaria de julio a diciembre de 2022 (XII Legislatura)

Parliamentary Activity from
July to December 2022 (XII Legislature)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA.—3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid.—3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid.—3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid.—3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid.—3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid.—IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA.—4.1. Relación de Leyes aprobadas.—V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA.—5.1. Cuadros resumen de actividad parlamentaria.—5.2. Gráficos estadísticos.

I. INTRODUCCIÓN

El seguimiento de la actividad parlamentaria realizada en la Asamblea de Madrid, objeto de la presente crónica parlamentaria, tiene como finalidad ofrecer la información relativa al tercer período de sesiones la XII Legislatura, que comprende los meses de julio a diciembre de 2022.

La estructura del presente trabajo sigue el mismo esquema que el adoptado en anteriores números de la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

II. COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

En este período de sesiones se ha producido la siguiente modificación en cuanto a pérdida y adquisición de la condición de Diputado:

* Jefe de la Sección de Archivo y Jefe del Negociado de Archivo Administrativo de la Asamblea de Madrid, respectivamente.

La **Ilma. Sra. D.^a María del Carmen Castell Díaz**, del Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14.1.e) del Reglamento de la Asamblea, causó baja por renuncia a su condición de Diputada el 10 de noviembre de 2022 (Acuerdo de Mesa de 14 de noviembre de 2022, BOAM 74, de 17 de noviembre), y fue sustituida por la **Ilma. Sra. D.^a María Fernández-Saliner García**, que adquirió la condición de Diputada en la sesión plenaria de 17 de noviembre de 2022 (BOAM 75, de 24 de noviembre).

III. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE LA CÁMARA

3.1. El Pleno de la Asamblea de Madrid

A continuación se reseñan las fechas de las sesiones, el número del Diario de Sesiones y de Acta correspondientes.

Sesiones Plenarias

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	12/09/2022	289	17/2022
	2	22/09/2022	298	18/2022
	Total sesiones de septiembre de 2022 2			
Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	06/10/2022	310	19/2022
	2	13/10/2022	320	20/2022
	3	20/10/2022	332	21/2022
	Total sesiones de octubre de 2022..... 3			
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	03/11/2022	338	22/2022
	2	10/11/2022	348	23/2022
	3	17/11/2022	358	24/2022
	Total sesiones de noviembre de 2022 3			
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.	N.º de Acta
	1	01/12/2022	366	25/2022
	2	15/12/2022	382	26/2022
	Total sesiones de diciembre de 2022 2			
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 10				

3.2. Las Comisiones de la Asamblea de Madrid

Las sesiones celebradas por la Comisiones de la Asamblea de Madrid en el presente período han sido las que se enumeran a continuación:

COMISIONES PERMANENTES LEGISLATIVAS

3.2.1. *Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado*

3.2.1.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 4)

3.2.1.2. Composición (BOAM 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición de la Comisión durante este período de sesiones.

3.2.1.3. Sesiones de la Comisión de Estatuto de Autonomía, Reglamento y Estatuto del Diputado

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA, REGLAMENTO Y ESTATUTO DEL DIPUTADO

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Diciembre	1	07/12/2022	s/n.º
	Total sesiones mes de diciembre de 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 1			

3.2.2. *Comisión de Cultura*

3.2.2.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 15)

3.2.2.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.2.3. Sesiones de la Comisión de Cultura

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE CULTURA**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Septiembre	1	20/09/2022	294
	Total sesiones mes de septiembre de 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	05/10/2022	308
	2	18/10/2022	327
	Total sesiones mes de octubre de 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	22/11/2022	365
	Total sesiones mes de noviembre de 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 4			

3.2.3. *Comisión de Presidencia, Justicia e Interior*

3.2.3.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 5)

3.2.3.2. Composición: (BOAM 9, de 30/07/2021)

Modificaciones en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. ^a Paloma Adrados Gautier	D. Ángel Ramos Sánchez	-	BOAM 74, de 17/11/2022
GPP	Nombramiento de D. José Enrique Núñez Guijarro como Presidente de la Comisión		07/11/2022	BOAM 74, de 17/11/2022 DSS 343, de 07/11/2022

3.2.3.3. Sesiones de la Comisión de Presidencia, Justicia e Interior

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR

Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/10/2022	303
	2	10/10/2022	315
	3	21/10/2022	335
	Total sesiones mes de octubre 2022 3		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/11/2022	343
	2	21/11/2022	363
	Total sesiones mes de noviembre 2022 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/12/2022	371
	2	19/12/2022	388
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 2		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 7			

3.2.4. Comisión de Presupuestos y Hacienda

3.2.4.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 8)

3.2.4.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones durante el período de sesiones.

3.2.4.3. Sesiones de la Comisión de Presupuestos y Hacienda

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PRESUPUESTOS Y HACIENDA

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Septiembre	1	21/09/2022	297
	Total sesiones mes de septiembre 2022		1
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	19/10/2022	331
	Total sesiones mes de octubre 2022		1

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	11/11/2022	349
	2	11/11/2022	350
	3	14/11/2022	351
	4	14/11/2022	353
	5	15/11/2022	354
	6	15/11/2022	355
	7	16/11/2022	356
	8	16/11/2022	357
	Total sesiones mes de noviembre 2022 8		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	13/12/2022	378
	2	13/12/2022	379
	3	14/12/2022	380
	4	14/12/2022	381
	5	16/12/2022	383
	6	16/12/2022	385
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 6		
Total sesiones de julio a diciembre 2022..... 16			

3.2.5. Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

3.2.5.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 7)

3.2.5.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante este período de sesiones.

3.2.5.3. Sesiones de la Comisión de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y AGRICULTURA

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	20/09/2022	295
	Total sesiones mes de septiembre 2022		1

Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/10/2022	306
	2	18/10/2022	328
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	20/12/2022	391
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022.....4			

3.2.6. Comisión de Sanidad

3.2.6.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 12)

3.2.6.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha	Publicación
GPMM	D. ^a Loreto Arenillas Gómez	D. ^a M. ^a Pastor Valdés	12/09/2022	BOAM 62, de 16/09/2022
GPP	-	D. ^a Mirina Cortés Ortega	21/11/2022	BOAM 75, de 24/11/2022

3.2.6.3. Sesiones de la Comisión de Sanidad

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE SANIDAD

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/09/2022	292
	Total sesiones mes de septiembre 2022		1
Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/10/2022	302
	2	17/10/2022	325
	Total sesiones mes de octubre 2022		2

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	21/11/2022	362
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	12/12/2022	377
	2	19/12/2022	387
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 2		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 6			

3.2.7. Comisión de Familia y Política Social

3.2.7.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 9)

3.2.7.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.7.3. Sesiones de la Comisión de Familia y Política Social

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE FAMILIA Y POLÍTICA SOCIAL

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/09/2022	290
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	03/10/2022	301
	2	17/10/2022	323
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	21/11/2022	361
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	12/12/2022	375
	2	19/12/2022	386
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 2		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 6			

3.2.8. *Comisión de Turismo y Deportes*

3.2.8.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 14)

3.2.8.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPM	D.ª María Acín Carrera	D. Jorge Moruno Danzi	-	BOAM 65, de 06/10/2022
GPS	D. Santiago José Rivero Cruz	D. Javier Guardiola Arévalo, designado Portavoz	-	BOAM 79, de 22/12/2022

3.2.8.3. Sesiones de la Comisión de Turismo y Deportes

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE TURISMO Y DEPORTES

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	19/09/2022	291
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/10/2022	305
	2	17/10/2022	324
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/11/2022	352
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	12/12/2022	376
	2	20/12/2022	390
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 2		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 6			

3.2.9. Comisión de Transportes e Infraestructuras

3.2.9.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (DSS. número 13)

3.2.9.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPVOX	Designado Portavoz Adjunto D. Mariano Calabuig Martínez, en sustitución de D. Javier Pérez Gallardo		-	BOAM 75, de 24/11/2022

3.2.9.3. Sesiones de la Comisión de Transportes e Infraestructuras

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	23/09/2022	299
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	07/10/2022	311
	2	21/10/2022	333
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/11/2022	339
	2	18/11/2022	359
	Total sesiones mes de noviembre 2022 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/12/2022	367
	2	16/12/2022	384
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 2		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 7			

3.2.10. *Comisión de Mujer*

3.2.10.1. Constitución: 26 de septiembre de 2019 (D.SS. número 19)

3.2.10.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	-	D. ^a M. ^a Belén Fernández-Saliner García	-	BOAM 75, de 24/11/2022

3.2.10.3. Sesiones de la Comisión de Mujer

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE MUJER**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Diciembre	1	07/12/2022	373
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 1		
Total sesiones julio a diciembre 2022.....1			

3.2.11. *Comisión de Juventud*

3.2.11.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 17)

3.2.11.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.11.3. Sesiones de la Comisión de Juventud

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE JUVENTUD**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	11/10/2022	317
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	08/11/2022	345
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 2			

3.2.12. Comisión de Economía y Empleo

3.2.12.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 9)

3.2.12.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPS	-	D. Nicolás Rodríguez García, designado Portavoz Adjunto en sustitución de D.ª Marta Bernardo Llorente	-	BOAM 79, de 22/12/2022

3.2.12.3. Sesiones de la Comisión de Economía y Empleo

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN DE ECONOMÍA Y EMPLEO

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Septiembre	1	23/09/2022	300
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	07/10/2022	312
	2	21/10/2022	334
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	04/11/2022	340
	2	18/11/2022	334
	Total sesiones mes de noviembre 2022 2		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/12/2022	368
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022.....6			

3.2.13. Comisión de Educación y Universidades

3.2.13.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 6)

En virtud del cambio de denominación de la Consejería correspondiente por Decreto 38/2022, de 15 de junio, pasa a denominarse Comisión Permanente Legislativa de Educación y Universidades (antes Comisión de Educación, Universidades y Ciencia).

3.2.13.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Elección de D. ^a Mirina Cortés Ortega como Presidente y de D. ^a M. ^a Belén Fdez.-Salinero García como Secretaria		21/11/2022	BOAM 75, de 24/11/2022
GPS	D. ^a Marta Bernardo Llorente	D. Santiago Rivero Cruz, designado Portavoz	-	BOAM 79, de 22/12/2022

3.2.13.3. Sesiones de la Comisión de Educación, Universidades y Ciencia

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE EDUCACIÓN Y UNIVERSIDADES

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Septiembre	1	20/09/2022	293
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	04/10/2022	304
	2	18/10/2022	326
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	22/11/2022	364
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Diciembre	1	20/12/2022	389
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 5			

3.2.14. *Comisión de Administración Local y Digitalización*

3.2.14.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 11)

3.2.14.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	D. ^a Lucía Fdez. Alonso	D. ^a M. ^a Belén Fdez.-Salinero García	-	BOAM 75, de 24/11/2022

3.2.14.3. Sesiones de la Comisión de Administración Local y Digitalización

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN LOCAL
Y DIGITALIZACIÓN

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Septiembre	1	21/09/2022	296
	Total sesiones mes de septiembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	05/10/2022	307
	2	19/10/2022	330
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	02/11/2022	336
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 4			

3.2.15. *Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad*

3.2.15.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 18)

3.2.15.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPMM	D. Jorge Moruno Danzi	D. ^a M. ^a Acín Carrera	-	BOAM 65, de 06/10/2022

3.2.15.3. Sesiones de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad

Sesiones de las Comisiones COMISIÓN PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	11/10/2022	318
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	08/11/2022	346
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 2			

COMISIONES PERMANENTES NO LEGISLATIVAS

3.2.16. *Comisión de Vigilancia de las Contrataciones*

3.2.16.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 19)

3.2.16.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPM	D. Jorge Moruno Danzi	D.ª Teresa Zurita Ramón	-	BOAM 62, de 16/09/2022
GPM	Elección de D.ª Teresa Zurita Ramón como Presidente		17/10/2022	DSS 314, BOAM 68, de 20/10/2022

3.2.16.3. Sesiones de la Comisión de Vigilancia de las Contrataciones

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE VIGILANCIA DE LAS CONTRATACIONES

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	10/10/2022	314
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	07/11/2022	342
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Diciembre	1	05/12/2022	370
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 3			

3.2.17. *Comisión de Radio Televisión Madrid*

3.2.17.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 20)

3.2.17.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.17.3. Sesiones de la Comisión de Radio Televisión Madrid

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE RADIO TELEVISIÓN MADRID

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	11/10/2022	319
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	08/11/2022	347
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 2			

3.2.18. *Comisión de Participación*

3.2.18.1. Constitución: 9 de julio de 2021 (D.SS. número 21)

3.2.18.2. Composición: (BOAM número 5, de 08/07/2021)

Modificaciones producidas en la composición de julio a diciembre de 2022:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Elección de D.ª Mar Nicolás Robledano como Presidente		14/10/2022	DSS 321, BOAM 68, de 20/10/2022

3.2.18.3. Sesiones de la Comisión de Participación

Sesiones de las Comisiones
COMISIÓN DE PARTICIPACIÓN

Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	14/10/2022	321
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	09/12/2022	374
	Total sesiones mes de diciembre de 2022..... 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 2			

COMISIONES NO PERMANENTES

3.2.19. *Comisión de Estudio para abordar el Reto Demográfico y la Despoblación en la Comunidad de Madrid*

3.2.19.1. Constitución: 22 de octubre de 2021 (D.SS. número 73)

3.2.19.2. Composición: (BOAM número 18, de 21/10/2021)

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPP	Elección de D. ^a Carla Isabel Greciano Barrado como Presidente		05/10/2022	DSS 309, BOAM 309, de 05/10/2022
GPS	D. ^a Carmen Barahona Prol	D. Nicolás Rguez. García designado Portavoz	-	BOAM 79, de 22/12/2022
GPS	Designación de D. ^a Cristina Glez. Álvarez como Portavoz Adjunta		-	BOAM 79, de 22/12/2022

3.2.19.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones

**COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR EL RETO
DEMOGRÁFICO Y LA DESPOBLACIÓN EN LA
COMUNIDAD DE MADRID**

Octubre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	05/10/2022	309
	2	14/10/2022	322
	Total sesiones mes de octubre 2022 2		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
	1	02/11/2022	337
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 3			

3.2.20. *Comisión de Investigación sobre la Posible Incidencia de la Entrada del Coronavirus a través del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid Barajas en la Expansión de la Covid-19 en la Comunidad de Madrid*

3.2.20.1. Constitución: 14 de julio de 2021 (D.SS. número 22)

3.2.20.2. Composición: (BOAM número 7, de 15/07/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.20.3. Sesiones de la Comisión de Investigación

Sesiones de las Comisiones

**COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN SOBRE LA POSIBLE
INCIDENCIA DE LA ENTRADA DEL CORONAVIRUS A TRAVÉS
DEL AEROPUERTO ADOLFO SUÁREZ MADRID BARAJAS EN
LA EXPANSIÓN DE LA COVID-19 EN LA
COMUNIDAD DE MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	19/10/2022	329
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre de 2022 1			

3.2.21. *Comisión de Estudio para abordar la Situación de la Recuperación Económica a través de los Fondos Europeos en la Comunidad de Madrid*

3.2.21.1. Constitución: 19 de noviembre de 2021 (DSS. número 102)

3.2.21.2. Composición: (BOAM número 24, de 25/11/2021)

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.2.21.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones**COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR LA SITUACIÓN DE LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA A TRAVÉS DE LOS FONDOS EUROPEOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID**

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	10/10/2022	316
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
Noviembre	1	07/11/2022	344
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
Diciembre	1	05/12/2022	372
	Total sesiones mes de diciembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 3			

3.2.22. *Comisión de Estudio para abordar el fenómeno de las bandas juveniles violentas en la Comunidad de Madrid*

3.2.22.1. Constitución: 6 de mayo de 2022 (DSS. número 229)

Mesa de la Comisión

Presidencia: D.^a María del Mar Nicolás Robledano (GPP)
 Vicepresidencia: D.^a Raquel Huerta Bravo (GPMU)
 Secretaría: D.^a Elisa Adela Vigil González (GPP)

3.2.22.2. Composición: (BOAM número 47, de 12/05/2022)

Grupo Parlamentario Popular:

Portavoz: D.^a Ana Dávila-Ponce de León Municio
 Portavoz Adjunta: D.^a Elisa Adela Vigil González
 D.^a María del Mar Nicolás Robledano

Grupo Parlamentario Más Madrid:

Portavoz: D.^a Tania Sánchez Melero
 Portavoz Adjunta: D.^a Raquel Huerta Bravo
 D. Emilio Delgado Orgaz

Grupo Parlamentario Socialista:

Portavoz: D. Javier Guardiola Arévalo
 Portavoz Adjunta: D.^a Lorena Morales Porro
 D. Santiago José Rivero Cruz

Grupo Parlamentario Vox en Madrid:

Portavoz: D. José Ignacio Arias Moreno
 Portavoz Adjunto: D. José M.^a de Berenguer de Santiago
 D. Pablo Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes

Grupo Parlamentario Unidas Podemos:

Portavoz: D. Serigne Mbayé Diouf
 Portavoz Adjunta: D.^a Paloma García Villa
 D. Jacinto Morano González

Modificaciones producidas en la composición durante el período de sesiones:

Grupo	Baja	Alta	Fecha Comisión	Publicación
GPMM	D. ^a Raquel Huerta Bravo	D. Jorge Moruno Danzi, designado Portavoz	-	BOAM 62, de 16/09/2022
GPMM	Designación de D. ^a Tania Sánchez Melero como Portavoz Adjunta		-	BOAM 62, de 16/09/2022
GPMM	Elección de D. ^a Tania Sánchez Melero como Vicepresidente		07/10/2022	DSS 313, BOAM 68, de 20/10/2022
GPMM	D. Emilio Delgado Orgaz	D. Eduardo Fernández Rubiño	-	BOAM 65, de 06/10/2022

GPP	D. ^a M. ^a Mar Nicolás Robledano	D. ^a Miriam Bravo Sánchez	-	BOAM 65, de 06/10/2022
GPP	Elección de D. ^a Miriam Bravo Sánchez como Presidente		07/10/2022	DSS 313, BOAM 68, de 20/10/2022

3.2.22.3. Sesiones de la Comisión de Estudio

Sesiones de las Comisiones

COMISIÓN DE ESTUDIO PARA ABORDAR EL FENÓMENO DE LAS BANDAS JUVENILES VIOLENTAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Octubre	1	07/10/2022	313
	Total sesiones mes de octubre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Noviembre	1	04/11/2022	341
	Total sesiones mes de noviembre 2022 1		
	N.º de sesión	Fecha	D. SS.
Diciembre	1	02/12/2022	369
	Total sesiones mes de diciembre 2022 1		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 3			

3.3. La Diputación Permanente de la Asamblea de Madrid

3.3.1. *Designación de miembros: Sesión plenaria de 8 de julio de 2021 (D.SS número 3)*

3.3.2. *Composición: BOAM número 6, de 9 de julio de 2021*

No se han producido modificaciones en la composición durante el período de sesiones.

3.3.3. *Sesiones de la Diputación Permanente*

No se han celebrado sesiones de la Diputación Permanente durante este período de sesiones.

3.4. La Mesa de la Asamblea de Madrid

3.4.1. Sesión constitutiva de 8 de junio de 2021: Elección de los miembros de la Mesa de la Asamblea (D.SS número 1)

3.4.2. Composición de la Mesa de la Asamblea

No se han producido modificaciones en la composición de la Mesa de la Asamblea durante este período de sesiones.

3.4.3. Sesiones de la Mesa de la Asamblea

Sesiones de la Mesa

Julio (Diputación Permanente)	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	13/07/2022	5/2022
	2	27/07/2022	6/2022
	Total sesiones mes de julio 2022.....		2
Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	05/09/2022	41/2022
	2	06/09/2022	42/2022
	3	12/09/2022	43/2022
	4	13/09/2022	44/2022
	5	19/09/2022	45/2022
	6	26/09/2022	46/2022
	Total sesiones mes de septiembre 2022		6
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	03/10/2022	47/2022
	2	05/10/2022	48/2022
	3	06/10/2022	49/2022
	4	10/10/2022	50/2022
	5	11/10/2022	51/2022
	6	17/10/2022	52/2022
	7	24/10/2022	53/2022
	8	25/10/2022	54/2022
	9	31/10/2022	55/2022
	Total sesiones mes de octubre 2022		9

Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	02/11/2022	56/2022
	2	03/11/2022	57/2022
	3	07/11/2022	58/2022
	4	08/11/2022	59/2022
	5	14/11/2022	60/2022
	6	15/11/2022	61/2022
	7	17/11/2022	62/2022
	8	21/11/2022	63/2022
	9	28/11/2022	64/2022
	10	29/11/2022	65/2022
	11	30/11/2022	66/2022
	Total sesiones mes de noviembre 2022 11		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	02/12/2022	67/2022
	2	05/12/2022	68/2022
	3	05/12/2022	69/2022
	4	12/12/2022	70/2022
	5	13/12/2022	71/2022
	6	15/12/2022	72/2022
	7	19/12/2022	73/2022
	8	29/12/2022	74/2022
	Total sesiones mes de diciembre 2022..... 8		
Total sesiones de julio a diciembre 2022.....36			

3.5. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid

3.5.1. Composición de la Junta de Portavoces

No se han producido comunicaciones por parte de los grupos parlamentarios de asistentes a las Juntas de Portavoces durante este período de sesiones.

3.5.2. *Sesiones de la Junta de Portavoces***Sesiones de la Junta de Portavoces**

Septiembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	06/09/2022	24/2022
	2	14/09/2022	25/2022
	3	20/09/2022	26/2022
	4	27/09/2022	27/2022
	Total sesiones mes de septiembre 2022 4		
Octubre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	04/10/2022	28/2022
	2	11/10/2022	29/2022
	3	18/10/2022	30/2022
	4	25/10/2022	31/2022
	Total sesiones mes de octubre 2022 4		
Noviembre	N.º de sesión	Fecha	N.º de Acta
	1	02/11/2022	32/2022
	2	08/11/2022	33/2022
	3	15/11/2022	34/2022
	4	22/11/2022	35/2022
	5	29/11/2022	36/2022
	Total sesiones mes de noviembre 2022 5		
Diciembre	N.º de sesión	Fecha	Nº de Acta
	1	05/12/2022	37/2022
	2	13/12/2022	38/2022
	Total sesiones mes de diciembre 2022 2		
Total sesiones de julio a diciembre 2022 15			

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA CÁMARA

Durante este período de sesiones se han aprobado las siguientes leyes:

LEY 7/2022, de 24 de octubre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 19/2022. Ley que modifica el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, para incrementar la bonificación aplicable a los parientes colaterales de segundo o tercer grado por consanguinidad en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

BOAM 68 de 20/10/2022, **BOCM** 256 de 27/10/2022, **BOE** 68 de 21/03/2023.

LEY 8/2022, de 16 de noviembre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 20/2022. Modificación del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, para deflactar la escala autonómica y el mínimo personal y familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

BOAM 70 de 27/10/2022, **BOCM** 277 de 21/11/2022, **BOE** 68 de 21/03/2023.

LEY 9/2022, de 16 de noviembre. **ORIGEN:** PROPOSICIÓN DE LEY 4/2021 Modificación de la Ley 5/2018, de 17 de octubre, para la protección, reconocimiento y memoria de las víctimas del terrorismo.

BOAM 73 de 10/11/2022 (corrección de errores en **BOAM** 76 de 01/12/2022), **BOCM** 277 de 21/11/2022, **BOE** 68 de 21/03/2023.

LEY 10/2022, de 16 de noviembre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 1/2022. Ley de Defensa de la Autonomía Financiera de la Comunidad de Madrid.

BOAM 74 de 17/11/2022, **BOCM** 277 de 21/11/2022. **BOE** 68 de 21/03/2023.

LEY 11/2022, de 21 de diciembre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 4/2022. Ley de medidas urgentes para el impulso de la actividad económica y la modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid.

BOAM 79 de 22/12/2022, **BOCM** 304 de 22/12/2022 (corrección de errores en **BOCM** 9 de 11/01/2023). **BOE** 68 de 21/03/2023.

LEY 12/2022, de 21 de diciembre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 13/2022. Ley de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

BOAM 81 de 13/12/2022, **BOAM** 79 de 22/12/2022, **BOCM** 304 de 22/12/2022, **BOCM** 9 de 11/01/2023.

LEY 13/2022, de 21 de diciembre. **ORIGEN:** PROYECTO DE LEY 6/2022. Ley de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid.

BOAM 79 de 22/12/2022, **BOCM** 304 de 22/12/2022.

V. RESUMEN DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

5.1. Cuadros resumen de Actividad Parlamentaria

El cuadro resumen referido a la actividad parlamentaria de la Cámara, expresa el número total de iniciativas parlamentarias presentadas en este periodo de sesiones, así como su estado de tramitación al finalizar el periodo de sesiones.

Initiativas	Presentadas		Pendientes		Tramitadas				Decaídas		No Admitidas	Transformadas	Retiradas
Proyectos de Ley	9		6		3				-		-	-	-
Proposiciones de Ley	19		16		2				-		1	-	-
Proposiciones no de Ley	Pleno: 87	Comisión: 36	57	Aprob.: 4	Rechaz.: 20	Aprob.: 3	Rechaz.: 7	-	-	26	-	5	
													Pleno: 24
	125			37									
Interpelaciones	4			1		1							-
Mociones	3		-		Aprobadas: -		Rechazadas: 3		-		-	-	-
					3								
Comparecencias	635		Pleno: 53	Comisión: 70	Pleno: 1		Comisión: 70		Pleno: -	Comis.: 4	244	-	7
			309		71				4				
P. Orales en Pleno	1206		-		148				8		231	516	303
P. Orales en Comisión	1121		-		148				13		295	379	286
Preguntas Escritas	1458		725		600				-		78	53 calificadas como PI	2
P. de Información	3123		750		1927				-		419	-	27
TOTAL	7703		1864		2940				25		1296	948	630

Comunicaciones de Gobierno: 64

El cuadro resumen que se expresa a continuación recoge las iniciativas parlamentarias presentadas por Autores.

Función Legislativa			Función de Dirección o Impulso Político		Función de Control						
Autor	Proyectos de Ley	Proposiciones de Ley	Proposiciones no de Ley	Mociones	Preguntas orales en Pleno	Preguntas orales en Comisión	Preguntas Escritas	Interpelaciones	Comparecencias	Peticiones de Información	Total
G.P. Popular	-	1	9	-	39	44	-	-	28	-	121
G.P. Socialista	-	2	29	3	252	332	350	3	116	1591	2678
G.P. Más Madrid	-	7	61	-	459	335	747	-	303	539	2451
G.P.VOX	-	6	12	-	294	271	145	1	112	679	1520
G.P. Unidas Podemos	-	2	13	-	162	139	216	-	68	314	914
G.P. Socialista, Popular, Más Madrid, Unidas Podemos y Vox	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
G.P. Socialista, Más Madrid y Unidas Podemos	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1
Iniciativa legislativa popular	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Gobierno	9	-	-	-	-	-	-	-	7	-	16
TOTAL	9	19	125	3	1206	1121	1458	4	635	3123	7703

Comunicaciones del Gobierno: 64

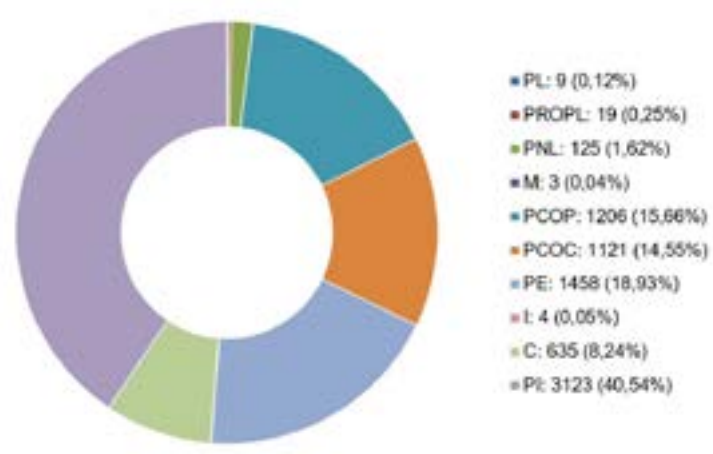
5.2. Gráficos estadísticos

Los dos gráficos que se reseñan a continuación muestran los porcentajes de iniciativas parlamentarias presentadas y su estado de tramitación durante este período de sesiones, y que suman un total de 7703 iniciativas.

GRÁFICO PORCENTUAL POR TRAMITACIÓN



GRÁFICO PORCENTUAL POR TIPOS DE INICIATIVAS



V

RECENSIONES
BOOKS REVIEWS

**Navarro-Valls, Rafael; Martínez-Torrón, Javier;
Valero Estarellas, María José:
Eutanasia y objeción de conciencia
Ediciones Palabra, Madrid, 2022**

Fecha de recepción: 16/03/2023

Fecha de aceptación: 21/03/2023

La obra que comentamos es como una brújula en un momento en el que proliferan leyes muy controvertidas por afectar a nuestras más profundas convicciones morales en temas que podemos calificar sin doble sentido como *vitales*. Sus autores apenas requieren de presentación por gozar de reconocida solvencia en nuestro país como rigurosos juristas que, como es propio de los humanistas, se mueven con absoluta comodidad en el Derecho Comparado. Su trayectoria así lo avala. Rafael Navarro-Valls, además de Catedrático emérito y profesor vitalicio de la Universidad Complutense, es Presidente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas y Vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Javier Martínez-Torrón es también Catedrático de la Universidad Complutense, además de Presidente del Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosas, miembro titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado y miembro del Comité Directivo del *International Consortium for Law and Religious Studies*. Por su parte, la profesora María José Valero Estarellas, aparte de centrar su vocación docente en la Universidad Villanueva, es vicepresidenta del Instituto para el Análisis de la Libertad y la Identidad Religiosa, Cultural y Ética. Estamos ante un libro que se coge con gusto, de esos que, tanto por su extensión como por su amenidad —sin detrimento de la seriedad— se leen en una sentada. Es además una aportación doctrinal muy oportuna, ya que muchas de sus reflexiones no son solamente aplicables al tema que específicamente aborda —la eutanasia— sino también a otras recientemente modificadas, como es el caso del aborto, y respecto de las cuales la adecuada regulación de la objeción de conciencia debería haber sido una preocupación central para el legislador.

* Letrada de las Cortes Generales. Profesora asociada de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-0943-154X>

Partamos de que los Estados democráticos lo son gracias a que la Ilustración y las subsiguientes revoluciones liberales consideraron la conciencia como acreedora de la mayor protección, idea en gran medida tributaria a su vez del cristianismo, que solamente entiende la conducta como genuinamente libre cuando es fiel al propio pensamiento. Por mucho que en la filosofía moderna se haya producido una progresiva desvinculación de la conciencia de parámetros objetivos de moralidad, nos acompaña en nuestra forma de vida, en las decisiones que tomamos y en nuestro actuar público y privado. Seamos médicos, juristas o políticos, no podemos dejar la conciencia en casa y abstraernos en el obrar público de nuestras creencias religiosas o de nuestra moralidad personal. Tampoco el legislador lo hace, aunque a veces diga lo contrario. Por eso, cobra tanta importancia contar con la claridad de obras como la que comentamos.

Formalmente el libro se estructura en siete capítulos, siendo el primero de ellos una introducción en la que se apunta el *leitmotif* que domina el libro y que, no por obvio, es menos digno de resaltar: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, Ley Orgánica 3/2021) genera importantes problemas éticos para un amplio número de profesionales de la salud, primero por la incompatibilidad con ciertos principios morales que puede suponer para muchos y segundo, porque acarrea una importante modificación del sentido y misión del sistema público de salud. No olvidemos que la ley no se limita a despenalizar la eutanasia, sino que la transforma en un derecho subjetivo de carácter prestacional, concretamente, como dice su artículo primero, a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir. Advierten los autores de que no se puede juzgar una ley por casos extremos que inducen a compasión (*i casi pietosi*), sino por los efectos que puede tener con carácter general. Ciertamente es que no ocultan su punto de partida moral, pero también es cierto que el tratamiento que hacen de la objeción de conciencia es tan amplio de miras como riguroso.

Es extremadamente útil que el primer capítulo sustantivo que se aborda después de la Introducción sea el de la tutela constitucional e internacional de la libertad de conciencia, no solamente porque se hace un recorrido por los convenios internacionales más relevantes para España, sino porque es en este capítulo donde se perfilan los conceptos y las técnicas jurídicas e interpretativas que permiten ponderar adecuadamente los derechos en juego. Una primera puntualización importante que puede servir para despejar malentendidos o lugares comunes: “la objeción de conciencia no es tanto un derecho en sí misma cuanto la reacción de una persona ante una situación en la que su libertad de conciencia se ve comprometida por una obligación legal que trata de imponérsele en contra de sus convicciones morales”. Si se considera por tanto que la libertad de conciencia está amparada por la libertad ideológica (art. 16 CE), habrá que colegir que la objeción de conciencia no puede contemplarse como una anomalía o excepción en el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, que forma parte del ordenamiento jurídico español por

aplicación directa de la Constitución y, por lo tanto, que es directamente tuteable por los tribunales. Esta es probablemente una de las afirmaciones de más enjundia de todo el libro y, a pesar de la naturalidad con la que se enuncia, puede no generar unanimidad. Así, no podemos obviar que hay un sector doctrinal según el cual la objeción de conciencia solamente se puede invocar cuando está expresamente reconocida por los tribunales o por la jurisprudencia. Quizás hubiera sido conveniente que los autores se entretuvieran un poco más en esto, ya que además cuentan con el respaldo de la importante sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio (comúnmente conocida como *Testigos de Jehová*). Recordemos que se abordaba en esta sentencia un caso durísimo en el que los padres de un menor fallecido por negarse a recibir una transfusión de sangre recurrían en amparo la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que los condenaba por un delito de homicidio por omisión. Concluía aquí el Tribunal Constitucional que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión “lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas”, por lo que estimaba el amparo. Esta sentencia es muy indicativa de que la libertad de conciencia exige el respeto a una dimensión externa que se traduce en la coherencia de decisiones, opciones y actuaciones con la dimensión interna. Caso más límite que este, se nos ocurren pocos, lo que creemos que confirma la tesis de que la objeción de conciencia no puede depender siempre del reconocimiento por el legislador. En cualquier caso y a partir de aquí, en epígrafes perfectamente bien delimitados se abordan cuestiones esenciales para comprender de qué estamos hablando, como los elementos de la libertad de conciencia (la libertad de creer y la libertad de actuar), los conflictos entre ley y conciencia, cómo ponderar la libertad de conciencia frente a otros intereses públicos o la libertad de conciencia institucional.

Se trata por lo tanto de un capítulo que sienta las bases para poder entender bien el tercero, dedicado a la Ley Orgánica 3/2021 y los problemas morales que genera en los profesionales de la salud. Aparte del reproche que merece la precipitada tramitación de la ley, lo que viene siendo un problema común con el que aquí no nos vamos a entretener, el problema principal que a juicio de los autores tiene la norma es de concepto, no ya porque la eutanasia y el suicidio asistido se pueda considerar que rompen con los principios fundamentales a favor de la vida y de los cuidados que han presidido multisecularmente las profesiones médicas, sino porque plantea el interrogante de hasta qué punto el Estado puede legítimamente definir en qué consiste el ejercicio de la medicina y cuáles son sus condicionantes éticos. Los autores “están convencidos de que el Estado no puede delimitar a su arbitrio el sentido y finalidad de la medicina, que existe mucho antes que el propio Estado”, razón por la que defienden que no estamos ante actos médicos, sino a lo sumo antes actos sanitarios. Es un planteamiento liberal de indudables consecuencias en el plano ético y en la configuración de la objeción de conciencia.

Para tener una perspectiva más completa de las opciones legislativas que se plantean a la hora de regular la objeción de conciencia resulta cuando menos prudente adentrarse en el Derecho Comparado, dando por sentado que mucho no hay, ya que España es uno de los pocos países del mundo que reconocen y regulan la eutanasia. Precisamente a esto dedican los autores el capítulo cuarto, un capítulo que permite contrastar las opciones con las que contaba el legislador, especialmente a la hora de abordar la objeción de conciencia, y del que se extraen conclusiones que resultan preocupantes. No vamos a reproducir aquí los elementos nucleares de las regulaciones de Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Colombia, Canadá o Nueva Zelanda, —a tal efecto recomendamos al lector que lea atentamente este capítulo—, pero sí que merece la pena detenerse en algunas reflexiones. La primera es que allí donde la eutanasia no se concibe como un derecho, parece haber también un mayor respeto hacia la libertad de conciencia del personal sanitario. Si se concibe la eutanasia como un derecho prestacional, —opción del legislador español— se asume por el Estado el deber de garantizar que existan medios personales para ello, aún a costa de restringir la libertad de conciencia dificultando la objeción e incluso prohibiéndola en su vertiente institucional. La segunda reflexión es que las leyes se aprueban con las mayores cautelas pensando en los casos extremos que casi nadie se atreve a juzgar, pero paulatinamente se va generando una cierta banalización. Ilustrativo en este sentido es el caso de los Países Bajos y de Canadá. En el primero se debate ampliar los supuestos despenalizados a personas mayores de 75 años que, sin patologías graves, expresen un deseo reiterado de morir por estar “cansados de la vida”. En Canadá, en marzo de 2023 terminaba la moratoria que impedía la aplicación de la ley a enfermos con patologías exclusivamente psiquiátricas. Es difícil no sentir cierto desasosiego al pensar que hay sociedades avanzadas que ven la muerte como la salida natural a situaciones a las que deberían ser capaces de hacer frente dedicando recursos públicos y compromiso cívico para cuidar y acompañar a los que más lo necesitan.

Para los constitucionalistas resulta especialmente interesante la referencia que se hace en este capítulo a la denominada objeción de conciencia política. En plena tramitación de la ley de eutanasia de Luxemburgo, el 2 de diciembre de 2008, el Gran Duque manifestó que, en caso de que llegara a aprobarse, se encontraba por razones de conciencia imposibilitado para sancionarla. La única manera que se avistó de resolver el conflicto fue reformar el artículo 34 de la Constitución limitando la prerrogativa del soberano a la promulgación de la ley, en lugar de a la sanción y promulgación. El ejemplo no es baladí, ya que pone de relieve que la defensa de las convicciones más profundas puede invocarse en el ámbito político, incluso por un Jefe de Estado. Se trata en definitiva de un capítulo importante por la panorámica que presenta, y meritorio en su sencillez porque, a pesar de lo abrumador que puede resultar el Derecho Comparado, aquí se presenta de forma ordenada y centrado en si la eutanasia y el suicidio asistido se configuran o no como

un derecho y en la regulación de la objeción de conciencia, con mención específica también a la objeción de conciencia institucional.

Leído el capítulo dedicado al Derecho Comparado, se está ya en condiciones de aprehender con mucha más precisión los matices de la objeción de conciencia en la Ley Orgánica 3/2021, a la que los autores dedican el capítulo quinto. Transcribimos el artículo 16 para facilitar que el lector siga la exposición:

1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.

Su regulación es ya de por sí algo positivo, pero los autores son claros: la ley adopta una actitud restrictiva hacia la libertad de conciencia que se traduce en un reconocimiento menos amplio del que habría sido deseable. Ello es así tanto por el ámbito subjetivo —personal sanitario directamente implicado y ausencia de reconocimiento de la objeción institucional—, como por lo que en el libro se denomina *perspectiva unidimensional de la objeción de conciencia*. Merece la pena que nos detengamos brevemente en esto último. A los ojos de la ley, o se es objetor o no se es. Es decir, se concibe el ser objetor como una cualidad subjetiva completamente desvinculada de casos concretos y que por lo tanto no atiende ni a circunstancias ni a matices. Solamente con esta visión puede entenderse que se regule un registro de objetores de conciencia, —podría haberse optado por que se registrasen los no objetores, pero esto es otra cuestión—, que pretende ayudar a organizar los recursos para que los pacientes puedan ejercer su derecho prestacional. Se trata de un expediente útil, pero que constitucionalmente resulta problemático al pretender una fotografía de una realidad no estática, ya que la conciencia experimentada y el pensamiento bien formado saben que están condenados a moverse en zonas grises. Aspecto controvertido es también el de la mencionada objeción de conciencia institucional, predicable de las personas jurídicas en determinados sistemas, no en el nuestro. Si las personas jurídicas gozan de los derechos fundamentales que por su naturaleza les sean aplicables, no se entiende muy bien por qué no se les reconoce el derecho a objetar en el sentido de no

realizar determinadas actuaciones que se oponen frontalmente a su ideario. Si la cuestión plantea dudas en el plano dogmático, menos comprensible aún resulta si la abordamos desde un punto de vista más pragmático y, si se quiere, más acomodaticio e incluso más correcto jurídicamente: si se garantiza que el derecho va a quedar satisfecho al haber centros que garantizan la prestación de la ayuda para morir, ¿por qué no se va a reconocer a otros centros el derecho a acogerse a la objeción de conciencia? Se trata ni más ni menos del principio de concordancia práctica —alumbrado por la doctrina alemana y acogido por nuestro Tribunal Constitucional— y que exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante.

Este y otros puntos problemáticos de la ley pueden llevar a pensar que el legislador no está ponderando adecuadamente los derechos en conflicto. Tenemos por un lado el derecho prestacional a recibir asistencia para morir, derecho creado por la ley, que no está reconocido por la Constitución y que no parece derivarse de ningún otro derecho constitucionalmente reconocido. No insisten los autores en la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto, pero ello no nos impide recordar aquí que desde la perspectiva constitucional la vida es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” y derecho con un “contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. Continúa la ya mencionada STC 152/2002, de 18 de julio afirmando que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional”. De otro lado tenemos el derecho a la libertad de conciencia, internacionalmente reconocido y recogido en el artículo 16 de la Constitución. Ya sabemos que puede haber derechos que no tengan el mismo rango y que aun así haya que ponderar, pero en esa operación es imprescindible que el legislador minimice daños, es decir que aplique el juicio de necesidad consistente en valorar si no existe otra medida más moderada para la consecución del propósito que se persigue y que revista igual eficacia. A la vista del Derecho Comparado, es inevitable preguntarse por qué no se ha inclinado el legislador por otras opciones más aquilatadas.

Finalizando el capítulo quinto se menciona el hecho de que la disposición final 3.^a de la ley excluya del carácter de ley orgánica el art.16.1 que regula la objeción de conciencia. Dicha regulación es fruto de una corrección técnica aprobada durante el debate de la iniciativa en el pleno del Congreso de los Diputados. No solamente coincidimos con los autores en que la disposición debería tener carácter orgánico, y así se advirtió por los Letrados de las Cortes Generales durante la tramitación del proyecto de ley, sino que consideramos que se trata de un aspecto de tal calibre que es plenamente acertado incluirlo entre los aspectos a modificar que se relacionan en el último

capítulo. Al fin y al cabo, la regulación por ley orgánica (art. 81 CE) es una de las garantías de los derechos fundamentales frente al legislador ordinario y aquí traemos a colación el significado *contramayoritario* de los derechos fundamentales. Sin embargo, hay que apuntar aquí que lo mismo hace el legislador en relación con la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, ya que la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero no atribuye a la objeción de conciencia el carácter de precepto orgánico (tampoco lo tenía en la redacción original de la Ley 2/2010, de 3 de marzo). Y ello a pesar de que la primera sentencia sobre el aborto, la STC 53/1985, de 11 de abril, señaló expresamente que “(la) objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

El capítulo sexto es interesante al estar dedicado a un documento que los no especialistas en el tema no suelen tener a mano, el *Manual de buenas prácticas en eutanasia* del Ministerio de Sanidad. Hacen los autores una buena síntesis y destacan algunos aspectos positivos del mismo, como la aceptación de la objeción de conciencia sobrevenida o la insistencia en la confidencialidad del registro de objetores. Sin embargo, no son triviales los aspectos negativos, particularmente en lo que respecta a la perspectiva restrictiva de la objeción de conciencia, aunque no creemos que el manual tuviera mucho margen dada la configuración que de la objeción de conciencia hace la ley. Sí que añade el manual la obligación del profesional objetor de derivar la solicitud de ayuda para morir a otro profesional o a su inmediato superior y además impide a los objetores formar parte de las Comisiones de Garantía y Evaluación, lo que puede verse como limitaciones innecesarias a la objeción de conciencia.

Concluye el libro con un capítulo séptimo que, a modo de resumen, apunta las revisiones que requiere la ley y que son perfectamente coherentes con lo mantenido a lo largo del trabajo: modificar la ley mediante un procedimiento que integre adecuadamente a todos los afectados, incluido el Comité de Bioética de España; eliminación del registro de objetores; ampliación de las modalidades de objeción de conciencia individual; eliminación del deber de referencia o remisión; posibilidad de pertenencia de los objetores a las Comisiones de Garantía y Evaluación y reconocimiento del carácter orgánico del artículo 16.

Podemos decir sin titubeos que se trata de un libro breve pero completo y serio, con cita equilibrada de referencias académicas y jurisprudenciales, —nacionales, extranjeras y de tribunales internacionales—, y de lectura amena. Los que compartan la visión ética desde la que se afronta el tema, encontrarán muchos puntos de apoyo y los que difieran se enriquecerán con una exposición jurídicamente muy sólida. El tema es duro, ya que detrás late el sufrimiento humano, pero si hay una convicción que al finalizar

la lectura sensatamente se podría compartir por la mayoría de lectores, es la necesidad de que el legislador en un Estado democrático tiene la responsabilidad de hacer el esfuerzo que sea necesario por intentar cohonestar todas las sensibilidades y por pensar en medidas que cumplan los objetivos que se pretenden alcanzar de la forma lo menos invasiva posible para los derechos fundamentales de los afectados por la norma.

**Aragón, M.; De Carreras, F.; Díez Nicolás, J.;
Fernández, T-R; García Delgado, J. L.;
Lamo de Espinosa, E.; Mangas, A.;
Sosa Wagner, F.; Tortella, G.:
España: Democracia menguante
Fundación Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2022**

Fecha de recepción: 13/03/2023

Fecha de aceptación: 17/03/2023

Estamos asistiendo a la zozobra de las instituciones democrático-constitucionales en occidente, aunque en algunas latitudes la cosa ha tornado más grave que en el resto de países. La senda transitada por Polonia y Hungría parece haber llegado a países que se creían blindados frente a ello (el Reino Unido del Brexit, sin ir más lejos). España, desafortunadamente, no se ha visto libre de sospecha pues la situación de nuestra democracia constitucional dista de ser idílica.

Un grupo de intelectuales españoles, acreditados profesionales con la mayor solvencia en sus diversos campos de experiencia reunidos en nómina rutilante auspiciada por el Colegio Libre de Eméritos al que todos pertenecen, ha dado a la imprenta una obra que examina los principales problemas que atraviesa la democracia española y cómo ha sido horadada no solo por el paso del tiempo, algo al fin y al cabo ineluctable, sino por personas que con responsabilidades de gobierno están implementando tácticas y estrategias que bien podrían conducir a su socavamiento. No en vano, en el último Democracy Index de la prestigiosa revista The Economist, España ha abandonado el selecto club de “full democracies” por haber bajado su puntuación general, bajón debido en gran medida a la bajada que se ha producido de nuestro país en lo que a independencia judicial (lato sensu) se refiere.

Éramos muchos lo que extrañábamos un análisis en profundidad de las causas y consecuencias de dicho deterioro, que tiene que ver, en esencia, con la pérdida del pensamiento ilustrado. La nómina de pensadores que respon-

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional (UCM). <https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

den a la llamada del profesor Manuel Aragón, catedrático de Derecho Constitucional y exmagistrado del Tribunal Constitucional, ha redundado en un libro necesario, incluso podríamos decir que urgente, frente al cual no cabe sino cerrar sus páginas con una sensación de preocupación creciente con la pregunta clave en lontananza: ¿quién está al volante? El Colegio Libre de Eméritos, institución formada por catedráticos de universidad de prestigio indiscutible, ha aunado desde tiempos inmemoriales diferentes ramas del saber y de la ciencia para estar en condiciones de ofrecer a la sociedad de la que forma parte una contribución colectiva que será comentada y reflexionada con la atención y dedicación que la empresa merece.

En las líneas que siguen, se ofrece una reseña donde se extracta, a grandes trazos, el contenido de los diferentes capítulos y las soluciones que se ofrecen ante una pléyade de problemas que no dejarán ni indiferente ni carente de preocupación a quien se acerque a estas páginas. Vaya por delante que los autores del libro no pretenden pontificar desde una inaccesible atalaya: son observadores agudos, desde el auténtico conocimiento y la experiencia consolidada, de lo que estiman que funciona mal en España y de qué podríamos hacer para revertir tan infausta situación.

El planteamiento de la obra comienza haciendo por votos por tener en cuenta que la situación de deterioro de la democracia española pone en grave riesgo el adecuado funcionamiento de nuestro sistema constitucional, con la consiguiente merma de las libertades y el progreso político, social y económico que desde la transición política y la plena instauración de la democracia habíamos disfrutado durante décadas los españoles. La causa principal del deterioro de nuestro entramado democrático-constitucional reside en la concatenación de tres causas: defectuoso funcionamiento de los partidos políticos, deslealtad constitucional de determinadas instituciones y el abandono de pactos transversales que aglutinen a las principales formaciones partidarias, empresariales y sindicales, “sin los que la democracia no puede sostenerse” (p. 16).

El primer capítulo, de título “El fracaso de la política”, constituye una reflexión de largo alcance sobre los motivos de desafección de la ciudadanía, perpleja, trabajadora, agotada y, aun así, esperanzada, en su clase política. Anotando problemas como algunas tendencias perversas del sistema electoral, o la estrategia iniciada por el independentismo catalán de los “cordones sanitarios” dando lugar a gobiernos radicalizados administrando a ciudadanos que no lo están, el capítulo es meridiano en detectar el problema: “los políticos”. La falta de diálogo entre la derecha y la izquierda como consecuencia de ese radicalismo es “una impostación de los políticos que no existe en los representados” (p. 31).

El segundo capítulo lleva por rúbrica “democracia constitucional y régimen parlamentario” y es un auténtico tour de forcé donde se explica con toda claridad —y no menor preocupación— cuáles son las principales disfunciones que se observan en el marco de nuestro sistema: constatado

el deterioro de la misma, los autores abogan por llevar a cabo una serie de reformas que puedan revertir la situación, tan desalentadora. Acaban por argumentar que la Monarquía parlamentaria es una institución fundamental en nuestro sistema político y, de hecho, presenta una unión inescindible no solo para con la unidad y permanencia de nuestra Nación sino como parte fundamental del proceso constituyente que alumbró la Constitución de 1978. Las consideraciones que se hacen al final no son halagüeñas pero sí producto del tino reflexivo: al hilo del debate sobre la pretensión de eliminar el delito de sedición, hoy en España la discusión ya no es entre derechas e izquierdas o entre progresistas y conservadores: hoy en día estamos ante la situación dilemática de “mantener nuestro sistema constitucional democrático o destruirlo” (p. 82).

El tercer capítulo se denomina “sistema electoral y partidos políticos”. Analizado el punto de partida del régimen electoral que preside España desde hace casi cincuenta años (1977-2023), sus elementos estructurales y los rendimientos anotados, los autores estiman que las críticas que suelen hacerse al mismo están más que fundadas y las soluciones propuestas entrarían dentro del marco constitucional sin necesidad ni de forzar ni de reformar la Constitución, especialmente las que buscan mejorar la relación entre el sufragio universal y hacerlo auténticamente igual, así como la que pretende sumar al sufragio libre y directo cierta decisión del elector respecto de las listas electorales.

Se describe un grave descenso de la confianza de los ciudadanos en la política, que comenzó bajo el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero y se ha consolidado e intensificado bajo el Gobierno de Pedro Sánchez. El informe de los expertos se hace eco de que más de ocho de cada diez españoles acreditan, sin la menor duda, rechazo a la actual política mientras que manifiestan cierta nostalgia de la vieja política de pactos y acuerdos. En el ámbito político se examina la degeneración de la democracia española: una ley electoral de listas cerradas y bloqueadas que conlleva que el líder del partido que gana las elecciones no solamente controle los vericuetos del Poder Ejecutivo, sino también los atinentes al Poder Legislativo. Efectivamente, Montesquieu murió, podríamos recordar, parafraseando a cierto vicepresidente del Gobierno socialista. La función parlamentaria de control, incluso la propia potestad legislativa parlamentaria, han decaído casi por completo, pues los decretos-leyes suponen ya entre el 70 % y el 80 % de la producción con rango de ley en España. Una situación que, si se compara con lo que decía la doctrina constitucionalista en las primeras décadas post-Transición, no cabe sino tildar de escandalosa.

El cuarto capítulo tiene que ver con la “independencia del juez, el ministerio fiscal y los jueces constitucionales”. La justicia, su independencia, las dilaciones judiciales que rozan lo indebido, el más que cuestionable rol que ha representado en ocasiones el Ministerio Fiscal, así como el “cambio de cromos” que los principales partidos políticos protagonizan especialmente al

hilo de la selección de los ocho magistrados que corresponden al Parlamento para el Tribunal Constitucional, se entremezcla con el análisis de las propuestas tan razonables como concretas para la mejora de su funcionamiento. Se constata la grave circunstancia de que en parte del territorio español, los poderes autonómicos desobedecen de manera expresa y reiterada la Constitución, así como las leyes y las sentencias del resto de tribunales, sin que el poder central lo remedie utilizando las competencias que tiene para asegurar la vigencia del Estado Derecho.

El siguiente capítulo estudia la cuestión del “Gobierno y de la Administración Pública”. Una vez se ha reseñado el diseño constitucional de nuestro Poder Ejecutivo, se pasa a listar una serie de condicionantes que no ayudan a las tareas de gobernanza. El aumento exponencial de las llamadas agencias administrativas independientes “desconstitucionalizan” parte de las funciones clásicas del Gobierno. El Gobierno no tiene empacho en suplantar al Parlamento y en instrumentalizar al Poder Judicial. La última decisión de este ha sido espeluznante: aprobar el llamado Plan de Resiliencia y Transformación Digital de espaldas a la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta que será el mapa a trazar en los años venideros para superar los peores efectos de una pandemia que todavía se deja sentir en el latido de nuestra sociedad. Además, el Gobierno como órgano deja de tener relevancia propia absorbido por la persona de su presidente, más como un presidente de la nación que como mero presidente del poder ejecutivo. De este modo, se desvirtúa nuestro parlamentarismo institucional, mientras que, en paralelo, Su Majestad El Rey observa cómo se difuminan sus atribuciones.

El antepenúltimo capítulo versa acerca del “Estado Autonómico”, donde se repasa y examina críticamente la cuestión en toda su extensión: de dónde venimos, dónde estamos, qué podemos hacer, así como las cuestiones más relevantes que suelen argüirse en estos debates; desde la reforma constitucional y el federalismo hasta la eventual secesión territorial, pasando por el nacionalismo y la representación territorial. La principal conclusión es que la quizá necesaria reforma constitucional queda supeditada a lo que los dos grandes partidos decidan hacer al respecto.

“La política exterior y europea de España” constituye el penúltimo capítulo. De las primeras cuestiones que hacen notar los autores es que no cabe dissociar las cuitas políticas internas de las externas. La cuestión internacional y la posición de España en el mundo tanto europeo como fuera de dicho rango acredita una creciente debilidad y una alarmante pérdida de reputación. Dicho con otras palabras: cada vez somos más vulnerables y menos influyentes. El creciente presidencialismo, la ruptura de la unidad de representación exterior o las facilidades que suele otorgarse el poder a sí mismo (sobre todo, el Ejecutivo) no auguran nada bueno al prestigio internacional de nuestro país.

En el capítulo titulado “Los problemas de la economía”, se constatan los hechos —casi todos negativos— que, en contra del discurso optimista

del Gobierno socialista actual, describen: una clara tendencia decreciente de nuestro PIB por habitante desde 2007, un gran desempleo —el doble del de la UE— que aumenta con el PSOE en el poder y disminuye con los gobiernos del PP, un mercado laboral —herencia del franquismo— rígido y dual con sindicatos que no representan a los trabajadores sino a los gobiernos socialistas de turno y los trabajadores de las grandes empresas estatales. La libertad de mercado, su segmentación, la innovación tecnológica y la competitividad, ignoradas por los sucesivos ejecutivos, se reivindican como ejes de nuestra prosperidad. La política energética se considera debe ser revisada por completo, comenzando por la derogación de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética de 2021. En materia fiscal se señala la alarmante deuda pública, que aumenta en grandes proporciones con los gobiernos socialistas. Se plantea la necesidad de gobiernos austeros que respeten al contribuyente con servicios sociales de calidad a un precio impositivo módico y, en todo caso, adecuado. El gran tema educativo recibe la atención que merece, aportando un argumento ignorado en España y eje vertebral de los mejores países en esta materia: su calidad depende de la de los maestros, cuya selección y formación debe estar orientada a atraer a los mejores candidatos. La formación profesional dual, los préstamos estatales garantizados a los estudiantes y una seria atención a la investigación científica son posibles soluciones barajadas por los autores. Nada “revolucionario”, como se verá, y sí en la mejor tradición de los países más serios y rigurosos en la materia y faro que guían estas cuestiones.

La obra incide en una idea general que preside todos los capítulos: España tiene, como país, capacidad para enfrentarse a sus propios problemas, pero no puede seguir dilatando tal decisión en estos tiempos de gobiernos de miras, por lo demás, tan cortoplacistas. No tenemos un Estado fallido, pero sí sumamente debilitado. Está en manos de los políticos y de los ciudadanos alertar y difundir la necesidad de la reforma. Es ahora cuando debemos tener altura de miras, capacidad de decisión, motivación y determinación. Nos debemos una capacidad de reacción que, de momento, brilla por su ausencia. O vigilamos y denunciemos y hacemos, en consecuencia, o toleraremos que el barco se vaya a pique con obsecuencia. Tenemos que frenar el deterioro que está sufriendo nuestra democracia constitucional, para que dejemos de ser una democracia menguante y volvamos a ser lo que fuimos desde 1976: una democracia creciente y próspera.

**Canales Aliende, José Manuel
y Colomer Viadel, Antonio (coords.):**
***Estudios sobre pensamiento y
cultura política en Iberoamérica***
Publications Universitat d'Alacant, 2022

Fecha de recepción: 26/05/2023

Fecha de aceptación: 05/06/2023

La presente obra, que constituye la Número 9 en la Colección de Estudios e Informes del Observatorio Lucentino de Administración y Políticas Públicas, adscrito al Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad d'Alacant, tiene una estructura interna ordenada en seis capítulos diferentes y, al propio tiempo, complementarios. Cada capítulo tiene como autor a uno de los coordinadores. La excepción la constituye el que cierra la obra, cuya autoría se debe al Profesor Manuel Rodríguez Maciá. En todo caso, se trata de un libro en el que se rinde un muy merecido homenaje a dos grandes maestros, como son José Enrique Rodó y Mario Bunge.

El tema central del libro está constituido por el estudio de diversos aspectos relativos al pensamiento y a la cultura en Iberoamérica; con su problemática, retos y desafíos de futuro. Esta amplia cuestión, que constituye el eje central de la obra, se completa con un análisis en clave local relativo al ámbito centroamericano, a cargo del ya mencionado Profesor Rodríguez Maciá.

Como explica el Profesor Canales Aliende en el Prólogo de la obra, que comprende las páginas 9 y 10 de la misma, se ha optado, en una decisión plenamente compartida por el autor del presente comentario bibliográfico, por el empleo del término Iberoamérica, “frente al también similar de América Latina, para recalcar el relevante papel de España y Portugal en el continente americano frente a otros países latinos de menor impacto, y a la vez como expresión de un término mucho más preciso e histórico” (p. 9). Como también señala el prologuista, el libro pretende ser un homenaje a José Enrique Rodó, con ocasión de cumplirse el 150 aniversario de su nacimiento. A este autor, como nos recuerda el Profesor Canales, se debe el impulso hacia una concepción integradora de la cultura, la estética y el pensamiento

* Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. <https://orcid.org/0000-0002-9717-8272>.

iberoamericano, pero también los avances en la lucha por la unidad política, como pone de manifiesto el Profesor Colomer Viadel en su excelente ensayo “José Enrique Rodó y la unidad Iberoamericana”, incluido asimismo en la monografía objeto del presente análisis.

A continuación, se ofrece una breve referencia a cada uno de los capítulos que integran el libro aquí y ahora recensionado.

I. El primer estudio, *La cultura política y el cambio institucional en Iberoamérica*, a cargo del Profesor José Manuel Canales Aliende (pp. 11-44)

A través de estas páginas, el Profesor Canales Aliende esboza unas líneas generales sobre la realidad actual de Iberoamérica, “producto del análisis de los diferentes datos y de varias lecturas recogidas estratégicamente” (p. 11). Se ha prestado especial atención al estudio comparado y se ha definido con particular acierto que la finalidad de todo sistema institucional y democrático no puede ser otro que la calidad de vida de la población, es decir, el bienestar de la ciudadanía.

En realidad, como pone de manifiesto el autor, nos enfrentamos a democracias complejas. Unas democracias que deben abarcar no sólo los aspectos políticos, sino también los económicos, ecológicos, sociales y culturales (p. 12). Este carácter integral deseable en las democracias contribuye a incrementar su complejidad. Una complejidad de las democracias que resulta finalmente inevitable, pues las sociedades cuya convivencia ordenan también resultan igualmente complejas. Por lo demás, ha de tratarse de un Estado de Derecho pleno, con libertades eficazmente garantizadas en los ámbitos político y jurisdiccional.

No debe olvidarse que la democracia se encuentra sometida a un proceso de revisión y mejora permanente, aunque no conlleve modificaciones normativas concretas. La propia libertad de concurrencia de diferentes ideologías y partidos políticos que les dan cauce conlleva una permanente puesta en cuestión de lo que no son los conceptos más elementales del propio sistema democrático. La Constitución, como norma suprema y, por consiguiente, factor de estabilidad, favorece que los cambios, que se materializan en leyes de desarrollo constitucional, sean consecuencia de un debate previo en sede parlamentaria.

Todo lo anteriormente descrito se complica en un momento histórico como el actual trufado de cambios y dificultades que resulta muy difícil afrontar con garantías de éxito. Cuestiones tan diferentes como la aceleración de los cambios tecnológicos, la crisis económica permanente y la situación provocada por la pandemia conducen a sociedades por definición inestables, complejas, plurales, diversas y con un futuro cargado de interrogantes. Los sistemas democráticos cuentan con un amplio catálogo de “actores, instituciones y medios de expresión y de representación” que incrementan nota-

blemente la presencia de los poderes públicos en la vida de la comunidad política. En este ámbito histórico en el que nos encontramos inmersos, la evolución hacia el fortalecimiento de las diferentes democracias iberoamericanas constituye un proceso complejo y largo que necesariamente debe articularse a través “de una amplia reflexión, debate, opinión y participación ciudadana” (p. 12).

Muy lejos de esta realidad, por definición cambiante e insegura, quedan las sociedades estables y previsibles del Siglo XX. En los países iberoamericanos las tensiones de ámbito internacional son sobre todo de naturaleza territorial. Afortunadamente, no se han producido otro tipo de conflictos, caracterizados por su enorme gravedad, como son los que tienen que ver con cuestiones relativas a la raza, a la religión o a cuestiones históricas.

En el mantenimiento saludable de la democracia (más allá de lo meramente relacionado con la participación política a través de representantes, que ha de materializarse en un sistema electoral de diseño adecuado y transparente, capaz de resistir los embates de los grupos de presión nacionales e internacionales) resulta crucial una cultura política realmente democrática. O como personalmente sostengo, un conjunto integrado por valores cívicos y cultura constitucional.

Completan este panorama una serie de rasgos particularmente acentuados en Iberoamérica: los procesos migratorios, la multiculturalidad (en bastantes casos materializada en el pluralismo jurídico al que dan lugar los pueblos indígenas) y una población marcadamente joven que alcanza prácticamente la mitad del censo. En este escenario, la educación y el conocimiento están llamados a desempeñar un papel muy relevante en la renovación democrática de la cultura política iberoamericana a través de la sociedad civil y sus representantes (p. 15). En este sentido, resulta esencial la superación definitiva del caudillismo y del liderazgo carismático y populista (p. 20).

Tiene razón el Profesor Canales cuando sostiene que “la cultura política implica aspectos intangibles como los valores, los principios y las actitudes que afectan al comportamiento de la ciudadanía y también al modo de configuración y actuación de las instituciones. Existe pues una relación directa entre la cultura política, la sociedad civil y sus representantes, y las instituciones” (p. 15). Una cultura política que debe ser lo más inclusiva posible y situarse en un entorno de desarrollo económico compatible con la ecología y la sostenibilidad.

Por su parte, el área de Iberoamérica precisa una imprescindible calidad democrática trazada a partir de un sistema institucional fuerte al servicio de los intereses generales de la ciudadanía. Este objetivo tropieza necesariamente con la tradicional inercia de sociedades patriarcales, muy jerarquizadas, machistas, dotadas de líderes carismáticos y populistas e integradas por clases medias débiles. Frente a estas realidades, se necesita una ciudadanía realmente implicada y protagonista a través de unos sistemas de participación política adecuadamente diseñados y testados en su aplicación diaria.

Sistemas institucionales fuertes en un marco de liderazgo, transformador e integrador del cambio social, por medio de élites de calidad, y capaces de generar confianza, constituyen el escenario necesario para el imprescindible desarrollo económico de Iberoamérica. Un sistema institucional fuerte y estable, fruto también del intercambio de buenas prácticas, y una Administración pública plenamente profesional y eficaz, y que efectúe sus contrataciones a través del concurso público, favorece la inversión productiva y el desarrollo social.

En la renovación democrática resultan de la mayor trascendencia el cambio cultural y organizativo-procedimental, pero también los principios y valores públicos y el denominado “capital moral” o “capital ético”.

Como señala José Manuel Canales, en relación a la transformación de la Administración del Estado fundamentada en una óptima formación de los empleados públicos, “el cambio institucional dependerá de tres aspectos o requisitos fundamentales, que lo pueden hacer posible y eficaz, a saber: a) una cultura corporativa y organizativa interna coherente y operativa que lo fomente; b) el apoyo político a todos los niveles, y en especial un liderazgo adecuado de cambio; c) habilidades, capacidades, conceptos y destrezas actualizadas y acordes con el proceso de cambio en todos los empleados públicos” (p. 23).

Resulta esencial el funcionamiento transparente y el fortalecimiento de las instituciones públicas a través de las cuales la sociedad administra sus asuntos económicos, políticos y sociales por medio de interacciones dentro del Estado, la sociedad civil y el sector privado. En este sentido, ha de favorecerse la creación de gobiernos abiertos, transparentes y a los que se exija tanto la rendición de cuentas como el resto de las responsabilidades de carácter político en el marco de una real separación de poderes.

Particular atención ha de prestarse a la prevención y sanción de los casos de corrupción política y administrativa. En países como, a modo de ejemplo, El Salvador, es todavía frecuente la corrupción de la propia policía.

En este mismo ámbito de la delincuencia han de afrontarse en Iberoamérica unos problemas de dimensiones mundiales como son los del tráfico de drogas, el tráfico ilícito de armas o la trata de personas.

Otra asignatura pendiente es todavía el exceso de burocracia y la ausencia de un proceso selectivo al empleo público basado en los principios de mérito y capacidad.

Como señala el Profesor Canales (p. 37), “el desarrollo y la gobernanza (...) democrática y participativa deberían evitar el ya demostrado fracaso del cortoplacismo y el amateurismo en el ámbito de lo público”.

Lo anterior ha de acompañarse por un reforzamiento de la “independencia de los poderes, su control mutuo y las instancias de rendición de cuentas, frente al cesarismo y al hiperpresidencialismo” (p. 39). A ello ha de añadirse que un aparato administrativo fuerte en el marco de un Estado realmente democrático favorece la consecución de los objetivos relacionados con la mejora

de la calidad de vida de los ciudadanos en unas condiciones que configuren la educación como una auténtica prioridad en el conjunto de la acción del Estado, un entorno regeneracionista, un medio ambiente protegido, un pacto social por la igualdad y la inclusión social, la extensión de la tecnología a todos los ámbitos sociales, la digitalización al servicio de los intereses generales y la protección de los derechos humanos (p. 40).

En definitiva, es necesario transformar democracias meramente electorales en sistemas participativos realmente integradores, buscando el equilibrio entre el Estado y el mercado en el apartado económico. El objetivo es lograr un Estado de Derecho consolidado, fruto de parlamentos democráticos merecedores de esa denominación, un sistema institucional fuerte y duradero, así como una adecuada colaboración público-privada en aquellas áreas que la requieran.

II. El segundo estudio, *De la crisis del Estado a su tentación totalitaria. La pandemia como enemiga y como aliada*, a cargo del Profesor Antonio Colomer Viadel (pp. 45-51)

Como señala el Profesor Colomer, “a la vez que hay que defender un Estado al servicio del bien común, hay también que robustecer los mecanismos de defensa y garantía de los derechos fundamentales (...)”. Democracia es “gobierno de la mayoría —tras elecciones libres, transparentes y plurales—”, pero no es menos importante “el principio de protección de las minorías y el sometimiento de todos al marco legal que se han otorgado libremente los ciudadanos iguales, moralmente respetados como tales” (p. 49).

Desde hace ya mucho tiempo, con ocasión de las sucesivas revoluciones tecnológicas, los servicios de información del Estado rastrean todo tipo de comunicaciones aparentemente sólo para controlar a los delincuentes, pero, en la práctica, también para frenar y condicionar a los discrepantes con la mayoría. Recuerda en este sentido el Profesor Colomer que con el pretexto del coronavirus surgió la idea de intervenir nuestros teléfonos móviles para saber por dónde vamos, con quién hablamos y qué hacemos. En este entorno complejo, cambiante e intervencionista de la autonomía privada se hace más necesario que nunca el control democrático del ejercicio del poder. Tiene razón Antonio Colomer cuando sugiere potenciar una serie de valiosos instrumentos favorecedores de la regeneración democrática: la participación generalizada, las iniciativas legislativas populares, las comisiones de investigación y la transparencia efectiva de los comportamientos de los poderes públicos con pleno respeto al derecho a la intimidad de las personas. Ahora bien, como asimismo señala el Profesor Colomer, la principal vacuna democrática es “la regla de la no reelección, de tal modo que deje de ser la obsesión por continuar en el poder la motivación principal que mueva a los dirigentes políticos” (p. 49). La solidaridad, el apoyo mutuo entre ciudadanos,

la conservación de la naturaleza, la educación cívica y la cultura constitucional de la población resultan igualmente esenciales.

III. El tercer estudio, *La democracia integral de Mario Bunge*, a cargo del Profesor Antonio Colomer Viadel (pp. 53-66)

Mario Bunge, como recuerda el Profesor Colomer (p. 56), apuesta por “medir la calidad de vida de los pueblos y del desarrollo humano, no solo por la salud, el ingreso *per cápita* y la educación, sino también añadiéndole dos variables que faltan: la desigualdad de ingresos y la sostenibilidad ecosocial (...) se trata de “ampliar la democracia del terreno de la política a otros terrenos pertinentes: la administración de la riqueza, el entorno natural y la cultura”. En efecto, la democracia integral, defendida por Bunge, conlleva necesariamente el conjunto de los siguientes parámetros: “igualdad de acceso a las riquezas naturales, igualdad de oportunidades económicas y culturales y participación popular en la gerencia de los bienes comunes” como puede ser el agua. En este sentido, el Profesor Colomer, además en su condición de valenciano, recuerda un caso tradicional y de éxito como es el del Tribunal de las Aguas de Valencia que demuestra que el autogobierno es la mejor solución para resolver los conflictos de intereses (pp. 56-57).

En realidad, es necesario recuperar el equilibrio entre los componentes del triple lema de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Se trata, por más que no resulte precisamente sencillo, “de sostener la vigencia de los tres elementos en su autonomía y, a la vez, en su voluntad de cohesión con el conjunto” (p. 57).

Bunge reivindicaba una democracia con auténtico protagonismo de los ciudadanos, y no únicamente en la política, sino también en la cultura y la economía y con un trasvase moral que lo presida todo. Como ha puesto de manifiesto Bunge, el componente más importante de la filosofía política “es la moral”, entendida como “el arte de ayudar a otros a disfrutar de la vida” (p. 66).

La integración de la persona individual en los grupos sociales a los que pertenece resulta esencial. Como ha escrito Antonio Colomer, “un sentimiento de seguridad física, psicológica, se refleja a medida que el hombre se siente más integrado en el grupo (sea este de cualquier índole). Si forzamos al hombre a ir más allá de sus posibilidades físicas o mentales; si le atemorizamos con el manejo de su persona como un utensilio o una herramienta de la que en cualquier momento se puede prescindir, estamos destruyendo o desintegrando los asideros comunitarios del fenómeno humano, y si se acaba la armonía entre lo personal y lo comunitario, erosionamos gravemente a ambos” (Colomer Viadel, Antonio, 1993, *El retorno de Ulises a la comunidad de los libres*. Madrid, Ediciones “Madre Tierra”, Nossa y J. Editores, p. 41).

IV. El cuarto estudio, *Constitución, Estado, democracia y justicia, entre la ficción y la realidad. Al hilo de las crisis democráticas en América Latina*, a cargo del Profesor Antonio Colomer Viadel (pp. 67-73)

Los problemas del Estado democrático en los países y sociedades de Iberoamérica, aunque con intensidad y circunstancias diversas, se materializan en “la debilidad del sistema de partidos, el resquebrajamiento institucional, la crisis del Estado de Derecho, manifestada tanto en la poca o nula independencia del poder judicial y la vulneración de la separación de poderes, con un predominio del poder ejecutivo sobre los otros poderes del Estado” (p. 67).

Como apunta el Profesor Colomer, la mejora de las democracias en Iberoamérica “necesitaría una integración supranacional y una transferencia de soberanías nacionales a órganos de carácter regional y supranacional” (p. 70).

En el campo del Derecho Constitucional es la pretensión de que sus normas sean aplicadas de modo efectivo a los escenarios sociales a las que van dirigidas la que justifica su razón de ser. La Constitución no puede transformarse en un mero adorno para enmascarar “una realidad regida por otros derroteros, y al servicio, a menudo, de intereses oscuros sin nada que ver con esa pretendida norma fundamental”. Por otra parte, “la democracia también implica reglas precisas y claras en donde los gobiernos que respondan a la mayoría lo sean tras elecciones plurales y transparentes con garantías para todas las opciones que se presentan, y luego la mayoría gobernante debe garantizar que las minorías opositoras puedan expresarse con toda libertad, tanto de crítica al gobierno como de exposición a sus alternativas para optar a la justa alternancia en el poder” (p. 71).

Tiene razón el Profesor Colomer cuando pone de manifiesto la extraordinaria importancia de los contenidos éticos como fundamento de una auténtica democracia. En este sentido, propugna “una civilización de sujetos éticos en donde la reciprocidad de deberes y responsabilidades, tanto profesionales como cívicos, crearía un entramado social que daría paso, de manera casi espontánea a la plena vigencia de los derechos constitucionales. Ahora bien, tales responsabilidades de carácter ético han de recaer, en primer lugar, y sobre todo, en los gobernantes y los dirigentes políticos llamados, como es lógico, a dar ejemplo de buen proceder al conjunto de la ciudadanía” (p. 73).

V. El quinto estudio, *José Enrique Rodó y la unidad iberoamericana*, a cargo del Profesor Antonio Colomer Viadel (pp. 75-104)

El pensamiento de José Enrique Rodó (1871-1917) se articula a partir de la idea central de la unidad de Iberoamérica.

En efecto, postula Rodó la integración de Iberoamérica a partir de lo mucho que tienen en común los países que integran el continente, en par-

ticular, la sintonía cultural e idiomática, de historia y de tradición jurídica, religión, costumbres y el perfil psicológico.

Tal unión integradora se apoya también, como apunta el Profesor Antonio Colomer, “en la construcción de proyectos conjuntos, sobre comunicaciones terrestres o aéreas, de energía o de recursos financieros comunes, así como en cooperación para la investigación, la enseñanza, la cultura y la difusión de las tradiciones en las que todos participan (...)”. A lo anterior ha de añadirse, como también constata el Profesor Colomer, “un sustrato de valores y principios, un núcleo de ideales compartidos que es el verdadero asidero vertebrador de la integración y la unidad espiritual previa a la política y económica” (p. 77).

La obra de José Enrique Rodó supuso una primera e importantísima contribución a “esa unidad compleja, variada pero vertebrada en valores del mundo iberoamericano” (p. 78).

La democracia, como cualquier otra realidad humana, es siempre mejorable. Para alcanzar dicha evolución hacia una versión más perfeccionada ha de incluir necesariamente “una crítica política y moral de las injusticias y los abusos políticos” (p. 80).

Rodó pone también en valor la educación para el ejercicio de la ciudadanía, al tiempo que formula “un alegato antioligárquico y una defensa del trabajo bien hecho de los ciudadanos humildes y el sentido del deber en las comunidades equilibradas” en favor de la primacía del espíritu colectivo (p. 81). Frente a estas conductas ejemplares, fruto de una educación en valores, crítica a Estados Unidos como representación de la idea de democracia movida por el espíritu meramente utilitario e imperialista. Rodó advierte del riesgo de la extensión del modelo del gigante norteamericano con el efecto negativo de la “desnaturalización del carácter propio de los pueblos” a partir de lo que cabría definir como una suerte de colonización cultural y económica próxima a la idolatría y negadora, como efecto último, de la identidad de los países iberoamericanos (pp. 81-82).

La honestidad intelectual de Rodó hace posible que, pese a esa desconfianza hacia el gigante norteamericano, reconozca en Estados Unidos valores positivos como “su moderno concepto de libertad, la organización federativa para alcanzar un equilibrio de Estados, la garantía de los derechos o la independencia de los jueces” (p. 82). Eso sí, nuestro autor, como no podía ser de otra manera, no podía dejar de denunciar la obsesión de Estados Unidos por la política imperialista (Cuba, México, Panamá, Nicaragua, Santo Domingo y Puerto Rico) y su empeño monopolizador en el área económica y productiva, con una visión meramente utilitarista y cortoplacista eludiendo cualquier preocupación constructiva por el porvenir, indispensable en la opinión del autor.

No puedo estar más de acuerdo con el Profesor Colomer cuando pone de manifiesto que “el descubrimiento y la conquista de América es la obra magna del Renacimiento español, y el verbo de ese Renacimiento la novela

de Cervantes. La filosofía de *El Quijote* es, pues, la filosofía de la conquista de América (...) El nombre de Miguel de Cervantes no solo por la lengua, sino por el significado y carácter de su obra es el vínculo imperecedero de España y América” (p. 91).

VI. El sexto estudio, *Comunicación e interculturalidad: una aproximación al mundo local centroamericano*, a cargo del Profesor Manuel Rodríguez Maciá (pp. 105-114)

Tiene razón el Profesor Rodríguez Maciá cuando sostiene que el municipio es, ante todo, un lugar de encuentro, como se desprende del propio concepto de vecino que cabe definir como el que vive cerca del otro, el que habita con otros en una misma localidad (p. 105).

Como sostiene uno de los coautores de la obra aquí y ahora comentada, el Profesor Antonio Colomer Viadel, el municipio es la primera trinchera a la hora de combatir la desigualdad y la pobreza.

En realidad, como advierte Manuel Rodríguez Maciá, la política adquiere verdadero sentido desde una dimensión doméstica, pues “en el municipio descubrimos que la vida política pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos. La dignificación de la vocación política pasa por el acercamiento a las realidades y necesidades concretas de la gente, ya que precisamente el alejamiento es en gran parte causante del desprestigio de la política” (p. 106).

No puede olvidarse que “la actividad política se lleva a cabo por medio de la palabra. El liderazgo político se ejerce por medio de la comunicación, lo que implica que el líder debe estar en contacto permanente con su pueblo; ejercer la representación y no confundir la política con el arte de la simulación; que sepa oír sus voces y en una sociedad plural, las diversas voces y a la vez interpretarlas, armonizarlas. No podemos obviar la existencia de conflictos en la vida local, la democracia no aspira a que estos no existan, sino a que se resuelvan por medio de la comunicación” (p. 106).

La ciudad, por lo demás, ha sido siempre un lugar de intercambio y de comunicación, de tal suerte que la prosperidad en el ámbito local estuvo siempre unida a la ampliación de las relaciones tratando a toda costa de evitar el aislamiento. El municipio es siempre un espacio territorial con vocación de compartir. Uno de los elementos que contribuye a tal propósito, y al que en muchos casos no se otorga la debida importancia, consiste en dotar a la ciudad de un mobiliario urbano uniforme en la totalidad de su territorio. Como acertadamente se señala, “distinguir los barrios más acomodados de aquellos en que sus habitantes poseen un menor nivel económico es un modo de fomentar la incomunicación. Lo simbólico no carece de importancia. Las cosas son lo que significan” (p. 107). Cuando se habla de comunicación en el marco municipal hay que tener muy presente el diseño urbanístico, pues “no es lo mismo pasear

por calles peatonales o por plazas diseñadas para el encuentro, que por vías construidas para el tránsito de vehículos” (p. 108).

Otras claves importantes para disfrutar de ese espacio compartido municipal son los mercados, el transporte público y la participación a través de las asociaciones de vecinos y medios de comunicación locales.

Se trata, finalmente, de sentirnos partícipes de la ciudad en la que vivimos, pues “el mundo global no se puede entender sin el mundo local” (p. 116).

Como conclusión, y valoración general de la obra, me parece que se trata de una monografía de extraordinario interés para estudiosos del mundo de la comunicación, sociólogos, politólogos, juristas y, por descontado, para americanistas.

Nos encontramos ante un libro bien estructurado, dotado de claridad expositiva y unidad de propósito, gracias al excelente trabajo de coordinación de los Profesores José Manuel Canales y Antonio Colomer. El carácter sólido, riguroso y crítico, en definitiva, científico, de los trabajos que integran la obra hacen de la misma un libro de lectura decididamente recomendable.

