



TRIBUNAL DE CUENTAS

TC

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

Vol. XVI

Enero 2014

N.º 46

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

• PRESENTACIÓN Juan Velarde Fuentes

ARTÍCULOS

- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES Y SU EFECTIVIDAD EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICA Pascual Sala Sánchez
- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL DE ATRIBUCIONES Y LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA SU ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: UN CASO PARTICULAR, EL TRIBUNAL DE CUENTAS Aránzazu Piñeiro Hernáiz
- SANCIONES PROCESALES Y ENJUICIAMIENTO CONTABLE. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LAS MULTAS Y OTRAS SANCIONES IMPUESTAS EN LOS PROCESOS JURISDICCIONALES CONTABLES Enrique Cabello Rodríguez

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- TERCER CUATRIMESTRE DEL AÑO 2013 Javier Medina Guijarro
José Antonio Pajares Giménez

DOCUMENTACIÓN NOTAS Y COMUNICACIONES

- NOTA SOBRE LA OBRA «BLANQUEO DE CAPITALES: (2 TOMOS), DE ALEJANDRO PELÁEZ RUIZ-FORNELLS» Andrés Fernández Díaz

PUBLICACIONES

- MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN Y ALBERTO PALOMAR OLMEDA «LA GESTIÓN DE LOS FONDOS PÚBLICOS: CONTROL Y RESPONSABILIDADES». EDITORIAL ARANZADI. AÑO 2013. 1400 págs. Carlos Cubillo Rodríguez



TRIBUNAL DE CUENTAS

N.º 46

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

VOL. XVI

Enero 2014

N.º 46

Tribunal de Cuentas
ISSN: 1.575-1333
Depósito Legal: M. 8.696-1999
Edita: Tribunal de Cuentas
Maquetación, impresión y encuadernación:
Imprenta Nacional. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Índice

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación</i> , Juan Velarde Fuertes.	5
Artículos	
• <i>La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica</i> , Pascual Sala Sánchez.	11
• <i>Consideraciones Generales sobre el conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que suscita su ámbito subjetivo de aplicación: Un caso particular, el Tribunal de Cuentas</i> , Aránzazu Piñeiro Hernáiz.	123
• <i>Sanciones procesales y enjuiciamiento contable. Algunas cuestiones en torno a las multas y otras sanciones impuestas en los procesos jurisdiccionales contables</i> , Enrique Cabello Rodríguez.	157
Legislación y jurisprudencia	
• <i>Tercer cuatrimestre del año 2013</i> , Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez.	187
Documentación notas y comunicaciones	
• <i>Nota sobre la obra «Blanqueo de capitales: (2 tomos), de Alejandro Peláez Ruiz-Fornells»</i> , por Andrés Fernández Díaz.	223
Publicaciones	
• MARIO GARCÉS SANAGUSTÍN y ALBERTO PALOMAR OLMEDA « <i>La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades</i> ». Editorial Aranzadi. Año 2013. 1400 págs. (Carlos Cubillo Rodríguez) . . .	237

CONSEJO EDITORIAL

Ángel Antonio Algarra Paredes

Susana Casado Robledo

Carlos Cubillo Rodríguez

Gregorio Cuñado Ausín

Andrés Fernández Díaz

Dolores Genaro Moya

M.^a Luz Martín Sanz

Vicente Montesinos Julve

Carmen Moral Moral

José Pascual García

Pascual Sala Sánchez

José Manuel Suárez Robledano

Juan Velarde Fuertes (Director)

Antonio Ramón Rodríguez Castaño (Secretario)

La correspondencia puede dirigirse a:

REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO

Tribunal de Cuentas

Padre Damián, 19

28036 Madrid - Fax: 91 457 29 92

Los originales deberán ajustarse a las normas que figuran al final de la Revista.

Advertencia: Los originales recibidos en esta REVISTA son sometidos a la evaluación anónima de especialistas cualificados.

NOTA: *Ni el Consejo Editorial ni el Tribunal de Cuentas se hacen responsables de la opinión vertida por los autores de los artículos publicados en esta Revista.*

Presentación

Juan Velarde Fuertes
Director

Este número de la Revista Española de Control Externo creo que se inicia con una aportación típica del grupo de aquellas que se deben considerar como de fundamental consulta para todo el que quiera estar al día en cuestiones jurídicas constitucionales, históricas, sociales y económicas. Su autor, Pascual Sala Sánchez, una vez más lo demuestra, en el trabajo titulado «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económicas». Se trata de la lección magistral pronunciada con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Valencia, y realmente es eso: una aportación de un maestro para orientar cuál debería ser la acción, concretamente en España, ante una situación coyuntural favorable. Difundir esos puntos de vista pasa a ser, me atrevería a decir, que obligatorio, y más en estos momentos en que surgen oleadas de populismos baratos ante la crisis económica española reciente.

Pero si esto es de obligada consulta, no lo es menos lo que la letrada del Tribunal de Cuentas, Aránzazu Piñeiro Hernáiz escribe en el artículo «Consideraciones generales sobre el conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que suscita su ámbito subjetivo de aplicación: un caso particular, el Tribunal de Cuentas». Y pasa a ser, efectivamente de obligada consulta, porque su autora, en la Introducción, nos señala, por un lado, que la complejidad de la organización territorial española, «hace inevitable que puedan suscitarse controversias en torno a la delimitación de las competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas efectuadas por el bloque de constitucionalidad, aun cuando el principio de autonomía se halla inevitablemente vinculado al de unidad,

pues el reconocimiento de la primera sólo puede producirse respecto de un poder más amplio en cuyo seno se incardina». Pero a esto añade sagazmente que «no se puede hablar de una rígida división de poderes, sino atenuada. Por un lado, debido a la implantación de un régimen de colaboración entre los distintos poderes del Estado, el gobierno invade aspectos importantes de la función legislativa, al poder dictar disposiciones normativas, tanto de rango reglamentario como de rango legal (decretos legislativos y decretos leyes) mientras que las Cortes desarrollan una función de control al Gobierno y, en alguna medida, participan de la función ejecutiva, como en materia presupuestaria», a más de la distribución de poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De todo esto se derivan controversias, lo que otorga «un papel fundamental al Tribunal Constitucional».

Lógicamente plantea qué órganos de relevancia constitucional –con el problema de la controversia respecto al Consejo Económico y Social–, y entre ellos los del artículo 136 de la Constitución donde se encuentra el Tribunal de Cuentas, y los problemas derivados de que tanto «la fórmula genérica “órganos constitucionales” como su concreción posterior en el artículo 59.1.c no han cumplido su objetivo de dotar de claridad y precisión a la cuestión de los sujetos legitimados, ya que no todos ellos han sido incluidos en este precepto, con errores y aciertos en las exclusiones».

El letrado del Tribunal de Cuentas, Enrique Cabello Rodríguez, es el autor de otro artículo que hay que calificar asimismo de importante. Su título es «Sanciones procesales y enjuiciamiento contable. Algunas cuestiones en torno a las multas y otras sanciones impuestas en los procesos jurisdiccionales contables». Puntualiza de inmediato que «en un sentido extenso, la expresión sanciones «procesales» se utiliza para hacer referencia a las sanciones que se imponen con ocasión de un proceso». Sucesivamente plantea «la jurisdicción; el concepto de potestad jurisdiccional»; el «contenido de la función jurisdiccional»; la «función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas»; las «previsiones legales sobre la imposición de sanciones procesales»; «algunas clasificaciones de las sanciones procesales»; «la imposición de sanciones en los procedimientos jurisdiccionales contables», con un muy amplio análisis del «régimen de recursos contra las sanciones», a más de una bibliografía de gran interés, de la que son autores procesalistas muy importantes.

Como en todos los números de esta revista, la autoridad indiscutible de Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez,

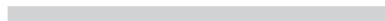
ofrece una excelente exposición «de carácter general sobre la legislación y jurisprudencia más relevante» producida en el tercer cuatrimestre de 2013. Conviene señalar que en la primera parte aparecen «sistemáticamente ordenadas, Leyes del Estado y, en su caso, Autonómicas, Decretos y Órdenes ministeriales, y demás Resoluciones». Además se recogen «principalmente, las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal (de Cuentas)», y «cuanto procede, de las sentencias y autos pronunciados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materias que afectan a Tribunal de Cuentas, así como de las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad que, por su relevancia, merecen citarse». Finalmente, se reflejan «las “Fiscalizaciones” del Tribunal de Cuentas, incluyendo, en su caso, la resolución aprobada por la Comisión Mixta en relación con el resultado fiscalizador que se trate, con el “Boletín Oficial” de su publicación».

Mucho interés posee, en estos momentos el que dentro de la globalización económica tiene, por su existencia en ella de la Economía de la Delincuencia, o Economía del crimen organizados, la nota donde el profesor Andrés Fernández Díaz comenta concienzuda y rigurosamente, la obra de Alejandro Francisco Peláez Ruiz-Fornells, «Blanqueo de capitales», en sus dos tomos de extraordinario interés por sus implicaciones amplísimas, ya que en esta obra «se obtienen resultados muy significativos que, entre otras cosas, nos permiten saber que dos tercios del dinero para blanqueo en el mundo, se envía a los veinte principales países blanqueadores, entre los que se encuentran economías como (las de) los Estados Unidos, Francia, Italia, Holanda o España, pero también centros extraterritoriales, como las Islas Cayman, Bermudas y otros, siendo muy habitual que fluyan fondos desde empresas radicadas en economías avanzadas, como las primeras, hacia los paraísos fiscales, como los segundos». Pensemos en el caso de Gibraltar y Andorra respecto a España. Destaco la interesante alusión del profesor Fernández-Díaz a la literatura, «no precisamente abundante» que existe sobre el blanqueo de capitales, en la que resalta, «desde finales de los noventa y a lo largo de los últimos años», a Donato Masciandaro, Brigitte Unger y John Walker.

Finalmente, se incluye una amplia recensión verificada por Carlos Cubillo Rodríguez, de la obra dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Mario Garcés Sanagustín, «La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidad. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad». Conviene señalar en esta «Presentación», que en el capítulo I de

la cuarta parte de este libro, titulado «El Tribunal de Cuentas», «a través de sus nueve epígrafes, el autor, Manuel Aznar López, aporta una visión erudita y amena de la evolución histórica y legislativa del Tribunal de Cuentas, de sus características generales, del estatuto de sus miembros, de su estructura y organización, de su función fiscalizadora, de su relación con otros órganos constitucionales y de relevancia constitucional (en concreto, con el Parlamento, con el Tribunal Constitucional y con el Defensor del Pueblo), y de su relación con otras entidades fiscalizadoras: el Tribunal de Cuentas Europeo y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas».

ARTÍCULOS





La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica

Lección magistral pronunciada por Pascual Sala Sánchez, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Valencia, el día 26 de mayo de 2014, en el Paraninfo de dicha Universidad

SUMARIO

- I. Introducción.–II. La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho:** A) El Estado de Derecho. B) El Estado Social de Derecho: a) La crisis del Estado Social. b) Las tendencias liberalizadoras de la Economía y la permanencia del Estado Social con especial referencia a los marcos constitucionales y legales en España: a') En el ámbito local. b') En el ámbito autonómico. c') En el marco constitucional y comunitario europeo. d') La influencia del conocido como último Pacto Fiscal Europeo y del principio de estabilidad presupuestaria en el Estado Social de Derecho. C) El Estado Democrático y la fórmula constitucional integradora.–**III. La normatividad de la Constitución** y la interpretación constitucional de los derechos y mandatos que la misma reconoce: A) La Constitución como norma jurídica suprema del Ordenamiento. B) La interpretación de la Constitución. C) El Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución.–**IV. Las llamadas «Constitución económica» e «Interpretación económica de la Constitución»:** A) El significado de la conocida como «Constitución económica. B) La interpretación económica de la Constitución. C) El valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales.–**V. El reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución:** A) Derechos económicos. B) Los derechos reaccionales derivados del deber

de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. C) Los derechos sociales fundamentales y constitucionales y los principios rectores de la política social y económica: a) Derechos sociales fundamentales y constitucionales. b) Principios de política social y económica: las posibilidades de su conexión con derechos fundamentales.–VI. **La crisis económica y el tema de la reversibilidad de las conquistas sociales:** A) Consideraciones generales sobre la crisis. B) El problema de la reversibilidad de las conquistas sociales: a) Planteamiento general y doctrina constitucional. b) Los límites a la reversibilidad de las conquistas sociales: a') Límites derivados de un razonamiento o motivación «suficiente» de la restricción. b') Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos sociales. c') Límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva. d') Límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales. e') Limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales.–VII. **Las alternativas al sacrificio de derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución:** A) La equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público. B) La realización efectiva del derecho a un buen gobierno o a una buena administración. C) La lucha contra la corrupción, el fraude y la elusión fiscal: a) La corrupción y sus principales áreas de desarrollo, especialmente en el ámbito de la contratación pública. b) La economía sumergida, el fraude y la elusión fiscal. c) Los controles internos y externos de la actuación pública: a') Idea general de las funciones de control interno. b') Los controles externos de la actividad pública: el Tribunal de Cuentas, la Justicia ordinaria y la Justicia constitucional: 1. El Tribunal de Cuentas, 2. La Justicia ordinaria y la Justicia constitucional.–VIII. **Epílogo.**

I. INTRODUCCIÓN

Juan Luis Vives, el ilustre humanista valenciano cuya conocida estatua preside el hermoso patio renacentista de la vieja Universidad de Valencia, en cuyo seno tuve la fortuna y el honor de cursar los cinco cursos de la carrera de Derecho entre los años 1952 y 1957 –hace ya más de medio siglo–, en su obra *De subventione pauperum*, publicada en 1526, después de estudiar en los primeros Capítulos las causas de la pobreza creciente que se manifestaba en las ciudades del norte de Europa –en Brujas concretamente, en la que fijó su residencia y contrajo matrimonio con la también valenciana Margarita Valldaura, hija de un acreditado asentador de frutas del

mercado de dicha ciudad– y de proponer los medios para subvenir al mantenimiento de los afectados, comenzaba el Capítulo VI del Libro II de su obra con la siguiente observación:

«Alguno replicará: qué bonito lo que estás diciendo. Pero ¿dónde está el dinero para hacer esto? Yo estoy tan lejos de creer que ha de sobrar –replicaba el filósofo– como cierto de que ha de haber suficiente para hacer frente no sólo a las necesidades cotidianas, sino también a las extraordinarias, que en gran cantidad aparecen a veces en cualquier ciudad.»

«No faltará el dinero –continúa Vives en este Capítulo– si se administran bien las rentas que tienen los hospitales y demás residencias. Los particulares pudientes aportarán lo necesario y si no llegara para todas las necesidades debe ser la ciudad la que, recordando de otros gastos, dedique lo necesario a estos menesteres.»

(Utilizo para la cita la traducción de la obra indicada hecha por Luis Frayle Delgado y publicada bajo el título «El socorro de los pobres. La comunicación de bienes» por la Editorial Tecnos, Madrid, 1997, apareciendo el pasaje transcrito en la pág. 96.)

Al hilo de esta reflexión, en este trabajo voy a tratar de la garantía de los derechos económicos y sociales que reconoce nuestra Constitución –singularmente, como su título indica, en situaciones de crisis económica–, teniendo en cuenta tanto las finalidades que según ella pretende conseguir la comunidad política, como los valores y principios que sirven de soporte a la convivencia ciudadana. Y todo ello desde la perspectiva que ofrece, por un lado, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que la Norma Fundamental proclama y partiendo, por otro, de la normatividad de la Constitución, que garantiza la fuerza vinculante de sus preceptos para los poderes públicos y para los ciudadanos y que asegura igualmente que sus mandatos puedan operar no sólo como criterios de validez de las leyes, sino también como fundamento o base de derechos exigibles jurisdiccionalmente, bien de modo directo, bien mediante el oportuno desarrollo legal.

Pero la problemática a examinar respecto de los derechos económicos y sociales en nuestra Constitución no puede agotarse con las consideraciones acabadas de apuntar, sin perjuicio de reconocer, como fácilmente puede comprenderse, su carácter básico y de necesario punto de arranque para un estudio como el presente. Hay que preguntarse también, en primer lugar, sobre cuál es su ubicación en el texto fundamental o, con otras palabras, si los derechos económicos y sociales básicos pueden conectarse con los derechos fundamentales que aquel texto reconoce y enuncia, concreta-

mente en su Título I. En segundo término, preguntarse igualmente sobre cual sea el valor que cabe atribuir a esos principios, es decir, si tienen un mero valor programático o, por el contrario, son susceptibles de generar mandatos de cumplimiento obligatorio para el legislador o constituir criterios o parámetros de constitucionalidad, en este caso, de las normas mediante las que aquéllos –los principios– hayan sido desarrollados, o, como derechos de prestación, poder ser considerados, asimismo, verdaderos derechos subjetivos en favor de los ciudadanos, actuables jurisdiccionalmente ante la justicia ordinaria o, en su caso, ante la constitucional vía recurso de amparo. En tercer lugar, analizar cual pueda ser la amplitud de los poderes que el legislador ostenta sobre el desarrollo y configuración de los derechos en cuestión, principalmente en función de si puede atribuírseles un contenido esencial, como el que se reconoce a los derechos fundamentales, y en caso afirmativo si, una vez desarrollados legislativamente, pueden ser reformulados en ese contenido o incluso restringidos. Y, por último y en cuarto lugar, determinar –supuesto que se reconozca a los derechos económicos y sociales, independientemente de su situación «topográfica» en la Constitución, una sustantividad real– el alcance y las consecuencias de las crisis económicas, incluida y sobre todo la actual, en los ajustes en el gasto que llevan siempre aparejadas, así como las opciones y alternativas a tales ajustes y restricciones en la medida en que puedan afectar a los mencionados derechos.

II. LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El artículo 1.^º 1 de la Constitución establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Previamente, pues, a entrar en el análisis de la función que la cláusula de referencia puede desempeñar en la salvaguarda de los derechos económicos y sociales, importa precisar la significación de cada uno de los elementos que la integran, ya largo tiempo acuñados, que nuestra Constitución, siguiendo la influencia de la Ley Fundamental de Bonn, ha recogido puntualmente, como se ha visto, en el inicio de su regulación.

A) El Estado de Derecho

En primer lugar, y respecto del Estado de Derecho, como afirmara Elías Díaz en una clásica obra que vio la luz en la temprana fecha de 1966 –«Estado de Derecho y Sociedad Democrática», publicada por la entonces Editorial Cuadernos para el Diálogo–, lo definitorio, lo esencial del Estado de Derecho es, precisamente, la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del poder político en nombre de la defensa de la libertad y dignidad humanas, de los derechos humanos y libertades fundamentales. Así, son presupuestos de esta fórmula de organización jurídico-política el imperio de la Ley, entendida como genuina expresión de la voluntad popular, la división y distribución de poderes –de forma que, a través de frenos y contrapesos (cheks and balances), esto es, mediante una recíproca limitación de los poderes por los órganos que los encarnan, se garantice el equilibrio político e institucional que dé como producto la libertad–, la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas y, –en general, de los poderes públicos– como único principio capaz de legitimar las intervenciones de esos poderes y de esas administraciones no solo en la esfera de la libertad y los derechos individuales, sino también en todos los ámbitos que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (vinculación positiva de unos y otros a la ley), porque, como ya anticipara la Constitución francesa de 1791, «solo en nombre de la ley puede exigirse obediencia», y el necesario control judicial, como última pieza de cierre del sistema y que, con la sencillez y al mismo tiempo la solemnidad de los acontecimientos históricos, expresó el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que aprobara la Asamblea Nacional Francesa la noche del 26 de agosto de 1789 («Toda sociedad en que la **garantía** de los derechos no esté asegurada ni determinada la división de poderes, no tiene Constitución»).

La garantía de los derechos, como presupuesto del Estado de Derecho, ha de manifestarse no solo en las relaciones *interprivatos*, sino también en las mantenidas con los poderes públicos y es obvio que solo puede considerarse asegurada con un Poder Judicial independiente en cuanto exclusivamente vinculado a la ley. Así se ha reconocido desde la temprana formulación de la doctrina de la división de poderes en la obra de Montesquieu («El espíritu de las leyes», Capítulo VI del Libro XI), hasta las modernas declaraciones constitucionales. Por supuesto, nuestra Constitución de 1978 lo hace categóricamente, en sus artículos 24 y 117, al reconocer el derecho fundamental de todas las personas a la «tutela efectiva de

los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», y al reconocer, también, que la justicia, que emana del pueblo, se administra «por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» y que estos no ejercerán más funciones que las de llevar a cabo la potestad jurisdiccional y «las que expresamente les sean atribuidas en garantía de cualquier derecho» por la ley.

Si se tuviera por poner el énfasis, por supuesto simplificando mucho, en la característica esencial del Estado de Derecho, habría que afirmar que esa nota sería –es– la defensa y garantía de la libertad y dignidad del ser humano. Nuestra Constitución lo expresa claramente cuando, en su artículo 10.1, proclama que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y cuando señala –art. 9.3–, como obligación de los poderes públicos, «promover las condiciones para que la **libertad y la igualdad** del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», y no solo eso, sino también «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vía política, económica, cultural y social».

B) El Estado Social de Derecho

Ya de la formulación anterior se desprende la imposibilidad, hoy, de aislar cada uno de los componentes de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho», por cuanto su reconocimiento los engloba a todos.

Ha podido decirse con acierto¹ que el Estado social, cuya formulación actual si bien no es totalmente equivalente a la de Estado de Bienestar, lo presupone –no así en sentido contrario–, constituye la

¹ Vid. J. M. BANDRÉS, en el Prólogo al libro *El futuro del Estado del bienestar. Cuatro lecciones sobre el blindaje jurídico del Estado de Bienestar*, Cedex Editorial, Barcelona 2000. En general es muy abundante la doctrina sobre el Estado social y democrático de Derecho. Así, y sin ánimo de agotar las referencias, GARCÍA PELAYO, M.: «El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución Española», en *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Obras Completas, t. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Vid. también GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid 1992. Asimismo, APARICIO PÉREZ, M. A.: «El Estado social en la jurisprudencia del Tri-

expresión de un contrato social que se formaliza explícitamente entre los poderes públicos y los ciudadanos, que vincula, además, a todos los agentes públicos y privados, principalmente a empresarios y trabajadores, con el objeto de satisfacer efectivamente derechos económicos y sociales de hombres y mujeres, y cuya finalidad es contribuir, decididamente, a la estabilidad y progreso de nuestras sociedades.

Debe añadirse que la fórmula del Estado Social de Derecho prevé una actividad positiva de prestación de parte de los poderes públicos, del Estado en suma, dirigida a la protección de determinados sectores sociales (normalmente los más económicamente débiles), mediante políticas activas de recaudación y de gasto. Su acento finalista es la realización de los valores de la **igualdad** y de la **solidaridad**, conceptos abiertos estos que permiten una no pequeña variedad de contenidos y que hacen posible, también, caracterizar como Estados sociales, no solo los que aluden en sus normas constitucionales a la cláusula del Estado social (caso de la Ley Fundamental de Bonn y de la Constitución española), sino también a los que no lo hacen explícitamente en su texto, pero recogen en su articulado toda una amplia gama de lo que ha venido de denominarse «derechos sociales» (caso de la Constitución italiana de 1947). Inclusive cabe admitir el Estado Social de Derecho en aquellos Ordenamientos que no lo proclaman –bien por explícito llamamiento, bien por regulación material– en el Texto Constitucional y solo lo hacen en el ámbito de la regulación normativa ordinaria. Pero, entonces, su blindaje jurídico –el del Estado Social de Derecho, se entiende– es mucho más débil que el que presta un reconocimiento expreso en la Norma Fundamental, como fácilmente puede comprenderse y después se verá al examinar el problema relativo al valor de los principios rectores de la política social y económica y a la reversibilidad de las conquistas sociales logradas hasta hoy.

Como resumen, puede decirse que el Estado Social, desde su nacimiento, ha estado dirigido a al consecución del valor de la igualdad mediante políticas estatales activas de dotación de mínimos de bienestar –hay que eludir expresamente hablar solo de mínimos vitales, que podrían cuadrar a cualquier tipo de Estado y desvirtuarían por completo el concepto mismo de Estado social– a

bunal Constitucional», en *Estudios sobre el Estado social*, Parlamento de Andalucía-Tecnos, Madrid 1993.

estamentos sociales determinados, esto es, como ya se dijo antes, a los más económicamente desfavorecidos.

a) La crisis del Estado Social

Desde la aparición, en los artículos 20.1 y 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, de la fórmula del Estado Social, ha sido lugar común en un determinado sector de la doctrina² que el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho se encuentran en una relación de contradicción, de tal suerte que, si se aceptara como tarea del Estado de Derecho, por una parte, no solo el establecimiento de un procedimiento garantizador de la seguridad jurídica, sino la protección de los derechos materiales adquiridos en su sustancia, así como impedir su expolio, y, por otro lado, se colocara como tarea del Estado social de Derecho la repartición de bienes materiales para conseguir a través de ella la igualdad, la conclusión sería que ambos fines resultarían, en sí mismos, contradictorios, hasta el punto de que la «igualdad» con la que se identifica el valor prevalente en el Estado Social habría de referirse a la igualdad de los ciudadanos respecto de su capacidad para participar en el poder del Estado y para participar, asimismo, en la formación de la voluntad en la que dicho poder se asienta.

Sin embargo, la posición mayoritaria, en la propia doctrina alemana³, es la que afirma que la conexión del Estado de Derecho con el Estado Social es una realidad y que ambas fórmulas se encuentran en una recíproca relación de complementariedad. Esta es, asimismo, la posición prevalente en la doctrina española⁴ y, desde luego y como después se verá, la que recoge nuestra Constitución.

² Por todos, KARL DOEHRING: «Estado social, Estado de Derecho y orden democrático», en la obra colectiva *El Estado Social*, CEC, 1986, págs. 107 y sigs.

³ *Vid.* Al respecto, PÉREZ ROYO, J.: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social», en *Rev. Española de D.^o Constitucional*, n.^o 20 (1984), págs. 165 y siguientes.

⁴ También, SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Fundamentos de Derecho Administrativo», I, Madrid, 1988, pág. 227. *Vid.* También PAREJO ALFONSO, L.: «El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos», en *RAP*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, y «Estado Social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional», en el libro colectivo «Las estructuras del bienestar (Propuestas de reforma y nuevos horizontes)», dirigido por Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado y Luis González Seara, Ed. Escuela Libre Editorial y Civitas, Madrid, 2002.

Pero no es este aspecto el que ahora interesa resaltar, sino el de las causas en virtud de las cuales, a partir de la década de los setenta del pasado siglo y muy señaladamente en sus postrimerías y en la actualidad, se viene hablando de «crisis» del Estado Social o de «crisis» del Estado de Bienestar.

Lo que pudieran considerarse causas remotas de esa «crisis» se suelen concretar⁵ en la interrupción del esquema de crecimiento establecido en el mundo, singularmente en el llamado mundo occidental, tras el último conflicto bélico mundial, interrupción ligada a los límites fiscales y presupuestarios (es decir, desde el punto de vista de los ingresos y los gastos) inherentes a toda política de crecimiento, y en el fin de la creencia en el progreso lineal indefinido, derivada de aquel inicial optimismo.

El cambio de esquema que estas dos remotas causas de «crisis del Estado Social» supone, ha llevado a concretar una serie de alternativas, que implican cambios profundos en el entendimiento del valor «solidaridad», básico, como es sabido, del Estado Social, y han llevado al planteamiento de problemas, como el de la subsistencia de ese mismo modelo de Estado o el de la reversibilidad de sus conquistas, que después serán objeto de examen.

Desde esta perspectiva, importa analizar, siquiera sea someramente, cuáles son las imputaciones concretas que se hacen a la viabilidad del Estado Social o del Estado de Bienestar. Son estas, fundamentalmente y desde luego con amplio margen de simplificación, las siguientes⁶.

- Repercusión negativa en el desarrollo y crecimiento económico de las políticas redistributivas propias del Estado de Bienestar, en tanto provocan un aumento del consumo y disminuyen, por el contrario, el ahorro de la población.
- Repercusión, también negativa, esta vez en el empleo, de las políticas reguladoras del mercado de trabajo que son características del Estado de Bienestar, habida cuenta de su rigidez y falta de flexibilidad, que conducen, a su vez, a la falta de competitividad y productividad.

⁵ Vid. PAREJO, *ops. cit.*, págs. 220 y 824, respectivamente.

⁶ Vid. VICENÇ NAVARRO: «Un análisis de las críticas neoliberales y conservadoras al Estado de Bienestar y propuestas alternativas», en el libro colectivo *El Futuro del Estado de Bienestar*; Cedecs Ed., S. L., Barna. 2002, págs. 73 y sigs.

- Falta de eficiencia en el sistema económico internacional, derivada de las políticas reguladoras del comercio exterior y movilidad de capitales, porque, según este criterio, lo deseable sería la máxima libertad en esta materia, en cuanto favorecería la competitividad internacional, aunque fuera a costa de la disminución de la protección social y de los salarios.
- Crecimiento desmesurado del Estado de Bienestar, con sus secuelas de creación de dependencias para la población, de correlativo empobrecimiento de esta y de disminución de su potencial creador como sociedad civil.
- Creación de expectativas en la población, que han incrementado su demanda de prestaciones sociales y que, al no poder ser satisfechas, han contribuido a la tensión e inestabilidad de grandes capas de la sociedad, con influencia negativa, por ello, en la gobernabilidad.

Sin embargo, estas imputaciones pecan, ya en sus orígenes y las más veces, de apodícticas. Porque, desde un punto de vista real, hay estudios demostrativos de que, en los países de la OCDE, el crecimiento económico y la estabilidad económica han alcanzado sus máximas cotas en aquellos períodos históricos en que las desigualdades sociales han sido menores y que, por el contrario, cuando éstas han aumentado, han disminuido, correlativamente, tanto el crecimiento como la estabilidad económicos. Que ello es así no es fruto de la casualidad, sino de la lógica que encierra el hecho de que las políticas públicas de reducción de desigualdades sociales han consistido, sobre todo, en políticas dirigidas a la creación de empleo, mediante una expansión ordenada del gasto público, y a la redistribución de los beneficios por esta conseguidos, que, a su vez, han incrementado el consumo de las clases populares. Resulta significativo que el Banco Mundial, tan alejado de planteamientos keynesianos, ya incluyera, en su «World Development Report» de 1991, la afirmación de que «no existe evidencia de que el ahorro dependa de la desigualdad social o que ésta, la desigualdad social, conduzca a un mayor crecimiento económico», porque, «en realidad, la evidencia apunta a un sentido contrario, es decir, que mayor desigualdad lleva a menor crecimiento económico».

Por otra parte, otra evidencia estadística muestra cómo políticas de máxima liberalización y de flexibilización laboral han sido insuficientes en cuanto se refiere al estímulo del crecimiento económico y de las inversiones productivas, al aumento del ahorro, inver-

sión en infraestructuras o reducción espectacular del desempleo. Los modestos e incluso regresivos datos de la actualidad corroboran, sin necesidad de mayor argumentación, este aserto⁷.

Lo que sí cabe reconocer es la constatación de una nueva dimensión del Estado social para la consecución del fin de la igualdad y solidaridad como valores fundamentales y básicos de la convivencia ciudadana. Me refiero a la intensificación del Estado «regulador» en detrimento del Estado «empresario» o prestador directo de los servicios públicos, pero sin que ello signifique una abdicación ni de la titularidad del servicio, que sigue siendo pública, ni de las funciones de supervisión y garantía que en todo caso han de corresponder a las diferentes administraciones, bien directamente, bien mediante entidades descentralizadas creadas al efecto. Con este condicionamiento, implícito en este «Estado regulador», no se da una efectiva regresión de los fines del Estado Social⁸.

b) Las tendencias liberalizadoras de la economía y la permanencia del Estado Social con especial referencia a los marcos constitucionales y legales en España

a') En el ámbito local

No es preciso ser un especialista en el tema para comprender que, en la actualidad, no podría identificarse el Estado Social con determinadas situaciones de las sociedades occidentales derivadas de grandes crisis sociales, conforme aconteció con posterioridad a las dos grandes conflagraciones mundiales que, desgraciadamente, se han conocido. No podría identificarse el Estado Social, aunque fuera a nivel municipal, con la observación que el fundador de la Fabian Society y de la prestigiosa y británica London School of Economics and Political Sciences, Sydney Webb, hiciera de la vida cotidiana de un supuesto ciudadano del Reino Unido, John Smith, en cualquiera de sus ciudades⁹. John Smith –nos decía WEBB– «se despierta en la vivienda que le ha proporcionado el Municipio por las campanas del reloj municipal. Enciende la luz eléctrica de la

⁷ Vid. JOSEPH STIGLITZ: *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, Madrid, Taurus, 2010, págs. 342 y sigs.

⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: «Hacia un nuevo Derecho administrativo», en la obra *El Derecho Público de la Crisis Económica*, coordinado por BLASCO ESTEVE, A.: INAP Madrid, 2011, págs. 191 y sigs.

⁹ Vid. JORDANA DE POZAS: *El problema de los fines de la actividad administrativa*, RAP n.º 4, 1951, pág. 17.

fábrica municipal, hace su aseo con el agua del abastecimiento municipal y bebe un vaso de leche certificada municipal, calentada con el gas de la fábrica municipalizada. En la calle, naturalmente municipal, toma el tranvía o el autobús municipal. Gracias a la policía municipal llega seguramente a su oficina. Smith comerá posiblemente en un restaurante municipal, leerá los periódicos o revistas en una biblioteca pública, contemplará las obras de arte de un museo municipal, practicará el deporte en un parque municipal, consumirá alimentos conservados en las cámaras frigoríficas municipales y distribuidos en los mercados municipales o tal vez en las expendedorías reguladoras del mismo carácter. Si no pertenece a la clase bastante pudiente de la ciudad, será asistido y hospitalizado en los establecimientos o por los facultativos municipales, y allí dará a luz su mujer. Cuando se encuentre sin trabajo, acudirá a la oficina municipal de colocación. Y habrá realizado sus estudios en las escuelas municipales. Un día, como todos los humanos, John Smith morirá, y, después de la inscripción en el Registro municipal, será llevado por el servicio fúnebre municipal al cementerio municipal».

Pero, al propio tiempo, no puede desconocerse que, precisamente en el ámbito local, existe la iniciativa de las Corporaciones locales, derivada de su autonomía, consagrada y garantizada en nuestra Constitución (art. 140) y en la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985 (arts. 2.º y sigs.), en virtud de la cual pueden intervenir directamente en la prestación de servicios esenciales. Téngase presente que lo que garantiza el precepto constitucional citado «no es un elenco de asuntos o competencias locales, sino, como ha sido correctamente señalado¹⁰, el derecho de todos los entes de ese nivel territorial a intervenir en los asuntos que afecten a la comunidad, intervención que puede ser, y de hecho será, de distinta intensidad según lo que determine la Ley y los intereses en presencia». La Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, en su artículo 86, apartado 1, establece que «las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución». Además, añade, en el apartado 3, la declaración de reserva, a favor de las Entidades Locales, de servicios tan esenciales como los de abastecimiento y

¹⁰ Vid. MARTÍN REBOLLO, L., en comentario al artículo 140 CE en *Leyes Administrativas*, Thomsom-Reuters-Aranzadi, 18.ª edición 2012, pág. 211.

depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos (cuyo carácter obligatorio para municipios con población superior a 20.000 habitantes ha sido suprimido por el artículo 24 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio) mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios (suprimido, también, de esta reserva por el Real Decreto-ley acabado de citar). No puede dudarse de que la prestación de estos servicios, o de la mayoría de ellos, afecta de lleno a las líneas generales del Estado Social y hace factible, respetando, desde luego, la reserva de servicios o recursos esenciales al sector público mediante Ley (que prevé el artículo 128 de la Constitución) y el procedimiento prevenido en el propio artículo 86 de la Ley 7/1985, la posibilidad de que la pintoresca situación que planteaba Webb pudiera, incluso hoy, convertirse en realidad. Puede afirmarse, pues, que, en la esfera local, las políticas públicas de prestación de servicios están avaladas constitucional y legalmente.

Esto no quiere decir, naturalmente, que la privatización de servicios y las tendencias liberalizadoras no puedan darse en la esfera local ni, mucho menos, que los servicios esenciales a que se ha hecho referencia deban prestarse en régimen de monopolio. Es más: la prestación de servicios municipales ha estado tradicionalmente ligada al régimen concesional, además del arrendamiento y el concierto, al lado de formas de gestión directa, que han incluido, desde siempre, la sociedad privada, municipal o provincial, o las empresas mixtas, inclusive con posterioridad a las Leyes 57/2003, de 16 de diciembre, que afecta a las formas de gestión de los servicios locales, y de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; 25/2009, de adaptación de la anterior; Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 3/2011, de 14 de noviembre. Lo que quiere significarse, con lo expuesto, es la menor incidencia que, en la esfera local, pueden tener las modernas tendencias de liberalización y, en cierto modo, desmantelamiento de lo que ha venido en denominarse «Estado Social administrativo».

En la actualidad hay que tener en cuenta las disposiciones del antecitado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable a todas las Entidades integrantes de dicho sector, entre las que se encuentran las Entidades que integran la Adminis-

tración Local [(art. 3.1.a)], así como las modalidades de contratos del sector público (art. 5), entre los cuales adquiere particular relevancia la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, una de cuyas modalidades es la concesión de servicios [(art. 277 a)]. Igualmente han de tenerse en cuenta las Directivas de la Unión Europea en materia contractual, en general recogidas por transposición en el Texto Refundido acabado de citar. El 15 de enero de 2014, el Parlamento Europeo ha aprobado tres nuevas directivas, que sustituyen otras tantas de la misma procedencia y se refieren a la contratación pública, a los sectores especiales y a los contratos de concesión, estos por vez primera regulados a nivel europeo. Estas directivas implicarán nuevas modificaciones en el Texto Refundido¹¹.

De todas maneras, si por privatización de servicios se pretende interpretar un modo de gestión, encomendado al sector privado (como ocurre preferentemente con la concesión), no cabe duda de que, de acuerdo con lo dicho, aquélla ha de desplegar considerable desarrollo en la esfera local. Lo mismo se puede decir si por privatización se entiende una determinada forma organizativa o un determinado criterio funcional o, lo que es lo mismo, un recurso a personificaciones jurídico-privadas o a actividades regidas por el Derecho privado en la prestación de los servicios esenciales con mayor incidencia en la sociedad, en definitiva, una manifestación del fenómeno que ha sido bautizado con el expresivo nombre de «huida del Derecho Administrativo»¹².

¹¹ Vid. al respecto, RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.: «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 161, enero-marzo 2014, págs. 37 y sigs. Vid. también, RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, junio 2012, págs. 171 y sigs. y MESTRE DELGADO, J. F.: «Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión», en *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, 3.ª ed. (dir. Muñoz Machado, S.), Iustel, Madrid, 2011, págs. 2063 y sigs.

¹² Por todos, Vid. MARTÍN RETORTILLO, S.: «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho Administrativo», *RAP* núm. 140, mayo-agosto de 1996, págs. 25 y sigs. En este estudio, concretamente en su punto 3, se distingue entre privatización propia de la Administración, que se identifica con la transferencia de activos patrimoniales del sector público al sector privado, y privatización referida al ejercicio de funciones públicas conforme a procedimientos jurídico privados o por organizaciones de carácter privado. Del propio modo, GARRIDO FALLA, F.: en «Privatización y Reprivatización», *RAP*, n.º 126, septiembre-diciembre de 1991, págs. 7 y sigs., se refiere a una privatización organizativa y funcional de actividades industriales y mercantiles del Estado, una privatización de gestión y otra de la actividad

Pero todas estas fórmulas de gestión no privan del carácter de servicio público a las prestaciones correspondientes, sino que, por el contrario, lo afirman. La llamada privatización funcional u organizativa no afecta a los modos de gestión del servicio público y, por ende, constituye una forma de privatización que, al no cuestionar la titularidad pública de la actividad, supone un grado más debilitado de liberalización.

b') En el ámbito autonómico

Las reformas estatutarias de última generación, esto es, las aprobadas a partir de 2006, han desarrollado y ampliado principios y derechos en gran parte similares a los incluidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución como principios rectores de la política social y económica¹³. Se refieren los mismos –los comprendidos en los Estatutos, se entiende–, aparte de a los derivados de derechos y principios rectores y de otros conectados con derechos de libertad o con los de participación individual o colectiva en la vida política, económica, cultural y social, a los representativos de la propia identidad, o conectados a derechos con un grado mayor de concreción, como pueden ser los relativos, en el ámbito de la educación, a la gratuidad de la enseñanza obligatoria o a la aplicación de ayudas públicas para acceder en igualdad de condiciones a los niveles educativos superiores, o para acceder, en condiciones de igualdad y gratuidad, a los servicios sociales y sanitarios de responsabilidad pública, o incluso a una renta garantizada de ciudadanía para quienes se encuentren en situación de pobreza. Así, por ejemplo y entre otros, ocurre en los Estatutos de la Comunitat Valenciana, de Cataluña y de Andalucía, en que, bien en una referencia conjunta, como ocurre sobre todo en el Estatuto Valenciano (art. 10), bien con un catálogo más precisado e individualizado, conforme hacen los otros dos Estatutos citados como ejemplo, hay una clara referencia, incluso ampliatoria respecto de lo reconocido en el texto estatutario anterior a su modificación, a principios y derechos económicos y sociales característicos del Estado Social y Democrático que proclama la Constitución.

propia mente dicha. *Vid.* También BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, n.º 78, 1993.

¹³ *Vid.* GARRIDO MAYOL, V.: «La forma de la reforma», en *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundación Profesor Manuel Broseta, Valencia, 2007.

El Tribunal Constitucional, en las Sentencias 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, ha sentado que tales derechos estatuarios no pueden calificarse de derechos fundamentales ni afectarlos, porque estos sólo pueden ser los proclamados y reconocidos en la Constitución, que por ello vinculan a todos los legisladores y restantes poderes públicos. Los derechos, mandatos y principios estatuarios sólo vinculan al legislador y poderes autonómicos y están, a su vez, sujetos al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma.

Resulta claro, pues, que, cualesquiera que pudiera ser la consecuencia de la necesidad de intermediación del legislador en el desarrollo y efectividad de tales derechos, principios y mandatos, o de los condicionamientos de sostenibilidad financiera que pudieran afectarles –tema que después se tratará más específicamente– el Estado Social no sólo no está desconocido o menoscabado en la legislación autonómica, sino que, antes al contrario, resulta expresamente confirmado o incluso ampliado en sus contenidos¹⁴.

c') En el plano estatal

Las mismas consideraciones que acaban de hacerse a propósito de las tendencias liberalizadoras en el ámbito local y autonómico pueden reproducirse en este apartado.

En efecto. También ha sido tradicional, dentro de la esfera estatal, la gestión de servicios esenciales a la sociedad mediante fórmulas de gestión directa, con inclusión de la gestión a través de personificaciones públicas diferenciadas, o de gestión indirecta, fundamentalmente concretada en la concesión. En nuestro Derecho, la cobertura legal de tales fórmulas de gestión es bien conocida. Así, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), al regular la Administración institucional del Estado, contempla los «organismos públicos» o, lo que es lo mismo, «entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado, en calidad de organizaciones ins-

¹⁴ *Vid.* Sobre el tema y con referencia al Estatuto Valenciano, los comentarios de SÁNCHEZ FERRIZ, R. (al Título II del Estatuto «De los derechos de los Valencianos y Valencianas»), JIMENA QUESADA, L. (al artículo 10 del Estatuto) y PÉREZ I SEGUÍ, Z. (comentario al artículo 15 del Estatuto), en «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, «Dir. Garrido Mayol, V., Tirant lo Blanch (Tratados) y Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Valencia 2013.

trumentales diferenciadas y dependientes de ésta» (art. 1.º párrafo 2.º, con «personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión» (art. 42.1), y los clasifica en «organismos autónomos», «entidades públicas empresariales» y Agencias Estatales, regidas éstas por la Ley 28/2006, de 18 de julio (art. 43). Pues bien; entre las funciones de los organismos autónomos, que se rigen por el Derecho Administrativo –con lo que su existencia no puede conceptuarse manifestación del fenómeno de «huida del Derecho Administrativo»–, destaca la de desarrollar, «en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de **gestión de servicios públicos**» (art. 45.1). Lo mismo cabe predicar de las Agencias Estatales tras de la precitada Ley 28/2006, cuyo título es significativo al respecto en cuanto la creación de las mismas responde al fin de «mejora de los servicios públicos», una de cuyas pretendidas ventajas es «la profundización de una nueva cultura de gestión que ha de apoyarse en el cumplimiento de objetivos claros, medibles y orientados hacia la mejora en la prestación del servicio con las consiguientes ventajas para los usuarios y para los contribuyentes». (Exposición de Motivos).

Por su parte, las entidades públicas empresariales, que sí constituyen una manifestación clara de aquella «huida» por cuanto se rigen por el Derecho privado y su personal por el Laboral, pueden tener encomendadas actividades prestacionales, de gestión de servicios o incluso de producción de bienes de interés público siempre que sean susceptibles de contraprestación. Aquí sí hay ya una mayor incidencia de lo «privado» en la gestión de servicios públicos y, por tanto, en la efectividad de los planteamientos del Estado Social, del propio modo que la hay, en mucho mayor grado, en las «Sociedades mercantiles estatales» a que se refiere la Disposición Adicional 12.ª de la LOFAGE. Pero en este planteamiento legal, más que desmantelamiento del Estado Social y de sus conquistas, hay también una desvirtuación del «Estado social administrativo» mediante interposiciones de regímenes jurídico-privados de gestión. En definitiva, se trata de auténticas manifestaciones de la tan repetida «huida del Derecho Administrativo», que ha pretendido justificarse en criterios de eficacia y que, en realidad, ha obedecido en muchos casos a propósitos de elusión de los controles que la sujeción a Derecho Administrativo comporta¹⁵ y que ha dado pie al desarrollo

¹⁵ Vid. S. MARTÍN RETORTILLO: *Reflexiones...*, cit., págs. 36 y sigs.

de una abundante doctrina, tanto acerca de la inconstitucionalidad de esa progresiva «privatización» de las administraciones públicas sobre la base de una reserva constitucional de Derecho Administrativo –que se podría encontrar en los arts. 103.1, 106.1 y 153.c de la Constitución–¹⁶, como sobre la necesidad de acentuar un criterio material a la hora de determinar cuando se está ante una Administración pública, o de aplicar la técnica fiscalizadora elaborada en torno a los actos separables o inclusive la doctrina de la averiguación de la verdadera naturaleza de una persona jurídica mediante lo que la doctrina y jurisprudencia civil y mercantil han denominado, gráficamente, «levantamiento del velo».¹⁷

Esta tendencia privatizadora adquirió nueva e importante expresión en la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que recoge las llamadas «fundaciones del sector público estatal», cuya creación requiere únicamente acuerdo del Consejo de Ministros (art. 45.1). Asimismo son expresivas las «fundaciones públicas sanitarias» de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social –art. 11– y «las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril», sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Este Sistema sigue mereciendo, en el artículo único de la Ley, la consideración de servicio público, pero habilita que su gestión, lejos de la organización prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que incorporó al ámbito del Sistema Nacional de Salud un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, pueda llevarse a cabo, directa o indirectamente, a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad posibles admitidas en Derecho, entre otras a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios

¹⁶ *Vid.*, por todos, SILVIA DEL SAZ CORDERO: «La huida del Derecho Administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 201 y sigs., y PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo*, 6.ª ed. T. I, págs. 30 y sigs. En general, sin embargo, hay que advertir que estos preceptos aluden a una sujeción a Derecho de la actuación de las Administraciones Públicas –no específicamente, por tanto, al Derecho Administrativo– y al control judicial de esa actuación, aunque no necesariamente por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 11.ª ed., I, págs. 406 y sigs.

¹⁷ *Vid.* S. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, pág. 55 y G.ª de ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, *cit.*, págs. 408 y sigs.

o fundaciones u otras entidades de naturaleza o titularidad públicas admitidas en nuestro Ordenamiento.

También son de destacar, como muestra de la mencionada tendencia privatizadora, las del Servicio Postal, el de Televisión por cable y de las Telecomunicaciones. En efecto; la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales y después la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal, los califica de «servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia», aunque impone al operador al que se encomiende la prestación del servicio postal universal y a los prestadores de servicios postales que requieran autorización administrativa singular el cumplimiento de obligaciones de servicio público. Por su parte, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las define igualmente como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, pero las califica de servicio público cuando se trata de servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil y delimita las obligaciones de servicio público, con referencia a los titulares de servicios de telecomunicaciones, como «el conjunto definido de servicios de telecomunicación con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible».

d') En el marco constitucional y comunitario europeo

La Constitución, en su artículo 128, después de declarar la subordinación de toda la riqueza del país, en sus diversas formas y fuera cual fuere su titularidad, al interés general y de reconocer la iniciativa pública en la actividad económica, determina que «mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». Parece claro, pues, que, aparte los preceptos que impulsan la participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o la bienestar general, o que se refieren a la participación de los poderes públicos y trabajadores en las empresas, al fomento de sociedades cooperativas, a la facilitación del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, a la modernización y desarrollo de los sectores económicos y a la posibilidad de planificación de la actividad económica general, entre

otras finalidades, para atender a las necesidades colectivas (arts. 129 a 131, inclusive), ha reconocido la posibilidad de que servicios esenciales, sin duda parte importante del Estado Social, sean prestados directamente por la Administración o por entidades susceptibles de inclusión en el concepto más amplio de «sector público», dentro del cual cabe comprender no solo las entidades públicas empresariales, sino también las sociedades mercantiles estatales, autonómicas o locales y cualesquiera entes mayoritariamente participados, en su capital y dirección, por administraciones públicas.

Esta posibilidad significa, por una parte, que la prestación de los servicios esenciales (educación, sanidad, transportes y telecomunicaciones, etc.) puede estar reservada a las Administraciones públicas, mediante fórmulas de gestión directa o indirecta, como ya se ha dicho. Pero también da a entender que, al tratarse de una posibilidad y no de una imposición, el modelo puede ser distinto.

La pregunta, por tanto, sería la de si, al consistir el núcleo básico de la liberalización en una exclusión del Estado en la actividad de prestación de servicios, esta rigurosa opción puede tener cabida en la Constitución.

Al respecto, ya de lo dicho, la respuesta negativa se impone. Independientemente de manifestaciones concretas, como la contundente, a que después se harán mención, del artículo 41 CE —«los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo», y no cabe duda de la consideración de la Seguridad Social y sus organizaciones como servicio público¹⁸—, hay que destacar que la regulación sectorial de los servicios públicos esenciales no muestra, al menos en gran parte, una tendencia dismanteladora del servicio público como núcleo esencial de la actividad estatal de prestación en el Estado Social, sino la de permanencia del concepto de servicio público a través de una nueva categoría, la del servicio universal, surgida de la distinción, en la regulación de los servicios en régimen de competencia, principalmente de los servicios conectados con las nuevas tecnologías —los menos propensos al monopolio natural, aunque, al propio tiempo, los más abocados a soluciones de concentración de empresas y de

¹⁸ *Vid.*, en este punto, GARRIDO FALLA, F.: «La administración de la gestión de la Seguridad Social (con una alusión al Estado de bienestar)», *RAP*, núm. 140, mayo-agosto de 1996, págs. 7 y sigs.

monopolio *de facto* en su explotación privada—, entre prestaciones de mercado y prestaciones de servicio público, pues mientras las primeras estarían incluidas en el normal régimen privado de prestación de servicios y producción de bienes, las segundas integrarían la nueva categoría de servicio universal¹⁹.

Ya de algunas definiciones legales, antes transcritas, se desprende que el servicio universal hace referencia a un estándar mínimo de prestaciones que ha de tener garantizado el conjunto de los ciudadanos, o determinados colectivos sociales, a precios asequibles y cualquiera que fuera el lugar en que aquellos se encuentren. Es más, inclusive en estos servicios más anclados a las nuevas tecnologías, muchas veces se salvaguarda la calificación de servicio público y se configura su prestación privada mediante concesión, que, conforme se ha anticipado, implica titularidad pública del servicio. En definitiva el servicio universal es un instrumento técnico que pretende evitar que la gestión privada de las actividades económicas implique o determine que los ciudadanos dejen de tener a su disposición prestaciones básicas que los empresarios privados consideren no rentables atendiendo a las reglas del mercado²⁰.

Cuestión distinta es la de si el modelo constitucional español, que como se ha dicho no solo no proscribiera, sino que afirma, la posibilidad y, por ende, constitucionalidad de políticas de Estado de servicio público, puede verse alterado por las políticas liberalizadoras, derivadas de la afirmación del principio de libre competencia que significó la adhesión a las Comunidades Europeas, sobre todo después del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012 y de la inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en el ar-

¹⁹ Vid. DE LA CUADRA, T.: *Constitución y modelo económico liberalizador*, pág. 42, y G. ARIÑO: *Servicio Público y Servicio Universal en las Telecomunicaciones*, pág. 757. Vid. También CARLÓN RUIZ, M.: «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en *Derecho de la regulación Económica*, I., Iustel, 2009, págs. 463 y sigs., dirección MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. Igualmente CHINCHILLA MARTÍN, C. en «Servicio público ¿Crisis o renovación?», en *Régimen Jurídico de los Servicios Públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, págs. 85 y sigs.

²⁰ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J. F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V., en «La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar», en la obra colectiva *Las estructuras del bienestar en Europa*, cit., págs. 398 y sigs. Vid. también, MUÑOZ MACHADO, S.: «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en *Derecho de la Regulación* (dirs. S. Muñoz Machado-J. Esteve Pardo), tomo I, Iustel, 2009, págs. 15 y sigs.

título 135 de la Constitución, reformado, anticipadamente al Pacto Fiscal Comunitario, en 2011. Este punto se examina después.

Efectivamente, el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su apartado 3, establece que la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones de este precepto (que, en esencia, se refieren, en disposiciones aplicables a las empresas, a la salvaguarda de los principios de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y de libre competencia en el ámbito comunitario y a la sumisión de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, especialmente a las normas sobre libre competencia contenidas en el Tratado), y que, en tanto fuere necesario, y para ello, dirigirá a los Estados miembros Directivas o Decisiones apropiadas. En virtud de la utilización de estos medios, la Comisión Europea, *per se*, y por tanto con independencia del Consejo y del Parlamento Europeos, impulsó la liberalización de servicios tecnológicos, sacando adelante, incluso, las impugnaciones de determinados Estados en el Tribunal de Justicia (vgr. y por lo que respecta a España, Sentencia de 17 de noviembre de 1992, asuntos c-271/90, c-281/90 y c-289/90). Podría interpretarse, pues, que, a partir de 1 de enero de 1986, en que surtió efecto la adhesión de España a las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, efectuada mediante el Tratado de 12 de junio de 1985, con ratificación autorizada por la LO 10/1985, de 2 de agosto, y por mor de la incorporación a nuestro Derecho interno de todo el Derecho Comunitario vía artículo 93 de la Constitución, las posibilidades de reserva estatal en la prestación de servicios esenciales por el Estado que autoriza el artículo 128 de la Constitución, como se ha visto, quedaba restringida o condicionada por las disposiciones comunitarias (Tratados, Reglamentos, Directivas y Decisiones) que habían hecho o que hicieran efectiva la liberalización.

Esta posibilidad está, ciertamente, cimentada en un irreprochable razonamiento jurídico. Pero, no obstante, conviene no extenderla más allá de sus justos límites. En primer lugar, porque, como se ha dicho antes repetidamente, la tendencia liberalizadora propia, esto es, la que saca al Estado de la actividad prestacional, ha quedado prácticamente constreñida a servicios vinculados a las nuevas tecnologías, y aun ello con imposición de obligaciones de servicio público derivadas del «servicio universal». En segundo término, porque, en el resto de los servicios esenciales, la tendencia privatizadora o liberalizadora se ha materializado en la privatización de la fórmula gestora, bien a través de tradicionales modos de

gestión indirecta (concesión) o de organización de la gestión, mediante personificaciones privadas en la actuación administrativa, fundamentalmente por remisión de estos nuevos entes (participados por Administraciones públicas u organismos de ellas dependientes) a regímenes jurídicos privados, con lo que la titularidad del servicio, y lo que es más importante la responsabilidad pública en la prestación, quedan, en principio, salvaguardadas. Y, por último y en tercer lugar, porque el propio artículo 106 del Tratado, en su apartado 2, salva la liberalización, e inclusive la sumisión a las normas sobre libre competencia, a que su aplicación «no impida», de hecho o de derecho, el cumplimiento de la «misión específica a ellas confiada», esto es, de la misión concreta confiada a las empresas –públicas o privadas– que gestionen los servicios de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal. Además, los artículos 3 y 9 de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, respectivamente, resumen los objetivos de la Unión en la promoción del progreso económico y social y un alto nivel de empleo y en la consecución de un desarrollo equilibrado y sostenible mediante, entre otros procedimientos, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y la misión de la Comunidad en la promoción, en cuanto ahora importa, de un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, de un alto nivel de empleo y de protección social y de la elevación del nivel y la calidad de vida.

Estos principios, pues, que precisan para su realización de políticas públicas y promociones públicas evidentes, abonan la relatividad e inconsistencia de cualquier afirmación que impute a la Unión Europea situaciones de merma o desmantelamiento del Estado Social.

Téngase presente que se pueden detectar tendencias en la Europa comunitaria que discurren por el camino de incrementar el crecimiento con la palanca de la inversión pública y que no han sido desechadas. La Iniciativa de Crecimiento Estratégico, aprobada por el ECOFIN, prevé inversiones en infraestructuras e I+D con 29 proyectos en redes transeuropeas de comunicaciones de aquí al año 2020, que se financiarán con fondos europeos, recursos de los Estados e inversión privada, con un papel central del Banco Europeo de Inversiones. Todo ello, entre otros, con el objetivo de estimular el crecimiento y lograr un avance económico e incremento del PIB en la zona euro. Ni más ni menos, aunque sin decirlo, que una política puramente Keynesiana, con el acento puesto en el

gasto público para tirar de la demanda, aun a costa del aparcamiento del Pacto de Estabilidad.

Aparte lo anterior, lo decisivo, en cuanto afecta a los derechos económicos y sociales en el ámbito de la Unión Europea, está constituido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, versión consolidada por el Tratado de Lisboa de 2007.

El valor jurídico de la Carta, que fue en su inicio adoptada como «Declaración solemne» y que, como tal, aunque nació con vocación de adquirir obligatoriedad jurídica, no la tenía, ha sido otorgado una vez vigente el referido Tratado de Lisboa. En efecto, la nueva redacción del artículo 6.º del Tratado de la Unión Europea establece que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2007 tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». Su obligatoriedad está definida en el Capítulo VII, en el que se establecen las previsiones de que sus destinatarios son las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión; de que la Carta no comporta ampliación de las competencias comunitarias; y de que cualquier limitación de los derechos y libertades enunciados en la Carta habrá de hacerse por ley, que deberá respetar su contenido esencial –ni más ni menos que la misma garantía que para derechos fundamentales y constitucionales establece el art. 53.1 CE– y respetar asimismo el principio de proporcionalidad.

En el Título III de la Carta (arts. 20 y sigs.) se atiende al principio de «Igualdad» (rúbrica del mismo) y en él se reconocen el derecho a la igualdad ante la Ley; el de no discriminación; el principio de respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; los derechos del menor; los de los ancianos y el derecho de las personas con discapacidad.

Pero es en el Título IV, y bajo la rúbrica de «Solidaridad», donde se reconocen los derechos de los trabajadores a la información y consulta en el ámbito de la empresa; el derecho de negociación y acción colectiva; el derecho de acceso a los servicios de colocación; el derecho a la tutela en caso de despido injustificado; el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y justas; la prohibición de

trabajo de los menores y la protección de los jóvenes en el lugar de trabajo; la garantía de protección a la familia; el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales; el derecho a la protección de la salud; el acceso a servicios de interés económico general; la tutela del medio ambiente y la protección de los consumidores²¹.

e') La influencia del conocido como último Pacto Fiscal Europeo y del principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el Estado Social de Derecho

Conforme se acaba de anticipar en parte, la cuestión a abordar aquí es la de si afecta frontalmente a la constitucionalidad de políticas de Estado de servicio público el Tratado Europeo de Estabilidad de 2012 y el principio de estabilidad presupuestaria establecido en el reformado artículo 135 de la Constitución.

Por lo que respecta al marco proporcionado por el Derecho Comunitario Europeo, el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado en Bruselas en 2 de marzo de 2012, estrechamente relacionado con el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012 con función de prestar asistencia financiera a aquellos países de la zona euro que lo requieran con miras a salvaguardar la estabilidad financiera de la zona en su conjunto, ha de destacarse que, según su artículo 1.º la función de dicho Pacto se concreta en «reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social». Conforme ha sido destacado²²,

²¹ Vid. una completa exposición sobre el tema en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., en «El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva época. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 9/2009, págs. 13 y sigs.

²² Vid. «La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las Instituciones de control externo», de TOMÉ MUGURUZA, B., en *Revista Española de Control Externo*, n.º 43, enero 2013, págs. 73 y sigs. esp. págs. 97 y sigs. Vid. también «La constitucionalización de la crisis económica», en *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional-Cen-

los aspectos fundamentales del Tratado son: en primer lugar, el pacto presupuestario, asentado (art. 3.º) sobre la base de que «la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada parte contratante será de equilibrio o de superávit», condición que se incorporará al Derecho nacional de cada Estado firmante, preferentemente con rango constitucional (ya se ha indicado también que España se anticipó a esta elevación de rango con la reforma del artículo 135 de la Constitución operada en 2011); en segundo término, la coordinación de las políticas económicas (art. 11) y, por último y en tercer lugar, la mejora de la gobernanza económica.

Por su parte, el principio de estabilidad presupuestaria fue introducido en la Constitución en virtud de la reforma llevada a cabo en 2011, antes, por tanto, de su exigencia por el Tratado Europeo acabado de citar de 2 de marzo de 2012, que afectó al artículo 135 de la Norma Fundamental y que fue llevada a cabo por un procedimiento de urgencia, en lectura única y sin referéndum y con una celeridad sin precedentes en modificaciones de tal naturaleza (desde el 26 de agosto, en que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados la proposición, hasta el 27 de septiembre siguiente, en que fue sancionada, promulgada y publicada y en que entró en vigor).

La reforma, que potencia el control del Estado sobre la capacidad de gasto y endeudamiento de las demás administraciones públicas (fundamentalmente sobre las Comunidades Autónomas), establece, junto al propio principio de estabilidad presupuestaria (ap. 1.º del artículo 135 reformado), los de límite del déficit estructural en los términos que fije la Unión Europea para sus Estados miembros y de acuerdo con la LO 2/2012, de 20 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y del de la deuda pública, cuyo volumen para el conjunto de las Administraciones Públicas no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (60% del PIB), y todo ello con la necesidad de autorización legal para endeudarse, con la de incluir en los Presupuestos los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública de las Administraciones y con las causas de superación de los límites concretados a supuestos de catástrofes naturales, de recesión económica y de emergencia extraordinaria (aps. 3.º y 4.º del art. 135 CE).

tro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2012, págs. 127 y sigs. de EMBID IRUJO, A. Asimismo, *vid.*, *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, RUIZ ALMENDRAL, V., en *Revista de Derecho Europeo*, n.º 41, 2012, págs. 33 y sigs.

En cuanto a los principios consagrados por la antes citada LO de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, por cierto modificada por la LO 4/2012, de 28 de septiembre para aclarar la forma en la que debe computarse la deuda derivada de las medidas de apoyo (los anticipos de tesorería de los recursos del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas, la línea ICO-Comunidades Autónomas o el Plan de Pago a Proveedores), hay que decir que desarrollan puntualmente el mandato contenido en el artículo 135 CE y se concretan en la reiteración del principio de estabilidad presupuestaria como situación de equilibrio presupuestario o de superávit; en la plurianualidad de enfoque de los Presupuestos de las Administraciones, compatible con el de anualidad, a fin de que pueda tenerse en cuenta un marco presupuestario a medio plazo; el de transparencia o información suficiente respecto de la contabilidad de las Administraciones Públicas, de sus Presupuestos y liquidaciones; el de eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos; el de sostenibilidad financiera, sin que el gasto de las Administraciones Públicas pueda aumentar por encima de la tasa de crecimiento de referencia del PIB y sin que el endeudamiento pueda superar el antedicho 60% del PIB fijado por la normativa europea; el de responsabilidad por incumplimiento y, por último, el de lealtad institucional a fin de facilitar la colaboración y cooperación entre las distintas administraciones en materia presupuestaria.

Después de este nuevo marco normativo pudiera pensarse que ha quedado condicionado el contenido del Estado social y democrático de Derecho que proclama el artículo 1.º de la Constitución en su vertiente concreta de Estado Social. Corroboraría esta interpretación la Exposición de Motivos que antecede al acuerdo de aprobación de la modificación constitucional del artículo 135 de aquella, en la que se alude expresamente a que «la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.º 1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos».

Sin embargo ha de resaltarse que el principio de estabilidad presupuestaria, tal y como ha sido establecido en el Tratado Europeo de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2 de marzo de 2012 y se ha destacado con anterioridad, sirve de respaldo a la

consecución por la Unión Europea de los objetivos de «crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social» (sic en su artículo 1). Si a ello se añade la permanencia en los Tratados de la Unión Europea, versión consolidada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (art. 2.º y 3.º 3), y de Funcionamiento de la Unión Europea, también en su versión consolidada por el referido Tratado de Lisboa de 2007 (arts. 9 y 14), de los valores de respeto a la dignidad humana, la solidaridad social o los propios de una «economía social de mercado, altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social», así como las exigencias, que proclama, relacionadas «con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana» (art. 9 TFUE) y de la obligación de los Estados de velar porque los «servicios de interés económico general» se activen con arreglo a sus competencias respectivas de modo que les permitan cumplir su cometido (art. 14 TFUE), la conclusión no puede ser otra que la de que el principio de estabilidad presupuestaria no condiciona los presupuestos básicos del Estado social, sino que conduce a una optimización de los recursos públicos en la prestación de los derechos sociales, a un condicionamiento de los fines a que aquellos –los recursos– deben ir destinados o a la ponderación necesaria entre los objetivos de la optimización de las prestaciones sociales y las disponibilidades y previsiones presupuestarias que se deben tener presentes, en los términos a que, después, específicamente, se hará mención²³.

C) El Estado democrático y la fórmula constitucional integradora

La primera nota característica de todo sistema democrático es que constituye un proceso de toma de decisiones basado en la ley de las mayorías. Pero esta primera nota, como fácilmente puede entenderse, es totalmente insatisfactoria e incompleta. Si solo se exigiera el seguimiento de un determinado proceso, por muy sujeto que estuviese a la ley de las mayorías, para caracterizar como democrática una decisión, el sistema podría ser incluso compatible con una dictadura que se definiera como un Estado de Leyes y que

²³ Vid. Sobre el tema VAQUER CABALLERIA, M.: «Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad», en *Informe Comunidades Autónomas*. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2012, págs. 75 y sigs.

supeditara su actuación a las mismas. Un Estado democrático presupone, por supuesto, el Estado de Derecho con todos sus valores. Lo que quiere acentuarse con esta expresión es el **pluralismo político** como medio para conseguir tanto los fines del Estado de Derecho (la libertad), como los del Estado Social (la igualdad y la solidaridad). De ahí que el pluralismo político deje abiertas vías, en la forma de interpretar la magnitud y profundización de las prestaciones propias del Estado Social, para adecuarlas a los planteamientos de las distintas opciones políticas. Pero siempre con supeditación a valores superiores, que funcionan como principios sustantivos y como límite de la función legislativa ordinaria, y que en nuestra Constitución se manifiestan en la misma proclamación del artículo 1.º al incluir, en una fórmula integradora, los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como caracterizadores del Estado Social y democrático de Derecho. Porque son también notas caracterizadoras del Estado democrático tanto la necesidad de que la libertad de la persona, su dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, que son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE) sean reales y efectivas, hasta el punto de implicar la actividad de los poderes públicos en esa dirección, como que lo sean igualmente la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

El principio democrático supone, desde luego, que esa participación ciudadana sea potenciada y asegurada al máximo en cada uno de los centros de poder y no se limite, con ser la fundamental, a las periódicas consultas electorales. Es particularmente relevante, al respecto, como conectado a las previsiones del Estado de Bienestar y del Estado Social, el mandato del artículo 129 de la Constitución, de que la ley establezca «las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar social».

Con todos estos elementos, no cabe duda alguna que nuestra Constitución, que no solamente potencia la libertad real, sino también la igualdad real y efectiva, hasta el punto de imponer, como se ha visto, a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que, en relación a una y otra, impidan o dificulten su plenitud –art. 9.º 2–, al adoptar la fórmula integradora, no ha caído en un ejercicio meramente retórico. La fórmula integradora, pues, se revela no como antitética de los principios y valores propios de

cada uno de sus componentes, sino como mecanismo que los articula en régimen de complementariedad.

Por lo demás la defensa de una fórmula de equilibrio entre las reglas de la economía de mercado y la garantía de los derechos sociales es hoy mayoritaria como se ha visto claramente en los apartados anteriores.

III. LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA RECONOCE

A) La Constitución como norma jurídica suprema del ordenamiento

Es un lugar común en la doctrina científica y, desde luego, en la constitucional que la Constitución es una norma jurídica, la norma jurídica suprema de nuestro Ordenamiento²⁴. Pero no sólo es una

²⁴ Es obligada, por su importancia y significación, la cita del trabajo del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La Constitución como norma jurídica», primeramente publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, 1979, después incluido en la obra colectiva «La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático», dirigida por García de Enterría y A. Predieri, Civitas, 1980, y por último publicada por la misma editorial (Civitas) integrando otro trabajo del mismo autor («La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», publicado en el n.º 1 de la Revista Española de Derecho Constitucional, 1981), bajo el título de «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional», cuya primera edición es de 1981. Por lo demás son múltiples los trabajos en que se hace especial hincapié en la naturaleza de norma jurídica que tiene la Constitución. Así, MUÑOZ MACHADO, S., en *Constitución*, Iustel, 2004, esp. págs. 125 y sigs. MARTÍN REBOLLO, L. en el «Estudio Preliminar; la Constitución de 1978: elaboración, contenido, significado general e incidencia en el ordenamiento jurídico», en *Constitución Española (Texto y Contexto)*. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, esp. págs. 49 y sigs. ESPÍN TEMPLADO, E., en *Derecho Constitucional*, vol. I, con Luis López Guerra, Joaquín García Morillo (+), Pablo Pérez Tremps y Miguel Satrustegui, Tirant lo Blanch, 2007, entre otros muchos. El mismo carácter normativo y vinculante de los preceptos constitucionales se recoge en la doctrina del Tribunal Constitucional tempranamente. Así, las SSTC: 9/1981, de 31 de marzo, califica a la Constitución como «la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico»; la 21/1981, de 15 de junio, FJ 17, declara que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y ... son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos»; la 16/1982, de 28 de abril, FJ 1, declara que «conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos

norma que regula y ordena las instituciones del Estado, definiendo su estructura y competencias, sino también la configuradora del Estado Social y Democrático de Derecho que ella misma proclama en su artículo 1.º con todos los elementos a que al principio de esta intervención se hacía mención –y que no es necesario, por tanto, repetir aquí– y la norma que sirve de referencia a las demás integrantes de ese Ordenamiento, con un valor normativo vinculante para todos los poderes públicos y para el conjunto de los ciudadanos, valor que es predicable de todos y cada uno de sus preceptos según su propio contenido y carácter, y por ello, como después se verá, con distintas posibilidades de articulación que no por eso desvirtúan esa concreta naturaleza de norma jurídica suprema y vinculante.

La principal manifestación de ese valor normativo se encuentra en el artículo 9.º 1 cuando, sin margen alguno para la duda, establece que «los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico». Hay otras manifestaciones concretas de esta normatividad de la Constitución como son, fundamentalmente, la virtualidad derogatoria que expresamente le reconoce su disposición derogatoria, apartado 3, respecto de toda norma que se oponga a lo en ella establecido²⁵, o también aquellos casos en que el texto constitucional permite su aplicación directa sin que sea necesaria ninguna intermediación legislativa, como ocurre con los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.ª del Capítulo II, del Título I, o en que establece una vinculación especial de los poderes públicos al elenco de derechos y libertades que reconoce el Capítulo II del Título I (art. 53.1); o cuando señala la organización y competencias de órganos constitucionales, como el Tribunal Constitucional (art. 161.1), o la de los Jueces para plantear ante éste último cuestiones de institucionalidad (art. 163), entre muchas más.

como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados ... están sujetos a ellos (arts. 9.1 y 117.1 CE)»; la STC 80/1982, de 20 de diciembre, a propósito de un recurso de amparo contra una Sentencia del TS –la de 8 abril 1982 (RJ 1982/1941)– que había declarado que el mandato del artículo 14 CE era «una declaración de principio», concluye que «la Constitución es nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal».

²⁵ *Vid.* Al respecto BORRAJO INIESTA, I.: «Comentario al apartado tercero» de la Disposición derogatoria de la Constitución, en *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, 2009.

Aunque es cierto que el grado de vinculación para poderes públicos y ciudadanos no es uniforme –como lo prueba la mera lectura de los tres apartados del artículo 53 de la Constitución a que después se hará particular mención–, no puede olvidarse que la normatividad del texto fundamental, conforme antes se destacó, se predica de todos y cada uno de sus preceptos, cualesquiera que sea el tipo de norma que se considere, es decir, tanto si se trata de reglas de directa aplicación como si se está ante principios o ante mandatos dirigidos al poder legislativo o a los distintos poderes públicos, pues inclusive estos principios, aun cuando no generen «per se» derechos subjetivos, pueden operar incluso como parámetros de constitucionalidad de las leyes.

B) La interpretación de la Constitución

En principio la interpretación de la Constitución se enmarca en la interpretación jurídica, puesto que, como se acaba de ver, la Constitución es una norma jurídica, la suprema de nuestro Ordenamiento. Más concretamente interpretación constitucional, en supuestos de controversia jurisdiccional, será la actividad desarrollada por el Juez para determinar, en virtud de un razonamiento jurídico, el sentido de una norma constitucional, cuyo controvertido significado es el objeto del propio litigio mantenido por las partes ante aquel.

A la interpretación constitucional son aplicables, pues, los criterios básicos que son propios de toda interpretación de normas y que, en una completa y resumida enumeración, determina el artículo 3.º del Código Civil cuando establece que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Se contienen aquí los tradicionalmente considerados criterios básicos de interpretación de las normas, a saber: la interpretación literal o gramatical; la interpretación sistemática; la referida a la *mens legislatoris*, o de la *ratio legis* o «interpretación original»; la evolutiva o adaptativa, a fin de evitar la obsolescencia y, por último, la interpretación funcional o teleológica.

No es necesario –porque sería excesivo– hacer ahora una glosa de la aplicación en las Sentencias del Tribunal Constitucional –que es, como enseguida se dirá, el supremo intérprete de la Constitución– de los criterios que intervienen en el proceso de interpreta-

ción jurídica, pero sí es preciso destacar la importancia de atender a todo el contexto en que se sitúa la norma constitucional a interpretar. La interconexión de los ordenamientos jurídicos, y en materia de derechos fundamentales la llamada «interconexión orgánica y finalista» de los mismos, ha determinado que la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados y que, por la conexión de principios con derechos fundamentales, pueda verse ampliada la protección de los primeros²⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene sentido que es obligado considerar la Constitución «como un todo sistemático exento de contradicciones lógicas» (STC 278/1993, de 23 de septiembre), en que cada precepto encuentra su pleno valor y sentido en función del conjunto y, por tanto, «valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática» (STC 113/2004, de 12 de julio). Importancia la expuesta que permitirá, conforme posteriormente se reiterará, la conexión entre derechos fundamentales, o entre principios y derechos fundamentales, al objeto de lograr para éstos la protección reforzada que recoge el artículo 53.2 de la Constitución. También es destacable la apertura de la jurisprudencia constitucional al criterio evolutivo, que permite una adaptación de los preceptos constitucionales a la realidad social sin necesidad de modificar la Constitución, dentro, como es lógico, de los límites impuestos por la realidad normativa de ésta, es decir, sin contrariar su clara y consolidada interpretación. Como paradigma de este tipo de interpretación, referido al derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), puede citarse la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Dentro, incluso, de la interpretación sistemática podría comprenderse la necesidad para el intérprete de tener en cuenta las relaciones existentes entre las distintas y múltiples fuentes normativas que, con la Constitución en primer lugar, integran el Ordenamiento jurídico, interconexión la expresada que, a su vez, es resultado de la interconexión y globalización de la propia sociedad.

²⁶ Vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: «La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho», *Cuadernos Civitas*, 2004. Vid. también PÉREZ LUÑO, A. E., en «Dogmática de los derechos fundamentales y transformación del sistema constitucional», *Teoría y Realidad constitucional*, UNED, R. Areces ed., n.º 20, 2.º semestre de 2007, págs. 495 y sigs.

C) El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución

Así lo define el artículo 1.º de su Ley Orgánica –Ley 2/1979, de 3 de octubre– y así se desprende implícitamente de su regulación en el Título IX de la Constitución –arts. 159 a 169, inclusive– cuando lo configura como un órgano constitucional independiente de los demás órganos constitucionales, con un «status» organizativo y competencial regulado en la propia Constitución²⁷, como un auténtico órgano jurisdiccional que desempeña una función material de esa naturaleza, aun cuando sus resoluciones aborden cuestiones de claro matiz político, pero que resuelve con estrictos criterios jurídico-constitucionales²⁸.

Es intérprete supremo de la Constitución, solamente sometido a ella y a su Ley Orgánica (art. 1.º 1 LOTC), pero no el intérprete único de la misma. En cuanto están sometidos a la Constitución, según antes se ha visto al destacar el significado de su normatividad, todos los poderes públicos (art. 9.º 1), es obvio que todos han de realizar en su actuación una labor interpretativa del texto constitucional. Incluso el poder legislativo, en el ámbito de su producción normativa, ha de realizar una interpretación de la Constitución para desarrollar aquella de acuerdo con ésta. Lo que no puede hacer es, suplantando al Tribunal Constitucional, dictar leyes con función exclusivamente interpretativa y vinculante de la Constitu-

²⁷ Vid., por todos, GARCÍA PELAYO, M.: «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, 1981.

²⁸ La STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, a este respecto, declara: «que en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo». Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Acerca de la naturaleza material y sustantiva de la justicia constitucional*. Vid. también PÉREZ TREMP, P.: *Escritos sobre justicia constitucional*, Ed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005. Sobre el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, vid. también PÉREZ TREMP, P.: *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 22 y sigs.

ción (STC 76/1983, de 5 de agosto, LOAPA), ya que, si así lo hiciera, ello supondría que «el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional» (FJ 7.º). Los jueces ordinarios, por otra parte, están particularmente preocupados a la hora de realizar una interpretación constitucional, hasta el punto de poder ser calificados también de jueces de la Constitución y no sólo porque pueden –y deben– plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (art. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ), sino porque, dada la naturaleza normativa de ésta y como se ha ya anticipado, pueden considerar derogadas por la Constitución las normas con rango de Ley (Disposición derogatoria) preconstitucionales y porque, por considerar las de rango inferior contrarias a la Constitución, han de inaplicar los reglamentos (art. 6 LOPJ) o incluso, si se trata de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, [(arts. 1.º 1, 25.1, 26, 27, 70.2, 71.1.a) y concordantes LJCA], anularlos si se opusieran a la Constitución o, en general, si no fueran conformes a Derecho. Todo ello aparte de que la tutela de los derechos fundamentales se confía por la Constitución, preferentemente, a la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente, esto es, cuando aquella no hubiere otorgado con caracteres de plenitud esa tutela, al Tribunal Constitucional, en los términos del artículo 53.2 CE y en los de los artículos 43 y 44 LOTC, en cuanto exigen estos el agotamiento de la vía judicial procedente para tramitar el recurso de amparo.

Por eso, ha podido llamarse acertadamente a los jueces ordinarios «jueces naturales» respecto de la tutela de los derechos fundamentales²⁹. Y todo ello, además, de que el propio artículo 5.º 1 LOPJ impone a los jueces y Tribunales la interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos «según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional en toda clase de procesos».

²⁹ Vid. Al respecto, LÓPEZ GUERRA, L.: *Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1997. También PÉREZ TREMP, P.: *Sistema de justicia constitucional*, cit., págs. 151 y sigs. y 159 y sigs. sobre la labor del TC en la llamada «constitucionalización» del ordenamiento. Igualmente, MEDINA GUERRERO, M.: «Comentario al artículo 1.º LOTC», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinada por REQUEJO PAGÉS, J. L., ed. Tribunal Constitucional –BOE, Madrid, 2001, esp. págs. 77 y sigs.

Por último, es necesario tener presente, a efectos de esta consideración del Tribunal Constitucional como «supremo intérprete de la Constitución» y de su supremacía e independencia en esta tarea, que le corresponde en exclusiva la delimitación del ámbito de su jurisdicción, hasta el punto de poder adoptar «cuantas medidas sean necesarias para preservarla», con inclusión de «la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben» y sin que sus resoluciones puedan ser «enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado» (art. 4.º 1 y 2 LOTC, reformado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

IV. LAS LLAMADAS «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA» E «INTERPRETACIÓN ECONÓMICA DE LA CONSTITUCIÓN»

A) El significado de la conocida como «Constitución económica»

Por Constitución económica se entiende doctrinalmente el marco jurídico que en la Constitución delimita la estructura y funcionamiento de la actividad económica, que, en definitiva, ha de servir de criterio rector de la acción que puedan desarrollar los operadores económicos. Más brevemente podría definirse como el conjunto de preceptos de la Constitución que delimitan los parámetros en que puede llevarse a cabo la intervención pública en la economía³⁰.

Por su parte, el Tribunal Constitucional considera como tal las «normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica ... marco [que] implica la existencia de unos principios básicos que han de aplicarse con carácter unitario» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1.º entre muchas más).

En el contenido de esa pretendida Constitución suelen incluirse el derecho a la propiedad privada (art. 33), la libertad de empresa (art. 38), los preceptos del Título VII relativos a la Economía y Hacienda (arts. 128 a 135, inclusive) y los derechos sociales de conte-

³⁰ En este sentido RODRÍGUEZ COARASA, C.: «El Estado social: alcance, significado y manifestaciones», en la obra colectiva *El modelo Social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1281 y sigs., y ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, en «Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía», en la *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012, pág. 77 y sigs.

nido económico recogidos en el Capítulo III del Título I. Ciertamente podrían integrarse también, desde una perspectiva más amplia, otros preceptos representativos de valores, de principios, de derechos, de habilitaciones o de mandatos finalistas que están comprendidos en los preceptos acabados de citar o que guardan relación con los mismos. Realmente no hay, pues, una «Constitución Económica» como un todo articulado, sino una serie de preceptos susceptibles de repercutir en la actuación de los poderes públicos, como se ha dicho. Ciertamente vienen a coincidir con los que definen el Estado Social de Derecho que proclama la Constitución (art. 1.º 1) y que, por sí solos y aunque no existiera ese explícito reconocimiento, la configurarían igualmente, como son en especial los valores, principios y mandatos de los artículos 9.2, 33.2, la mayoría de los contenidos en el precitado Capítulo III del Título I y los recogidos en los artículos 128, 129, 130 y 131³¹.

Lo que importa resaltar ahora, respecto de este conjunto de preceptos que conforman el ámbito normativo constitucional en el que puede desarrollarse la intervención pública en la economía, es que la Constitución no ha establecido un modelo o sistema económico acabado y completo que sea susceptible de funcionar como parámetro de constitucionalidad de la referida intervención. En este sentido, y no en otro, es en el que cabe hablar de neutralidad económica de la Constitución, o, lo que es lo mismo, que dentro de ella pueden encontrar acogida opciones políticas diversas, determinadas por el pluralismo político, que es característica esencial del Estado democrático de Derecho, también asumido por la Constitución. Pero sin que ello pueda significar que en la Constitución encuentre cabida cualquier modelo económico. La Constitución, como después veremos, establece la compatibilidad del principio de «libertad de empresa en el marco de una economía de mercado» (art. 38) con los condicionamientos que inmediatamente establece en virtud de una pluralidad de principios, mandatos, habilitaciones a los poderes públicos y configuración de auténticos derechos (vgr. Los contenidos en los artículos 9.2, 33.2, en los principios rectores del antes citado Capítulo III del título I y en los preceptos, igualmente ya destacados, del Título VII, de Economía y Hacienda), determinantes de la constitucionalidad de intervenciones públicas en la actividad económica para la salvaguarda del contenido mínimo del Estado Social de Derecho que aquella –la

³¹ Vid. ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado Social*, Mc. Graw-Hill, Madrid, 1995.

Constitución— consagra y al que en parte se ha hecho ya específica referencia. En este reconocimiento ha de decirse que la Constitución no ha sido asépticamente neutral. Mantener a ultranza la absoluta neutralidad de la Constitución en este concreto aspecto significaría tanto como convertirla en un conjunto de principios o aspiraciones abstractos y teóricos y, consecuentemente, privarla de fuerza normativa.

B) La interpretación económica de la Constitución

Una de las consecuencias de la crisis, aparentemente doctrinal pero con una trascendencia práctica indudable, ha sido, sin duda, la creciente interpretación económica de la Constitución, que se dirige primordialmente al debilitamiento del Estado social y que incluso repercute negativamente en la democracia pluralista y en el carácter normativo del propio texto fundamental.

La que ahora llamamos «interpretación económica de la Constitución» no se confunde con lo que acabamos de mencionar «Constitución económica», ni con la incidencia del principio de economía en el gasto público, incluido lógicamente el social (art. 31.2), sino que traspasa estas puntuales consideraciones para adentrarse en una vertebración no sólo de todo el orden social que la Constitución reconoce, ordena y salvaguarda, sino de la Constitución misma en toda su integridad. La Constitución económica es, volvemos a repetir, el ámbito o, si se quiere, conjunto normativo que rige la intervención pública en la actividad económica y que, dentro de los explícitos límites que la propia Norma Fundamental establece, está abierto a cualquier opción política que resulte de los procesos electorales. La interpretación económica de la Constitución no se limita a considerar el factor económico como un elemento más en la disciplina del orden social y resolución de sus conflictos, al lado o en unión, conforme se anticipó, del conjunto de principios, reglas, mandatos o derechos expresamente reconocidos en su texto, sino que se erige en canon o parámetro de interpretación, e incluso de habilitación, de todo ese conjunto normativo, incluidos principios y derechos, pero ni siquiera en canon obediente a una plural, políticamente hablando, orientación económica, sino en único criterio determinante de la viabilidad de aquel conjunto y de acuerdo, además, con una predeterminada concepción de la economía que, puede adelantarse, se muestra alejada de la protección de derechos económicos y sociales característicos del Estado Social de De-

recho, que serían sólo interpretados desde la perspectiva de la necesidad de limitar el gasto³².

Esta pretensión de interpretación económica de la Constitución, en el sentido y con la significación acabados de exponer, ha llegado a reflejarse –o, por lo menos, podría dar lugar a entenderlo así– en la reciente reforma del artículo 135 de la Constitución, conforme se advirtió ya al examinar el principio de estabilidad presupuestaria y su influencia en el Estado Social. En efecto, conforme ya entonces se constató, la Exposición de Motivos que precede al acuerdo de reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011, declara expresamente que la estabilidad presupuestaria adquiriría un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad y actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos, «un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con efecto de limitar u orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos».

No es, sin embargo, según ya se dijo, ésta la interpretación adecuada. El principio de estabilidad presupuestaria lo que proscribe es el gasto de las Administraciones públicas en términos de déficit estructural presupuestario superior a los márgenes que establezca la Unión Europea y concrete, para nosotros, una Ley orgánica, si se trata del Estado y las Comunidades Autónomas, o simplemente que traspase el equilibrio presupuestario si se contempla la actuación de las Entidades Locales. Pero en manera alguna condiciona el contenido del Estado social de forma específica ni, como después se verá, establece ninguna prioridad o postergación en materia de gasto. Tanto en Derecho Comunitario Europeo, como en nuestra Constitución, quedan subsistentes los fines sociales que ha de perseguir la actuación de los Estados según los Tratados y los mandatos específicos, principios y derechos que las Constituciones reconocen.

La consecuencia de esta pretendida interpretación de la Constitución en exclusiva clave económica son claras: una devaluación de su normatividad, con la correlativa devaluación de la de sus principios, reglas o mandatos, e incluso una minorización del principio democrático, en cuanto permite que las decisiones se adopten por los poderes públicos con independencia de lo que los ciudadanos

³² Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Una interpretación constitucional de la crisis económica», *ReDCE*, n.º 19, enero-junio de 2013.

han manifestado en los procesos electorales. Son soluciones que se dan como únicas, insoslayables e incluso foráneas, en el sentido de que pueden estar desligadas de marcos normativos plenamente legales (vgr. la Unión Europea) y proceder de entidades privadas que, con apelación a la independencia que al parecer les otorga el mercado, pontifican y juzgan acerca de la solvencia económica de los Estados.

C) El valor normativo del reconocimiento constitucional de los derechos y principios económicos y sociales

Anteriormente, al tratar de la llamada «Constitución Económica», ya se admitía una concepción amplia de la misma que podía integrar valores, principios, mandatos y habilitaciones a los poderes públicos y derechos. Todos tienen valor normativo, sin duda, como lo tiene toda la Constitución, pero no en el mismo grado. Desde luego, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, que proclama en su mismo inicio la Constitución (art. 1.º 1), lo tiene, incluso con un contenido esencial que es imposible desconocer, porque la Constitución no es un acopio de principios abstractos, sin contenido real, sino, como se ha dicho hasta la saciedad, un auténtico conjunto normativo que dota a dicha cláusula y a su vigencia, como perteneciente al Título Preliminar, de la salvaguarda máxima: sólo podría hacerse desaparecer por el procedimiento de revisión riguroso previsto en el artículo 168 de la Constitución y sólo podría despojarse de su contenido esencial –porque lo tiene, como antes se vio– desconociendo el valor normativo de la Constitución y reduciéndola a un mero discurso teórico.

Los principios rectores de la política social y económica forman parte de un título –el I– de la Constitución que lleva por rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales». Podría pensarse que todo su contenido tenía ese valor de derecho o deber «fundamental». Inclusive en el Capítulo I («De los españoles y los extranjeros»), que no regula propiamente derechos, sino condiciones para su ejercicio, se reconocen auténticos derechos subjetivos, que son, por tanto, derechos constitucionales (vgr. el derecho de asilo para ciudadanos de otros países y apátridas, artículo 13.4)³³. La Constitución distingue los derechos fundamentales no con un criterio material ni sistemático, sino en función de la protección que les

³³ Vid. PÉREZ TREMPES, P.: «Los derechos fundamentales», en *Derecho Constitucional*, vol. I, cit, pág. 145.

asegura³⁴. Así, los derechos fundamentales y libertades públicas (rúbrica de la Sección 1.^a del Capítulo II), a más del principio de igualdad y la objeción de conciencia, tienen la máxima protección que la Constitución reconoce (art. 53.2, amparo ante la jurisdicción ordinaria y subsidiariamente ante la constitucional); los derechos y deberes de los ciudadanos (rúbrica de la Sección 2.^a del mencionado Capítulo) tienen como garantía expresa, y en unión de los consignados en la Sección anterior, la de vincular a todos los poderes públicos y la que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular su ejercicio (art. 53.1). Los llamados por el Capítulo III «principios rectores de la política social y económica», según el apartado 3 del mismo precepto, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Aparte la incorrección que supone decir que estos principios sólo pueden ser invocados ante los Tribunales en los términos que establezcan las correspondientes leyes de desarrollo –invocados o alegados siempre podrán serlo, como cualesquiera otros preceptos constitucionales, vgr. a efectos interpretativos– lo que el precepto quiere señalar es que estos principios, por sí mismos, no generan derechos subjetivos actuables ante los Tribunales, sino que estos surgirán de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo. Tampoco quiere esto decir que el valor de tales principios sólo sea programático o retórico. Lo impide su valor normativo susceptible de determinar, como ya se dijo, incluso la institucionalidad de una Ley. Piénsese en una Ley que suprimiera el mantenimiento, en régimen público, de la Seguridad Social. Sería claramente inconstitucional por oposición frontal al artículo 41 de la Constitución.

Por otra parte, estos principios, junto con los demás integrantes de lo que anteriormente denominábamos «Constitución Económica», configuran el contenido del Estado Social de Derecho que proclama la Constitución y que en absoluto puede entenderse vacío, privado de efectividad o deferido a la discrecionalidad del legislador. En definitiva, si la normatividad de estos principios está fuera de toda duda y si la eficacia informadora que expresamente les re-

³⁴ *Vid.* LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P: «El amparo judicial de los derechos fundamentales», en la obra *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, edición a cargo de Gerardo Ruiz-Rico, CGPJ, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 113 y sigs.

conoce el artículo 53.3 afecta a la legislación positiva, a la práctica judicial y a la actuación de los poderes públicos, es claro que dichos principios trascienden claramente la consideración de normas programáticas y se constituyen en sustrato necesario para alumbrar auténticos derechos subjetivos ejercitables por los ciudadanos. La condición de que hayan de ser alegados de acuerdo con lo que dispongan las leyes de desarrollo no les priva de su condición de auténticos derechos (como tales los enuncia la propia Constitución en los artículos 43 –derecho a la protección de la salud–, 45 –derecho a un medio ambiente adecuado–, 47 –derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada–). Sería un verdadero absurdo que la Constitución considerara la educación como un derecho, fundamental en este caso como perteneciente a la sección 1.^a del Capítulo 2.^o, y no lo hiciera, ni siquiera para considerarlo derecho, respecto del derecho a la protección de la salud por estar éste ubicado en Capítulo diferente³⁵. Además, la realidad de que no sólo estos principios rectores, sino los derechos fundamentales de prestación e incluso los derechos de libertad propiamente dichos (libertad personal, libertad ideológica, de expresión, de reunión, de asociación, etc.) se encuentran desarrollados legislativamente, conduce a la conclusión de que, aun cuando los derechos consignados en las Secciones 1.^a y 2.^a del tan repetido Capítulo II del Título I podrían actuarse jurisdiccionalmente aunque no hubieran tenido intermediación legislativa, como la han recibido efectivamente, serán alegados ante la justicia junto con las leyes correspondientes, inclusive para impugnar su adecuación a la Constitución si estas leyes se separaran del contenido esencial que hace reconocible el derecho o desconocieran los específicos mandatos del texto constitucional que hicieran referencia al derecho fundamental de que se tratara, mediante la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el proceso ante la jurisdicción ordinaria en que estuviera ventilándose la pretensión del afectado –solicitud que no podría recibir una respuesta judicial inmotivada o incurra en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, porque entonces supondría el desconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)– o en virtud de la inaplicación de la norma de desarrollo si tuviera rango inferior a la Ley (art. 6 LOPJ) o incluso de su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Ad-

³⁵ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 1167 y sigs.

ministrativa en tal caso (art. 1.º de la Ley de esta jurisdicción [(SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 15 a); 35/2002, de 14 de febrero, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 8 y 58/2004, de 19 de abril, FFJJ 8 y 11]).

Prácticamente lo mismo cabría decir de los derechos desarrollados legislativamente desde esos, a su vez, «derechos» reconocidos en el Capítulo III, o desde los principios y mandatos al legislador que en él se contienen. Sostener que su actuación ante la jurisdicción supondría la aceptación inconvencible de los términos en que el legislador ordinario los hubiera configurado, significaría negar normatividad a los «derechos», principios y mandatos de que dimanaran las leyes de desarrollo y, consiguientemente, impedir que pudiera aducirse, en defensa del derecho así configurado legalmente, contradicción de las indicadas leyes con la Constitución. Algo que no tendría otro entendimiento que, en contra de cuanto se lleva razonado, admitir que tales principios eran pura retórica programática.

Pero es que hay más. Aparte de que tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional han declarado que los preceptos integrados en el Capítulo III del Título I de la Constitución, con independencia de su formulación más o menos abierta, «enuncian proposiciones vinculantes en los términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución» (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, y SSTC de 25 de abril de 1989) (RJ 1989/3233) y de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002/4826), es posible articular la existencia de verdaderos derechos subjetivos derivados de los específicamente llamados «derechos» en el mencionado Capítulo –antes ya se hizo referencia a ellos– y de los principios y mandatos que el mismo establece, si se parte de que existen obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultado. Ambas pueden sustentar un derecho subjetivo por cuanto pueden determinar la presencia de un obligado a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cuando la Constitución reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47), o el derecho a la protección a la salud (art. 43), parece claro que no se está refiriendo al derecho a tener en propiedad una vivienda en concreto o al de estar sano en cualquier circunstancia. Estos derechos, pues, no comprenden obligaciones de resultado, sino de actividad o, lo que es lo mismo, de arbitrar los medios para, en el primer caso, establecer las condiciones necesarias y las normas pertinentes que lo hagan efectivo, «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especula-

ción» (art. 47) y, en el segundo, para «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2 CE)³⁶.

V. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN

A) Derechos económicos

Ya se ha destacado con anterioridad que los derechos económicos y sociales que la Constitución reconoce explícitamente están recogidos, o son consecuencia, «topográficamente» hablando, en –o de– los títulos dedicados a la Economía y Hacienda –el VII– y a los derechos y deberes fundamentales (Título I) y, dentro de éste, específicamente, a los que, con esa naturaleza por su configuración –no por expresa denominación del texto constitucional, que no existe– de derechos económicos y sociales, se recogen en los Capítulos II y III, esto es, como derechos fundamentales propiamente dichos (los de la Sección 1.^a del primero de ellos), como derechos constitucionales (los de la segunda, si es que estos derechos, por no tener reconocida la protección reforzada del artículo 53.2, no merecieran la consideración de fundamentales, lo que es secundario por ser esta una cuestión puramente nominal) o como derechos derivados de los principios rectores de política social y económica (los del Capítulo III del mismo Título).

Sin ánimo de ser reiterativo, y no obstante lo ya avanzado con anterioridad, considero conveniente referirme nominativamente a cada uno de ellos y a su naturaleza, más que nada para mostrar el rico contenido que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho consagrado por la Constitución y muchas veces, consciente o inconscientemente, degradado en algunas interpretaciones.

Ya se ha dicho que los preceptos que configuran la inexistencia de un modelo económico determinado con arreglo al cual pudiera deducirse la constitucionalidad de la intervención de los poderes públicos en la economía, son los recogidos en el artículo 38 cuando

³⁶ Vid. al respecto, PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2013, págs. 32 y sigs. I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales.

en él se reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», en relación con el derecho a la propiedad privada y a la herencia (art. 33), ambos preceptos, por su situación en la Constitución, con la naturaleza de derecho constitucional o, si se quiere, en la consideración nominativa amplia antes apuntada, de derecho fundamental. Íntimamente relacionados con ellos están los mandatos a los poderes públicos de garantizar y proteger el ejercicio de esa libertad de empresa y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación (arts. 38 y 131.1), y el principio de que los derechos a la propiedad y a la herencia tienen una función social delimitadora de su contenido que habrá de ser determinada por las leyes (art. 33.3) a más del mandato relativo a la promoción de las formas de participación en la empresa del fomento de sociedades cooperativas y de establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2), que recibieron reconocimiento legislativo en las Leyes 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y en la 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales. No puede entrarse aquí en el estudio de estos derechos, principios y mandatos, como tampoco en el de los demás preceptos configuradores de derechos económicos y sociales, porque haría interminable este estudio. Pero no importa resaltar que la alusión a la «economía de mercado» como marco de la libertad de empresa lleva consigo la admisión, como legítimas, de actuaciones en defensa de la competencia, que se constituyen así en mecanismos de protección de la mencionada libertad (STC 88/1986, de 1.º de julio, FJ 4.º A los mismos criterios responde la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y su desarrollo reglamentario (RD 261/2008, de 22 de febrero).

Por otra parte, y sin perjuicio de reconocer esta libertad como institución central del orden económico, en la que ha de destacar su aspecto objetivo más que el de derecho subjetivo por más que de este no pueda prescindirse si se quiere amparar concretamente a las personas que individualmente pueden beneficiarse de ella³⁷, la libertad de empresa encuentra sus condicionamientos no sólo en

³⁷ *Vid.*, al respecto, toda esta problemática en RUBIO LLORENTE, F.: «La libertad de empresa en la Constitución», en la obra colectiva *La reforma del mercado de trabajo* (dir. E. Borrajo), Actualidad Editorial, Madrid, 1993, págs. 25 y sigs. También ARAGÓN REYES, M.: *Libertades económicas y Estado Social*, cit., pág. 12 y sigs. *Vid.* igualmente PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Descentralización productiva y libertad de empresa», en la obra colectiva por él dirigida *Libertad de empresa y re-*

«las exigencias de la economía general, sino igualmente en las derivadas, en su caso, de la planificación (art. 38, *in fine*) y también, por supuesto, en las que dimanen del principio de subordinación de la riqueza, en sus distintas formas, al interés general y del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, reconociendo este que viene a significar una importante excepción al principio de subsidiariedad, con arreglo al que la creación de una empresa por las Administraciones Públicas habría de entenderse subordinada a que no existiera iniciativa privada para hacerlo.

También debe hacerse constar la inexistencia en nuestro Ordenamiento de una Ley que regulara, con criterios de generalidad, la intervención económica que el precepto constitucional habilita a promulgar. Sí hay, en cambio, normas que se refieren a intervenciones concretas (vgr. las Leyes 26/1988, de 29 de junio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, o la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, a más de la previsión existente en el artículo 119 de la Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954), todavía vigente, en orden a las indemnizaciones procedentes en caso de «intervención de una empresa mercantil que por cualquier causa hubiere cesado en el trabajo o que por sanción administrativa hubiese sido temporalmente clausurada» (art. 119).

No se desconocen, desde luego, las restricciones a este condicionamiento de la libertad de empresa y economía de mercado, derivadas del Derecho Comunitario Europeo y, por ende, de su efecto directo y preferencia sobre el Derecho interno vía artículo 93 de la Constitución, ni tampoco el fortalecimiento de la referida libertad que se debe a los Tratados de la Unión europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Pero, como ya se dijo al estudiar las tendencias liberalizadoras de la economía y la permanencia del Estado Social en el marco constitucional y comunitario, tales instrumentos normativos no sólo no excluyen, sino que afirman, el contenido del Estado Social de Derecho. Puede añadirse, inclusive, a lo allí expuesto que el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no saca el sector público de los Estados, con el tamaño, la composición y la naturaleza que cada uno de estos le reconozca; y aunque establece normas muy estrictas de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia y de las relativas a la explotación abusiva de la posición dominante (arts. 101 y 102 del

laciones laborales en España, Instituto de Estudios Económicos, 2005, págs. 181 y sigs.

Tratado de Funcionamiento), deja fuera del concepto de empresa pública las actividades que impliquen ejercicio de autoridad pública y sólo somete al régimen de aquella –de la competencia, se entiende– las actividades que se desarrollen en el ámbito del mercado, excluyendo, además, de la aplicación de las reglas del régimen competencial a «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general» en la medida en que las referidas reglas «impidan, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada».

B) Los derechos reaccionales derivados del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos

No suelen incluirse, dentro de los derechos de contenido económico, los derechos derivados del deber de «todos» de contribuir «al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio» (art. 31.1 de la Constitución). Pero no cabe duda de que los mencionados derechos reaccionales encuentran su base en los principios constitucionales del Derecho financiero que se recogen en este importante precepto. El ciudadano y demás sujetos jurídicos tendrán, pues, el derecho a que su obligada contribución al sostenimiento de los gastos públicos se lleve a cabo, efectivamente, teniendo en cuenta su capacidad económica y respetando los principios que el precepto constitucional acabado de leer explicita.

La significación y el estudio de cada uno de estos principios no puede abordarse en este trabajo, en cuanto constituyen un extenso apartado de cualquier Parte General de un Tratado o Curso de Derecho Financiero y Tributario. Pero sí importa destacar la conexión que los mismos tienen con los derechos, principios, mandatos y habilitaciones que la Constitución reconoce y ordena en materia de política económica, porque el sistema tributario se mueve, cada vez más, en un contexto económico que obliga al Estado a utilizar el tributo como medio de política económica y requisito indispensable en el cumplimiento y logro de los fines de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución le impone. De ahí la importancia que la justicia, la dignidad de la persona, la obligación de aseguramiento por los poderes públicos de la protección de la familia –y también los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica– pueden tener a la hora de confi-

gurar y modular los derechos sociales reconocidos en la Constitución en relación con el referido deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos. La jurisprudencia constitucional así lo ha reconocido. Sirva como ejemplo la STC 19/2012, de 15 de febrero, que declaró inconstitucional la atribución exclusiva a los progenitores que viven con sus descendientes del derecho a la reducción, en el IRPF, por gastos de mantenimiento de los mismos y no a todos los progenitores que prestan asistencia económica a sus hijos sin convivir con ellos. Interesa reproducir el contenido de su FJ 4 por las consideraciones que hace el TC acerca del derecho social derivado que supuso el reconocimiento del «mínimo no gravable de subsistencia»:

«El mínimo vital de subsistencia no sometido a tributación no sólo es, como acabamos de señalar, un elemento inescindible del principio de capacidad económica especialmente relevante en tributos que, como el impuesto sobre la renta, afectan a la renta, afectan a la renta integral de los sujetos, sino que es fruto de la justicia que, como valor del Estado social y democrático, reclama el artículo 1.1 CE y, como exigencia del sistema tributario, impone el artículo 31.1 CE, en conexión directa con la garantía de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y con la obligación de aseguramiento por los poderes públicos de la protección de la familia (art. 39.1 CE). No podría calificarse de justo un Estado que se denominara como «social y democrático de Derecho» si privase a sus ciudadanos, a través de su sistema tributario, de la renta mínima de supervivencia, so pretexto del deber de contribuir a los gastos generales, pues con ello no sólo perdería su legitimidad política y democrática sino que atentaría a la esencia misma de la dignidad humana.»

«Hemos afirmado, a este respecto, que el respeto a la dignidad humana se ha configurado por nuestro texto constitucional como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social al cual repugna «que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales, así como, en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad social, están constitucionalmente consagrados en los artículos 39, 41, 43 y 47 de la Constitución y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3). Con base en esta doctrina de-

bemos afirmar ahora que la exigencia constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos no legitima a los poderes públicos, garantes de la dignidad de la persona y de la protección de la familia, a someter a tributación la renta de las personas desde su primera unidad económica, sino sólo a partir de un mínimo vital de subsistencia, inmune a su acción, que les permita satisfacer sus necesidades más básicas en garantía de una existencia digna.»

«Dicho lo anterior, es necesario señalar a renglón seguido que la forma de garantizar ese mínimo vital no sometido a tributación queda a la libre elección del legislador, tanto en relación con el o los tributos en que se establezca como en cuanto a la técnica utilizada, ya que puede optar entre operar en la base imponible (por ejemplo, a través de exenciones, deducciones o reducciones), en la cuota tributaria (por ejemplo, mediante deducciones o bonificaciones), en la tarifa (por ejemplo, estableciendo un tipo cero para un primer tramo de renta), o en todas ellas.»

«En suma, la decisión de no someter a gravamen un mínimo vital para quienes quedan de forma genérica obligados a contribuir por el impuesto sobre la renta mediante la aplicación de una reducción en la base imponible es una opción legislativa que, en tanto dirigida a la consecución de las finalidades descritas, no puede calificarse de contraria al texto constitucional. Y no desmerece esta conclusión el hecho de que dicho mínimo vital de subsistencia se garantice a todas las personas por igual, con independencia de su nivel de renta, pues de los preceptos constitucionales analizados se deduce, como garantía básica, la necesidad de un mínimo protegido de la acción de los poderes públicos, pero no la forma en que debe articularse dicha protección, lo que supone que pudiendo ser válida la opción de condicionar la aplicación de ese mínimo hasta un determinado umbral de renta, igual de válida es la opción contraria, esto es, la de garantizar aquel mínimo vital de subsistencia libre de gravamen para todos los obligados al sostenimiento de los gastos públicos.»

Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de la importancia de los principios de generalidad, igualdad y capacidad económica en el logro del cumplimiento de las finalidades perseguidas en los artículos 40, 42, 44, 45 y 46 de la Constitución a la hora de articular la concesión de beneficios fiscales³⁸.

³⁸ *Vid.*, sobre la problemática de los principios constitucionales del Derecho financiero, MARTÍN QUERALT, J.: «Curso de Derecho Financiero y Tributario», con LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., Tecnos, 24.^a ed., Madrid, 2013, págs. 97 y sigs., incluido el Prólogo a la vigésima cuarta edición de la misma obra, págs. 21 y sigs. Igualmente MARTÍN QUERALT, J.: «La Constitución española y el Derecho Financiero», *Revista Hacienda Pública Española*, n.º 63, 1980. *Vid.*, también MARTÍN QUERALT, J.: «Recurso de amparo en materia tributaria (acotaciones al Auto del T. C. de 22 de febrero de 1993), en Palau,

El principio de reserva de Ley en materia tributaria exige valorar la viabilidad constitucional del Decreto-Ley, tan frecuentemente utilizado en situaciones de crisis económica, según afecte o no a los elementos esenciales del tributo y en función de los requisitos y estrictos límites que para esa figura normativa de excepción establece el artículo 86 de la Constitución –tema que se tratará después–, o el dualismo y las limitaciones de la jurisprudencia constitucional en la apreciación del principio de igualdad en su aplicación tributaria, más dirigidas a limitar el acceso al recurso de amparo que a articular el encaje de las dos referencias a este principio contenidas en los artículos 14 y 31 de la Norma Fundamental.

C) Los derechos sociales fundamentales y constitucionales y los principios rectores de la justicia social y económica

a') Derechos sociales fundamentales y constitucionales

Ya se ha examinado con anterioridad el valor normativo de tales derechos y principios. Corresponde ahora puntualizar el concepto y configuración con que lo hace la Constitución.

En primer lugar y con carácter de derecho fundamental, esto es, de un derecho dotado de la máxima protección, se encuentran el derecho a la educación, reconocido para «todos» en el artículo 27, y lo mismo el derecho de «todos» a la libre sindicación y el de los trabajadores a la huelga para la defensa de sus intereses (art. 28, aps. 1 y 2).

El primero de ellos incorpora, «junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este artículo 27», estando «al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos... los instrumentos de planificación y pro-

n.º 13, págs. 129 y sigs. Igualmente, CASADO OLLERO, G., en «Deber de contribuir e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la jurisprudencia constitucional», en la obra colectiva *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, págs. 1638 y sigs. Con una amplitud que trasciende de su título, *vid.* asimismo RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2011. Igualmente RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: «Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española», *REDF*, n.º 100, 1998, págs. 595 y sigs.

moción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). De aquí se deduce, en unión de la interpretación resultante de la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados relativos al derecho a la educación, que el contenido garantizado del derecho «en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se impongan constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8)³⁹. Con arreglo a este contenido básico del derecho considerado habría de interpretarse y juzgarse la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para mejora de la caridad educativa, que ha introducido profundas modificaciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

El segundo –derecho a la libre sindicación y a la huelga– se ha de examinar con la debida separación, porque se trata, en efecto, de dos derechos diferentes. Así, el derecho a la libre sindicación presenta un doble contenido: la libre sindicación en su aspecto organizativo y un contenido adicional representado por la acción sindical. En este sentido se pronunció tempranamente el Tribunal Constitucional: «el derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección, sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados –y aquellos a los que la afiliación se haya hecho– realicen las funciones que de ellos es deber esperar ... Por ello, hay que entender que el derecho que reconoce el artículo 28 CE es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el artículo 7 CE, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores» (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, 4/1983, de 28 de enero, y 9/1995, de 19 de junio, entre muchas más).

Ha de precisarse, sin embargo, que, al estar comprendidos la negociación y procedimientos de conflicto colectivo en el artículo 37 CE (dentro, por tanto, de los derechos constitucionales no dotados de la protección máxima que reconoce el artículo 53.2 CE y, en principio, no accesibles al recurso de amparo constitucional), ha

³⁹ Vid. EMBID IRUJO, A.: «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 31, 1981, págs. 654 y sigs.

sido necesario delimitar aquellas actuaciones sindicales que son propias de la función de defensa de los trabajadores de las que implican obligaciones a cargo de terceros, fundamentalmente empresarios, que necesitarían para su ejercicio del ajuste a los términos establecidos en el acto normativo que lo hubiere desarrollado (SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 222/2005, de 12 de septiembre, entre otras)⁴⁰.

En segundo término, y ya sin la naturaleza de derecho fundamental especialmente protegido pero sí con la de derecho constitucional incluido entre los derechos y deberes de los ciudadanos (rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I CE), con un contenido esencial que ha de ser respetado por el legislador al regular su ejercicio, la Constitución proclama el derecho y el deber de trabajar (art. 35) y lo hace reconociendo, como parte de su contenido, no sólo la libertad de trabajo –que se da por supuesta–, sino principalmente el derecho de todos, en situación de igualdad, a un puesto de trabajo, presupuestos la capacitación para desempeñarlo y demás requisitos profesionales, con el que poder vivir en condiciones de dignidad al haber de percibir una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, bajo condiciones de estabilidad en el empleo y con posibilidades efectivas de promoción por medio del trabajo. Es cierto que existe gran dificultad doctrinal para caracterizar el derecho al trabajo como un auténtico derecho subjetivo, pero lo que es indubitado es que es un derecho social de prestación que requiere de una clara acción estatal encaminada a la consecución del pleno empleo y a la puesta en marcha de los instrumentos legales necesarios para la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo existentes, la fijación de salarios mínimos y la adopción de medidas tendentes a lograr una mejor formación para conseguir la efectividad del derecho a la promoción profesional que señala el texto constitucional⁴¹.

⁴⁰ Vid. SALA FRANCO, T.: «La libertad sindical», en *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (II). Dirección Gral. Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, págs. 883 y sigs. También CASAS BAAMONDE, M. E. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 17, 1984, págs. 51 y sigs.

⁴¹ Vid. CASAS BAAMONDE, M. E.: «Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, págs. 1507 y sigs. Vid. igualmente NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Comentario al artículo 35 de la Constitución», en *comentarios a la Constitución Española*, directores M. E. Casas y M. Rodríguez-Piñero, Wolters-Kluwer, diciembre 2008, págs. 930 y sigs.

Las continuas modificaciones con que, más que modificado, se ha «zarandeado» al Estatuto de los Trabajadores que, en cumplimiento del artículo 35.2 de la Constitución, aprobara inicialmente la Ley 8/1980, de 10 de marzo, y últimamente el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (Texto Refundido), ha puesto de relieve –como parece que es opinión general– que la necesidad prioritaria y apremiante de la economía española es crecer y crear empleo de calidad y que la apuesta por la investigación, la innovación y la aplicación de las tecnologías del conocimiento a los procesos productivos para ganar productividad y competitividad –incluida la de ámbito internacional– es fundamental a la hora de conseguir y garantizar un desarrollo económico sostenido. Como ha podido decirse con acierto⁴², la búsqueda de la productividad y competitividad en la reducción de derechos y costes del trabajo, y no en la calidad, no lleva a un crecimiento económico sano y a una competitividad reforzada, sino a un modelo productivo más expuesto a las crisis y a un mayor número de desempleados. El aludido «zarandeo» a que ha sido sometido el Estatuto de los Trabajadores desde su promulgación ha dado como resultado la inestabilidad crónica de la normativa sobre política de empleo, modalidades de contratación laboral o formación profesional e intermediación laboral. Basta para percatarse de ello, sobre todo últimamente, con aludir a las reformas de 2010 (Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de julio, que dio lugar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo), de 2011 (Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas y el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de Medidas Urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo –la llamada contrarreforma– y de 2012 (la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral). Esta continua movilidad no muestra otra cosa que el reconocimiento sucesivo de su fracaso y de que la solución a los gravísimos problemas de desempleo que padecemos no podrá conseguirse con una legiferación desbocada, sino más sencillamente con el apoyo a la inversión, tan pronto se pueda y cuanto antes mejor, y consecuentemente a la necesidad empresarial de producir.

⁴² CASAS BAAMONDE, M. E.: *Discurso de investidura como «doctora honoris causa» por la Universidad Carlos III de Madrid*, 27 de enero de 2012.

En tercer lugar, y también como el anterior con la naturaleza de derecho constitucional en la terminología que se ha adoptado, se encuentran el derecho de negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios y el de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE).

En este precepto se reconoce una doble garantía: el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, al tiempo que contiene un mandato al legislador para instituir y concretar esas garantías, mandato éste que no priva de las garantías que el propio precepto constitucional contiene de eficacia inmediata (STC 58/1985, de 30 de abril, FJ 3). De ahí que goce también de amparo constitucional no sólo la negociación colectiva «general» regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sino también la negociación de convenios de alcance o eficacia limitada (STC 121/2001, de 10 de abril, entre otras) que no pueden confundirse con los pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que pretendan la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva (STC 238/2005, de 26 de septiembre, FJ 7). Por lo demás, ha de destacarse que la negociación colectiva llevada a cabo por los Sindicatos, se inscribe en el marco de la libertad sindical (art. 28 CE) y, como tal, goza de la protección especial que supone el amparo ordinario y el constitucional subsidiario (art. 53.2 CE)⁴³.

Respecto del derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2) únicamente señalaré su autonomía respecto del derecho de huelga, configurada constitucionalmente, según se vio con anterioridad, como derecho fundamental autónomo del de adopción, por trabajadores y empresarios, de medidas de conflicto colectivo, que encierra la posibilidad, entre estas últimas, del cierre patronal (STC 11/1981, de 8 de abril, que enjuició la constitucionalidad del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, única regulación hasta la fecha del derecho de huelga).

Aunque la huelga se encuentra unida al conflicto colectivo y pueda ser entendida como una medida derivada de ésta, su consi-

⁴³ Vid. VALDÉS DAL-RE, F.: «El modelo español de negociación colectiva», en *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, coordinada por PÉREZ DE LOS COBOS, F. y GOERLICH PESET, F., Tirant lo Blanch, Valencia 2006, págs. 43 y sigs.

deración como derecho fundamental impide que el cierre patronal pueda ser adoptado como reacción al derecho de huelga.

b') Principios de política social y económica: las posibilidades de su conexión con derechos fundamentales

Ya se ha tratado con anterioridad cual es el valor normativo de estos principios y su función configuradora del Estado Social y Democrático de Derecho que la Constitución proclama.

Interesa ahora, para no incurrir en repeticiones, destacar su enunciado general en la Constitución y descubrir, en virtud de una interpretación sistemática de la misma, la conexión con propios derechos fundamentales y constitucionales, respecto de los cuales los principios mencionados significan un verdadero complemento.

Los principios de que se trata (importa ahora hacer puntual referencia a los mismos para que no pueda nunca olvidarse la contundencia de su enunciación) afectan a la protección social, económica y jurídica de la familia, protección de hijos y madres con independencia de su filiación y estado, protección de niños (art. 39), a la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal y regional más equitativa, a más de la realización de una política orientada al pleno empleo, y para garantizar la formación y readaptación profesionales, seguridad e higiene en el trabajo, descanso, vacaciones periódicas retribuidas y promoción de centros adecuados (art. 40); al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41); a los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero (art. 42); al derecho a la protección de la salud (art. 43); al fomento de la educación sanitaria, la educación física y el deporte (art. 43.3; al acceso a al cultura, a la promoción de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44); al derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y restaurar el medio ambiente (art. 45); a la conservación y enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico al (art. 46); del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47), con la obligación correlativa para los poderes públicos de promover las condiciones precisas y arbitrar las normas necesarias para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo

de acuerdo con el interés general para impedir la especulación; a políticas de fomento de participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48); a la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos físicos; a la garantía de pensiones adecuadas y actualizadas para la tercera edad (art. 50) y a la defensa de consumidores y usuarios (art. 51). Estos principios del Capítulo III, conforme ya se ha repetido con anterioridad, «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y «solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (53.3), con el valor normativo ya estudiado, que conduce de plano a rechazar totalmente su mero valor retórico o programático.

Y es que estos principios, en tanto que normas dirigidas especialmente al legislador, le vinculan positivamente a dictar las disposiciones legales que sean necesarias y adecuadas al logro del fin previsto por el precepto constitucional y, negativamente, en cuanto proscriben con claridad leyes de sentido contrario a sus propios términos. Respecto de la actuación de los poderes públicos, porque estos, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «deben buscar los medios para que la realidad se acerque a los principios rectores» (STC 189/1987, de 24 de noviembre, FJ 10). Y en cuanto a la práctica judicial, porque el desconocimiento, por una resolución judicial, dictada en aplicación de las leyes de desarrollo, de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que los mismos representan, haría incurrir a la resolución judicial en falta de justificación razonable y falta de justificación en Derecho, con la consecuencia de una clara vulneración del artículo 24 CE (SSTC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7.^º entre otras).

El legislador ha dictado leyes en desarrollo de estos principios rectores y ha hecho surgir así verdaderos derechos subjetivos, jurisdiccionalmente relevantes, que, como después se dirá, no pueden ser desconocidos ni postergados –en cuanto derechos subjetivos patrimonializados por sus específicos destinatarios– por disposiciones de limitación genérica y lineal que no reconozcan la necesidad constitucional de satisfacción prioritaria que en sí mismos representan.

No corresponde aquí realizar un análisis específico de los mandatos y principios contenidos en los preceptos constitucionales a que anteriormente acaba de hacerse referencia, pero sí ha de des-

tacarse, además de que constituyen una clara delimitación del contenido de la cláusula del Estado Social de Derecho que la Constitución proclama y de su vigencia como tantas veces se ha repetido, que se encuentran interrelacionados entre sí y con derechos constitucionales e incluso fundamentales a que antes se hizo especial indicación. Así, las políticas de empleo dirigidas al impulso del progreso social y económico, a una distribución de la renta regional y personal más equitativa y a la consecución del pleno empleo (art. 40.1), se relacionan íntimamente con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35), sólo que, así como en éste se contempla el aspecto individual, en el mandato del artículo 41 se atiende a su dimensión colectiva (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Lo mismo ocurre con la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y promoción de centros adecuados (art. 40.2), donde el aspecto relativo a la formación profesional reglada se encuentra formando parte del sistema educativo y en tal sentido relacionada con el derecho fundamental a la educación del artículo 27 CE, sin desconocer que aquí se trata de la formación profesional ocupacional, relacionada, por tanto, con una actuación de los poderes públicos en relación con el trabajo o para el empleo.

Idéntica conclusión cabe mantener respecto de la limitación de la jornada laboral para asegurar el necesario descanso o las vacaciones retribuidas y sus connotaciones con la salud en el trabajo, con la formación integral, el acceso a la cultura, el disfrute de un medio ambiente adecuado, etc.⁴⁴. Así, también, el mandato de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, «que consagra en forma de garantía institucional un régimen público “cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales”, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador ... que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 4, y demás en ella citadas), guarda lógica relación con el también mandato a los poderes públicos de garantizar, me-

⁴⁴ *Vid.* MATÍA PRIM, I.: «Comentario al artículo 40 CE», en *Comentarios a la Constitución Española* (dirs. M.^ª Emilia Casas y Miguel Rodríguez-Piñero), cit. Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, págs. 1024 y sigs.

diante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), de suerte que, en la interpretación de esta suficiencia, habrán de tenerse en cuenta los rasgos estructurales del sistema de pensiones que recoge el precitado artículo 41. Igualmente, el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) encuentra su lógico complemento en el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 62/2007, de 27 de marzo, FJ 5, y 160/2007, de 2 de julio, FFJJ 2 y 4).

Si a todo ello se une la vinculación de los principios rectores con el artículo 24.1 CE en cuanto, conforme antes se destacó, el desconocimiento de los mismos en la aplicación judicial de una ley de desarrollo puede conducir a una falta de fundamentación vulneradora del aludido derecho fundamental, la conclusión no puede ser otra que el reforzamiento de la protección constitucional de los derechos derivados de los tan repetidos principios rectores y, por ende, su efectividad a la hora de integrar y modular el contenido del Estado Social.

VI. LA CRISIS ECONÓMICA Y EL TEMA DE LA REVERSIBILIDAD DE LAS CONQUISTAS SOCIALES

A) Consideración general sobre la crisis

La crisis económica, formalmente desatada en 2007 en los Estados Unidos y apreciada de la misma manera en Europa en 2008, como lo ha entendido la doctrina con práctica unanimidad⁴⁵, en-

⁴⁵ Vid. EMBID IRUJO, A.: «El Derecho público de la crisis económica» (VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011), en la obra colectiva *El Derecho Público de la Crisis Económica, Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo* coordinado por Avelino Blasco Esteve, INAP, Madrid, 2011, págs. 21 y sigs. También EMBID IRUJO, A.: «La constitucionalización de la crisis económica», en la obra colectiva *La Constitución Económica*, Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, CEP y C y TC, Madrid 2012. Vid. igualmente MARTÍN RETORTILLO, L.: «Crisis económica y transformación administrativa», *REDA*, n.º 153, enero-marzo de 2012, págs. 89 y sigs; CARLOS DíEZ, J.: «El fin de la edad dorada de la economía mundial», en la Revista *Política Exterior*; marzo-abril 2008, núm. 122, págs. 135 y sigs. El mismo, «Crisis de la deuda europea: ¿crisis de emergentes o sumergidos?», en *Papeles de Economía Española*, n.º 130, 2011, págs. 150 y sigs. El mismo con Guido ZACK: «La moneda única en el filo de la navaja», en *Política Exterior*; número monográfico, diciembre de 2012, págs. 164 y sigs. Vid., igualmente, GAY

cuentra su origen en la acusada desregulación del sistema financiero a que se estuvo asistiendo en las últimas décadas, unida a una desmesurada crecida del sector de la construcción («burbuja inmobiliaria» como gráficamente se la ha llamado), a su vez propiciada e impulsada por una desbordada expansión del crédito inmobiliario. Si a ello se une la titulización de los activos resultantes de esa difusión crediticia, practicada con independencia de la dudosa solvencia de muchos de los créditos concedidos, y su comercio instantáneo debido a las nuevas tecnologías, se comprenderá la rápida transmisión e internacionalización de los efectos de la crisis y las dificultades de su solución.

En España el inicio de la expansión acelerada del sector de la construcción puede concretarse en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que, en contra de la tradición y la normativa urbanística hasta entonces aplicable, declaró el suelo urbanizable como suelo residual en vez de considerar como tal el suelo rústico o no urbanizable. Con ello, lejos de producir el resultado de abaratar la vivienda ante la mayor oferta de suelo disponible, se desató una prolongada expectativa de precios al alza, alimentada por la especulación, que, al cesar bruscamente a partir de 2009, contribuyó a agrandar los efectos de la crisis, principalmente en materia de desempleo, con clara incidencia en el conjunto de la actividad económica, dadas las restricciones en el crédito que el rescate y saneamiento del sector financiero –fundamentalmente de las Cajas de Ahorro– habían determinado y también por la consiguiente pérdida de capacidad adquisitiva en el conjunto de la población. Todo ello unido al creciente endeudamiento no solo de la población, sino también de los Estados, que en algunos supera notablemente el 100 por 100 del Producto Interior Bruto (próximo a este límite se encuentra el endeudamiento del nuestro) y unido asimismo a la correlativa necesidad de su amortización y de cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea –y, dentro de ella, a la Zona Euro– y de la modificación del artículo 135 CE, han conducido a importantes disminuciones y restricciones en el gasto social, que no pueden calificarse de provisionales o transitorias y que, por el contrario, presentan una indudable vocación de permanencia.

MONTALVO, E.: *Los derechos económicos y sociales de los ciudadanos ante la actual crisis económica desde una perspectiva constitucional*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de Cataluña, leído en Barcelona el 23 de mayo de 2013.

B) El problema de la reversibilidad de las conquistas sociales

1. Planteamiento general y doctrina constitucional

El tema de la reversibilidad de las conquistas sociales, o si se quiere del Estado social, no es nuevo en la doctrina y ha estado permanentemente ligado a los avatares y denuncias de crisis del Estado Social a que al principio se hizo ya referencia. Pero las consecuencias y la permanencia de la grave crisis que estamos sufriendo lo han vuelto a poner en la primera línea de la actualidad.

En las controversias habidas durante las dos últimas décadas del pasado siglo, cabe destacar que la doctrina alemana había preponderantemente mantenido no una irreversibilidad absoluta del Estado Social, sino una irreversibilidad del núcleo esencial de los derechos sociales una vez han sido configurados por el legislador ordinario y en la medida en que por éste se haya realizado la concreción.⁴⁶

Generalmente la doctrina ha referido la irreversibilidad de las conquistas sociales o al núcleo esencial de los derechos sociales, al igual que existe en los fundamentales, que vedaría la posibilidad de que el legislador, al desarrollar su tarea de configuración del derecho, pudiera, sin razón o fundamento suficiente, suprimirlo sin más, o al desconocimiento de prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la Constitución sin razón suficiente, o incluso con motivos incursos en arbitrariedad, irrazonabilidad, discriminación o desproporción⁴⁷.

Por su parte la doctrina constitucional –la del Tribunal Constitucional, se entiende– no ha abordado directamente el problema,

⁴⁶ Vid. PAREJO ALONSO, L.: *El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos*, cit. págs. 224 y sigs. que cita como defensores de la teoría en España a L. LÓPEZ GUERRA: «Las dimensiones del Estado Social de Derecho», en la revista *Sistema*, núms. 38-39 y págs. 171 y sigs. y más matizadamente a M. GARCÍA PELAYO, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Obras Completas, t. II, cit. págs. 1599 y sigs.

⁴⁷ Vid. LOPERENA ROTA, D.: «La irreversibilidad de los derechos sociales», *Rev. Aranzadi doctrinal*, n.º 9, 2012, Vid. para las posiciones anteriormente expuestas, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, y VAQUER CABALLERÍA, M., en *Derechos Sociales, crisis económica y principio de igualdad*, cit. págs. 85 y sigs.

aunque si ha hecho pronunciamientos a propósito de situaciones concretas y en un sentido en cierto modo ambivalente, esto es, unas veces restrictivo de la tesis de la reversibilidad y otras permisivo, al menos aparentemente.

Así, en primer lugar, la STC 81/1982, de 21 de diciembre, a propósito de un recurso de amparo en que se denunciaba una discriminación por razón de sexo entre el personal sanitario masculino y femenino en materia de turnos de trabajo y pago de horas extraordinarias en clínicas de la Seguridad Social y en que se discutía acerca de si lo procedente era privar a la mujer de la situación de privilegio en que se encontraba respecto del personal masculino o, por el contrario, elevar el nivel de este último para restablecer la igualdad de trato, se optó por esta segunda solución y se declaró que «dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas... [lo mismo que] ... la promoción a través del trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores» (FJ 3).

En el mismo sentido, y en relación con la razonabilidad de la solución legislativa, en un caso en que se dilucidaba la incompatibilidad entre la percepción por los funcionarios de las pensiones con cargo a la Seguridad Social y la de haberes activos, el TC ha declarado que la existencia de esta doble percepción y su prohibición por la ley no suponía otra cosa que «corregir un tratamiento discriminatorio irregularmente producido, mediante una situación de hecho contraria a la normativa vigente. La situación de los funcionarios al respecto, al no aplicárseles tal prohibición, constituía una excepción a la regla general, sin que por ello pueda estimarse razonable la existencia, en tales circunstancias, de un derecho a confiar en el mantenimiento de esa situación de compatibilidad» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 18). Idéntico criterio mantiene la STC 65/1990, de 5 de abril, FFJJ 5 y 6.

En la STC 134/1987, de 21 de julio, a propósito de unas cuestiones de inconstitucionalidad respecto de una disposición de la Ley de Presupuestos en que se establecía un límite máximo para las pensiones únicas o concurrentes de la Seguridad Social y se disponía la no actualización de las pensiones superiores a ese límite en el correspondiente ejercicio presupuestario (año 1984), se declaró que tales soluciones legislativas no vulneraban ningún derecho subjetivo a una pensión de cuantía determinada, puesto que cuando se habla del régimen de prestaciones de la Seguridad Social se alude a «un régimen legal que tiene como límites, entre otros, el respecto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad que la Constitución garantiza en su artículo 41, situaciones estas que ... [en el caso de autos] ... no podrían alegarse, dada la cuantía de las pensiones afectadas ...», sin que «los afiliados a la Seguridad Social ... ostent[e]n un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, es decir, de las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa» (FJ 4). La misma Sentencia añade que de ninguno de estos preceptos –se refiere a los artículos 41 y 50 de la Constitución– puede deducirse «... que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual», puesto que «el concepto de ‘pensión adecuada’ no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquéllas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (FJ 5).

En las SSTC 37/1994, de 10 de febrero, y 128/2009, de 1 de junio, con ocasión, respectivamente, de cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la obligación impuesta a los empresarios de satisfacer la prestación económica por incapacidad laboral transitoria

en determinado período de la baja del trabajador, y a la imposibilidad de retornar a la percepción de subsidio de desempleo una vez perdido por percepción de rentas superiores a los máximos previstos legalmente aunque el nivel de rentas hubiera descendido con posterioridad por debajo del umbral establecido para el acceso a la prestación asistencial, aparte de sentar que las disposiciones legales que así lo habían establecido no suponían una «privatización» parcial del régimen público de Seguridad Social, ni un desconocimiento de la garantía institucional de ese régimen, declararon, recogiendo jurisprudencia anterior, que «la Constitución ha recogido y consagrado en su artículo 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como una «función del Estado», rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal (STC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)» y que «el artículo 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo ..., un núcleo o reducto indisponible por el legislador (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3.º, de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4; y 76/1988, de 26 de abril, FJ 4)», pero que «salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)» (FJ 3.º de la STC 37/1994, y 4.º de la STC 128/2009).

2. Los límites a la reversibilidad de las conquistas sociales

De estas declaraciones el Tribunal Constitucional pudiera sacarse la conclusión de que los derechos sociales reconocidos en la Constitución quedaban sometidos a la discrecionalidad del legisla-

dor y no solo para configurarlos, sino también con fundamento en la imposibilidad de sufragar su coste y mantenimiento. Inclusive podría pensarse que como no aparecen establecidos constitucionalmente los límites mínimos de las prestaciones sociales, los señalados por las leyes de desarrollo y disposiciones reglamentarias correspondientes podrían ser revisados en sentido restrictivo o sometidos al requisito de su propia y autónoma sostenibilidad financiera. Es más: habiéndose constitucionalizado el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) en los términos ya analizados, alcanzado el límite del déficit o de la deuda, habría que reducir o limitar el derecho social de que se tratara sin ejercicio alguno de ponderación de este principio con el de derecho afectado⁴⁸.

No es esta, sin embargo, la conclusión correcta. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de la irreversibilidad cuando ha podido vincular el aseguramiento del «status» adquirido con la garantía aplicable a derechos fundamentales propiamente dichos o con la necesidad, precisamente, de no primar posiciones económicas altas o por encima de las de perceptores normales de prestaciones de la Seguridad Social –y así resulta de los supuestos concretos en que, por ejemplo, fueron pronunciadas las SSTC, antes examinadas, 81/1982, 134/1987, 37/1994 y 128/2009–; y, en segundo término, porque existen claros límites derivados del Ordenamiento constitucional que una eventual o producida reversión social nunca podría traspasar.

Son estos límites, sintéticamente expuestos, los siguientes:

a) Límites derivados de la necesidad de un razonamiento o motivación «suficiente» de la restricción

Conforme se destacó antes al examinar la STC 81/1982, de 21 de diciembre, esa necesidad está vinculada, según el Alto Tribunal, al «carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige» y a «la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo».

⁴⁸ Vid. VAQUER CABALLERÍA, M.: *Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad*, cit. pág. 82 y PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, también cit. pág. 50 y sigs.

De esta declaración del TC se desprende ya la imposibilidad de considerar «motivación suficiente» para adoptar una restricción de un derecho social reconocido en la Constitución y, sobre todo, configurado en la legislación de desarrollo de acuerdo con los mandatos de progreso y optimización que aquella establece, la apelación genérica a situaciones de crisis o incluso a los principios de sostenibilidad económica y estabilidad presupuestaria también recogidos en el Texto Fundamental.

Restricciones lineales de derechos sociales ya configurados como derechos subjetivos, paralelas a otras restricciones presupuestarias en el gasto, no significarían otra cosa que desconocer la normatividad de la Constitución o degradar los derechos, mandatos o habilitaciones constitucionales a la condición de meras declaraciones programáticas. La sola existencia de un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para el aseguramiento y logro de las finalidades expresamente recogidas en los preceptos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, significa claramente que la restricción de un derecho configurado a la luz de tales mandatos exigiría que el legislador razonara con la precisión suficiente que, previamente a la restricción del derecho social, ha restringido gastos no supeditados a «específicos» mandatos constitucionales. Ya se ha dicho que el respeto al expresamente constitucionalizado principio de equilibrio presupuestario (art. 135 CE), obliga a tenerlo en cuenta en primer lugar a la hora de programar el gasto público. Pero ni este principio, ni su complemento legislativo representado por la Ley Orgánica 2/2012, de 20 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, han establecido prioridades en el gasto antepuestas a las que se derivan de mandatos constitucionales específicos. Cuando estos existen, las prioridades las establece la Constitución. En definitiva, los principios de estabilidad presupuestaria y su complementario de sostenibilidad financiera lo que proscriben es el despilfarro, verdadera antesala, como he tenido oportunidad de decir en varias ocasiones, de la corrupción cuando no la corrupción misma. El sacrificio de los derechos sociales no puede tener como único fundamento el ahorro, sino que éste –el ahorro– debe estar al servicio del mantenimiento de tales derechos. Como ha podido decirse con acierto, tenemos crisis, pero también Constitución.

Por lo demás, una reducción de derechos sociales o, peor aún, una supresión de los mismos después de su configuración legislativa sin efectuar un cumplido razonamiento, haría incidir a la ley que así lo dispusiera en la arbitrariedad que veda el artículo 9.3 de la Constitución.

Es cierto que este vicio de inconstitucionalidad no puede ser equiparado al que conduce a la ilegalidad de disposiciones administrativas, por la distinta situación en que se encuentra el legislador, respecto de la Constitución, y la propia del Gobierno o Autoridades inferiores, respecto de la ley, y la necesidad de respetar en aquél – en el legislador, se entiende– sus propias opciones políticas, de tal suerte que no sería pertinente, para constatar la incidencia de la ley en arbitrariedad, «un análisis a fondo de todas sus consecuencias» (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4, por todas). Pero no lo es menos que las leyes no pueden establecer «límites irrazonables y carentes de toda justificación» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 17, a propósito de una limitación, en perjuicio de la víctima de accidente de circulación, en la indemnización a percibir que había establecido una modificación legislativa de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), ni tampoco es menos cierto que la falta de justificación en las leyes de medidas regresivas conduce directamente a una devaluación del procedimiento legislativo y de los términos en que se concibe en el artículo 88 CE ⁴⁹.

Pero hay más. La «razón suficiente» exige también que la medida regresiva sea proporcionada, esto es, que constituya un medio coherente para alcanzar el fin pretendido, que sea el que menos merme el derecho social afectado y que el beneficio que proceda de la restricción (el ahorro) supere los perjuicios que se deriven de ella. Y no solo eso, sino que exige también que se produzca la necesaria ponderación entre la medida y sus efectos y el derecho social concernido (juicio de ponderación). Si la medida se ampara en el hecho de haber sido alcanzados o superados los límites del déficit o de la deuda, podría pensarse en la imposibilidad de hacer juicio de ponderación alguno, por cuanto en esa situación lo que procedería es la aplicación de la regla nueva, establecida en el reformado artículo 135 de la Constitución, en virtud de la cual resultaría prohibido todo aumento del gasto público, criterio igualmente mantenido por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Pero entonces el juicio incluiría el examen de si se han arbitrado los medios alternativos para la consecución del principio de estabilidad sin el sacrificio del derecho social, como puede ser el aumento de los recursos financieros mediante la reducción en otros gastos que no estuvieran

⁴⁹ Vid. sobre el tema FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *De la arbitrariedad del legislador*; Civitas, Madrid, 1998, págs. 122 y sigs.

comprendidos en mandatos constitucionales específicos, o el aumento de ingresos vía imposición fiscal. Téngase también en cuenta que tanto el artículo 135.4 de la Constitución como el artículo 11.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, permiten que, «excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas [puedan] incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados» (art. 11.3 de la LOEPSF). Ni la Constitución ni la Ley acabada de citar concretan qué debe entenderse por «sostenibilidad social» a mantener como excepción al equilibrio presupuestario. Pero esta ausencia no puede eximir al Estado, o al resto de las Administraciones, de la necesidad de realizar los correspondientes juicios de proporcionalidad y ponderación donde se sopesen las posibles medidas restrictivas, tanto para determinar su magnitud y alcance como para hacer prevalecer, en cualquier circunstancia, el principio de estabilidad⁵⁰.

b) Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución

La existencia de un núcleo esencial en los derechos de esta naturaleza que la Constitución reconoce, singularmente de los incluidos en el Capítulo III del Título I, ha sido un tema controvertido en la doctrina. No, desde luego, si se trata de derechos reconocidos constitucionalmente como derechos fundamentales (derecho a la educación, libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores, artículos 27 y 28 CE) o como derechos constitucionales (los de la Sección 2.^a de los mismos Capítulos y Título), puesto que el reconocimiento de un núcleo esencial, salvaguardado incluso frente al legislador, para estos derechos y libertades está expresamente establecido por el artículo 53.1 de la Constitución, como ya se advirtió anteriormente.

Hay un argumento que parece suficiente para entender que estos derechos tienen un núcleo esencial: si se dejaran a la pura dis-

⁵⁰ Vid. PONCE SOLÉ: *El derecho y la (ir)reversibilidad...*, cit. págs. 135 y sigs. y VAQUER CABALLERÍA, M.: *Derechos sociales ...*, cit. págs. 82 y sigs.

crecionalidad del legislador se desconocería la normatividad de la Constitución y su efectividad en una materia tan importante como el contenido del Estado Social que, como tantas veces se ha indicado, la Constitución proclama en la fórmula integradora que plasma su artículo 1.º Ha podido decirse con razón que el núcleo mínimo de los derechos sociales encuentra considerable parecido con el que es indisponible, incluso para la ley, cuando se trata de derechos fundamentales o constitucionales⁵¹.

En esta línea de pensamiento, no puede caber duda de que el núcleo esencial de un derecho social ha de estar ligado necesariamente a la dignidad de la persona. La Constitución, en el primero de los artículos que dedica a los «derechos y deberes fundamentales (art. 10.1) así lo reconoce asociando a ella –a la persona– los derechos inviolables que le son inherentes».

Sin perjuicio de reconocer la dificultad de dotar de un contenido jurídico-sustantivo el valor de la «dignidad humana», es lo cierto, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional lo ha relacionado con límites mínimos infranqueables, incluso para el legislador propiamente dicho, que estarían vinculados directamente a este valor⁵². Así, cuando en la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8, a propósito del recurso previo de inconstitucionalidad contra la despenalización parcial del aborto consentido, se hace alusión a que «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y

⁵¹ Vid. PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad...*, 64 y sigs. Vid. también CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales», en el vol. I de *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2008, cit. págs. 377 y sigs.

⁵² Vid. sobre el tema JIMÉNEZ CAMPO, J. en el comentario al artículo 10.1 de la Constitución, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, cit. págs. 181 y sigs.

respeto que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» y no solo eso, sino que, a continuación, añade que « cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir...». Así también cuando en la STC 120/1990, de 27 de junio, a propósito del tema de la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre, se refiere a la dignidad de la persona como «mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (FJ 4).

Pero no han sido solo estas declaraciones de reconocimiento del valor de la dignidad de la persona las que ha hecho el Tribunal Constitucional. También ha deducido de este principio la exigencia de suficiencia económica a efectos de limitar las posibilidades de embargo de bienes para no sacrificar el mínimo vital del deudor (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3) o para garantizar la percepción de indemnizaciones por accidente de tráfico, cuando la ya citada STC 181/2000, de 29 de junio, en su FJ 9, habla de la necesidad de fijar «pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano».

Pero quizá donde el Tribunal Constitucional ha advertido la existencia de un «mínimo vital de subsistencia» ha sido al tratar de los derechos reaccionales derivados del deber de contribución al sostenimiento de los gastos públicos en la STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 4, mínimo que, como ya se vio *in extenso* en el apartado relativo a estos derechos derivados de artículo 31.1 de la Constitución, «no solo es ... un elemento inescindible del principio de capacidad económica especialmente relevante en tributos que, como el impuesto sobre la renta, afectan a la renta integral de los sujetos, sino que es fruto de la justicia que, como valor del Estado Social y democrático, reclama el artículo 1.1 CE y, como exigencia del sistema tributario, impone el artículo 31.1 CE, en conexión directa con la garantía de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)».

Pero es que, además, el núcleo esencial no solo es predicable de los derechos fundamentales y constitucionales, esto es, de aquellos a los que se refiere expresamente el artículo 53.1 de la Constitución. Lo es también de los derechos económicos y sociales aunque

no alcancen dicha categoría. En realidad lo es de todos los derechos, sean de promoción de medios o de prestación de resultados, como antes se apuntó al estudiar la posibilidad de deducir verdaderos derechos subjetivos de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, bien por sí mismos, bien mediante la legislación de desarrollo.

La propia STC 11/1981, de 8 de abril, que abordó tempranamente el problema de determinar la idea de «contenido esencial» recogida en el artículo 53.1 CE, reconoce que se trata de un concepto referido «a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales» (FJ 8) y arbitra dos caminos para aproximarse a la idea de su significado, caminos que no son alternativos ni, menos todavía, antitéticos, sino que se pueden considerar complementarios. «El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho ...», de tal suerte que constituirán «el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho –sigue diciendo textualmente la sentencia– consiste en tratar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido ... que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (FJ 8).

Al núcleo esencial de los derechos fundamentales y constitucionales de naturaleza económico-social me he referido ya al tratar, en el apartado V de este trabajo, del «Reconocimiento de los derechos económicos y sociales en la Constitución». Allí se examinó el sentido básico de los derechos puramente económicos –libertad de empresa dentro de una economía de mercado y propiedad privada, con todos sus condicionamientos–; de los derechos reaccionales derivados del deber de contribuir al levantamiento de los gastos públicos y sus relaciones con los valores y principios –dignidad huma-

na, protección de la familia sobre todo– que sirven también a la configuración del Estado Social de Derecho; de los derechos sociales fundamentales –derecho a la educación, a la libre sindicación y el de los trabajadores a la huelga en defensa de sus intereses– y de los constitucionales –derecho y deber de trabajar, negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo– y, por último, el sentido y contenido básico de los derechos derivados de los principios rectores de la política social y económica, aunque estos procedan no solo de su enunciado constitucional, sino también de la intermediación legislativa.

En cuanto a estos últimos, en el epígrafe correspondiente del apartado V, se ha destacado igualmente su contenido básico y la interrelación existente no sólo entre ellos, sino también con otros derechos fundamentales.

Por todo ello, estos derechos puramente sociales –los derivados de los principios de la misma naturaleza del Capítulo III del Título I de la Constitución y de su desarrollo legislativo– puede concluirse que encierran un contenido esencial que no puede ser restringido o degradado. Cuando en el mandato de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social (art. 41 CE) se hace referencia expresamente a la garantía de asistencia social y de «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en casos de desempleo», se está, con el imperativo de «suficiencia» en las prestaciones, aludiendo no a un concepto nominal de prestación de cualquier virtualidad, sino a aquellas prestaciones que permitan «vivir» con dignidad, incluso en situaciones de desempleo.

Lo mismo ocurre cuando el artículo 50 CE habla de la obligación de los poderes públicos de garantizar «mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». En este precepto la Constitución no se está refiriendo a la percepción de pensiones en cualquier cuantía, ni tampoco a actualizaciones nominales, sino a las que sean adecuadas a una vida digna y sean periódicamente actualizadas en función de parámetros reales de coste de la vida, porque, de lo contrario, no servirían para garantizar «suficiencia» alguna durante la tercera edad como el precepto constitucional exige.

Al hilo de estas últimas reflexiones es oportuno aludir a la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Esta Ley introduce el factor de sostenibilidad,

que será aplicado a partir del año 2019, con el propósito de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones de jubilación expresadas, estableciendo un mecanismo de adaptación ante posibles desequilibrios del sistema de pensiones derivados de la intensidad de factores demográficos previsibles, como es el incremento de la longevidad, y un mecanismo también de equidad intergeneracional, manteniendo el equilibrio entre el tiempo de vida activa y el pasado como pensionista. Al propio tiempo, mediante la modificación por la Ley de referencia del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se sustituye la revalorización periódica mediante su actualización de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo (IPC) por otro procedimiento que hace depender el crecimiento o actualización periódica de las pensiones, mandatada por el artículo 50 de la Constitución, de una favorable evolución del crecimiento de los ingresos, del número de pensiones, de la cuantía media de éstas y del equilibrio entre ingresos y gastos del sistema.

Esta innovación legislativa, que tiene su antecedente en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, salvo en lo relativo a la supresión del factor de actualización periódica vinculado al IPC de la legislación anterior, parte, en lo que toca al que he calificado de mecanismo de equidad intergeneracional, de aplicar un descuento en la cuantía inicial de la pensión en función de la esperanza de vida pero sin consideración a un mayor esfuerzo contributivo, como hacía la Ley 27/2011, de tal suerte que, estableciendo una corrección automática a la baja por mayor esperanza de vida, no toma en cuenta los previsibles incrementos del nivel de riqueza en el conjunto de la sociedad, una vez se supere, como es de esperar, la crisis. En lo que afecta a la revalorización periódica de las pensiones, como quiera que en la nueva fórmula de actualización va a crecer el número de pensiones y su cuantía media por el aumento de jubilaciones, resultará que sólo un aumento considerable y poco posible de los ingresos podría producir un incremento paralelo al aumento del coste de la vida, con lo que la pérdida progresiva de valor de las pensiones estará poco menos que asegurada con el nuevo sistema. Desde esta perspectiva es desde la que cabrá determinar si con este nuevo sistema se cumple o no el mandato mencionado del artículo 50 de la Constitución, es decir, si el concepto de «pensión adecuada y periódicamente actualizada» es real o meramente nominal.

c) Límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva

El problema se centra en la utilización reiterada del Decreto-Ley para el establecimiento de medidas correctoras en sentido regresivo de derechos económico-sociales reconocidos o consolidados por ley. Todo ello sin entrar en el problema de si el establecimiento y regulación de los derechos de aquella condición y de las prestaciones a ellos asociadas están sometidos a reserva de ley, como para los derechos fundamentales y los llamados constitucionales (Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo II del Título I CE) exige claramente el artículo 53.1 CE, y como puede defenderse para los mismos sobre la base de su conexión con derechos fundamentales propiamente dichos, como podría ocurrir, por ejemplo, con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y el derecho a la vida e integridad física (art. 15.1) o con los que he calificado de derechos constitucionales [vgr. derecho de propiedad (art. 33) y derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47)].

Consecuentemente, habrá que hacer referencia, además de al requisito de «extraordinaria y urgente necesidad» que exige la Constitución (art. 86.1) para que el Gobierno pueda dictarlos, al de no poder «afectar ... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I ...». Este segundo aspecto es el que más interesa ahora por la relación que puede guardar con la materia relativa a la irreversibilidad de las conquistas sociales, por cuanto el primero es general respecto a cualquier materia que pudiera resultar afectada por este instrumento normativo.

La apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad requiere hacer constar que esta exigencia implica su concurrencia sobre la norma en su conjunto y también sobre los preceptos que regulan las concretas medidas adoptadas, en el bien entendido de que no es preciso que concurra una situación de necesidad absoluta o extrema (SSTC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 3.^o 31/2011, de 17 de marzo, FJ 7.^o 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4.^o 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4.^o y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5.^o

Respecto del requisito de no poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, la jurisprudencia constitucional ha exigido que la materia objeto de esta regulación excepcional no constituya una regulación general, ni tampoco una regulación que, aun no siendo general, sí afecte a elementos esenciales de los expresados dere-

chos, deberes y libertades, para lo cual habrá de atenderse a «la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso e incluso a su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y Capítulos de su Título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del artículo 53 CE» (SSTC 111/1983 de 2 de diciembre, FJ 8; 182/1997, de 28 de octubre, FFJJ 6.º y 7.º 189/2005, de 7 de julio, FJ 7.º y 329/2005 de 15 de diciembre, FJ 8.º⁵³).

De esta doctrina se desprende claramente, en lo que atañe al segundo de los requisitos apuntados, la necesidad de conectar la regulación que haga el Decreto-Ley con el núcleo esencial del Derecho afectado a que anteriormente se hizo referencia (vid. el Apartado V de este trabajo y también las consideraciones que se hacen sobre los «Límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución»).

Una aplicación práctica de este problema puede encontrarse en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, en cuanto plantea dilucidar si esta regulación ha reformulado en profundidad el derecho a la protección de la salud, en cuanto ha supuesto un cambio en la idea de universalización de la asistencia sanitaria que subyace en el artículo 43 de la Constitución, en relación con el valor de la dignidad de las personas, y subyacía en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuando sentó las bases para dicha universalización y que ahora, al vincularla a la condición de asegurado en la modificación que el Real Decreto-ley ha introducido en el artículo 3.º de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha supuesto la exclusión de determinados colectivos como usuarios; en cuanto, a mayor abundamiento, ha exigido, al colectivo que no quepa incluir en la condición de asegurado y cumpla determinadas condiciones que no hacen ahora al caso, un requisito de ingresos que no se exige a otros colectivos y en cuanto, por último, ha deferido su determinación, sin condicionamiento alguno, a una disposición reglamentaria totalmente abierta⁵⁴.

⁵³ Vid. DUQUE VILLANUEVA, J. C.: «Comentario al artículo 86 CE», en los *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters-Kluwer España, cit. 2009, pág. 1.501 y sigs.

⁵⁴ Vid. BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: «Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Sa-

d) Límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales

Ha de hacerse referencia en este apartado a las conexiones de los principios rectores de la política social y económica con derechos fundamentales y constitucionales, que es materia estudiada en el Apartado V de este trabajo, subepígrafe C)b'), derivada, como allí se dice, de una interpretación sistemática de la Constitución y de una interrelación entre sus preceptos y mandatos.

Esta conexión ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, como es sabido. Sirva de ejemplo la relación, ya reiteradamente mencionada, entre el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) con el derecho a la vida e integridad física (art. 15.1 CE), declarada, entre otras, en las SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio, aunque la conexión se predique en los casos de riesgo o peligro grave para la salud.

Pero quizá la conexión mayor de los derechos económicos y sociales –sobre todo de los últimos– se da cuando se trata del principio o derecho de igualdad (arts. 1.º 1, 9.º 2, 14 y 31 CE), generalmente asociado al de dignidad de la persona, y cuando se alude al derecho a la tutela judicial de derechos e interés legítimos (art. 24.1 CE).

Respecto del derecho y principio de igualdad la relación es especialmente intensa, tanto en su contenido de cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, «que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia» –que habrá de aparecer como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y sin consecuencias desproporcionadas–, como en su contenido de prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación (por todas SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.º y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5.º, contenido este último que «representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en

lud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas», *Revista Aranzadi doctrinal*, junio 2012, núm. 3, págs. 191 y sigs.

posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE», (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.º y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5.º entre muchas más). Aunque la igualdad es un derecho subjetivo fundamental a obtener un trato igual (STC 49/1982, de 14 de julio) y no hay que equipararlo a un derecho a la desigualdad o, lo que es lo mismo, a ser tratado de forma diferente o a la singularización normativa, sí que lo hay a no ser discriminado respecto de la situación reconocida a determinados colectivos, específicamente previstos entre los principios rectores de la política social y económica, cuando se pertenece a ellos según las leyes de desarrollo. Entonces, si la medida regresiva implica el cercenamiento de todo o parte de lo que con anterioridad he calificado de contenido esencial de dichos derechos derivados (vgr. el derecho a la asistencia y a recibir prestaciones suficientes en caso de necesidad, especialmente en situación de desempleo –art. 41 CE– o el derecho a tener garantizada la suficiencia económica durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas –art. 50 CE– o a recibir los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos atención especializada –art. 49 CE–), el retroceso podría calificarse de inconstitucional. Estas referencias directas de la Constitución a determinados colectivos personales permiten –y también en ocasiones imponen– el establecimiento, para los concernidos, de tratamientos diferenciadores, positivos o favorables, que están acogidos a lo establecido en el artículo 9.2 CE y que no se oponen al imperativo de la igualdad derivado del artículo 14 CE⁵⁵.

También el principio de igualdad, en su versión de interdicción de la discriminación, ha tenido relevancia en otros Tribunales Constitucionales. El portugués, en su Sentencia 353/2012, de 5 de julio, declara inconstitucional la suspensión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014, que se basaba en la necesidad de observancia rigurosa de los límites permitidos al déficit presupuestario, aduciendo que se había cargado el esfuerzo que conllevaba dicha finalidad únicamente en unos determinados colectivos, que habían sufrido así un trato discriminatorio, toda vez que aquella –la finalidad– debía ser alcanzada «a través de medidas de disminución de gasto y/o de aumento de ingresos que no se traduzcan en una repartición de sacrificios excesivamente diferenciada».

⁵⁵ CASAS BAAMONDE, M. E.: en «Comentarios al Título I de la Constitución», *Comentarios a la Constitución Española*, Fund. Wolters-Kluwer, cit. Pág. 174.

Pero de la igualdad puede también hablarse como título competencial, por la vía del artículo 149.1.1.^a CE, cuando ésta establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

No voy a tratar aquí el significado y el rico contenido que puede ofrecer este primer título competencial del Estado y la necesidad, por otra parte, de evitar que a su amparo se cercenen las competencias de ejecución normativa básica que corresponden a las Comunidades Autónomas; y menos aun cuando las reformas operadas en los Estatutos de Autonomía a partir del 2006 han alumbrado una serie de competencias exclusivas de las mismas, precisamente en materia de los derechos económicos y sociales que constituyen el objeto de este estudio. Pero sí quiero destacar, en primer lugar, que «la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento», porque «no es, en definitiva, la igualdad de derechos de los ciudadanos ... sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas» [(STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4.º 6), con cita de la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.º a)]; en segundo término, que es un título competencial con operatividad y conexión con los derechos recogidos en el Capítulo III, Título I, de la Constitución. Así, en las SSTC 13/1992, de 6 de febrero, y 16/1996, de 1 de febrero, está, entre otras materias, conectado con los derechos de la tercera edad del artículo 50 CE. Antes, en la STC 32/1983, de 28 de abril, se le relaciona con el derecho a la protección de la salud y con el régimen público de la Seguridad Social (arts. 43 y 41 CE) lo mismo que la STC 149/1991, de 4 de julio, utiliza el título para asegurar la igualdad básica en el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado; y, por último y en tercer lugar que, haciendo uso de este título competencial, el Estado ha dictado leyes sociales de gran importancia como han sido la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, sobre todo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de pro-

moción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia⁵⁶.

De lo dicho se desprende fácilmente que las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149. 1.1.^ª CE pueden servir para configurar el contenido esencial de los derechos económicos y sociales que la Constitución reconoce y, por ende, para concluir la irreversibilidad de conquistas sociales reconocidas en las mismas. Téngase presente que la única garantía de un mínimo de univocidad para los aludidos derechos descansa en la utilización por el Estado del título competencial al que se viene aludiendo. Si a este mínimo se añade la función de igualación básica en materia financiera que representa la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, que atribuye (art. 15) al Estado la función de garantizar en todo el territorio español «el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia», servicios estos que no son otros que «la educación, la sanidad y los servicios sociales esenciales», se comprenderá que «la conjunción de estos dos títulos –regulatorio y financiero– permitiría al Estado configurar un derecho público subjetivo perfecto a las prestaciones sociales necesarias para garantizar un mínimo existencial»⁵⁷. En definitiva es lo que puede concluirse han hecho las leyes de desarrollo antes apuntadas y las demás que se han promulgado al amparo de los derechos, principios, mandatos y habilitaciones contenidos en el tan repetido Capítulo III del Título I de la Constitución.

e) Limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales

También estos principios, si bien con menor aplicación en materia de jurisprudencia sobre los derechos sociales, tienen indudable repercusión a la hora de valorar la viabilidad constitucional de las regresiones que sobre los mismos puedan acordarse legislativamente.

El TC, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, a propósito de diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos en

⁵⁶ VAQUER CABALLERIA, M.: *Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad*, cit. pág. 92.

⁵⁷ VAQUER CABALLERIA, M., *op. cit.*, pág. 93 y sig.

relación con la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, para salvaguardar derechos e intereses patrimoniales de carácter individual frente a la ordenación estatal del recurso natural que el agua significa, declaró (FJ 7.º que, de una interpretación sistemática de los artículos 33 y 45.2 de la Constitución, «no cab[ía] derivar las tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e interés patrimoniales de carácter individual». La misma Sentencia, refiriéndose al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, sigue declarando (FJ 9) que «no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente *pro futuro* situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues ... una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas»» y «lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad», así como (FJ 10) que el respeto a situaciones jurídicas preexistentes «no puede producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo» o que el principio de seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas».

Por su parte, la STC 222/2003, de 15 de noviembre, con ocasión de inadmisión de recurso presentado ante el Juzgado de Instrucción de Guardia cuando una modificación del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial había dispuesto la inadmisión de escritos ante dicho órgano que estuvieran dirigidos a otros órdenes jurisdiccionales, declaró (FJ 4.º que en el caso se pudo generar un criterio merecedor de protección «al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica», cuya idea material «impide ... quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquellos (se refiere a los ciudadanos y profesionales del Derecho) podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal».

He reflejado conscientemente la relación de estas declaraciones con los casos concretos a que fueron aplicadas para destacar que, en el caso de regresiones afectantes a derechos sociales, no se está solo en presencia de derechos individuales representativos de intereses particulares contrarios a la nueva ordenación, que además no era retroactiva, sino concebida *pro futuro*, conforme ocurría en el supuesto resuelto por la STS 227/1998, sino ante derechos que configuran el contenido esencial del Estado Social y Democrático de Derecho proclamado por el artículo 1.º 1 de la Constitución y que han sido reiteradamente reconocidos y aplicados por las leyes de regulación de los mismos y de desarrollo de los principios y mandatos que los materializan. Su supresión o regresión sin realizar auténticamente los correspondientes juicios de proporcionalidad y ponderación, significaría también, aparte de la arbitrariedad que, como se dijo antes, cabría apreciar, la vulneración de los principios a que en este apartado se ha hecho indicación.

VII. LAS ALTERNATIVAS AL SACRIFICIO LINEAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

Este apartado va a desarrollar uno de los argumentos que constituyen el núcleo esencial de este trabajo. Me refiero a que, destacada la importancia constitucional que ostentan los principios, derechos, mandatos y habilitaciones que integran el contenido del Estado Social y Democrático de Derecho que, como tantas veces se ha repetido, proclama nuestra Constitución, y considerados también su normatividad, el contenido esencial de los «derechos» que configura el propio texto constitucional o su desarrollo legislativo, su naturaleza intangible y su vigencia efectiva en los instrumentos normativos vigentes –tanto en el ámbito del Derecho interno como en el del Derecho Comunitario Europeo–, es necesario ofrecer soluciones para que, fundamentalmente en situación de crisis económica como la actual, no se incurra en la contradicción que significa mantener la afirmación y vigencia del Estado Social y, al propio tiempo, abrir el camino a su restricción, o incluso eliminación, mediante soluciones de recorte lineal en el gasto hechas sin los oportunos juicios de ponderación y proporcionalidad que son de todo punto exigibles.

Con ello vuelvo al pensamiento de Juan Luis Vives, expuesto al principio de esta intervención, y a las soluciones que preconizaba para subvenir a la pobreza. No ha de faltar dinero –nos decía– si se

administran bien las rentas o, lo que es lo mismo, si hay una buena administración de los recursos disponibles para hacer frente a las cargas públicas; si los particulares pudientes aportan lo necesario, es decir, si hay un correcto cumplimiento del deber de contribuir al levantamiento de los gastos públicos por quienes, por sus recursos, están en la posición y en la obligación de hacerlo; y si, pese a todo, no se alcanzara a cubrir todas las necesidades deberá ser la ciudad –léase el Estado– quien, «recortando de otros gastos, dedique lo necesario a estos menesteres».

Veamos cuales, a mi juicio, pueden ser algunas –las principales, al menos– de esas alternativas:

A) La equitativa asignación de los recursos públicos y la eficiencia y la economía como criterios constitucionales en la programación y ejecución del gasto público

«El gasto público –dispone el artículo 31.2 de la Constitución– realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.»

Tradicionalmente se ha considerado una decisión de pura naturaleza política la determinación de los fines a que han de ser destinados los ingresos públicos. Ha sido, pues, una novedad –y de gran importancia– la introducción de un principio de justicia en el gasto público que desempeñara similar cometido que el que, cuando se trata de los ingresos públicos, desempeñan los principios constitucionales recogidos en el apartado 1.º de este mismo precepto constitucional. La consideración intencionada de este principio de equidad en la asignación de los recursos públicos no fue, desde luego, producto de la casualidad o de una «ocurrencia» retórica. Este apartado del artículo 31 CE fue producto de una enmienda propuesta por el Profesor Fuentes Quintana en la Comisión del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978), en que sostuvo que «la Hacienda no solamente tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de los fondos que necesita con objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición. Constituye una incoherencia separar estas manos, ya que Hacienda podría destruir con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto. Por tanto, es un deber de coherencia».

La introducción de este precepto constituyó una decidida superación de las posiciones doctrinales que habían considerado siempre las decisiones de gasto público como materia puramente política. En definitiva supuso, conforme se resaltó al principio, la penetración del Derecho en el ordenamiento del gasto público, de acuerdo, además, con un sensible esfuerzo doctrinal.

El mandato constitucional contenido en este apartado del artículo 31 CE se desdobra en dos postulados. El de asignación equitativa de los recursos públicos incorpora no sólo la oportunidad, sino también la exigencia de un juicio de valor acerca de la corrección y bondad de los fines a que se van a destinar los ingresos públicos. El relativo a la eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto hace referencia a la necesidad de utilizar los recursos públicos de acuerdo con el principio de buena gestión financiera, es decir, el que conjuga la realización de los fines y la obtención de los resultados previstos de acuerdo con el mejor aprovechamiento de los medios empleados, incluido el factor económico.

La doctrina ha destacado la dificultad de delimitar equitativamente los fines a satisfacer. Una vía de análisis, como se ha dicho con acierto, la da la propia Constitución cuando, al exigir a los poderes públicos que garanticen y defiendan determinados valores – los configurados como principios rectores de la política social y económica, a los que podrían añadirse los anteriormente configurados como derechos fundamentales o constitucionales (arts. 27, 35 y 39 a 52 CE)–, está marcando ya una cierta primacía en prioridades de gasto en relación con otras finalidades⁵⁸.

El Tribunal Constitucional, ciertamente, no se ha pronunciado de modo específico sobre los principios ahora estudiados a diferencia de lo que ha hecho respecto de los contenidos en el artículo 31.1 CE. Solamente, a propósito de la compatibilidad de las funciones del Tribunal de Cuentas como órgano de control externo de las cuentas y de la gestión económica del sector público (art. 136 CE) con los órganos de la misma naturaleza creados por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, ha declarado que esta coexistencia de órganos debe respetar la primacía del referido Tribunal y emplear «las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de uno y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades, que serían contrarias a los criterios de eficiencia y

⁵⁸ Vid. en este sentido, MARTÍN QUERALT, J. en *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 24.ª ed., Madrid, 2013, cit. págs. 119 y sigs.

economía enunciados en el artículo 31.2 de la Constitución» (STC 187/1988, de 17 de octubre, FJ 12, y posteriormente, también sobre el mismo tema, SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, y 18/1991, de 31 de enero, FJ 3). Igualmente, con ocasión de ocuparse del mismo tema de duplicidad de órganos consultivos del Gobierno Central y los Gobiernos Autonómicos –Consejo de Estado y Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas–, la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, declaró que «sería muy probablemente innecesario y, sin duda, gravoso y dilatorio que en un mismo procedimiento debiera recabarse sucesivamente dictamen de un órgano superior consultivo autonómico de características parecidas al Consejo de Estado y del propio Consejo de Estado, con desprecio de los principios de eficacia administrativa (art. 103 CE) y eficiencia y economía del gasto público (art. 31.2 CE)».

Pero no obstante esta parquedad en las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre los principios del gasto que vienen examinándose, la importancia de respetar las finalidades y mandatos explícitamente reseñados en la Constitución supone, por elemental lógica, su traducción en prioridades en el gasto público y, consecuentemente, su reserva a la hora de limitar los medios a arbitrar para su cumplimiento. El desconocimiento de estas prioridades o su asimilación a otras no mandatadas directamente por la Constitución, no significaría otra cosa que negar la normatividad de la Norma Fundamental y relegarla a la consideración de un texto retórico y programático, como ya oportunamente se anticipó.

B) La realización efectiva del derecho a un buen gobierno o a una buena administración

En conexión con el principio constitucional de asignación equitativa de los recursos públicos y de programación y ejecución del gasto público de acuerdo con los principios de eficiencia y economía, pero con propia sustantividad, se ha ido abriendo paso la concepción como derecho ciudadano de las obligaciones procedimentales que los Ordenamientos democráticos imponen a la actuación de los gobiernos o, si se quiere y con un criterio más amplio, a la actuación de gobiernos, administraciones públicas y, en general, de entidades integradas en lo que comúnmente se conoce por «sector público», o participadas, directa o indirectamente, por entidades públicas aun cuando su actuación pueda estar sometida al Derecho privado, así como de los deberes de naturaleza ético-jurídica que

también se imponen a sus responsables, pero ya como obligación jurídica.

Como expresa el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterio actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos».

En realidad, el derecho a una buena administración está directamente relacionado con el derecho a un procedimiento administrativo respetuoso con las garantías que establece, en lo que toca a nuestro Ordenamiento, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –Ley 30/1992, de 26 de noviembre– de acuerdo con los principios constitucionales contenidos en los artículos 9.2, 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106 de la Constitución, de tal manera que implique la actuación de las Administraciones Públicas con arreglo a los principios de racionalidad, igualdad, participación, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, asignación equitativa de los recursos públicos y programación de los mismos con criterios de eficiencia y economía, objetividad, coordinación y eficacia, audiencia a los ciudadanos en procedimientos de elaboración de las disposiciones que les afecten y acceso de los mismos a los archivos y registros administrativos, así como de audiencia a los interesados en los procedimientos a través de los cuales se produzcan los actos administrativos y en general de actuación administrativa con arreglo a Ley. Todo ello en servicio, además, de los intereses generales. Obvio es decir que no puede abordarse aquí el estudio crítico de cómo la precitada LRJAP y PAC ha incorporado y desarrollado esos principios.

La misma idea late en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, consolidada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, y que, en virtud de este último y como ya se dijo, tiene hoy pleno valor normativo si se aplica Derecho Comunitario Europeo, cuando afirma este derecho, con la expresa rúbrica de «derecho a una buena administración», en su artículo 41 y determina el derecho de toda persona a que se traten por la Unión

sus asuntos «imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable» y «a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente», así como a «acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial» y a que la Administración cumpla con la obligación que le incumbe «de motivar sus decisiones».

También ha sido recogido este derecho por los modernos Estatutos de Autonomía en las reformas llevadas a cabo a partir de 2006. Así ha sido reconocido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 30), de Andalucía (art. 31), Balear (art. 14), de Castilla y León (art. 12) y de la Comunitat Valenciana (art. 9).

En la actualidad, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, como se acaba de señalar, ha regulado también los aspectos generales de este derecho en su Título II, bajo la rúbrica de «Buen Gobierno», pero referido no a la genérica actuación administrativa procedimental, sino a la de los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y resto de altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal vinculadas o dependientes de aquella, así como a la de «los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que les sea de aplicación, tengan tal consideración, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales» (art. 25). En esta Ley, y por la vía de «principios de buen gobierno», se concreta el tenor de las actuaciones que los altos cargos concernidos habrán de observar en el desempeño de sus responsabilidades, principios estos que, además, sirven para informar la interpretación y aplicación del régimen sancionador que se regula en el propio título (art. 26).

Prescindiendo ahora de la naturaleza del derecho ciudadano de acceso a la información pública, que dio lugar a una abundante doctrina científica sobre si se trataba de un mero derecho de configuración legal, a la vista del artículo 105.b) de la Constitución, o de un verdadero derecho fundamental por su conexión con los derechos de participación en asuntos públicos (art. 23 CE) o con las libertades de expresión e información (art. 20 CE) o incluso por su propia sustantividad al estar situado el referido artículo 105 de la Constitución entre las normas directivas de la actividad de los poderes públicos que establecen garantías constitucionales⁵⁹, es lo cierto que la preci-

⁵⁹ *Vid.* sobre el tema, RAMS RAMOS, L.: «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental», en *REDA*, n.º 160, octubre-diciembre de 2013, págs. 155 y sigs.

tada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, sin duda, ha incrementado los niveles de transparencia en la actividad pública conforme se desprende de su ámbito subjetivo de aplicación, que no solamente se circunscribe a todas las Administraciones Públicas y entidades con ellas relacionadas, cualquier que sea su tipología, sino que también alcanza a partidos políticos y a entidades privadas que, en determinadas cuantías y tiempos, perciban ayudas o subvenciones públicas e igualmente a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato (arts. 2, 3 y 4).

Igualmente la Ley se refiere a la publicidad activa, esto es, a la afectante a los sujetos a que se extiende su ámbito subjetivo (arts. 5 a 11, inclusive), así como al derecho de acceso a la información pública, que corresponde a «todas las personas en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución». Sin embargo, el carácter excesivamente abierto de las limitaciones al derecho de acceso (art. 14), singularmente las contenidas en las letras g) a l) del mismo precepto, exigirán previsiblemente el largo camino clarificador de la interpretación judicial y, por ende, producirán considerable dilación en su efectividad. Por otra parte, en materia de protección de datos personales (art. 15), cabe decir que se adopta un criterio más riguroso que el recogido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por último, en materia de resolución a la solicitud de acceso a la información, la Ley prevé que «serán motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta de la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero (art. 20.2) y, sin embargo, también dispone que «transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada» (art. 20.4). Aquí, en virtud del Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley (Dictamen 707/2012, de 19 de julio), que se manifestó favorable al sentido denegatorio del silencio por la potencial vulneración de otros derechos o intereses en conflicto, (aun reconociendo que era una opción que había sido muy objetada), la Ley incurre en una contradicción, porque si la regla general, como se ha visto, es que la denegación debe ser motivada y fundarse en las causas previstas legalmente, el sentido del silencio sólo podría ser el positivo⁶⁰, máxime cuando la propia Ley especifica

⁶⁰ *Vid.* sobre el tema BALLESTEROS MOFFA, L. A.: «Ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿El caballo de Troya de la transparencia?», en *REDA*, n.º 161, enero-marzo 2014, pags. 74 y sigs.

con mayor rigor que el que fuera preciso los límites al derecho al acceso (art. 14) y los derivados de la protección de datos personales en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 15), como acaba de indicarse antes.

Íntimamente ligada a la efectividad de este derecho a un buen gobierno y a una buena administración, y también poderoso elemento de lucha contra la corrupción, como enseguida se verá, está la labor de la jurisprudencia constitucional al ampliar la legitimación de Concejales y Diputados Provinciales para impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cualquier acuerdo adoptado por los órganos de gobierno de las correspondientes corporaciones aun cuando no figuren adscritos a los mismos y, por consiguiente, no hubieran podido oponerse a su adopción.

Dicho lo anterior, no puede caber duda de que la aplicación a supuestos específicos de los principios y normas que caracterizan el derecho a una buena administración y gobierno, así como la de los preceptos reguladores de la transparencia y acceso a la información pública, son relevantes para evitar regresiones en derechos sociales de relevancia constitucional. La conexión del derecho a un buen gobierno y buena administración con la necesidad de motivación suficiente y de comportamiento de los responsables públicos con arreglo a criterios éticos que han adquirido evidente valor jurídico, constituyen elementos fundamentales para evitar el desmantelamiento del Estado Social de Derecho, las lineales e inmotivadas restricciones de los referidos derechos sociales y el respeto a las prioridades en el gasto que se derivan, como ha podido comprobarse de cuanto se lleva expuesto, de los propios y directos mandatos constitucionales que los sustentan y configuran.

C) La lucha contra la corrupción, el fraude y la elusión fiscal

a) La corrupción y sus principales áreas de desarrollo, especialmente en el ámbito de la contratación pública

La Comisión Europea, en el informe al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, emitido en Bruselas el 3 de febrero de 2014, tras definir la corrupción como «abuso de poder para obtener réditos privados», destaca que la mayoría de los miembros de la Unión disponen de los instrumentos jurídicos e instituciones necesarias para prevenir y luchar contra la

corrupción, pero los resultados no pueden calificarse de satisfactorios porque las normas pertinentes no siempre se aplican enérgicamente, los problemas sistémicos no se abordan con la suficiente eficacia y las instituciones no siempre tienen la necesaria capacidad para hacerlas cumplir, hasta el punto de concluir que «a menudo parece faltar una verdadera voluntad política para erradicar la corrupción».

No tiene desperdicio este informe, que sigue afirmando que «frente a los actuales desafíos económicos, tanto en Europa como en otros lugares, se precisan mayores garantías de integridad y transparencia en el gasto público» porque «los ciudadanos esperan que la Unión preste una ayuda importante a los Estados miembros para proteger la economía lícita contra la delincuencia organizada, el fraude fiscal y financiero, el blanqueo de capitales y la corrupción, especialmente en tiempos de crisis económica y de austeridad presupuestaria», máxime cuando «se calcula que el coste de la corrupción para la economía de la Unión Europea asciende a 120.000 millones de euros al año, algo menos que el presupuesto anual de la Unión Europea».

La percepción ciudadana sobre la corrupción, según el eurobarómetro, indica que tres cuartas partes de los encuestados (76%) creen que la corrupción está muy extendida en su propio país. Pero, en concreto, en Grecia, Italia, Lituania y España, la percepción, sin duda influida por los recientes escándalos y la crisis financiera y económica, alcanza, respectivamente, al 99%, 97%, 95% y 95% de la población. Ciertamente es que se trata de una percepción ciudadana que no es posible admitir se corresponda exactamente con la realidad, porque entonces habría que admitir también la inexistencia de diferencia entre la gestión pública en un país sin libertades democráticas y en un país integrante de la Unión Europea, en que, por definición, ha de tratarse de un Estado Democrático de Derecho. Pero no menos cierto que es un problema de gran trascendencia, que sin duda contribuye al desencanto de la ciudadanía con la política y que es de urgente solución, como este informe se encarga de hacer presente sin ninguna condescendencia y como, una y otra vez, ha resaltado nuestra doctrina⁶¹.

⁶¹ Vid. VELARDE FUERTES, J.: «Corrupción: realidad económica y control fiscalizador», *Revista Española de Control Externo*, n.º 3, 1999, págs. 39 y sigs. También, en el mismo número y Revista, FERNÁNDEZ DÍAZ, A.: «La Economía de la Corrupción», págs. 9 y sigs. De este último autor igualmente, «Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca», todavía no publicado y antes «Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción», RECE, n.º 36, 2010. Igualmente, *vid.* MARTÍN MARTÍN, P:

Hay un consenso doctrinal bastante generalizado en considerar que las políticas de lucha contra la corrupción no han de descansar exclusivamente en el Código Penal, puesto que necesitan de políticas preventivas, en las que juega un papel importante el Derecho Administrativo, dado que, como fácilmente se desprende del apartado anterior, la optimización de la consagración legal del derecho a un buen gobierno o a una buena administración, su desarrollo legislativo unido a la efectividad de la transparencia de la actividad pública y a la potenciación del derecho ciudadano de acceso a la información pública, constituyen elementos indispensables en el combate contra la corrupción. Todo ello sin perjuicio de que el bien jurídico protegido en el Título XIX del Código Penal (Delitos contra la Administración Pública) ha evolucionado desde el criterio jurisprudencial clásico de «infracción de los deberes del cargo» al de «recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores instaurados en los artículos 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa» (STS, Sala 2.^a de 5 de noviembre de 1998, núm. 1354/1998, FJ 2.^o, evolución la expresada que revela un acercamiento entre las posiciones sobre la corrupción propias del Derecho Administrativo y las provenientes del Derecho Penal y que, como ha sido puesto de relieve, puede determinar que de la vulneración del derecho al procedimiento debido pueda derivar la comisión de un delito y dar lugar con ello a la tutela penal del derecho al buen gobierno o a la buena administración⁶².

Dejando aparte el examen de los problemas de prejudicialidad que encierran estas relaciones entre el Derecho Administrativo y el Penal, que obviamente no pueden abordarse en un estudio como el presente, sí que es necesario destacar las materias en que, con mayor facilidad, pueden detectarse –o se producen– manifestaciones de corrupción. Son estas, como pone de relieve el antecitado

«Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción contable ante la corrupción», *RECE*, n.º 3, 1999.

⁶² *Vid.* PONCE SOLÉ, J.: «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)», en *Anuario de Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, mayo 2013, págs. 110 y sigs. *Vid.* también ASUA BATARRITA, A.: «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria», en *Delitos contra la Administración Pública* (Asua Batarrita, A.), Instituto Vasco de Administración pública, 1997, págs. 13 y sigs.

Informe de la Comisión Europea, la contratación pública en el ámbito estatal, a más de la construcción, energía, transporte, defensa y sanidad, y, en el regional y local, también, y sobre todo, la contratación pública, la gestión de residuos y la construcción relacionada con el desarrollo urbanístico. Esta apreciación puede trasladarse a España perfectamente, con el añadido de que la corrupción urbanística contribuyó de manera decisiva a la expansión de la «burbuja inmobiliaria», propiciada por una serie de calificaciones y recalificaciones urbanísticas, en gran parte amparadas por la permisividad que implicaba la consideración del suelo urbanizable como suelo residual en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, según antes –al tratar de la consideración general sobre la crisis– destaque.

En el referido Informe se señala que los problemas más frecuentes que, en relación con la corrupción, se presentan en la contratación pública son: redacción de especificaciones a la medida para favorecer a determinados licitadores; división de las licitaciones públicas en licitaciones más pequeñas para evitar los procedimientos competitivos; conflictos de intereses que afectan a diversas etapas de los procedimientos y que atañen no sólo a los funcionarios responsables de la contratación pública, sino también a niveles más altos de los poderes adjudicadores; criterios de selección desproporcionados e injustificados; exclusión injustificada de licitadores; uso injustificado de procedimientos de emergencia; análisis inadecuados de las situaciones en que los precios ofertados son demasiado bajos; confianza excesiva en el precio más bajo, como criterio determinante, en detrimento de los criterios relativos a la calidad de las prestaciones y a la capacidad para realizarlas; excepciones injustificadas a la obligación de publicar la licitación. Problemas que no sólo afectan a fase de adjudicación, sino que se dan en la posterior, como son las relativas a la calidad de las prestaciones y a la justificación insuficiente de modificaciones en el contrato o a las modificaciones durante su ejecución, que alteran el pliego de condiciones y elevan el presupuesto (podría añadirse aquí que estas irregularidades van normalmente unidas a una adjudicación a la oferta más baja a sabiendas de que una renegociación posterior elevará la retribución y la ganancia). También aquí se trata de corruptelas o de corrupciones perfectamente trasladables a la praxis de nuestra contratación pública y que están absolutamente proscritas no sólo en las Directivas de la Unión Europea, sino en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de no-

viembre, en virtud de la autorización dada al Gobierno por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para integrar y armonizar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, con todas las normas legales que con posterioridad la han afectado.

Es fundamental erradicar cualquier atisbo de corrupción en esta materia porque están en juego importantísimos intereses económicos y sociales, ya que las Administraciones y entidades públicas o participadas por ellas, con la construcción de obras e infraestructuras públicas, la gestión de servicios, la prestación de actividades, el suministro de bienes y la realización de numerosos trabajos, llevan a cabo, a su vez, importantísimos intercambios y flujos económicos, que con frecuencia suponen un elemento fundamental de la política económica, ya que afectan a la absorción del empleo –tan castigado en nuestros días– y a la reactivación económica –tan anhelada– por el volumen de miles de millones que se mueven en esta realidad⁶³.

Pues bien; pese a que la constante reforma de la normativa sobre contratación pública ha conducido a una regulación complicada y muchas veces de difícil entendimiento⁶⁴, ha de destacarse que, en este punto, la movilidad legislativa –sobre todo determinada por la obligada transposición de Directivas Comunitarias–, ha contribuido a proteger derechos sociales de los trabajadores. En este sentido, cabe resaltar que una nueva Directiva relativa a la contratación pública –COM (2011) 896–, cuando aborda el tema de anomalía o desproporción de las ofertas, contempla, como causa de rechazo de la adjudicación del contrato, que la oferta impida «el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental ...»⁶⁵.

Sin duda alguna, después de lo expuesto, ha de reconocerse que el diagnóstico de los puntos en que la corrupción preferentemente

⁶³ MARTÍN REBOLLO, L., en el *Estudio Preliminar al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*, incluido en las «Leyes Administrativas 18.» ed. 2012, Thomson-Reuters Aranzadi, págs. 627 y sigs.

⁶⁴ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *REDA*, n.º 159, julio-septiembre 2013, págs. 25 y sigs.

⁶⁵ *Vid.* sobre el tema GIMENO FELIÚ, J. M.: «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, n.º 159, julio-septiembre 2013, págs. 39 y sigs.

se manifiesta está suficientemente determinado. Podría añadirse que, en ocasiones, y por lo que respecta sobre todo a las corrupciones urbanística y en el ámbito de la contratación pública, aparte el beneficio o lucro personal obtenido por corruptor y corrupto –que suele ser el más importante cuantitativamente hablando– puede intermediar también la financiación de partidos políticos.

En este punto, es preciso hacer algunas consideraciones, sin perjuicio de no poder emprender aquí un examen, ni siquiera superficial, acerca de las bondades o carencias que, en nuestro Ordenamiento, contiene la regulación relativa a la contratación pública o a la acabada de citar financiación de los partidos. Únicamente cabe decir que, en términos generales y por lo que se refiere a esta última, las reformas introducidas por la LO 5/2012, de 22 de octubre, en la LO 8/2007, de 4 de julio, presentan insuficiencias claras que pueden utilizarse para evadir supuestos de financiación ilegal. Así, según la Disposición Adicional 7.^a de la Ley de 2007 modificada por la de 2012, si bien los partidos políticos no pueden aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público, ni tampoco de empresas que pertenezcan al mismo grupo que las expresadas o estén participadas mayoritariamente por ellas ni de sus fundaciones [(art. 4.º 2.c)], las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos con representación parlamentaria no están sometidas a dicha restricción ni tampoco al límite que para las donaciones privadas procedentes de una misma persona física o jurídica se fija en 100.000 euros anuales. Por esta vía se abre paso a un flujo ilimitado de recursos del sector privado hacia la política que escaparía a la fiscalización del Tribunal de Cuentas.

En cuanto afecta a la contratación pública, el elenco de figuras posibles relacionadas con la corrupción ha sido expuesto con anterioridad a propósito del Informe de la Comisión Europea de febrero de 2014. No es preciso reproducirlas ahora para estudiarlas en profundidad. Pero sí debo significar que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 ha instaurado, conforme acabo de advertir, un sistema de contratación pública de gran complejidad y difícil comprensión, que sin duda ha de repercutir negativamente en la seguridad jurídica, porque en sus cinco Libros no estructura una parte común aplicable a todos los contratos que contempla y otra especial destinada a cada contrato en particular, sino que atiende al aspecto subjetivo de quien contrata (si la

Administración o cualquier otro «poder adjudicador») y a la clase de contrato a que se refiera, de tal suerte que para saber el régimen concreto de cada contrato no es suficiente con consultar una parte determinada de la Ley –un Título de la misma en concreto–, sino que será preciso «recorrer todo su contenido, buscando en cada Libro, Título o Capítulo los aspectos que sean en cada caso aplicables, según quien contrate y el tipo de contrato de que se trate»⁶⁶.

Ciertamente la complejidad y difícil análisis de la Ley no es algo que ayude a la lucha contra la corrupción, pero, en definitiva, puede afirmarse que con ella pueden combatirse suficientemente las conductas, antes descritas, que la representan en este ámbito de la contratación pública.

Lo importante es que se cumpla la Ley y no se incurra en cualquiera de esas conductas o que se utilice con fines torticeros alguna de las modalidades contractuales que aquella contempla, como puede ocurrir, y ocurre, con los convenios de colaboración previstos en el artículo 4.º 1.d) del Texto Refundido de 2011 para soslayar, en otros ámbitos, los trámites de concurrencia y publicidad. Así, por ejemplo, en la Ley General de Subvenciones –Ley 38/2003, de 17 de noviembre–. Ocurre que estos convenios canalizan frecuentemente las subvenciones previstas en los Presupuestos del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales y, por tanto, estas subvenciones están excluidas del procedimiento de concurrencia competitiva, según el artículo 22.2 de la referida Ley General. Todo ello además de la defectuosa concreción legal de las entidades otorgantes de subvenciones sujetas al ámbito de aplicación de la Ley de referencia⁶⁷.

En cualquier caso, y como ya se anticipó en el apartado relativo a la corrupción, el Tribunal Constitucional ha abierto una vía de control de esas conductas incursas en corrupción al ampliar la legitimación de los Concejales y Diputados Provinciales para impugnar los acuerdos de los correspondientes órganos de gobierno de

⁶⁶ *Vid.* MARTÍN REBOLLO, L., en el *Estudio*, cit., pág. 635. *Vid.* igualmente SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública*, cit. pág. 29 y sigs.

⁶⁷ *Vid.* FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en *REDA*, n.º 154, abril-junio 2012, págs. 19 y sigs. *Vid.* también la advertencia de la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales, de 30 de noviembre de 2010, «Sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas».

Ayuntamientos y Diputaciones en cualquier materia, incluida por supuesto, la contractual. En efecto; el artículo 20 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –Ley 29/1998, de 13 de julio–, en su apartado a), establece que «no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública ... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente». El artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, por su parte, establece que «junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico ... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos» Sin embargo, las SSTC 173/2004, de 18 de octubre –Sala 1.ª, 210/2009, de 26 de noviembre –Sala 2.ª reconocieron legitimación a los Concejales no integrantes del órgano administrativo que dictó el acuerdo con fundamento en que su legitimación era *ex lege* y derivaba del mandato representativo que ostentaban –que era en definitiva el mismo fundamento subyacente en la legitimación reconocida en el citado artículo 63.1.b) de la LRBRL– y del interés concreto en el correcto funcionamiento de la Administración a la que pertenecían. Este mismo criterio sostuvo el TC en la Sentencia 108/2006, de 3 de abril –Sala 1.ª, relativa a los Diputados Provinciales, no obstante ser su representación indirecta⁶⁸. No cabe duda de que esta interpretación de la legitimación de los miembros electivos de las Corporaciones locales ha de significar una poderosa palanca en la lucha contra la corrupción municipal, que ha sido completada por el sistema de recursos previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, concretamente con el recurso especial en materia de contratación que se atribuye a un órgano independiente (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para la Administración General del Estado y Tribunales similares para las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dentro del régimen establecido por el artículo 41 y Disposición Transitoria 7.ª del Texto Refundido de referencia), y que, aun cuando sea un recurso de interposición potestativa, tiene efecto suspensivo respecto de los actos por los que procede (art. 45 en

⁶⁸ *Vid.* sobre el tema, De la TORRE MARTÍNEZ, Lourdes, «La legitimación de los miembros de la Diputación Provincial para impugnar acuerdos de los órganos de la entidad de los que no forman parte: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2006, de 3 de abril», *Civitas REDA*, n.º 136/2007.

relación con el artículo 40.2 del Texto Refundido) habiéndose también reconocido legitimación para su interposición a los Concejales –legitimación, por tanto, para la vía administrativa y no sólo para la jurisdiccional– por algunos Tribunales Autonómicos (vgr. el de Aragón en su acuerdo de 9 de octubre de 2012, núm. 44/2012).

En definitiva, pese a tratarse de un sistema de recursos que adolece de las imperfecciones de ser un recurso potestativo, que no cubre todo el espectro de contratos del sector público y que no se proyecta sobre la fase de ejecución ni sobre las posibles modificaciones contractuales que suelen producirse en la misma, puede contribuir en gran medida a hacer efectivo el derecho a una buena administración y a un buen gobierno y a la obtención de resultados positivos en la lucha contra la corrupción⁶⁹.

b) La lucha contra el fraude fiscal y la economía sumergida

Independientemente de la proyección penal o sancionadora administrativa que pudieran tener las figuras afines tipificadas en el Código Penal (Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Título XIV del Código Penal) y en los artículos 183 a 206 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, fundamentalmente, en la que obviamente este trabajo no va a entrar, los conceptos acabados de mencionar, si bien son expresión de fenómenos diferentes y con causas y desarrollos distintos, están íntimamente relacionados.

En un sentido amplio, se entiende de por «economía sumergida» la actividad remunerada que, siendo legal en cuanto a su naturaleza, no es declarada a las autoridades públicas y queda, por tanto, al margen de su control y fiscalización. El fraude fiscal se incluye también en este concepto, pero puede tener una dimensión cercana a actividades declaradas que se rodean intencionadamente de circunstancias no amparadas en la Ley para eludir ingresos fiscales. Es algo distinto de la coloquialmente conocida como «ingeniería fiscal», que responde a la utilización de sofisticados sistemas de minoración de bases imponibles o utilización de beneficios tributa-

⁶⁹ *Vid.* BERNAL BLAY, M. A.: «El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento», en *REDA*, n.º 160, octubre-diciembre de 2013, págs. 189 y sigs. También PONCE SOLÉ, J., «El órgano administrativo de recursos contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración». *Revista Documentación Administrativa*, n.º 288, septiembre-diciembre 2010, pág. 206.

rios, normalmente basados en la insuficiencia o falta de previsión de las leyes tributarias propias o incluso derivados de las diferencias entre los distintos sistemas tributarios nacionales.

El importe de la economía no declarada en España oscila entre un 18,6% del PIB en 2013 y un 20%, según distintas fuentes. Pero en cualquier caso alcanzando niveles inaceptables y considerablemente alejados de otros países europeos, como Austria, Holanda o Suiza (por debajo del 10% del PIB), de Alemania (sobre un 13%) y de Francia y el Reino Unido (en torno al 10%).

El fraude fiscal, según el Informe 3/2013, de 20 de febrero, del Consejo Económico y Social de España sobre «Distribución de la Renta en España: desigualdad, cambios estructurales y ciclos», podría alcanzar el 6% del PIB tomando en cuenta las estimaciones más recientes de la economía sumergida en España, que cifra en el 19,2% del PIB. Esta proporción supone un lastre para el sistema español, tanto por el lado de la suficiencia –por el importante volumen de recursos que la Hacienda deja de recaudar– como por el lado de la equidad, dado que el fraude se concentra en las rentas que no están sujetas a retención.

El mismo informe añade que en España, lejos de plantearse una reforma en profundidad del conjunto del sistema fiscal, equilibrada y con visión de futuro, han ido aprobándose, desde 2010 y por los distintos Gobiernos, de manera precipitada, descoordinada y poco meditada, múltiples reformas tributarias –en general de aumento de la fiscalidad y, consecuentemente, de signo contractivo– con la única finalidad de aumentar a corto plazo la recaudación y con ello cumplir los objetivos de reducción del déficit público comprometido con Europa.

Además de por la existencia de fraude fiscal y economía sumergida en niveles mucho más altos que los vigentes en los países –como se dice con frase manida– de nuestro entorno, es opinión común entre los expertos que España recauda poco y mal, porque, pese a tener tipos impositivos altos, la recaudación efectiva es baja. Ello se debe, sobre todo, a la profusión de mecanismos legales de elusión fiscal, a las excepciones, deducciones y bonificaciones, que explican los bajos tipos «efectivos» y la disminución de la recaudación⁷⁰. Un estudio interno de la Agencia Tributaria, actualizado

⁷⁰ Vid. por ejemplo, FERNÁNDEZ MENDES DE ANDRÉS, F.: «España recauda poco y mal», *El País*, cuarta página, 28 de marzo de 2014.

al 15 de agosto de 2010, revela que la tributación fiscal efectiva, pese al tipo nominal (30% en el Impuesto sobre sociedades, 25% para las PYMES), es del 10%, esto es, el 10% de la que correspondería al referido tipo nominal.

En la actualidad parece que quiere intentarse una reforma tributaria realizada con el necesario estudio, que ha ido precedida del informe emitido por una denominada «Comisión de Expertos para la Reforma fiscal». Pero esta futura reforma tributaria no se prevé como muy próxima en el tiempo. Desde luego debe hacerse no improvisadamente, sino con el necesario sosiego y ponderación. Pero, en cualquier caso, la lucha contra el fraude, la economía sumergida y la elusión fiscal, dentro incluso de la actual regulación del sistema tributario, no puede ni debe demorarse. Es un imperativo cuyo cumplimiento no exige de más esfuerzos que la potenciación de los medios adscritos a la Inspección de Hacienda. Sólo con que los referidos fraude fiscal y economía sumergida se redujeran a los porcentajes en el PIB de esos países próximos de la Unión Europea, daría como resultado la holgada cobertura del gasto social que nuestro Estado de bienestar exige. Que no pueda lograrse es algo muy difícil de entender para el conjunto de la ciudadanía.

c) Los controles internos y externos de la actuación pública

a') Idea general de las funciones de control interno

Ya se ha dicho antes que la lucha contra la corrupción, en cualquiera de sus manifestaciones, no podía, ni debía, concentrarse en la vía penal, pese a ser ésta necesaria como paso definitivo en su erradicación. Es preciso que funcionen antes los múltiples controles que las legislaciones de los Estados democráticos tienen a su alcance para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos al buen gobierno y a la buena administración, reconocido en muchos Ordenamientos, incluso con naturaleza de derecho fundamental, y a la cuya efectividad ha de contribuir, con todas sus insuficiencias, la reciente Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

No es posible, salvo en estudios específicos sobre el control de las Administraciones Públicas calificables de omnicomprendidos⁷¹,

⁷¹ Vid. el completo estudio de FERNÁNDEZ ASENJO, J. A.: *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción (Especial referencia al Tribunal de*

examinar todas las instituciones a las que puede atribuírsele la expresada función, que podría llegar, en lo que toca a los controles internos de la Administración General del Estado, desde el Gobierno y sus órganos ejecutivos a la Intervención General de la referida Administración, pasando por las Inspecciones Generales de Servicios de los Ministerios, al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Abogacía General del Estado, Oficina de Conflicto de Intereses y Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios; y, en lo referente a los externos, aparte los políticos, que pueden desarrollarse dentro de las Cortes Generales, y de defensa de los derechos y deberes fundamentales, atribuidos estos al Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las mencionadas Cortes (art. 54 CE), se encontrarían el Tribunal de Cuentas, el Poder Judicial –integrando en su entorno al Ministerio Fiscal, especialmente a la Fiscalía Anticorrupción– y el Tribunal Constitucional.

Fácilmente puede comprenderse la imposibilidad, en este estudio, de examinar las competencias y resultados aportados por cada una de estas instituciones a la lucha por el derecho a un buen gobierno y buena administración y su consecuencia lógica de erradicación de la corrupción en la actuación de los poderes públicos en su sentido más general. Pero ya de esta rápida enumeración puede sacarse la conclusión de que, en España, instituciones dedicadas a las finalidades acabadas de mencionar (lucha por el buen gobierno y buena administración y contra la corrupción) no es lo que falta precisamente. En términos generales, sin embargo, no puede decirse que se hayan alcanzado óptimos resultados: unas veces, por actuaciones meramente formales y carentes de las necesarias profundidad y transparencia; otras, por cortedad en las competencias o por carencia de medios.

En cualquier caso, porque su importancia lo merece, voy a destacar, con la brevedad necesaria, la labor que desempeñan y pueden desempeñar, con las pertinentes mejoras, la Intervención General de la Administración del Estado y los cuerpos de Secretaría e Intervención de las Corporaciones Locales con habilitación nacional, por lo que respecta a los controles internos de la actividad de todas las administraciones públicas.

Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado), Civitas, Thomson Reuters, 2011, esp. págs. 143 y sigs.

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) se rige por la Ley General presupuestaria (LGP), Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Título VI, artículos 140 a 175, inclusive, y su función viene recogida en los artículos 140.2 y 148, que establecen, respectivamente, que le incumbe «el control interno de la gestión económica y financiera del sector público estatal, con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle», y que su objeto es «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 caso».

La autonomía funcional que tiene reconocida (art. 144.2), aunque mejorable⁷², abre el paso a esta institución para una eficaz lucha contra el despilfarro y la corrupción al poder fiscalizar y auditar la actividad financiera del Estado sin sumisión a órdenes superiores ni a resistencias de los órganos auditados. Piénsese que, en materia de control financiero permanente, la LGP, al tratar de su contenido [(art. 159.1 f)], reconoce que comprende «el análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de aquellas». Y no sólo eso, sino que el control financiero, al comprender la verificación de la eficacia y eficiencia y éste último al comprender también «el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como el cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas» (art. 2.º 3, p.º 3.º del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre), significa, junto al resto de los controles que la IGAE tiene encomendados, una poderosa arma en la lucha por el buen gobierno y contra la corrupción. Y ello pese a que la autonomía funcional no equivale a absoluta independencia –puesto que se trata de un control interno que en último término aparece encuadrado en las competencias del Gobierno– y pese a que el control de eficacia no autorice a «emitir juicio sobre las deci-

⁷² Vid. PASCUAL GARCÍA, J.: «Régimen Jurídico del gasto público: presupuesto, ejecución y control», *BOE*, Madrid, 2005, págs. 811 y sigs. También, RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado», en la obra colectiva *Eficacia y Legalidad en la Gestión Pública*, IGAE, Madrid, 1993.

siones de carácter político» (*in fine* en el citado p.º 3.º del artículo 2.º 3 del Real Decreto 2811/1995). Esta restricción, sin embargo, no puede interpretarse como un obstáculo a la denuncia, mediante el oportuno reparo, de la financiación de gastos manifiestamente representativos de despilfarro. Hay ejemplos clamorosos que no es preciso citar por lo conocidos.

Respecto de los controles internos en el ámbito de las Administraciones Autonómica y Local, la estructuración de su régimen presupuestario y de control pertenece al contenido organizativo que deben contener los diferentes Estatutos de Autonomía [(art. 147.2.c) CE] dentro del marco de sus competencias y del establecido por las bases que, en desarrollo de la regla 18.ª del artículo 149.1 CE, haya aprobado el Estado. Por consiguiente, habrá que acudir a las distintas leyes por las que se regulan la Hacienda y las Finanzas de las Comunidades Autónomas y su régimen económico y presupuestario, amén del determinado por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, sucesivamente modificadas⁷³.

Interesa, sin embargo, hacer una breve referencia al régimen establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, concretamente en su Disposición Adicional Segunda, acerca de las funciones públicas, en las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal, por la importancia que las mismas tienen para asegurar un recto e independiente control interno que sirva de apoyo al buen gobierno y buena administración y por la necesidad de evitar la politización y patrimonialización de la función pública en este ámbito, tan denunciadas en nuestro días⁷⁴.

Estas funciones reservadas son las de Secretaría, que comprende la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, así como el

⁷³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Las Comunidades Autónomas y el Control Económico-Financiero», *PGP*, 113/1982.

⁷⁴ Vid. *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública (entre la politización y la patrimonialización)*, FUENTEAJA PASTOR, J. A., Civitas, Fundación Alfonso Martín Escudero, Thomsom Reuters, con Prólogo de PARADA VÁZQUEZ, R., 2013. Sobre el régimen presupuestario de las Entidades Locales, vid. LOZANO SERRANO, C.: «El control de la Hacienda Local por el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Autonomía y financiación de las Haciendas Municipales*, IEF, Madrid 1981, y ALARCÓN GARCÍA, G.: «Las bases de ejecución del Presupuesto General de los Municipios», *RHL*, n.º 79/1997.

control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

A su vez, la escala que integran estos funcionarios especialmente habilitados se subdivide en tres subescalas: la de Secretaría, a la que corresponden las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo; la de Intervención-Tesorería, que desempeña las funciones de gestión económico-financiera y presupuestaria, a más de las de contabilidad, tesorería y recaudación; y la de Secretaría-Intervención, que puede integrar las dos anteriores salvo la de Tesorería (Disp. Ad. 2.^a aps. 1 y 2).

Aunque el sistema de provisión es el del concurso –con lo que, al menos nominalmente, se aseguran los principios de mérito y capacidad–, sin embargo, cuando se trata de los Municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local –Ley 7/1985, de 2 de abril– y también para las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, se establece la posibilidad de cubrirlos por el sistema de libre designación. Aunque esta posibilidad se califica de excepcional (Disp. Ad. 2.^a apartado 5), solamente se supedita el nombramiento a la autorización expresa de la Administración que ejerza la tutela financiera cuando se trate de puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la de contabilidad, tesorería y recaudación. No parece que sólo con esta autorización quede garantizada en su plenitud la independencia. El concurso en ningún caso debería eliminarse.

Por lo demás, la convocatoria de la oferta de empleo para cubrir las vacantes correspondientes a los mencionados funcionarios con habilitación de carácter estatal corresponde a las Comunidades Autónomas y la acreditación de la referida habilitación al Ministerio de Administraciones Públicas, con el que aquellas –las Comunidades– deberán mantener la pertinente comunicación (disp. ad. 2.^a apartado 4)⁷⁵.

La importancia que supone la garantía de independencia en estos funcionarios no puede minimizarse. Sería, por ello, conveniente que los informes que, en cumplimiento de su cometido, emitie-

⁷⁵ *Vid.* ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «La incidencia del desarrollo del Estado autonómico, sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional de funcionarios locales», *RAP*, n.º 153, septiembre-diciembre de 2000, págs. 301 y sigs.

sen acerca de la gestión económico-financiera de los entes públicos a que aparecieran adscritos, fueran directamente destinados a los órganos plenarios de dichas entidades, a fin de que su independencia pudiera tener consecuencias efectivas en la buena marcha de aquellos y estuviera conectada con el principio de pluralismo democrático que las sustenta, inclusive con una previsión específica en las obligaciones de transparencia que impone la reciente, y antes mencionada, Ley de Transparencia 19/2013, de 9 de diciembre.

b') Los controles externos de la actividad pública: el Tribunal de Cuentas, la Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional

No puede cerrarse una enunciación de las alternativas posibles al sacrificio de derechos económicos y sociales –que constituyen la base del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución– sin hacer una referencia a la necesidad de efectividad de la labor que los controles externos significan para el ejercicio de la actividad pública, a fin de que el derecho a un buen gobierno y a una buena administración no quede reducido a una aspiración puramente retórica.

1. El Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas, supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, como lo define y configura el artículo 136 de la Constitución, es la institución más capacitada y mejor estructurada para hacer efectivos los principios, tan traídos y llevados, del buen gobierno y la buena administración en su vertiente primordial de la gestión económico-financiera pública. Su dependencia directa de las Cortes Generales, el régimen de nombramiento de sus Consejeros, con un estatuto similar al de los Jueces, la independencia orgánica y funcional que sus Leyes Orgánica y de Funcionamiento –Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y Ley 7/1988, de 5 de abril– le aseguran y sobre todo la amplitud de sus dos básicas funciones (la de fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público, y la de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos) le convierten en una pieza fundamental para el logro del fin más que urgente de erradicación del despilfarro y la corrupción y de preservación de nuestro Estado Social.

Es cierto que se echa de menos en el desempeño de sus funciones, sobre todo de la de fiscalización, el reconocimiento para el Tribunal de una completa capacidad investigadora, que sin embargo es reconocida a los controles internos (vgr. la Inspección de Hacienda), hasta el punto de que no puede alcanzar la contabilidad y documentación de sujetos privados salvo que estos sean perceptores de subvenciones, avales u otras ayudas procedentes del sector público. Ciertamente que la naturaleza consuntiva de su función fiscalizadora puede dar lugar a entender que la misma ha de partir de la realidad de «cuentas rendidas» y no sólo de actos realizados por entidades inscritas en el «sector público» y que este último concepto –el de sector público– está insuficientemente delimitado, porque pueden surgir dudas acerca de si serían fiscalizables por el Tribunal modalidades de actuación de entes no integrados formalmente en el mencionado sector, pero realizadas con arreglo a un procedimiento público determinado, y actividades de entes pertenecientes al sector público, pero realizadas conforme a un procedimiento diseñado *ad hoc* por el propio ente⁷⁶. Y cierto asimismo que, en virtud de estas carencias y de la poca o nula repercusión pública que tiene la censura del Tribunal de Cuentas cuando, en sus informes, memorias, nociones o notas dirigidas a las Cortes Generales, refleja actuaciones ilegales o contrarias a los principios de eficiencia y economía realizadas por entidades integrantes del tan repetido sector público, puede afirmarse que se trata de una institución de control externo insuficientemente utilizada.

Pero, al lado de estas realidades o insuficiencias, no es menos cierto que la universalización del ámbito de actuación del Tribunal, tanto desde el punto de vista subjetivo como material, ha llevado a que, en el desempeño de sus funciones, se haya superado la anquilosada figura de un órgano dedicado en exclusiva al control externo de las cuentas públicas para extenderla, mediante los controles de legalidad, eficiencia y economía, a garantizar la efectividad de que los gastos públicos respondan a estos criterios en su programación y ejecución, tal y como preceptúa el antes examinado artículo 31.2 de la Constitución⁷⁷.

⁷⁶ Acerca de este último problema, RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., en el trabajo «insuficiencia del concepto subjetivo del Sector Público como delimitador del ámbito fiscalizador del Tribunal de cuentas», de próxima aparición en *Revista Española de Control Externo*, n.º 45, que he podido consultar por gentileza del autor.

⁷⁷ *Vid.* al respecto, FERNÁNDEZ AJENJO, J. A.: *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., págs. 353 y sigs.

Ha de constatarse, en este sentido, que el Tribunal de Cuentas tiene reconocida plena competencia para programar las fiscalizaciones que haya de llevar a cabo [(art. 3.a) de la Ley de Funcionamiento] y que puede seleccionar perfectamente objetivos dirigidos a mejorar la gestión pública en los más variados frentes y a luchar contra la corrupción. Buena prueba de ello es la fiscalización efectuada sobre el Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades mercantiles participadas en el período comprendido entre el 1.º de enero de 2002 y el 21 de abril de 2006.

También ha de resaltarse las posibilidades que el Tribunal tiene, aun en el marco de su actual regulación, para fiscalizar en profundidad la gestión de entidades que hayan incumplido su deber de rendición de cuentas, a fin de evitar que sea de peor condición el gestor público que cumple con esa obligación que el que la omite⁷⁸ y, en definitiva, como ha destacado una abundante doctrina, para luchar contra la corrupción⁷⁹.

En último término, con la corrección de las deficiencias apuntadas, principalmente mediante la atribución de auténticas facultades inspectoras al Tribunal; con el incremento necesario de sus medios, dada la profundidad de las nuevas exigencias en su actuación; con el establecimiento, incluso, de una amplia unidad de lucha contra la corrupción, reitero que el Tribunal de cuentas constituye la institución más preparada para potenciar el derecho a un buen gobierno y a una buena administración y, consecuentemente, para hacer posible la financiación sin restricciones de las bases en que se asienta el Estado Social. También ha de contribuir a ello la segunda de las funciones del tribunal de Cuentas, la de enjuiciamiento de las responsabilidades «contables» en que puedan incurrir quienes manejen caudales o efectos públicos, si bien la adjetivación como

⁷⁸ Vid. ALVAREZ DE MIRANDA GARCÍA, R., en «Ponencia presentada en la mesa redonda sobre la fiscalización del Tribunal de cuentas», en *RECE*, n.º 12, 2002, págs. 113.

⁷⁹ Vid. FERNÁNDEZ DÍAZ, A., *op. cit.*, pág. 35; PASCUAL GARCÍA, J.: «La modificación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 148, 1994; VELARDE FUERTES, J.: «El Control externo de los gastos públicos», *Revista Presupuesto y Gasto Público*, n.º 18, 1996; NÚÑEZ PÉREZ, M.: «Reforma de la legislación del Tribunal de Cuentas: Fiscalización», *RECE*, n.º 12, 2002; GARCÍA CRESPO, Milagros: «El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas», *RECE*, n.º 3, 1999; NIETO DE ALBA, V.: «Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales», *RECE*, n.º 23, 2006; MARTÍN MARTÍN, P.: «Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción», *cit.*, *RECE*, n.º 3, 1999.

«contable» de esta jurisdicción impide una extensión de la misma a costa de los principios de unidad y exclusividad que caracterizan el Poder Judicial⁸⁰.

2. La Justicia Ordinaria y la Justicia Constitucional.

Como al principio puse de relieve, la justicia ordinaria constituye la última pieza –la de cierre– de la organización jurídico-política que conocemos como Estado de Derecho, por la elemental premisa de que sin garantía efectiva y seria de los derechos de los ciudadanos –tanto en sus relaciones internas como en las que necesariamente han de mantener con los poderes públicos– no sólo no hay Estado de Derecho, sino posibilidad alguna de convivencia.

Ocurre, sin embargo, que la percepción ciudadana contempla, sobre todo últimamente –y me refiero a la última década–, que, lejos de ser la pieza que cierra el sistema, la Justicia aparece como la primera en el mantenimiento de los derechos y en la solución, directa o indirecta, de los conflictos provocados por las restricciones derivadas de la actual crisis, y no debe ser así. Si la actuación de la Justicia pudiera ir precedida –al menos en su versión penal– de puntuales informaciones de los órganos de control interno y externo tan pronto hubiesen detectado en sus investigaciones claros indicios de despilfarro o de corrupción, no cabe duda alguna de que se vería apoyada sobremanera, al no tener que depender, casi exclusivamente, de denuncias particulares y no tener que partir –como ahora en general sucede– prácticamente de cero en su propia investigación. No quiere esto decir que la Jurisdicción ordinaria deba limitar sus fuentes de actuación como si se tratara de un poder residual, ni mucho menos. Lo que quiere significarse es lo acertado, en volumen de investigación y tiempo, que esta acentuada intercomunicación con la Justicia produciría. Claro que ello exi-

⁸⁰ Sobre la problemática de la jurisdicción contable, *vid.*, mis trabajos: «Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España», Servicio de Publicaciones del Tribunal de cuentas, 1984, publicado también en Civitas, *REDA*, n.º 39, 1984, págs. 515 y sigs. También «La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento», *RAP*, n.º 122, mayo-agosto de 1990, págs. 131 y sigs. Igualmente «Poder Judicial y Tribunal de Cuentas», *RECE*, n.º 12, 2002, págs. 129 y sigs. *Vid.* igualmente, MEDINA GUIJARRO, J.: «El futuro del enjuiciamiento contable. Mesa Redonda» *RECE*, n.º 12, 2002, págs. 129 y sigs. Del mismo con PAJARES JIMÉNEZ, J. A.: «La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su propia jurisdicción en la historia y en la Constitución Española», *RECE*, n.º 21, 2005.

giría también un considerable aumento en los medios personales y reales de que disponen los referidos órganos de control, la Fiscalía Anticorrupción y la Justicia, aunque, preciso es decirlo, siempre sería menor, económicamente hablando, que la continuación o perpetuación de la aparente situación actual de impotencia en que nos encontramos.

Pero no sólo la justicia penal realiza una trascendental función en la erradicación de la corrupción mediante el enjuiciamiento de conductas constitutivas de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII del Código penal, y especial mención merece la nueva figura delictiva incorporada a éste por la Ley Orgánica 5/2010), de 22 de junio, en el artículo 282 bis, de falseamiento de informaciones relativas a instrumentos financieros para captar inversores o depositantes o colocar cualquier tipo de activo financiero) o de delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Código penal, con las modificaciones ampliatorias de los delitos de cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función y corrupción en las transacciones comerciales internacionales introducidas por la precitada Ley 5/2010), sino que, en este punto, es preciso destacar la labor realizada por el Ministerio Fiscal, principalmente tras la creación por la Ley 10/1995, de 24 de abril, de la «Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción», con sus competencias concretadas en la modificación que, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de diciembre de 1981, introdujo la Ley 24/2007, de 9 de octubre, y cuyos resultados «in crescendo» publica anualmente, con motivo de la apertura de cada Año Judicial, la Memoria del Fiscal General del Estado.

Pero también los restantes órdenes jurisdiccionales –civil y social principalmente– intervienen en aspectos puntuales, pero significativos, de protección de derechos sociales, incluidos en el elenco de los que recoge el Capítulo III del Título I de la Constitución como «principios rectores de la política social y económica».

Así ha sucedido con el derecho reaccional del deber de los poderes públicos de garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios y de proteger, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y legítimos intereses económicos de los mismos» (art. 51.1 CE), concretamente cuando la justicia ha reaccionado planteando, incluso de oficio, cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justi-

cia de la Unión Europea en que se denunciaba el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales, contrarias, por tanto, no sólo al aludido precepto constitucional, sino también al artículo 38 de la Carta a los Derechos Fundamentales de la Unión europea, que dispone, en la actualidad con pleno valor normativo –el mismo que los Tratados, como al principio quedó dicho–, que «en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores».

Últimamente, en esta situación de crisis económica y fundamentalmente financiera, no parece que la libertad y autonomía individual de las partes en un contrato y su sustancial y equilibrada posición, que fueron siempre el sustrato del Libro IV del Código Civil, sean hoy los prevalentes en un mundo en que «los mercados» –sin que se sepa a ciencia cierta lo que se quiere expresar con esta tan traída y llevada locución, a no ser que se la identifique con los más potentes grupos de inversión financiera o de gestión de capitales– parecen ser los que predeterminan el contenido contractual del acceso al crédito y el condicionado de los riesgos que ello implica. Por eso, hay que saludar la oportunidad del planteamiento por nuestros Tribunales de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo, en virtud de las cuales ha sido acogida la nulidad derivada del carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales (así calificadas cuando reúnen los requisitos establecidos en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Europa, de 5 de abril de 1993, y, en nuestro Derecho, en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) y ha determinado, vgr., la nulidad de las «cláusulas suelo» en materia de interés con tope mínimo –por debajo del cual no puede beneficiarse el deudor prestatario de las rebajas en los tipos de interés que se produjeran no obstante tratarse de contratos de préstamo hipotecario a interés variable y de estar obligado, sin embargo, a satisfacer sin límite los aumentos–, o de las situaciones derivadas de la imposibilidad, en un procedimiento civil de ejecución hipotecaria o monitorio, de formular motivos de oposición distintos de la extinción de la obligación garantizada o el error en la determinación de la cantidad exigible y haberlos de reservar al juicio declarativo correspondiente⁸¹, que ha provocado la promul-

⁸¹ *Vid.*, vgr., las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid-Ausbanc) y de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz C-415/2011), así como las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciem-

gación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que, al menos parcial, tímida y temporalmente, puede evitar lanzamientos de deudores hipotecarios de viviendas habituales que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión, aunque no muchos, por cierto, dadas sus estrictas condiciones de aplicación.

Interesa también, en este papel central que está desempeñando la Justicia en la defensa de los derechos ciudadanos, hacer referencia a la trascendencia que, en el actual contexto económico y social, tiene el tiempo en la resolución de los conflictos planteados y en los venideros. Sabido es que la economía en el tiempo no puede desconocer la esencia de la Justicia como poder garantizador. De ahí precisamente –y es lo que quiero ahora resaltar– la importancia creciente de las medidas cautelares precisas para asegurar la efectividad de la tutela judicial que ha de concretarse en la sentencia o resolución que ponga término a la controversia. Nuestra legislación contiene la suficiente regulación sobre la materia y la doctrina siempre ha destacado la necesidad de su práctica dentro, claro está, de las garantías necesarias que su adopción ha de comportar⁸². En cualquier caso, la excesiva dilatación de los procesos en el tiempo, singularmente de los relacionados con la regresión de la corrupción, conducen a que la percepción ciudadana los considere como una suerte de «paseos televisivos» que a ningún resultado práctico sirven.

En lo que toca a la Justicia Constitucional, los indudables problemas políticos que originan muchas de las medidas restrictivas adoptadas a nivel estatal, autonómico o local con motivo de la crisis, acabarán teniendo que ser valorados por el Tribunal Constitucional, en tanto un buen número de ellas –por no decir la mayoría–

bre de 2010, de 2 de marzo de 2011, y las de 18 de junio de 2012, 17 de abril de 2013 y 9 de mayo de 2013, esta última muy polémica por la irretroactividad que pronuncia sobre la declaración de nulidad. Vid. sobre el tema SOTILLO MARTÍ, A.: *Consumidores y Sistema Financiero. Un balance decepcionante*, *Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, n.º 81, 2013. Vid. igualmente GIMENO SEÜDRA, V.: «Las cláusulas abusivas», *Diario «La Ley»*, 8 al 14 de julio de 2013, págs. 6 y sigs.

⁸² Vid. vgr. el Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con esta rúbrica precisamente, y en la doctrina, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español)*, Civitas, Madrid, 1992. También CHINCHILLA MARÍN, C.: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

han sido impugnadas de inconstitucionalidad o por incompetencia, aparte los recursos de amparo que ha determinado –y que determinará– la aplicación concreta de las normas mediante las que se ha llevado a cabo la puesta en marcha de las referidas medidas de regresión. Ciertamente, el Tribunal Constitucional, que todavía no ha podido pronunciarse sobre la mayor parte de las impugnaciones producidas en la materia acabada de expresar, realizará la valoración apuntada con arreglo a estrictos criterios jurídico-constitucionales y no desde la perspectiva de su evidente carga política. Pero, aunque en este sentido la competencia del Tribunal es limitada –porque no puede decidir con arreglo a criterios de oportunidad, eficiencia o economía u otros de clara naturaleza política–, como quiera que le incumbe, como Supremo intérprete de la Constitución (art. 1.º de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y Título IX de la Norma Fundamental), la garantía de ésta también en tiempo de crisis, tendrá, sin duda, la preciosa ocasión de analizar y valorar tanto la proporcionalidad de las tan repetidas medidas restrictivas de derechos, como el ejercicio de ponderación llevado a cabo por el legislador al contraponer el interés público aducido como fundamento de la norma restrictiva con el interés en la mejor garantía y protección de los derechos que encuentran su configuración o su fundamento en la Constitución misma⁸³.

No podrían cerrarse estas consideraciones generales sobre el papel de la Justicia Constitucional en la garantía de los derechos a que viene haciéndose referencia en este estudio sin aludir, en materia de admisibilidad del recurso de amparo, a la conveniencia o, si se quiere, necesidad, de incardinar, entre los supuestos abiertos de especial trascendencia constitucional que consideró la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, apartado g), los que se refieran a la determinación del alcance y límites constitucionales concurrentes en las aplicaciones de las medidas regresivas de dichos derechos. Todo ello a efectos de cumplir con la exigencia introducida en los artículos 49.1 y 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal por la Ley 6/2007, de 24 de mayo.

⁸³ Una manifestación de este tipo de examen puede verse, vgr., en los interesantes Autos del tribunal sobre levantamiento o mantenimiento de suspensión, concretamente en los AATC 147/2012, de 16 de julio, en que se levanta la suspensión de la resolución de la Dirección General del Servicio Andaluz de Salud sobre convocatoria de la «subasta de medicamentos»; 238/2012, de 12 de diciembre, que levanta también la suspensión del Decreto-Ley andaluz 3/2011, de aprobación de medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía; y 239/2012, de 12 de diciembre, igualmente de levantamiento parcial del Decreto Vasco 114/2012, sobre régimen de las prestaciones sanitarias y del Sistema Nacional de Salud de Euskadi.

Y termino.

VIII. EPÍLOGO

La crisis económica, que abiertamente desde 2009 nos atenaza, ha supuesto que el legítimo ejercicio de la potestad financiera por los Estados, tanto en su vertiente de los ingresos como en la de los gastos, haya provocado un importante aumento de las cargas y obligaciones de los ciudadanos a la par que una reducción de ingresos, un aumento de esfuerzos fiscales, una modificación peyorativa de las condiciones laborales y una devaluación también de los derechos prestacionales, tales como los derivados de la Seguridad Social, dependencia, salud, educación, justicia, etc. Por otro lado, no es infrecuente que nos encontremos con actuaciones del Estado y resto de las Administraciones Públicas dirigidas a buscar nuevas modalidades de recursos mediante la utilización de los instrumentos existentes en forma distinta a su propia naturaleza o finalidad (vgr. la utilización de las tasas para financiar servicios públicos esenciales como la educación, la sanidad o la Justicia, que con anterioridad se financiaban principalmente con impuestos) y, además, no introducidas como medidas provisionales supeditadas a la vigencia de la crisis, sino con clara vocación de permanencia.

Sin duda alguna que se deben hacer los esfuerzos necesarios para poder superar la crisis financiera y de empleo cuanto antes mejor –y en este punto es justo celebrar noticias como la del incremento en un 0,4% del PIB en el primer trimestre de este año–, pero, aparte de que lo necesario es que la recuperación trascienda el nivel meramente estadístico y penetre en la realidad social prontamente, lo que no puede justificarse en un Estado Social y Democrático de Derecho es una visión puramente subsidiaria de los derechos sociales, que prácticamente los reconvierta en un producto mercantil. Ello implicaría degradar la posición del ciudadano como titular de derechos –fundamentales, constitucionales y económicos y sociales aunque precisen estos la intermediación legal para su completa efectividad– a la de mero consumidor de bienes o servicios mercantiles.

A lo largo de este estudio he intentado demostrar la vigencia de la fórmula o cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución y de su contenido esencial, así como la de los derechos fundamentales, constitucionales y la de los derechos fundamentales derivados de los principios rectores de la política social y económica –que, no se olvide, no por recomendación,

sino por mandato constitucional han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos—, vigencia procedente de la normatividad de la Constitución, que muchas veces parece olvidarse bajo el manto de términos de apariencia incontrovertible como racionalización de sistemas o del gasto, sostenibilidad financiera, mejora de procedimientos, optimización de prestaciones, etc. Del mismo modo, ésta cláusula está reconocida en la Unión Europea, tanto en los Tratados como en la Carta de Derechos Fundamentales. El principio de estabilidad presupuestaria, que aceleradamente recogió la modificación del artículo 135 de nuestra Constitución, no impone la restricción de los derechos que conforman el contenido del Estado Social, sino la desviación en el déficit presupuestario que traspase los límites establecidos en la Unión Europea sin singularizar los ámbitos en que debe materializarse el ajuste. Achacar a la crisis económica la regresión del Estado Social o concentrar en éste, casi exclusivamente, los ajustes que aquella exige equivale a sostener, a modo de una hipocresía normativa, que la configuración y contenido de los derechos sociales y económicos, en nuestra Constitución y en el Derecho Comunitario Europeo, son un simple deseo que sólo será factible cuando las circunstancias económicas lo permitan. Pero para poder razonar así será preciso trasladar a los textos normativos correspondientes esa dependencia, cosa que, en ninguno de los Estados que componen la Unión Europea, ni por supuesto en el nuestro, nadie se ha atrevido a realizar. Antes al contrario, en todas las declaraciones políticas se suele poner de relieve la vigencia y necesidad de mantenimiento del Estado Social que tantos esfuerzos ha costado convertir en realidad, sobre todo en los niveles alcanzados en el marco comunitario europeo.

No es pecar de optimismo exagerado pensar que la crisis económica pueda superarse sin repercusión alguna en los niveles del contenido de esta fórmula jurídico-constitucional afortunadamente vigente en nuestras sociedades. Pero sí constituye un deber de primer orden llegar a las restricciones en este marco después de haber agotado las posibilidades de hacerlo en otros no específicamente protegidos por mandatos «directos» de la Constitución y después de haber puesto en práctica real, y no puramente teórica, los resultados de las alternativas posibles que ofrecen, como he intentado sintetizar, la equitativa asignación de los recursos públicos, la realización efectiva del derecho a un buen gobierno y a una buena administración y la lucha contra el despilfarro y la que suele ser su consecuencia, que no es otra que la corrupción.

En este punto, bienvenidas sean las leyes que potencian la transparencia y buena gestión o que endurecen las sanciones y penas con que se han de castigar todas las manifestaciones del actuar corrupto, que ensombrece la nobleza de la profesión política, en tanto que destinada a la satisfacción del interés general, y desanima y aparta a los ciudadanos de sus deberes de contribución al sostenimiento del Estado que configura la Constitución. Pero no sólo con leyes se logran los resultados positivos que todos ansiamos y esperamos. Es más importante que se cumplan y se respete la independencia y actuación de las instituciones –que, como se ha visto, no son pocas precisamente– encargadas de asegurar el logro de los fines que las leyes referidas persiguen, fundamentalmente las de control externo –Tribunal de Cuentas– y las integrantes de la garantía que significan el Ministerio Fiscal y la Justicia mediante una potenciación auténtica –y no meramente nominal– de sus medios. Si se hiciera así, al menos algo positivo podría derivarse de esta crisis.

Consideraciones generales sobre el conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que suscita su ámbito subjetivo de aplicación: Un caso particular, el Tribunal de Cuentas

Aránzazu Piñeiro Hernáiz
Letrada del Tribunal de Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución, en su artículo primero, configura España, como un Estado Social y Democrático de Derecho que proclama como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Sobre esta base diseña un Estado Plural en su estructura territorial, como recoge su artículo 2, al proclamar 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.*

La complejidad de esta organización territorial hace inevitable que puedan suscitarse controversias en torno a la delimitación de las competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas efectuada por el bloque de constitucionalidad, aun cuando el principio de autonomía se halla inevitablemente vinculado al de

unidad, pues el reconocimiento de la primera sólo puede predicarse respecto de un poder más amplio en cuyo seno se incardina.

Junto con esta distribución territorial de poder, la norma fundamental realiza una distribución funcional entre los distintos Poderes del Estado, consecuencia del clásico principio de división de poderes.

Si bien dicho principio no aparece recogido de forma expresa en nuestra Constitución, su existencia se desprende de diversos preceptos. Así, el artículo 1.3 define la forma de Estado español como una Monarquía Parlamentaria y los Títulos III, IV y VI se refieren a los tres grandes poderes: las Cortes Generales a quienes se les atribuye el poder legislativo, el Gobierno que ejercerá el poder ejecutivo y el Poder Judicial.

No obstante, no se puede hablar de una rígida división de poderes sino atenuada. Por un lado, debido a la implantación de un régimen de colaboración entre los distintos poderes del Estado; el gobierno invade aspectos importantes de la función legislativa, al poder dictar disposiciones normativas tanto de rango reglamentario como de rango legal (decretos legislativos y decretos-leyes) mientras que las Cortes desarrollan una función de control al Gobierno y, en alguna medida, participan de la función ejecutiva, como en materia presupuestaria¹. Por otro lado, por la distribución de poderes entre Estado y Comunidades Autónomas, pues éstas, dentro de sus competencias, ejercen también poder ejecutivo y legislativo.

Este pluralismo institucional ha dado también lugar, en ocasiones, a conflictos relativos al reparto de atribuciones entre los distintos Poderes del Estado.

En la resolución de las controversias derivadas de esta distribución territorial y funcional de poder, nuestro Ordenamiento Jurídico ha otorgado un papel fundamental al Tribunal Constitucional,

¹ Las Cortes Generales desempeñan una función fundamental en el ejercicio de la actividad presupuestaria del Estado.

De acuerdo con los artículos 136 y 66 de la Constitución, corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.

Durante la vigencia del presupuesto, las Cortes Generales son las competentes para la autorización de las concesiones de créditos extraordinarios y suplementos de créditos (art. 55 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

En la última fase del presupuesto, la de su ejecución, las Cortes Generales intervienen en su control a través del Tribunal de Cuentas.

que actúa como centro de equilibrio del sistema de poderes separados, territorial y funcionalmente, que la Constitución articula.

Respecto a los conflictos interterritoriales, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) establece como medio para su solución el *conflicto de competencias* (arts. 59 a 72), sin perjuicio de que si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, ya sea estatal o autonómica, el conflicto se tramite desde el inicio en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad, como dispone el artículo 67, evitando así acudir al conflicto de competencias respecto a las resoluciones o actos de aplicación de dicha ley y permitiendo, de esta manera, una labor de depuración de todo el Ordenamiento Jurídico².

Asimismo, el Título V de la LOTC permite al Gobierno impugnar, en el plazo de dos meses desde su publicación, o en su defecto desde que llegare a su conocimiento, las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas. Si bien, esta impugnación se formulará y sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 62 a 67 de la LOTC, esto es, por el procedimiento previsto para el conflicto positivo de competencias.

Los conflictos entre los órganos constitucionales que culminan la organización de los Poderes del Estado se sustanciarán mediante el *conflicto constitucional de atribuciones* previsto en los artículos 73 a 75 de la LOTC.

Dejando a un lado los conflictos de competencias, pasaremos a examinar el régimen jurídico del conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que plantea su aplicación a los denominados órganos de relevancia constitucional, con especial atención al Tribunal de Cuentas.

² No obstante, cabe recordar que el artículo 153 de la Constitución establece que *el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá por: c) la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la Administración Autónoma y sus normas reglamentarias*. Dicho precepto en relación con el artículo 106 de la Constitución, que atribuye a los Tribunales *el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa*, permiten que si una norma reglamentaria del Estado o de una Comunidad Autónoma vulnera el reparto constitucional y estatutario de competencias, su adecuación a la Ley pueda ser verificada por los Tribunales del orden contencioso-administrativo.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL DE ATRIBUCIONES

El régimen jurídico de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado o conflictos de atribuciones se halla regulado en el Capítulo III, del Título IV (arts. 73 a 75) de la LOTC. La atribución de esta competencia al Tribunal Constitucional no está expresamente prevista en la Constitución, sino que ha sido introducida en su ley reguladora (art. 2.1.d) en relación con el artículo 10.1. g que atribuye su conocimiento al Pleno y 59.1.c) de la LOTC) en virtud de la cláusula del artículo 161.1.d de la Constitución.

2.1 Objeto

El objeto de estos conflictos es resolver las controversias que, dentro de los Poderes del Estado, surgen del reparto de atribuciones efectuado por la Constitución o la legislación orgánica. Se trata, por tanto, de una competencia que escapa de la organización territorial, centrándose en los órganos constitucionales que presiden la organización de los poderes del Estado central como garantía del principio constitucional de división de poderes.

Las decisiones que pueden ser objeto de los mismos son, en principio, actos o normas con valor inferior a la ley puesto que, cuando las decisiones a las que alude el artículo 73 de la LOTC se plasman en leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley, no cabe plantear un conflicto constitucional de atribuciones sino interponer un recurso de inconstitucionalidad³.

³ En la práctica puede darse un solapamiento entre ambas figuras. Concretamente, la confusión entre recurso de inconstitucionalidad y conflicto de atribuciones se puede producir cuando interviene alguna de las Cámaras.

Así ocurrió en el conflicto entre el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) y las Cortes Generales que se plasmó tanto a través de un conflicto de atribuciones (STC 45/1986, de 17 de abril) como a través de un recurso de inconstitucionalidad (STC 108/1986, de 29 de Julio).

En los recursos acumulados que dieron lugar a la STC 45/1986, el CGPJ solicitaba, entre otras peticiones, la nulidad de la DA 1.^ª, párrafo 2.^º, del entonces Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que disponía que *el Gobierno aprobará los Reglamentos necesarios para el desarrollo de la presente ley orgánica*. El CGPJ alegaba que dicha competencia le correspondía a él y que, por tanto, las Cortes Generales al atribuir esta competencia reglamentaria al Gobierno habían invadido sus atribuciones propias.

El Tribunal Constitucional desestimó el conflicto de atribuciones planteado, entre otras razones, por cuestiones de admisibilidad relativas a la adecuación en-

El Tribunal Constitucional ha manifestado que el conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso que tiene por objeto principal una vindicación de competencia suscitada por un órgano constitucional de los mencionados en el artículo 59.1.c) de la LOTC a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional (SSTC 45/86, de 17 de abril y 234/2000, de 3 de octubre).

La *vindicatio potestatis* sólo puede referirse a actos constitutivos de una efectiva y actual invasión de atribuciones (no caben conflictos

tre la naturaleza de los actos sobre los que el conflicto se habría planteado y el objeto propio de este tipo de procedimiento.

En este sentido, el Alto Tribunal manifestó que *los actos identificativos como lesiones de las atribuciones defendidas-las votaciones en el Congreso y el Senado sobre determinados artículos del proyecto tramitado ante una y otra Cámara-agotaron su eficacia en lo que tuvieron de manifestación de voluntad de cada Cámara y de presupuesto para la continuación del procedimiento legislativo, pero al carecer de la condición de disposición normativa, no pudieron entrañar por sí mismos, despojos competenciales algunos, al carecer de virtualidad, agresiva, actual y efectiva, sobre atribuciones de otro órgano constitucional* (FJ 2). El Tribunal Constitucional continuó argumentando que, aun cuando aquellos actos parlamentarios se hubieran integrado procedimentalmente en una disposición legislativa vigente, ésta tampoco podría ser controlada mediante un conflicto constitucional de atribuciones, dadas las dificultades de encaje que podría tener la disposición legislativa dentro del cauce procesal abierto en los artículos 73 y siguientes de la LOTC, la distinta finalidad de este procedimiento y la existencia otros cauces específicos más adecuados para el control de constitucionalidad del contenido de la Ley.

Al margen de las consideraciones sobre la idoneidad de promover conflictos de atribuciones con la ocasión de la adopción de disposiciones legislativas, el Tribunal Constitucional entendió que el contenido de la DA 1.^ª tampoco era un contenido invasor de las atribuciones del CGPJ porque *al regular el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno, las Cortes no han hecho sino legislar sobre la producción del derecho, normación misma que no escapa, genéricamente, al posible contenido de la ley. A través de esta fuente, y con subordinación a la Constitución, las Cortes Generales ostentan la competencia sobre las competencias en el seno del ordenamiento estatal por referencia al conjunto de sus instituciones centrales* (FJ 4.^º).

Desestimado el recurso por estos problemas de admisibilidad, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre las cuestiones de fondo, que fueron resueltas por la Sentencia 108/1986, de 29 de Julio, que vino, a su vez, a desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado (una vez vigente la LOPJ, el recurso de inconstitucionalidad es el cauce idóneo para determinar si una ley concreta es o no conforme a la Constitución). No obstante, en relación con la DA 1.^ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) el Tribunal entendió que *en cuanto tal disposición se refiere genéricamente a todo el texto legal no cabe formular esa declaración de inconstitucionalidad; mas en cuanto no excluye la posibilidad de desarrollar por vía reglamentaria los preceptos relativos al estatuto de los Jueces y Magistrados, debe entenderse que, en ese aspecto, el Gobierno sólo está habilitado para dictar reglamentos que no innoven los derechos y deberes que configuran el citado estatuto y que no corresponda dictar al Consejo en virtud del artículo 110 de la LOPJ* (FJ 27.^º).

por omisión) y aquí es donde encontramos una diferencia respecto a los conflictos interterritoriales. Si en éstos el Tribunal Constitucional sí ha admitido supuestos de lesión por simple menoscabo y no por invasión de competencias ajenas⁴, en los conflictos entre órganos constitucionales no se admite otro supuesto que la estricta usurpación de atribuciones. Todo ello es consecuencia de la distinta finalidad de ambos procesos, ya que como explica el Tribunal Constitucional, *en los conflictos de atribuciones no se trata de preservar las esferas respectivas de soberanía y autonomía de los entes territoriales sino de garantizar, más que el ámbito de autodeterminación de un ente creador de un ordenamiento propio, la existencia de la estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias, que se protegen también a través de esta vía procesal.* (SSTC 45/1986, de 17 de abril, FJ 4.º y 234/2000, de 3 de octubre, FJ 4.º). Si el interés del conflicto constitucional de atribuciones es preservar el tradicional principio de división de poderes es lógico que el único vicio residenciable en él sea el producido por una invasión de atribuciones que no respete esa distribución constitucional de poderes.

Por tanto, en estos procesos la pretensión no puede ser otra que, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, se determine el órgano al que corresponden las atribuciones controvertidas, se declare, en su caso, la nulidad de los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de las mismas (art. 75.2 de la LOTC).

2.2 Sujetos legitimados

La LOTC utiliza una forma genérica de delimitación de los sujetos legitimados para plantear un conflicto de atribuciones, al

⁴ El Tribunal Constitucional ha manifestado que en los conflictos de competencias *no resulta indispensable que el ente que los formaliza recabe para sí la competencia ejercida por otro; basta que entienda que una disposición, resolución o acto emanados de ese otro ente no respeta el orden de competencias establecido en el bloque de constitucionalidad y, en el caso de las Comunidades Autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecte a su ámbito de autonomía condicionando o configurando sus competencias de forma que juzga contraria a este orden competencial* (STC 243/1993, de 5 de julio, que recoge la doctrina de este Tribunal manifestada anteriormente, entre otras, en sentencias 11/1984, 1/1986, 104/1988, 235/1991, 243/1993).

Por tanto, según el Tribunal Constitucional, *existirá vicio de incompetencia que constituye el objeto propio del conflicto positivo de competencia bien si la parte actora reclama para sí la competencia ejercida por otro o bien si, en su caso, discrepa de la forma en que el titular de una competencia la ha ejercido, extralimitándose y lesionando, perturbando o desconociendo al ejercitarla el ámbito de atribuciones constitucionales de quien plantea el conflicto* (STC 44/2007, de 1 de marzo).

asignar al Tribunal Constitucional el conocimiento de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado (art. 2.1.d) así como al enumerar los asuntos que conocerá el pleno, entre los que se encuentran, nuevamente, los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado (art. 10.1.g). No obstante, esta fórmula genérica ha sido concretada en su artículo 59.1.c donde menciona específicamente cuales son los órganos constitucionales que podrán plantear un conflicto de atribuciones: Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado, Consejo General del Poder Judicial⁵.

Además de tratarse de uno de los órganos constitucionales mencionados, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene a exigir otro requisito más para ostentar legitimación en estos procesos: *que exista en el caso concreto una conexión específica entre el órgano actor y las atribuciones defendidas que deben estimarse como propias frente a la invasión, por ejercicio indebido, del órgano constitucional demandado ya que este tipo de proceso conflictual requiere no sólo estimar ejercidas antijurídicamente por otro órgano constitucional unas determinadas atribuciones, sino, además, que el órgano que plantea el conflicto asegure y defienda ser titular de la atribución constitucional controvertida.* (SSTC 45/1986, de 17 de abril, FJ 4.º y 234/2000, de 3 de octubre, FJ 4.º).

La legitimación para plantear un conflicto de atribuciones plantea diversas dudas, en especial en relación con los órganos de rele-

⁵ La legitimación del Consejo General del Poder Judicial en el conflicto de atribuciones se limita a la defensa de aquéllas que constitucional y legalmente le corresponden, no pudiendo actuar como representante de todos los integrantes del Poder Judicial en defensa de sus atribuciones frente a las invasiones de las que pudieran ser objeto por parte de algún órgano constitucional. Esto es, puede plantear conflictos en su condición de órgano de gobierno del Poder Judicial y en relación con sus propias competencias, pero no respecto de las competencias de jueces y magistrados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que *no hay nada en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial que autorice a sostener la pretensión de representación procesal por el Consejo General del Poder Judicial, como tal. Los órganos en que se expresa el Poder Judicial no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son órganos constitucionales a los efectos de plantear un conflicto de atribuciones según el artículo 59.3 de la LOTC, y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tiene previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo. Además al configurarse como un órgano de gobierno, no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, representante del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de independencia de Jueces y Magistrados (art. 117.1 CE) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo* (Sentencia 45/1986, de 17 de abril).

vancia constitucional, por lo que esta cuestión será tratada más ampliamente en el epígrafe relativo a la aplicación de la normativa sobre conflicto de atribuciones a estos órganos.

2.3 Procedimiento

El procedimiento para plantear un conflicto constitucional de atribuciones viene regulado en los artículos 73 a 75 de la LOTC que exigen como requisito previo el requerimiento de revocación.

En este sentido, el artículo 73.1 de la LOTC dispone que *en el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.3 de esta Ley considere, por acuerdo de sus respectivos Plenos, que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes Orgánicas confieren al primero, este se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque.*

Si el órgano al que se dirige la notificación considerara que actúa en el ejercicio de sus competencias o, en el plazo de un mes desde su recepción, no rectificara su actuación, el órgano afectado podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, dentro del mes siguiente y mediante escrito en el que expondrá los preceptos vulnerados y formulará sus alegaciones. A este escrito se acompañará una certificación de los antecedentes que se consideren necesarios y una comunicación de haber cumplido el requisito de requerimiento previo.

Aunque la LOTC no dice nada al respecto, se entiende que la contestación al requerimiento debe ser igualmente adoptada por el pleno del órgano requerido.

Una vez recibido el escrito en el que se plantea el conflicto, de acuerdo con el artículo 74, *el Tribunal, dentro de los diez días siguientes, dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes. Idénticos traslados y emplazamientos se harán a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones.*

El Tribunal Constitucional podrá solicitar a las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su

decisión y resolverá en el término de un mes desde que expire el plazo concedido para las alegaciones o del que fije para recabar de las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que en ningún caso excederá de los treinta días (art. 75.1).

El proceso terminará por medio de sentencia en la que el Tribunal *determinará a que órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos* (art. 75.2).

3. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL DE ATRIBUCIONES A LOS ÓRGANOS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

3.1 Consideraciones generales

Expuesto el régimen jurídico del conflicto constitucional de atribuciones cabe plantearse la posibilidad de aplicar su normativa a los denominados órganos de relevancia constitucional.

Uno de los principales problemas a la hora de determinar si resulta aplicable el régimen contenido en la LOTC a los conflictos que puedan suscitarse en relación con las atribuciones conferidas a los órganos de relevancia constitucional, es el relativo a su legitimación para plantear estos conflictos.

Como ya se expuso anteriormente, son dos los requisitos necesarios para plantear un conflicto constitucional de atribuciones: ser uno de los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59.1.c) de la LOTC, esto es, Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado y Consejo General del Poder Judicial, y que exista una conexión específica entre el órgano actor y las atribuciones defendidas, que deben estimarse como propias frente a la invasión por ejercicio indebido del órgano demandado.

Dejando al margen este último, pasaremos a comentar el primero de los requisitos.

La LOTC establece una vinculación directa entre la legitimación para iniciar un conflicto de atribuciones y la condición de órgano constitucional del Estado.

Se entiende por **órganos constitucionales** aquéllos creados y regulados por la Constitución cuyas relaciones configuran la forma de gobierno. Son órganos necesarios para la propia existencia del Estado, encontrándose en el vértice de la organización estatal en una situación de paridad jurídica.

En este sentido, Manuel García Pelayo sostiene que una de las características de los órganos constitucionales es su carácter esencial dentro de la estructura constitucional, de manera que su desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional. Este carácter esencial deriva, de un lado, en que en estos órganos se condensan los poderes de decisión del Estado y, de otro, en que son la expresión orgánica de la división de funciones en las distintas unidades del sistema estatal y de la idea de Estado proyectada en la Constitución⁶.

Como consecuencia lógica de la importancia que la norma fundamental otorga a estos órganos constitucionales, la Constitución los establece y configura directamente no limitándose a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como ocurre en el caso de los órganos constitucionalmente relevantes, sino que determina su composición, los órganos y los métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos.

Además de su carácter esencial, la doctrina más relevante ha señalado como principales rasgos distintivos de estos órganos su completa *independencia recíproca* y *no subordinación a la competencia de otro órgano* en el ejercicio de aquellas facultades que les han sido asignadas por el orden constitucional, dado que cada uno de ellos es supremo *in suo ordine*, su *paridad jurídica*, compatible con el predominio de cada uno de ellos con relación al ejercicio de sus propias competencias y con las potestades que la Constitución pueda conferir a otros órganos para el nombramiento de sus titulares, para iniciar su acción o para ciertas formas de control siempre que no afecten a su independencia decisoria; y su *participación en la dirección política del Estado*.

⁶ Vid. «El «status» del Tribunal Constitucional», GARCÍA PELAYO. M., *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, 1981, págs. 13-15.

La Constitución califica como órganos constitucionales la Corona (Título II), el Congreso de los Diputados y el Senado (Título III), el Gobierno (Título IV), el Tribunal Constitucional (Título IX) y el Consejo General del Poder Judicial (art. 122).

Junto a estos órganos constitucionales existen otros denominados por la doctrina italiana como **órganos de relevancia constitucional**. Mortati define a estos últimos como aquellos que siendo regulados por la Constitución, no son constitucionales en sentido propio, es decir, no son coesenciales a la forma de gobierno. Son órganos incorporados a la organización estatal con funciones diferentes de la función activa, bien de iniciativa, de control o consultiva y, por tanto, coadyuvantes en la actividad de los órganos activos.

Son órganos de relevancia constitucional, que vienen a completar el régimen de coordinación de poderes: el Consejo de Estado (art. 107 de la Constitución), el Defensor del Pueblo (art. 54 de la Constitución), el Ministerio Fiscal (art. 124 de la Constitución)⁷, el Tribunal de Cuentas (art. 136 de la Constitución), el Consejo Económico y Social (art. 131.2 de la Constitución)⁸.

⁷ El artículo 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, dispone que *el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*.

⁸ La consideración del Consejo Económico y Social (en adelante, CES) como un órgano de relevancia constitucional resulta más controvertida.

El CES, previsto en el apartado 2.º del artículo 131 de la CE con el objeto de institucionalizar el asesoramiento de los agentes sociales en la planificación económica, no puede tener, en opinión del Tribunal Constitucional (STC 786/1983, de 5 de agosto), funciones diferentes a aquéllas que la propia Constitución prevé, es decir, a la institucionalización del Plan. Por ello, es discutible que el CES creado por la Ley 2/1991, de 17 de junio, como *“órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral”* pueda considerarse el órgano previsto en el artículo 131.2 de la CE.

En nuestra doctrina, García Roca parece incluir al CES entre los órganos de relevancia constitucional al abordar la cuestión de los sujetos legitimados para plantear un conflicto constitucional de atribuciones (*vid.* GARCÍA ROCA, F. J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 83). También el propio Congreso de los Diputados, en la elaboración de su portal temático (*vid.* portal de la constitución en la web del Congreso de los Diputados), incluye al CES entre los órganos de relevancia constitucional. Por el contrario, Gómez Montoro al tratar la legitimación en los conflictos de atribuciones no menciona al CES entre los órganos de relevancia constitucional (*vid.* GÓMEZ MONTORO, Ángel, J.: «El conflicto entre órganos constitucionales», *Centro de Estudios Constitucionales*, Ma-

¿Puede plantearse un conflicto de atribuciones en relación con alguno de los denominados órganos de relevancia constitucional? ¿Limita la LOTC la legitimación para plantear un conflicto de atribuciones a los órganos constitucionales del Estado estrictamente enumerados en el artículo 59? Si esto es así, ¿cómo resolvemos los posibles conflictos en los que sea partícipe un órgano de los no enumerados en la LOTC?

El artículo 59.1.c) de la LOTC ha sido exhaustivo al enumerar los sujetos legitimados para la interposición de un conflicto constitucional de atribuciones: Gobierno, Congreso, Senado y Consejo General del Poder Judicial.

En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional al afirmar que *el conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59 de la LOTC* (Sentencia 45/1986, de 17 de abril, FJ 1.º).

La propia naturaleza del conflicto constitucional de atribuciones configurado como un proceso que tiene por objeto la reivindicación de una competencia por parte de un órgano frente a actos o decisiones de otro órgano que suponen una invasión real y efectiva en la esfera competencial del primero, hace que el mismo cobre sentido, principalmente, respecto de órganos que tengan un carácter decisorio en el ejercicio de sus funciones, pero no así respecto de otros órganos, dada su naturaleza jurídica y las funciones que tienen encomendadas.

En este aspecto, resulta poco probable que pueda plantearse un conflicto de este tipo que tenga como parte legitimada al Consejo de Estado, puesto que el artículo 107 de la Constitución y el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, lo configuran como el *supremo órgano consultivo del Gobierno*, asignándole funciones meramente consultivas y el artículo 2, de esta última norma, atribuye al Consejo de Ministros la facultad de resolver aquellos

drid, 1992, pág. 347). Para Cazorla Prieto nos encontramos ante «un Consejo de carácter asesor y consultivo, creado por la Constitución para que en su seno se lleve a cabo una participación democrática en la elaboración de los proyectos de planificación y que como tal tiene la condición de órgano de relevancia constitucional –no constitucional en el sentido adoptado por la doctrina germana (Jellineck) e italiana (Mortati), auxiliar del Gobierno, al ser colaborador de él en el campo planificador–» (vid. CAZORLA PRIETO: «Comentario al artículo 131», en Garrido Falla y otros *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición, Madrid, Civitas, 2001, pág. 2224).

asuntos en los que, siendo preceptivo la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo.

Sin embargo, la posibilidad de que se planteen conflictos de atribuciones, es clara y así ha ocurrido en la práctica, respecto de otros órganos de relevancia constitucional como el Tribunal de Cuentas, en el que se centrará la exposición.

3.2 Conflictos de atribuciones entre el Tribunal de Cuentas y los órganos constitucionales

3.2.1 Naturaleza y funciones del Tribunal de Cuentas

El artículo 136 de la Constitución configura al Tribunal de Cuentas como el *supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado así como del Sector público que dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.*

La independencia del Tribunal de Cuentas garantizada por el inciso primero del artículo 136 de la Constitución, y absoluta respecto del poder ejecutivo, queda matizada, en relación al poder legislativo, por el inciso segundo de este mismo artículo, que proclama su dependencia respecto de las Cortes Generales. No obstante, esta dependencia debe entenderse sólo en sentido orgánico y no funcional sin que esto signifique la incorporación del Tribunal de Cuentas a la institución parlamentaria, pues de lo contrario nos encontraríamos, por un lado, ante un Tribunal demasiado politizado o mediatizado, lo que entorpecería gravemente el ejercicio de sus funciones y, por otro, le permitiría la asunción de competencias que no tiene, mientras que otras que si ostenta, como el ejercicio de la función jurisdiccional, no tendrían encaje dentro de lo que constitucionalmente son las Cortes Generales.

En este sentido, entiende Cazorla Prieto que, el Tribunal de Cuentas no es un órgano de las Cortes Generales sino un órgano encuadrado dentro de la órbita parlamentaria, justificada esta circunstancia en la necesaria independencia que requiere este Tribunal para el desempeño de sus funciones, lo cual se garantiza de manera más eficaz en el marco parlamentario⁹.

⁹ Vid. CAZORLA PRIETO, L.: «Comentario al artículo 136», en Garrido Falla, F. y otros: *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición Civitas, 2001, pág. 2358-2367.

Esta peculiar naturaleza jurídica del Tribunal de Cuentas aparece también reflejada en su legislación reguladora. El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (en adelante, LOTCU), califica al Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y gestión económica del Estado y el artículo 5 de la misma establece que el Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Sin embargo, su vinculación a las Cortes Generales también aparece reflejada en la ley, y así, el apartado 2 del artículo 1 de la LOTCU establece que el *Tribunal de Cuentas dependerá directamente de las Cortes Generales*.

La independencia funcional del Tribunal de Cuentas se manifiesta en distintos aspectos de su régimen jurídico como son, entre otros, la configuración del Tribunal de Cuentas como *supremo órgano fiscalizador*¹⁰, lo que le confiere absoluta autonomía funcional en

¹⁰ El Tribunal Constitucional entendió que la configuración del Tribunal de Cuentas como *supremo órgano fiscalizador* no excluye la existencia de órganos fiscalizadores autonómicos de carácter similar (STC 187/1988, de 17 de octubre, dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/1984, de 5 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña).

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1991, de 31 de enero (dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra determinados preceptos de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Parlamento de Galicia, del Consejo de Cuentas), acuñó la siguiente expresión: «*El Tribunal de Cuentas es supremo pero no único cuando fiscaliza (...) y único pero no supremo cuando enjuicia la responsabilidad contable*».

Esto implica las siguientes consecuencias:

– La posibilidad de que existan Órganos de Control Externo en las Comunidades Autónomas (OCEX). En este sentido, la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, pero sí que mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores. Manteniéndose esta relación de supremacía entre el Tribunal de Cuentas y los demás órganos fiscalizadores y el empleo, en su caso, de las técnicas tendentes a reducir a unidad la actuación de unos y otros y a evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades que serían contrarias a los criterios de eficiencia y economía enunciados en el artículo 31.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha considerado que la competencia del Tribunal de Cuentas sobre el sector público autonómico y local no impide que los órganos autonómicos puedan fiscalizar uno y otro ámbito (STC 8/1991, de 31 de enero).

– La prohibición de que los OCEX puedan ejercer la función de enjuiciamiento contable, como ya había establecido la STC 187/1988, sin perjuicio de que el Tribunal de Cuentas pueda delegar en ellos la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales, teniendo tales actuaciones un carácter que no es estrictamente jurisdiccional (art. 26.3 LOTC).

– La posibilidad de impugnación, en su caso, de las sentencias dictadas por el Tribunal de Cuentas, mediante los recursos de casación y revisión ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

el ejercicio de la función fiscalizadora, legitimándole para iniciar cualquier proceso fiscalizador (art. 45 de la LOTCU) que deberá desarrollar empleando parámetros técnicos, jurídicos y contables, en cuya valoración o determinación no pueden entrar las Cortes, que se limitarán a ejercer su función de control emitiendo juicios con fundamento económico y financiero comprobado; la *independencia e inamovilidad de los Consejeros de Cuentas* (art. 30.2 LOTCU), los cuales están sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones establecidas para los jueces y magistrados en la LOPJ (art. 33.1 LOTCU), y ejercerán sus funciones de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a las mismas (art. 24.1 LFTCU); la *potestad para elaborar su propio presupuesto*, que se integrará en los Generales del Estado, en una sección independiente y será aprobado por las Cortes Generales (art. 6 LOTC y 3.1.h LFTCU) y la *competencia exclusiva del Tribunal para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior* del mismo y al personal a su servicio (art. 3 LOTCU).

Desde el punto de vista del enjuiciamiento contable, la autonomía del Tribunal es clara e indiscutible puesto que cualquier dependencia en este sentido desvirtuaría la potestad jurisdiccional que la propia Constitución reconoce al Tribunal de Cuentas, la cual por definición reclama la independencia de cualquier órgano que ejerce funciones y potestades jurisdiccionales. Sólo bajo este presupuesto se puede concebir la jurisdicción contable como una jurisdicción necesaria, improrrogable, exclusiva y plena (art. 17 LOTCU).

Junto con estas expresiones de la autonomía del Tribunal de Cuentas, su legislación reguladora recoge también manifestaciones de la dependencia de este órgano fiscalizador respecto a las Cortes Generales, como son:

– La designación por las Cortes Generales de los Consejeros de Cuentas, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de 3/5 de cada una de las Cámaras. No obstante, como sostiene Pedro de Vega, esta forma de designación no constituye una prueba inequívoca de dependencia puesto que es similar a la de otros órganos como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, siendo más bien en estos casos expresión de la forma del régimen constitucional español¹¹.

¹¹ Vid. DE VEGA BLÁZQUEZ, P.: «La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España», en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 1, julio-diciembre 1999.

— El artículo 10 de la LOTCU establece que el Tribunal de Cuentas, por *delegación de las Cortes Generales*, procederá al examen y comprobación de la Cuenta General del Estado dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en la que se haya rendido.

El examen y comprobación de la Cuenta General del Estado es la única función del Tribunal de Cuentas en la que se hace mención expresa a una «delegación» de las Cortes Generales. No obstante, no debe entenderse en el sentido de que el Tribunal de Cuentas vea mermada, de forma alguna, su independencia en la elaboración de su propuesta, predicable, además de toda su actividad, ya que en puridad, las Cortes Generales no pueden no aprobar la propuesta del órgano fiscalizador sino, en ejercicio de su soberanía y no vinculación a la opinión técnica del Tribunal de Cuentas, apartarse del criterio de éste.

– Por otro lado, el artículo 12 de la LOTCU determina que el resultado de la fiscalización se expondrá por medio de informes, memorias, ordinarias o extraordinarias, y mociones o notas que *se elevarán a las Cortes Generales* y el artículo 13 de la LOTCU hace referencia al Informe o Memoria anual que el Tribunal de Cuentas debe *remítir a las Cortes Generales* en virtud del artículo 136.2 de la Constitución. Sin embargo, esta vinculación con las Cámaras tampoco mermaría la necesaria independencia funcional del Tribunal de Cuentas sino que, como entiende Linde Paniagua¹², vendría a poner de manifiesto que el Tribunal, en las relaciones derivadas del ejercicio de la función fiscalizadora, sólo tiene como principal interlocutor a las Cortes, de modo que el Tribunal de Cuentas no se relaciona con otros órganos o poderes, si no es para requerirles información o colaboración, en el desempeño de su función¹³.

– La atribución de la iniciativa para iniciar procedimientos fiscalizadores se atribuye, además de al Tribunal de Cuentas, a las Cortes

¹² LINDE PANIAGUA, E.: «El Tribunal de Cuentas y su dependencia directa de las Cortes Generales», en el *Tribunal de Cuentas en España*, IEF, volumen II, Madrid, 1982, pág. 833.

¹³ El artículo 7 de la LOTCU establece el deber de colaboración de las entidades a las que se refiere el artículo 4 de esa misma norma, tanto para el ejercicio de la función fiscalizadora como para el ejercicio de la función jurisdiccional. Este deber de colaboración es desarrollado por el artículo 30 de la LFTCU, que establece esta obligación, además de para las entidades del artículo 4 de la LOTCU, para las personas naturales o jurídicas que hayan participado o participen en la gestión de los bienes, fondos, efectos o caudales públicos. El deber de colaboración afecta, también, a los perceptores de subvenciones o ayudas públicas.

Generales, y en su ámbito, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 45 LOTCU). No obstante, como señala Fernández-Carnicero¹⁴, el ejercicio de esta iniciativa por las Cámaras no puede interpretarse como fundamento para la mediatización, mediante instrucciones concretas, de las competencias del Tribunal de Cuentas dado su carácter de órgano supremo en el ejercicio de la función fiscalizadora. Si en principio deben entenderse como vinculantes las peticiones de fiscalización que puedan efectuar tanto las Cortes Generales como las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, la autonomía del Tribunal de Cuentas le permite ponderar elementos como el momento de iniciar la fiscalización solicitada y el ámbito objetivo y temporal de la misma.

Por tanto, la independencia del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones es absoluta respecto a los demás poderes del Estado, tal y como garantiza la Constitución en su artículo 136 y la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas (arts. 1 y 5 de la LOTCU) y su dependencia respecto a las Cortes Generales solo puede ser entendida en un sentido orgánico con la finalidad de que el órgano fiscalizador pueda gozar de la autonomía necesaria para el desarrollo de sus funciones.

De esta manera, las relaciones entre ambas instituciones, que deben ser flexibles y frecuentes para el óptimo desarrollo de las funciones que ambas tienen encomendadas, deben partir de una premisa básica: la distinta naturaleza jurídica de estos órganos. Así, como señala Cazorla Prieto, el Congreso y el Senado son órganos esencialmente políticos a los que el artículo 66.2 de la Constitución les encomienda la función de control de la acción del Gobierno, la cual tiene una proyección sustancialmente política, mientras que el Tribunal de Cuentas es un órgano estrictamente técnico al que se le atribuye la fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, siendo su principal meta suministrar elementos de juicio sustancialmente técnicos a las Cortes Generales para que estas puedan desempeñar su función de control¹⁵. Estas relaciones se articulan a través de la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas prevista en la disposición transitoria 1ª de la LOTCU y regulada por sus normas

¹⁴ Vid. Fernández Carnicero, C. J.: «Las relaciones entre las Cortes Generales y el Tribunal de Cuentas», en *Tribunal de Cuentas*, Crónica 1992-1993, pág. 292.

¹⁵ Vid. CAZORLA PRIETO, L.: «Comentario al artículo 136» en Garrido Falla y otros», *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición, Madrid, Civitas, 2001, págs. 2358-2367.

de funcionamiento aprobadas por las mesas de ambas Cámaras en sesión conjunta el 3 de marzo de 1983.

En suma, el Tribunal de Cuentas, siendo un órgano regulado en la Constitución, no es un órgano constitucional en sentido propio, sino un órgano auxiliar de apoyo técnico a las Cortes Generales en su función de control económico-financiero, sin perjuicio de su función jurisdiccional.

En cuanto a las funciones del Tribunal de Cuentas, aparecen reflejadas en el artículo 2 de la LOTCU, siendo éstas la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económica del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

La función fiscalizadora se ejercerá en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos y verificará su sometimiento a los principios de legalidad, eficiencia y economía (art. 9 de la LOTCU y 27 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en adelante LFTCU).

Esta función fiscalizadora se ejerce mediante los procedimientos previstos en los artículos 31 a 43 de la LFTCU y se materializa en los informes, memorias, mociones o notas, que de acuerdo con el artículo 28 de esta ley, se integrarán en el Informe o Memoria anual que el Tribunal de Cuentas tiene que remitir, para su tramitación parlamentaria, a las Cortes Generales, y en lo que les afecte, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a los Plenos de las Corporaciones Locales, en cumplimiento de los artículos 136.2 de la Constitución y 13 de la LOTCU.

El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia, se ejercerá, de acuerdo con el artículo 15 de la LOTCU, respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos.

La naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción contable vienen regulados en los artículos 49 a 51 de la LFTCU, que la contempla como una verdadera jurisdicción que goza de respaldo constitucional¹⁶, pero que en su contenido ha de ser interpretada

¹⁶ El enjuiciamiento contable ha sido reconocido como actividad de naturaleza jurisdiccional por el Tribunal Constitucional (SSTC 187/1988, de 17 de octubre y 215/2000, de 18 de septiembre y ATC 312/1996).

restrictivamente y dentro de los límites que la hagan compatible con los principios de unidad y exclusividad que rigen el ejercicio de la jurisdicción de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución. Por ello, se le atribuye expresamente el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad que se deduzcan contra quienes, teniendo a su cargo el manejo de efectos o caudales públicos, e interviniendo dolo, culpa o negligencia grave, originen un menoscabo en éstos como consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad aplicable a las entidades del sector público, o a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos o avales u otras ayudas procedentes del sector público.

Pues bien, aun cuando estas funciones aparecen delimitadas en la legislación reguladora del Tribunal de Cuentas, tal y como se ha expuesto, su ejercicio no está exento de posibles controversias.

Parece improbable que pueda surgir un conflicto entre el Tribunal de Cuentas y las Cortes Generales, no ya tanto por la dependencia directa del primero respecto a éstas (entendida como una dependencia orgánica y no funcional, como ya se ha dicho) sino como por el carácter del Tribunal de Cuentas de órgano técnico de apoyo a las Cortes Generales en el ejercicio de su función de control financiero al Gobierno, lo que inevitablemente hace que sus funciones discurran en ámbitos distintos aunque con un objetivo compartido.

Sin embargo, sí es más lógico pensar en un posible enfrentamiento entre el Tribunal de Cuentas y el Gobierno en cuanto al ejercicio de sus atribuciones se refiere. Y así ocurrió en el desarrollo de la fiscalización de la transparencia del proceso de elaboración de los presupuestos para el año 2006 de las entidades del sector público.

Esta fiscalización se incluyó en el Programa Anual del Tribunal de Cuentas para el ejercicio 2006 con el objeto de comprobar que los órganos competentes del Sector Público que intervienen en la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado actuaron conforme a la legalidad vigente, con especial atención al cumplimiento de la Ley General Presupuestaria, las Leyes de Estabilidad Presupuestaria y el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, así como la verificación de que la elaboración de los Pre-

supuestos se había acomodado al objetivo de estabilidad presupuestaria.

Para ello, el Tribunal de Cuentas requirió del Ministerio de Economía y Hacienda una serie de documentación relativa al proceso de elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio. No obstante, esta información no fue remitida por considerar el departamento ministerial que *la actuación fiscalizadora no afectaba a la ejecución del Presupuesto sino a competencias que con carácter exclusivo atribuye el artículo 134 de la Constitución Española al Gobierno de la Nación como titular del poder ejecutivo, de elaborar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

Los conflictos surgidos en el ejercicio de las competencias o atribuciones asignadas al Tribunal de Cuentas no se han limitado exclusivamente al supuesto planteado, sino que también se han producido en otros ámbitos.

En este sentido, y aunque no es objeto de reflexión en la presente exposición, cabe hacer una referencia sucinta al conflicto que se planteó con la Comunidad Foral de Navarra en el desarrollo de la *«Fiscalización sobre la contratación celebrada o en vigor en 1999 y 2000 de las adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos en una muestra de hospitales de titularidad pública del Sistema Nacional de Salud»*, incluida en el Programa de Fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas para el año 2001.

El objeto de la fiscalización era comprobar que la contratación de medicamentos y productos farmacéuticos celebrada o en vigor durante los ejercicios 1999 y 2000 se ajustaba a la legislación de contratación pública y presupuestaria aplicable, cumplía con los criterios de eficiencia y economía y respondía a una planificación adecuada de las adquisiciones de medicamentos y productos farmacéuticos necesarios para el funcionamiento de los hospitales seleccionados.

Para ello, se seleccionó una muestra representativa de hospitales de titularidad pública atendiendo a varios criterios como su vinculación a distintas Administraciones Públicas (INSALUD o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), sus distintas formas de gestión (directa o a través de entidades con personalidad jurídica propia como Fundaciones Sanitarias, Empresas Públicas o Consorcios), su tamaño o la extensión de su prestación de servicios.

De los hospitales seleccionados, el Hospital de Navarra, adscrito al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea dependiente de la Consejería de Salud del Gobierno de Navarra, no atendió los requerimientos del Tribunal de Cuentas y no remitió documentación ni información alguna para su examen y fiscalización incumpliendo lo dispuesto en el artículo 30 de la LFTCU.

Tampoco la Cámara de Comptos de Navarra (Órgano de Control Externo de la Comunidad Foral de Navarra) prestó la colaboración requerida por el Tribunal de Cuentas en el marco de lo dispuesto en el artículo 29 de la LFTCU, ordenando al Consejero de Salud del Gobierno de Navarra y al director-gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea «*la paralización de cualquier actividad al respecto*».

Sin entrar a considerar el fondo de los asuntos expuestos, pero planteada la posibilidad de que puedan existir controversias en el ejercicio de las competencias atribuidas al Tribunal de Cuentas aun cuando sus funciones aparezcan delimitadas en su legislación reguladora, cabe preguntarse que procedimiento habría que seguirse para dirimir éstas. En concreto, nos centraremos en aquél que habría que seguir en el caso de que la controversia se produzca con algún órgano constitucional (conflicto constitucional de atribuciones), dejando al margen los posibles conflictos que se puedan suscitar en otros ámbitos.

3.2.2 *El Tribunal de Cuentas y su legitimación para plantear un conflicto de atribuciones*

El artículo 8.1 de la LOTCU establece que *los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional*.

Si bien, como se expuso anteriormente, el Tribunal de Cuentas ejerce dos tipos de funciones: la fiscalización de la actividad económica del Sector Público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable.

En relación con esta última, el artículo 31.1 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de marzo, de Conflictos Jurisdiccionales (en adelante, LOCJ) dispone que *los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los órganos de la Jurisdicción contable y la Administración y los que surjan entre los primeros y los órganos de la jurisdicción militar serán resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y por la Sala de Con-*

flictos de Jurisdicción, respectivamente, según el procedimiento establecido en la presente Ley Orgánica.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 50 de la LFTCU que remite a la Ley Orgánica anteriormente citada para la resolución de los conflictos entre los órganos de la jurisdicción contable, esto es Consejeros de Enjuiciamiento y las Salas en las que se organiza la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas¹⁷, y la Administración o las restantes jurisdicciones.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 52 de la LFTCU, la jurisdicción contable se ejercerá por:

- a) Los Consejeros de Cuentas.
- b) Las Salas del Tribunal de Cuentas.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión que se interpongan contra las sentencias pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas, en los casos y por los motivos establecidos en la Ley.

Los Consejeros del Tribunal de Cuentas son competentes para el conocimiento y fallo, en única instancia, de los expedientes de cancelación de fianzas en que no se hubieran deducido pretensiones de responsabilidad contable y, en *primera instancia*, de los juicios de cuentas, procedimientos de reintegro por alcance, y los restantes expedientes de cancelación de fianzas. También conocerán de los incidentes de recusación promovidos contra los secretarios y resto de funcionarios que intervengan en los procedimientos jurisdiccionales de su competencia por las causas y trámites establecidos en las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Civil (art. 25 de la LOTCU y 53 de la LFTCU).

Las Salas del Tribunal de Cuentas estarán compuestas por un Presidente y dos Consejeros de Cuentas y asistidas por uno o más secretarios (art. 24 de la LOTCU).

Estas Salas conocerán, de acuerdo con los artículos 24.2 de la LOTCU y 54 de la LFTCU:

– En única instancia, de los recursos que se formulen contra resoluciones dictadas por las Administraciones públicas en materia de responsabilidades contables en aquellos casos expresamente previstos por las Leyes.

– En *segunda instancia*, de las apelaciones deducidas contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Consejeros de Cuentas en los juicios de cuentas, en los procedimientos de reintegro por alcance y en los expedientes de cancelación de fianzas.

– También conocerán de los *recursos de queja* por inadmisión de la apelación acordada por los Consejeros de Cuentas en asuntos propios de su competencia jurisdiccional, de los *recursos de súplica* contra resoluciones de la propia Sala, de los *incidentes de recusación* promovidos contra los Consejeros de Cuentas, Secretarios y restantes funcionarios que intervengan en los procedimientos jurisdiccionales de su competencia, por las causas y trámites establecidos en las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 3 de la LFTCU y de los *recursos formulados en las actuaciones previas* a la exigencia de responsabilidades contables en vía jurisdiccional.

Si el conflicto se da entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración será resuelto por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo I de la LOCJ (arts. 1 a 21); si el conflicto se da entre los órganos de la jurisdicción contable y los órganos de la jurisdicción militar resolverá la Sala de Conflictos de Jurisdicción¹⁸, de acuerdo con los trámites previstos en el Capítulo II de la LOCJ (arts. 21 a 29).

Por otro lado, si el conflicto se suscita entre los órganos de la jurisdicción contable y los órganos de cualquier otro orden jurisdiccional nos encontraremos ante un conflicto de competencias que se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Título III, Capítulo II de la LOPJ (arts. 42 a 50). Estos conflictos se resolverán por una Sala especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de gobierno (art. 42 LOPJ). A estos efectos, los órganos de la jurisdicción contable se entenderán comprendidos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 31.2 de la LOCJ)¹⁹.

¹⁸ La Sala de Conflictos de Jurisdicción está compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos magistrados de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, todos ellos designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 22 de la LOCJ en relación con el artículo 39 de la LOPJ).

¹⁹ Dada la similitud de la terminología, a veces incluso coincidente, para designar los distintos conflictos competenciales que se pueden producir, es preciso recordar que en nuestro ordenamiento jurídico es posible distinguir:

– **Conflictos jurisdiccionales:** son los conflictos planteados entre los Juzgados y Tribunales y la Administración. Se rigen por la LOCJ y el órgano competente para conocer y resolver estos conflictos es el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

La LOCJ también regula los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales ordinarios y la Jurisdicción militar, los conflictos entre la Jurisdicción militar y la Administración y los conflictos con la Jurisdicción contable, atribuyendo a la Sala de Conflictos de Jurisdicción la competencia para conocer y resolver los conflictos que se produzcan entre los Juzgados y Tribunales ordinarios y la Jurisdicción militar y los que se produzcan entre la Jurisdicción militar y la Jurisdicción contable.

– **Conflictos de competencia:** son los que se producen entre Juzgados y Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial. Estos conflictos se rigen por lo dispuesto en el Título III, Capítulo II de la LOPJ (arts. 42 a 50) y el órgano competente para conocer y resolver estos conflictos es una Sala especial del Tribunal Supremo, como ha sido expuesto.

– **Cuestiones de competencia:** son las que se producen entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional. Se resolverán por el órgano inmediato superior conforme a las normas establecidas en las leyes procesales (art. 51 y 52 de la LOPJ).

Por tanto, debemos entender que la competencia que el artículo 8.1 de la LOTCU atribuye al Tribunal Constitucional para la resolución de conflictos que se susciten sobre las atribuciones del Tribunal de Cuentas ha de entenderse limitada exclusivamente a aquéllas relativas al ejercicio de su función fiscalizadora.

Si bien la LOTCU atribuye competencia al Tribunal Constitucional para resolver los conflictos que pudieran surgir en relación con las atribuciones que el mismo ostenta en el ámbito de la actividad fiscalizadora, no establece de un modo claro la legitimación para plantear estos conflictos.

El artículo 21.3.b) de la LOTCU atribuye al Pleno del Tribunal de Cuentas, entre otras, la facultad de *plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal*. Sin embargo, la LOTC guarda silencio en torno a la legitimación del Tribunal de Cuentas, al no mencionarlo en el artículo 59.1.c entre los órganos legitimados para plantear un conflicto constitucional de atribuciones.

– **Conflictos de atribuciones interministeriales:** son los que se producen entre órganos de un mismo Ministerio. Se rigen por lo dispuesto en la disposición adicional 14ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y su resolución corresponde al órgano superior jerárquico común.

– **Conflictos de atribuciones entre órganos de distinto departamento ministerial:** son los que se producen entre órganos pertenecientes a distintos Ministerios. Su resolución corresponde al Presidente del Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y el artículo 12 de la LOFAGE.

– **Conflictos constitucionales:** son los que oponen al Estado con una o más Comunidades Autónomas o a éstas entre sí, o al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí (art. 59 LOTC).

Dentro de los conflictos constitucionales se suele utilizar el término *conflicto de competencias o conflicto constitucional de competencias* para designar aquellos que enfrentan al Estado con una o más Comunidades Autónomas o a éstas entre sí (art. 161.c) de la Constitución, 2.c) y 10.d) de la LOTC) y *conflicto entre órganos constitucionales o conflicto constitucional de atribuciones* para designar a aquéllos que oponen a los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59.1.c de la LOTC. Los conflictos constitucionales de competencias se regirán por lo dispuesto en el Título IV, Capítulo II de la LOTC (arts. 60 a 72) y los conflictos entre órganos constitucionales o de atribuciones por lo dispuesto en el Título IV, Capítulo III de la LOTC (arts. 73 a 75). En ambos casos, la competencia para su conocimiento y resolución corresponde al Tribunal Constitucional.

En la presente exposición abordamos, únicamente, los conflictos entre órganos constitucionales o de atribuciones y su aplicación a los órganos de relevancia constitucional, especialmente al Tribunal de Cuentas.

Podríamos entender que existe una contradicción entre ambas normas en tanto que una parece atribuir legitimación al Tribunal de Cuentas para iniciar un conflicto de atribuciones mientras que la otra no lo recoge entre los sujetos legitimados activa y pasivamente en estos procesos, o cuanto menos, una laguna en la regulación de la legitimación del Tribunal de Cuentas en estos conflictos.

Con la entrada en vigor de la LFTCU, su artículo 3.p) atribuyó al Pleno, entre otras, la facultad de *proponer a las Cortes Generales el planteamiento de conflictos que afecten a competencias o atribuciones del Tribunal*.

Este artículo vendría, así, a armonizar la regulación contenida en la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas con la LOTC en tanto que el planteamiento de un conflicto relativo a las atribuciones del Tribunal de Cuentas correspondería a las Cortes Generales, estando legitimados para iniciar estos procesos, de acuerdo con el artículo 59.1.c de la LOTC, tanto el Congreso como el Senado.

No obstante, si la LFTCU viene a resolver la posible contradicción entre la LOTC y la LOTCU plantea a su vez otros problemas.

El primero de ellos sería el relativo a la compatibilidad entre la LOTCU y la propia LFTCU. Respecto a esta cuestión, cabe plantear dos posturas diferentes.

Si se entiende que el artículo 3.p) de la LFTCU establece una previsión contraria a lo dispuesto en el artículo 21.3.b) de la LOTCU en tanto que atribuye al Pleno, no la facultad para plantear directamente los conflictos que afecten a las atribuciones o competencias del Tribunal de Cuentas, sino la de proponer a las Cortes Generales su planteamiento, nos encontraríamos ante una oposición de normas, con la peculiaridad de que no se trata de dos normas del mismo rango que regulan o se refieren, total o parcialmente, a idéntica materia en forma contradictoria, en cuyo caso dicha contradicción se resolvería a favor de la última norma que entró en vigor (efecto de la vigencia de las normas en el tiempo conocido como derogación), sino que la oposición se produce entre una ley orgánica (LOTCU) y una ley ordinaria (LFTCU). Se trataría, por tanto, de un posible supuesto de inconstitucionalidad de la ley ordinaria cuya resolución compete al Tribunal Constitucional (art. 28.2 de la LOTC) en la medida en que la ley ordinaria no puede modificar ni derogar una ley orgánica, no porque su rango normativo sea inferior al de ésta, sino

porque la Constitución le veda el acceso a las materias que el artículo 81 de la misma enumera²⁰.

Por el contrario, si se entiende que la LFTCU, como ley de desarrollo de la LOTCU que cumple las previsiones contenidas en su disposición final tercera y viene a regular extremos silenciados por esta norma básica que afectan al funcionamiento del Tribunal de Cuentas y a completar su régimen jurídico²¹, no hace más que concretar o perfilar en su artículo 3.p) la competencia asignada al Pleno por el artículo 21.3.b) de la LOTCU, nos encontraríamos ante dos normas perfectamente compatibles cuyos preceptos han de ser interpretados sistemáticamente, lo cual sería conforme con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aboga por agotar todas las posibilidades de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución antes de declarar la inconstitucionalidad de las mismas (SSTC 1/1981, de 26 de enero y 5/1981, de 13 de febrero, entre otras).

En este sentido, podríamos entender que cuando la LOTCU atribuye al Pleno la facultad de plantear conflictos en relación con las atribuciones o competencias del Tribunal de Cuentas está otorgando a este órgano en concreto y no a otro, esto es, al Presidente, a los Consejeros, la Comisión de Gobierno, las Secciones o la Secre-

²⁰ Este criterio es sostenido por un sector hoy mayoritario en la doctrina, entre otros autores, por García de Enterría y Linde Paniagua y respaldado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero) e introduce una importante novedad en la estructura del ordenamiento jurídico al situar, junto con el principio de jerarquía normativa, el principio de competencia, que opera a partir del acotamiento y consiguiente separación de ámbitos competenciales diferentes y cuyo tratamiento se reserva a órganos y procedimientos determinados con exclusión de todos los demás. La ley ordinaria no puede, así, modificar ni derogar una ley orgánica, no porque su rango normativo sea inferior al de ésta, sino porque la Constitución le veda el acceso a las materias que el artículo 81 de la misma enumera (las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas e la Constitución).

²¹ Entiende Pascual Sala Sánchez que cuando la Constitución contiene, expresamente, la previsión de Ley Orgánica, como ocurre en el artículo 136.4 para regular la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas, puede ésta, una vez establecidos los elementos fundamentales de la reglamentación prevista, remitir a una ley ordinaria los aspectos complementarios o instrumentales de la misma junto con el resto de la ordenación de la materia o institución que se trate. De lo contrario, se daría para estos aspectos complementarios o residuales, una congelación de rango («La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento», en *Revista de Administración Pública* 122, mayo-agosto 1990).

taría General (art. 19 LOTCU) la potestad de decidir si plantea un conflicto en caso de que exista controversia en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el artículo 21.3.b) de la LOTCU sería una norma competencial y no una norma atributiva de legitimación directa al Tribunal de Cuentas para plantear un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional.

Siendo esto así, no existiría contradicción entre ambas normas sino que la LFTCU vendría a completar el régimen jurídico de la LOTCU. Si la LOTCU atribuye al Pleno la facultad de decidir el inicio de un conflicto en caso de que exista una controversia en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas el Tribunal de Cuentas, la LFTC viene a concretar que, en caso de que se decida plantear un conflicto constitucional de atribuciones, debe el Pleno proponer a las Cortes Generales su planteamiento ante el Tribunal Constitucional.

El segundo de los problemas que plantea la regulación contenida en el artículo 3.p) de la LFTCU es que la misma podría afectar a la independencia funcional del Tribunal de Cuentas.

La LFTCU al atribuir al Pleno sólo la posibilidad de proponer a las Cortes Generales el planteamiento de los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas parece entender que la dependencia del Tribunal de Cuentas respecto al órgano legislativo convierte los conflictos entre el Tribunal y los órganos constitucionales, a excepción del Congreso y el Senado, en un conflicto entre las Cámaras Legislativas y el órgano constitucional que supuestamente estuviera asumiendo indebidamente las atribuciones. Esto vendría a limitar la independencia funcional del Tribunal de Cuentas al impedirle que sea el mismo quien decida, en última instancia, el planteamiento de un conflicto en caso de que entienda que otro órgano invade las competencias o atribuciones que legalmente tiene atribuidas.

En suma, la regulación contenida en la normativa del Tribunal de Cuentas es cuanto menos compleja, lo que en la práctica ha propiciado que nunca se haya planteado un conflicto constitucional de atribuciones, buscándose vías alternativas como la comunicación directa con el órgano con el que existe la controversia con el fin de llegar a una solución pacífica de ésta.

Aunque entendemos que, actualmente, la vía más sencilla para plantear un conflicto de atribuciones sería la que nos brinda el artículo 3.p) de la LFTCU a través de las Cortes Generales, en tanto

que la misma ya está prevista en la normativa del Tribunal de Cuentas y ambas Cámaras se hallan legitimadas para iniciar este proceso conflictual (art. 59.1.c LOTC), consideramos que la legitimación directa de este órgano fiscalizador para el planteamiento de un conflicto constitucional de atribuciones hubiera sido, quizá, más conveniente. Por un lado, porque constituiría una garantía para el eficaz desempeño de sus funciones que, si bien son auxiliares respecto de las del órgano principal o constitucional, en este caso las Cortes Generales, no se rigen por el principio de jerarquía, subordinación o mandato imperativo, pues suponen un grado de autonomía funcional respecto del órgano al que auxilian. Por otro lado, porque evitaría dilaciones en el proceso al prescindir del trámite previo de intervención de las Cámaras.

Esta solución, además, ya fue prevista en nuestro derecho histórico y también ha sido recogida en el derecho comparado.

La atribución de competencia para la resolución de los conflictos entre el Tribunal de Cuentas y otros órganos tiene su antecedente inmediato en el artículo 120 de la Constitución republicana de 1931 que facultaba para su conocimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Asimismo, en el Proyecto de LOTC enviado por el Gobierno a las Cortes Generales figuraba el Tribunal de Cuentas entre los órganos legitimados para plantear conflicto de atribuciones. Sin embargo, la Ponencia de la Comisión del Senado acordó suprimir esta referencia por considerar que los conflictos habrían de plantearse exclusivamente entre los órganos constitucionales que culminan los poderes del Estado.

En el ámbito del derecho comparado, la Constitución italiana (1947), en su artículo 134, previó únicamente que estos conflictos de atribuciones, cuyo conocimiento correspondía a la Corte Constitucional, pudieran producirse entre *poderes del Estado*, término más amplio que el de órganos constitucionales. Aunque el Constituyente y los primeros autores (*vid.* Azzari) parecieron pensar únicamente en los conflictos que pudieran surgir entre los poderes clásicos, la Ley de la Corte Constitucional de 1953 empleó dos cláusulas que permitieron un amplio margen en la interpretación jurisprudencial del concepto jurídico indeterminado, *poderes del Estado*. Así, el artículo 37 de la Ley de 1953 dispone que el conflicto entre los poderes del Estado es resuelto por la Corte Constitucional si: a) *surge entre órganos competentes para declarar definitiva-*

mente la voluntad de los poderes a los que pertenecen (requisito subjetivo) y b) *para la delimitación de la esfera de atribuciones determinada por los distintos poderes por las normas constitucionales* (requisito objetivo). Con ello, no se olvidaba, como hacía la división tripartita de poderes, la existencia de nuevos poderes del Estado, órganos colaboradores o auxiliares, pero de relevancia constitucional y con funciones independientes aunque auxiliares, susceptibles de declarar definitivamente su voluntad sin ulteriores intervenciones. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido legitimación al Tribunal de Cuentas para el planteamiento de conflictos de atribuciones, tanto los que se deriven del ejercicio de su función jurisdiccional como los que deriven del ejercicio de su función de control. En el caso del conflicto de atribuciones suscitado en el ejercicio de su función jurisdiccional (Auto 150/1981 y sentencia 129/1981), la Corte Constitucional se basó, no en la posición que el Tribunal de Cuentas ostenta, de acuerdo con la Constitución, entre los demás órganos del Estado, sino en su carácter de órgano jurisdiccional y, en consecuencia, en su capacidad para declarar la voluntad definitiva del poder judicial. En el segundo caso, relativo al conflicto suscitado entre la sección de control del Tribunal de Cuentas y el Parlamento y Consejo de Ministros (Auto de 22 de abril de 1989 y sentencia 406/1989), la Corte Constitucional fundamentó la legitimación del Tribunal de Cuentas en la autonomía de la que goza este órgano y que le habilita para plantear un conflicto de los previstos en el artículo 134 de la Constitución italiana.

La Ley Fundamental de Bonn (1949) al enumerar las competencias del Tribunal Constitucional Federal (das Bundesverfassungsgericht) incluye en primer lugar *«la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los órganos supremos de la Federación, o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental o por el reglamento de un órgano federal supremo»* (art. 93.1). Es decir, admite como partes o sujetos de este tipo de conflictos no sólo a los órganos constitucionales (órganos supremos según la terminología alemana), sino también *otros interesados dotados de derechos propios*. Esta circunstancia hizo que, primero la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951 y posteriormente la propia jurisprudencia constitucional, mediante una interpretación extensiva, reconocieran como sujetos legitimados a un amplio abanico de personas jurídicas. Se ha reconocido así legitimación para plantear este tipo de conflictos, además de al Presidente Federal, Bundestag, Bundesrat y Gobierno Federal, a las *fracciones de estos órganos*

dotados de derechos propios como los grupos parlamentarios, diputados individuales, comisiones de investigación, entre otros (art. 63 Ley de 12 de marzo de 1951) y, bajo el concepto de *otros interesados*, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado que junto a los órganos constitucionales pueden estar legitimados para el planteamiento de estos conflictos los titulares del poder estatal que por su rango y función son equiparables a los órganos federales supremos y que poseen, en particular, derechos constitucionales, reconociendo expresamente esta condición a los partidos políticos. En este sentido, considera García Roca que se podrían plantear conflictos entre los órganos supremos de los Länder, entre los órganos supremos de la Federación o entre éstos y algunos de los órganos auxiliares de relevancia constitucional dotados de funciones independientes y de derechos propios²².

3.2.3 Procedimiento

Ni la LOTCU ni la LFTCU contienen previsión sobre el cauce procedimental concreto a seguir en el caso de que se plantee un conflicto de atribuciones en el que sea parte el Tribunal de Cuentas, limitándose el artículo 8 de la LOTCU a atribuir competencia al Tribunal Constitucional para el conocimiento de estas cuestiones. Si esto es así, parece lo más lógico, siempre y cuando se den los presupuestos procesales del conflicto constitucional de atribuciones, que éstos se tramiten por el procedimiento previsto en los artículos 59 a 73 de la LOTC pues la posibilidad de articular un nuevo procedimiento cuando se suscite un conflicto de estas características en las que se vea involucrado el Tribunal de Cuentas es cuanto menos algo complejo e innecesario²³.

²² Vid. GARCÍA ROCA, F. J.: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 27.

²³ Manuel Aragón Reyes (*vid.* ARAGÓN REYES, M.: *Comentario al artículo 161*, en ALZAGA VILLAAMIL, O.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editorial Derechos Reunidos S. A, 1999) se ha planteado si quizá el Tribunal Constitucional al eludir cualquier referencia al Tribunal de Cuentas entre los sujetos legitimados para plantear un conflicto de atribuciones interpreta que los conflictos que tengan por parte a este Tribunal son diferentes a los conflictos de atribución a los que se refiere la LOTC y, por tanto, darían lugar a un proceso distinto a los ya regulados ante el Tribunal Constitucional. No obstante, como el mismo considera, esta interpretación da lugar a más interrogantes que respuestas a la hora de plantearse la naturaleza jurídica de este conflicto, la regulación de su legitimación, los órganos que pueden entrar en conflicto con el Tribunal de Cuentas y el procedimiento a seguir.

En este sentido, se manifestó la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su Informe de 29 de junio de 2006, emitido con ocasión de la discrepancia que se suscitó entre el Tribunal de Cuentas y el Ministerio de Economía y Hacienda con ocasión de la fiscalización de la transparencia en la elaboración de los presupuestos para el año 2006 de las entidades del sector público, comentado anteriormente. En él, la Abogacía General del Estado entendió que el posible conflicto que pudiera suscitarse entre el Tribunal de Cuentas y el Ministerio de Economía y Hacienda, a falta de previsiones específicas en la legislación reguladora de dicho Tribunal, debía ser resuelto por el Tribunal Constitucional mediante el procedimiento establecido en los artículos 73 a 75 de la LOTC. Asimismo, y en relación con la legitimación del Tribunal de Cuentas en estos procesos, consideró que el hecho de que la intervención del Tribunal Constitucional en la solución de estos conflictos se prevea en una ley orgánica dictada al amparo del artículo 136.4 de la Constitución y posterior a la LOTC faculta para entender legitimado al Tribunal de Cuentas en el planteamiento de un conflicto de atribuciones por aplicación del principio cronológico (*lex posterior derogat anterior*) y de especialidad (*lex specialis derogat generali*)²⁴.

Por último, y en relación con el procedimiento, hay que hacer constar que el apartado 2 del artículo 8 de la LOTCU establece que *los requerimientos de inhibición hechos al Tribunal de Cuentas no producirán la suspensión del respectivo procedimiento*. Este artículo establece una previsión contraria a lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOCJ que obliga al órgano requerido de inhibición a suspender el procedimiento hasta la resolución del conflicto, sin perjuicio, en su caso, de la adopción de las medidas provisionales que fueran imprescindibles. La LOTC, por su parte, guarda silencio sobre este extremo.

4. CONCLUSIÓN

Como se ha tratado a lo largo de la exposición, el problema principal que plantea la aplicación de la normativa contenida en la LOTC sobre conflicto constitucional de atribuciones a los órga-

²⁴ La Abogacía General del Estado, en su Informe de 29 de junio de 2006, considera legitimado directamente al Tribunal de Cuentas para plantear un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional, no pronunciándose acerca del alcance del artículo 3.p de la LFTCU.

nos de relevancia constitucional es el relativo a su legitimación, al limitar tanto la ley como la jurisprudencia, los sujetos autorizados para iniciar este tipo de procesos.

La cuestión de la legitimación para plantear un conflicto constitucional de atribuciones se ha suscitado, además del Tribunal de Cuentas cuyo caso ha sido analizado aquí, respecto de otros órganos no mencionados en el artículo 59.1.c) de la LOTC, ya sean órganos de relevancia constitucional como es el caso del Defensor del Pueblo o ya revistan la condición de órgano constitucional *stricto sensu*. En relación con estos últimos, un sector de nuestra doctrina²⁵ considera, que junto con la legitimación de cada una de las Cámaras, el artículo 59.1.c) debería haber incluido a las Cortes Generales como cámara conjunta ya que así considerada desempeña importantes funciones, tanto en el procedimiento legislativo como en relación con otros poderes del Estado, destacando fundamentalmente las que le encomienda el Título II de la Constitución relativo a la Corona.

Todo ello revela que, tanto el empleo de la fórmula genérica órganos constitucionales como su concreción posterior en el artículo 59.1.c), no han cumplido su objetivo de dotar de claridad y precisión a la cuestión de los sujetos legitimados para plantear un conflicto constitucional de atribuciones puesto que, por un lado, no basta con ostentar la condición de órgano constitucional para entenderse legitimado ya que no todos ellos han sido incluidos en este precepto, algunos han sido acertadamente excluidos, como el Tribunal Constitucional que decide el mismo sobre su competencia sin necesidad de plantear un conflicto de atribuciones²⁶, mientras que la exclusión de otros, como las Cortes Generales, puede ser más controvertida y, por otro lado, existen órganos que sin ostentar esta condición deberían entenderse legitimados para iniciar este proceso conflictual lo que, sin duda, constituiría un medio para garantizar el eficaz desempeño de sus funciones.

²⁵ Vid. F. J. GARCÍA ROCA, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 70.

²⁶ El artículo 4.1 de la LOTC dispone que *en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.*

BIBLIOGRAFÍA

- DE VEGA BLÁZQUEZ, P. «La configuración constitucional del Tribunal de Cuentas en España». *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, n.º 1, julio-diciembre 1999.
- GARRIDO FALLA, F y otros. *Comentarios a la Constitución*. 3.ª edición, Madrid, Civitas, 2001.
- GARCÍA PELAYO, M. «El “status” del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, año 1981.
- GARCÍA ROCA, F. J. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid, Tecnos, 1987.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel J. «El conflicto entre órganos constitucionales». *Colección Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- JÁUREGUI, G. «Los conflictos entre órganos constitucionales». *Revista Vasca de Administración Pública*. Septiembre-diciembre 1991.
- LÓPEZ GUERRA, L; ESPÍN, E; GARCÍA MORILLO, J; PÉREZ TREMPES, P; SATRÚSTEGUI, M. *Derecho Constitucional. Volumen II: Los Poderes del Estado. La organización territorial del Estado*. Volumen II, 3.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MEDINA GUIJARRO, J. *Código del Tribunal de Cuentas*. 2.ª edición, Thomson Aranzadi, 2008.
- SALA SÁNCHEZ, P. «La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento», en *Revista de Administración Pública* 122, mayo-agosto 1990.



Sanciones procesales y enjuiciamiento contable. Algunas cuestiones en torno a las multas y otras sanciones impuestas en los procesos jurisdiccionales contables

Enrique Cabello Rodríguez

Letrado del Tribunal de Cuentas

Departamento 3.º de Enjuiciamiento

El objeto del presente trabajo es el estudio de las sanciones que denominaremos procesales¹ y de las principales peculiaridades y problemas que, en la práctica procesal, pueden derivarse de su aplicación en el ámbito del enjuiciamiento contable. Para ello resulta imprescindible hacer referencia, con carácter previo, a una serie de cuestiones generales para poder delimitar el concreto ámbito de la problemática materia a la que nos vamos a referir.

1. LA JURISDICCIÓN: EL CONCEPTO DE POTESTAD JURISDICCIONAL

Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín *ius dicere*, que significa decir o declarar el derecho; en un sentido am-

¹ En un sentido técnico o estricto no se puede hablar de sanciones «procesales», por cuanto sus efectos no se producen directamente sobre el proceso, es decir, que el desarrollo y resultado del proceso no va a ser distinto del que se produciría en caso de no imponerse la sanción. Sin embargo, en un sentido extenso la expresión sanciones «procesales» se utiliza para hacer referencia a las sanciones que se imponen con ocasión de un proceso; cuando aquí utilicemos esa denominación debe tenerse en cuenta esta matización.

plio, por tanto, el término jurisdicción designa a la función de administrar justicia.

Ahora bien, en un sentido más técnico, la jurisdicción puede ser entendida en una doble acepción: como un conjunto de órganos específicos, los órganos jurisdiccionales, y, como la función o actividad (jurisdiccional) atribuida en exclusiva a tales órganos por la Constitución, por ser los titulares de la potestad jurisdiccional. Por tanto, como señala Ortells Ramos, el término jurisdicción se refiere al conjunto de órganos específicos (jurisdiccionales) que por disposición expresa de la Constitución ejercen con carácter exclusivo la actividad o función jurisdiccional por ser titulares o tener atribuida la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), y entendida tal potestad como la aptitud jurídica que los órganos jurisdiccionales desarrollan al ejercer jurisdicción. Junto a la actividad jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales pueden realizar otras si expresamente les son atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho (art. 117.4 CE) y también, por disposición expresa de la ley, algunas actividades no jurisdiccionales (v.gr. la llevanza del Registro Civil).

Pues bien, siendo el objeto de la potestad jurisdiccional, en un sentido amplio, la actuación del Derecho, se hace necesario acotar esa concepción tan genérica para diferenciarla de las potestades administrativas, ejercidas por órganos administrativos, que también tienen por objeto la actuación del Derecho². El elemento cualificador de la potestad jurisdiccional que la distingue de las potestades administrativas en la actuación del Derecho consiste en que los órganos jurisdiccionales aplican el Derecho respecto a situaciones jurídicas materiales correspondientes a otros sujetos. Por el contrario, en el caso de la Administración, de acuerdo con el artículo 103 CE, la actividad administrativa tiene por objeto servir los intereses generales, con la potestad adicional y complementaria de actuar el Derecho que tutela esos intereses; esta es la denominada potestad de *autotutela* de la Administración. En conclusión, la potestad jurisdiccional es la potestad atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales de actuar el Derecho por vía de *heterotutela*.

Esta nítida diferenciación entre jurisdicción y administración, entre potestad jurisdiccional y potestad administrativa, cobra gran importancia a la hora distinguir a su vez la potestad sancionadora

² Conforme al artículo 103.1 CE «*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*».

de los órganos jurisdiccionales en el curso de un proceso, de la potestad sancionadora atribuida a la Administración.

2. CONTENIDO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

De acuerdo con la Constitución Española «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*» (art. 117.3 CE). A lo anterior, como se ha dicho, debe añadirse lo dispuesto en el artículo 117.4 de la Constitución, de acuerdo con el cual «*Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*». De acuerdo con los preceptos señalados, resulta que las funciones esenciales que integran el contenido de la potestad jurisdiccional son las de 1) «juzgar», esto es el conocimiento y resolución de los asuntos atribuidos a cada uno de los órdenes jurisdiccionales y, dentro de ellos, a los órganos judiciales que resulten competentes para ello de acuerdo con las normas reguladoras de la competencia; y 2) «hacer ejecutar lo juzgado», esto es la ejecución de las resoluciones judiciales. Estas dos funciones –o manifestaciones de la potestad jurisdiccional– son un complemento inseparable del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Para el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional en cualquiera de sus dos manifestaciones, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, los órganos jurisdiccionales tienen atribuidas una serie de facultades o potestades que despliegan sus efectos frente a las partes, o frente a sus representantes causídicos (abogados y procuradores), pero también pueden venir referidas a terceros, ya sean intervinientes en el proceso (testigos, peritos o sujetos obligados a realizar una determinada actuación procesal) o no intervinientes en él (público asistente a las vistas), y que tienen, como se ha dicho, carácter instrumental respecto de las dos manifestaciones esenciales de la potestad jurisdiccional. Así, la doctrina habla de una potestad ordenatoria del proceso que tiene por objeto llamar a las partes y terceros al proceso (a través de las citaciones y emplazamientos), obtener la efectiva sujeción de aquéllas y éstos a los fines del proceso (mediante una serie de actos limitativos de derechos e incluso coercitivos: adopción de medidas cautelares, requerimientos, sanciones) o simplemente impulsar el curso del procedimiento (dic-

tando providencias, en el caso de los titulares de los órganos judiciales y diligencias de ordenación en el caso de los Secretarios Judiciales). Aquí, por tanto es donde se inserta la potestad sancionadora procesal a la que nos referimos en el presente trabajo, como una potestad o facultad de naturaleza jurisdiccional.

Además, en los dos preceptos transcritos se consagra el llamado principio de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción en sus dos vertientes, la positiva y la negativa. La vertiente positiva de la exclusividad significa que *sólo los juzgados y Tribunales tienen atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional* (apartado 3 del art. 117 CE); la exclusividad en sentido negativo consiste en que los órganos del Poder Judicial *sólo podrán ejercer precisamente la potestad jurisdiccional*, salvo aquéllas funciones que le son encomendadas expresamente por la ley en garantía de derechos (apartado 3 del artículo 117 CE), singularmente cuando tal intervención judicial viene establecida por imperativo de la propia Constitución (arts. 18.2; 18.3; 20.5, o 22.5 CE)³.

En atención a esa delimitación positiva y negativa del principio de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción, y siguiendo a Díez-Picazo, se debe partir de la base de que no existe una correspondencia perfecta entre lo jurisdiccional y lo judicial. Así el principio de exclusividad en sentido positivo, consagrado en el artículo 117.3 CE, puede identificarse, en términos generales, con lo jurisdiccional (y necesariamente judicial), la aplicación del derecho por la vía de la heterotutela; mientras que el principio de exclusividad en sentido negativo, recogido en el apartado 4 de dicho precepto, también en términos generales, vendría a identificarse con lo judicial (pero no jurisdiccional).

3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

El Tribunal de Cuentas tiene constitucionalmente atribuidas dos funciones (art. 136 CE), la función fiscalizadora y el enjuiciamiento contable o la función jurisdiccional. Dejando a un lado la primera

³ No obstante el principio de exclusividad consagrado en la Constitución, los órganos judiciales tienen encomendadas expresamente por ley determinadas funciones que no forman parte de la función jurisdiccional como son la llevanza del Registro Civil, la participación en los jurados provinciales de expropiación (art. 32 de la Ley de Expropiación Forzosa) o la intervención de jueces y magistrados en los procesos electorales, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

de ellas, esto es la fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público [art. 2.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas], el enjuiciamiento de las responsabilidades contables en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos [art. 2.b) de la LOTCu], debe ser considerada como una auténtica función jurisdiccional, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 187/1988, de 17 de octubre (RTC 1988, 187; RCL 1988, 2247 y LCAT 1988, 441) y 18/1991, 31 de enero (RTC 1991, 18; RCL 1991, 485 y LG 1991, 284), 215/2000, de 18 de septiembre y del ATC 312/1996, de 29 de octubre (RTC 1996, 312 AUTO). Conforme a doctrina fijada por el Tribunal Constitucional respecto a este extremo, *«resulta inconcusa la naturaleza jurisdiccional del enjuiciamiento contable llevado a cabo por el Tribunal de Cuentas, que merece la consideración de Juez ordinario de la responsabilidad contable, en los términos del ATC 312/1996»*.

En este mismo sentido, en el antecitado Auto TC 312/1996, de 29 de octubre, se dice *«y en relación con la alegada infracción de los derechos fundamentales a la obtención de la tutela de Jueces y Tribunales en los términos previstos en el artículo 24.1 CE y al Juez ordinario predeterminado por la Ley, se asevera que el reconocimiento al Tribunal de Cuentas de una jurisdicción propia, como hace el artículo 136 CE, no contradice lo establecido en el artículo 117.3 CE, al tiempo que hace del mismo el Juez ordinario predeterminado por la Ley para el enjuiciamiento contable. Esto último, justamente porque “la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como hemos expuesto ya en la citada STC 187/1988, lo configura en cuanto a su función de enjuiciamiento contable, único en su orden, abarcando su jurisdicción, que tiene el carácter de exclusiva y plena, todo el territorio nacional”»*.

Nos encontramos, por tanto, en un supuesto de disociación entre «lo jurisdiccional» y «lo judicial», por cuanto, como vemos, el enjuiciamiento contable es una función de naturaleza jurisdiccional atribuida a un órgano no integrante del poder judicial (art. 117.1 CE).

3.1 Legislación aplicable a la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas

Pues bien, sentado lo anterior, procede determinar el marco normativo regulador del ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas y del enjuiciamiento contable. Tal marco normativo está constituido por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo,

del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu), y por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de su Funcionamiento (en lo sucesivo, LFTCu). Asimismo, de conformidad con lo prevenido en el apartado 2 de la Disposición Final Segunda de la LOTCu «*Para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, en cuanto no esté previsto en la presente Ley o en la de su funcionamiento, se aplicarán supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, por este mismo orden de prelación*».

Por otro lado, en relación con los conflictos de jurisdicción que pudieran surgir en relación con el Tribunal de Cuentas, el artículo 50 de la LFTCu previene que «*Los conflictos que se susciten entre los órganos de la jurisdicción contable y la Administración o las restantes jurisdicciones serán resueltos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales*», lo cual supone la aplicabilidad directa en esta materia de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

Asimismo, y también para materias concretas, se produce una remisión a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), como la sujeción de los Miembros del Tribunal de Cuentas «*a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial*» (art. 33.1 LOTCu), la regulación de la cooperación jurisdiccional (art. 51 LFTCu) o del tiempo hábil para las actuaciones judiciales del Tribunal de Cuentas (art. 63.2 LFTCu), pero fuera de lo anterior no parece que pueda postularse una aplicación directa y en bloque de la LOPJ al enjuiciamiento contable, al no pertenecer los órganos de la jurisdicción contable al poder judicial, constituyendo una excepción al principio de unidad jurisdiccional (arts. 117 y 122.1 CE).

3.2 Normativa reguladora de los procedimientos jurisdiccionales contables

Por lo que se refiere a la normativa procesal de aplicación a los concretos procesos jurisdiccionales contables que se siguen en el Tribunal de Cuentas, esto es, el juicio de cuentas y el procedimiento de reintegro por alcance (y, cuando se tornan contenciosos, también los expedientes de cancelación de fianzas), está constituida por los preceptos de la LOTCu relativos al enjuiciamiento contable (bajo la rúbrica «Los procedimientos judiciales», Capítulo III del Título V); por la LFTCu que, en su Título V «De la jurisdicción contable y de sus procedimientos», contiene una serie de disposi-

ciones comunes a ambos tipos de procedimientos junto con otras específicamente referidas a cada uno de ellos en concreto.

En concreto en relación con el juicio de cuentas, a través del cual se ventilan las pretensiones de responsabilidad contable distinta del alcance o la malversación⁴, los artículos 68 a 71 de la LFTCu establecen las normas específicas para su tramitación remitiendo a partir de la contestación de la demanda –o del transcurso del plazo para contestarla– y evacuado el trámite de alegaciones por el Ministerio Fiscal, a los cauces previstos para la tramitación del proceso contencioso-administrativo, con ciertas especialidades que se recogen en el artículo 71 de la LFTCu. Esto supone, en consecuencia, la aplicación directa de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo sucesivo, LJCA).

En lo atinente al procedimiento de reintegro por alcance, que tiene por objeto las pretensiones de responsabilidad contable constitutivas de alcance o malversación de caudales o efectos públicos, la solución legislativa es muy similar, al establecerse en los artículos 73 y 74 LFTCu unas normas específicas para este tipo de procesos, remitiendo el artículo 73.2 –una vez publicados los edictos y transcurrido el término de los emplazamientos– a los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance según la Ley de Enjuiciamiento Civil (actualmente, la Ley 1/2000, de 7 de enero; en adelante, LEC).

Por lo demás, debe tenerse en cuenta el régimen general de supletoriedad establecido en el arriba transcrito apartado 2 de la Disposición Final Segunda de la LOTCu, sin perjuicio de la remisiones expresas que la LFTCu hace, tanto para los juicios de cuentas como para los procedimientos de reintegro por alcance, a la LEC

⁴ Lejos del propósito de este trabajo se encuentra el entrar a analizar el concepto de alcance, baste señalar aquí que conforme a lo dispuesto en el artículo 72 LFTCu «1. A efectos de esta Ley se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas», previniendo el apartado 2 de este mismo precepto que «A los mismos efectos, se considerará malversación de caudales o efectos públicos su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo». Teniendo en cuenta el concepto amplio de alcance acuñado por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, las responsabilidades contables distintas del alcance quedarían reducidas a algunas de las irregularidades relacionadas en los apartados b) a f) del artículo 177.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que no sean subsumibles en el concepto (amplio) de alcance.

[embargo preventivo, artículo 67.1 LFTCu; ejecución de sentencias, artículo 85.1 LFTCu; en materia de costas procesales, artículo 71.4.^a g) LFTCu] o a la LJCA (en materia de allanamiento, desistimiento y caducidad del procedimiento, artículo 78 LFTCu; o en materia de recursos, artículo 80 LFTCu).

4. PREVISIONES LEGALES SOBRE LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES PROCESALES

Nuestro ordenamiento jurídico contiene una regulación específica de las medidas que pueden ser adoptadas por los órganos judiciales con el objeto preservar el cumplimiento del deber de colaboración con los Jueces y Tribunales⁵, velar por la observancia de conductas procesales acordes con el principio de buena fe o garantizar el adecuado orden y desarrollo de las vistas (la llamada policía de estrados o policía de sala). Dejando a un lado la regulación que sobre la materia se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la de Procedimiento Laboral, por no afectar al enjuiciamiento contable, debemos hacer una breve referencia a las previsiones contenidas en la LOPJ, en la LEC y en la LJCA.

4.1 La Ley Orgánica del Poder Judicial

La LOPJ contempla diversos supuestos de sanciones procesales:

- Los artículos 190 a 195 LOPJ regulan las facultades de la denominada policía de estrados o policía de sala destinadas a mantener el orden en las salas de vistas. Estas previsiones son de aplicación a cualquier sujeto presente en la sala a excepción de los Procuradores y Abogados de las partes que actúen en juicio (que se rigen por las previsiones del Título V del Libro VII de la LOPJ). Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190.3 de la LOPJ dichas facultades sancionadoras se atribuyen al Secretario Judicial para el mantenimiento del orden en aquellas actuaciones que se «celebren únicamente ante él en las dependencias de la Oficina Judicial».
- Los artículos 552 a 557 LOPJ, que a pesar de la rúbrica del Título V del Libro VII de dicha Ley, «De las sanciones que

⁵ Artículo 118 de la CE «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto»).

pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas», parecen estar referidos únicamente a Abogados y Procuradores.

- Por último, la LOPJ previene la posibilidad de imposición de sanciones de multa en relación con específicas actuaciones procesales de las partes como en el caso de la desestimación de la recusación propuesta, con declaración de existencia de mala fe del recusante (art. 228) o el caso de la desestimación del incidente de nulidad promovido con temeridad (art. 241).

4.2 La Ley de Enjuiciamiento Civil

Por su parte, la LEC recoge las conductas sancionables por los titulares de los órganos judiciales y, en su caso, por los Secretarios Judiciales, que también están previstas en la LOPJ: mantener el orden en las vistas (art. 186 LEC); incidente de recusación planteado de mala fe (art. 112 LEC); plantear temerariamente un incidente de nulidad (228.2 LEC). Pero además la LEC amplía el catálogo de conductas sancionables, por un lado, posibilitando con carácter genérico en su artículo 247 la imposición de multa a las partes y a los profesionales intervinientes en el proceso que conculquen las reglas de la buena fe procesal; y, por otro lado, establece a lo largo de su articulado una heterogénea serie de supuestos, muchos de los cuales no son sino manifestaciones específicas de sanciones por vulneración de las reglas de la buena fe procesal en casos concretos. Entre ellas podemos señalar: falta de diligencia de las partes en el auxilio judicial (art. 176 LEC); apreciación por el órgano judicial de dilación injustificada o sin fundamento alguno en la solicitud de nuevo señalamiento de vista por parte del abogado o el litigante (art. 183.6 LEC); apreciación de ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación de documentos en momento no inicial del proceso (art. 270.2 LEC); alegación de nuevos hechos con ánimo dilatorio o mala fe procesal (art. 286.4 LEC); no ejecución de una prueba en el tiempo previsto (art. 288 LEC); incomparecencia de un testigo, perito o litigante a una vista (arts. 292.1 y 4 y 304 LEC); impugnación de documentos públicos cuando de su cotejo o comprobación resulte la autenticidad o exactitud de la copia o testimonio impugnados si se estimase que concurrió temeridad (art. 320.3 LEC); formulación de tachas con temeridad o deslealtad procesal (art. 344.2 LEC); falta de remisión de respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas (art. 381.2 LEC); en específicos supuestos de juicios verbales, falta de asistencia del demanda-

do a la vista convocada al anunciar su oposición a la demanda sin concurrir justa causa o asistencia sin formular la oposición anunciada o pretendiendo fundarla en causa no procedente (art. 441.6 LEC). Asimismo, en materia de ejecución no dineraria, el artículo 699 LEC habilita al tribunal para apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas coercitivas en caso de desatender el requerimiento que se le formule en el auto por el que se despache ejecución; imposición de multas por incumplimiento de condena de hacer personalísimo (art. 709 LEC) y condena de no hacer (art. 710 LEC), estableciéndose los criterios para la determinación de su cuantía en el artículo 711 LEC. Igualmente, conviene destacar aquí la previsión contenida en el artículo 589.3 LEC respecto a la habilitación al Secretario Judicial para imponer en el proceso de ejecución multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento para la manifestación de sus bienes. Por último, como ejemplos de sanciones que pueden ser impuestas a terceros intervinientes en el proceso deben citarse los artículos 591.2 y 676.3 LEC, ambos relativos al proceso de ejecución, así como el ya referido artículo 292 LEC respecto a la incomparecencia de testigos o peritos a una vista, en el proceso declarativo.

4.3 La Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

La LJCA sólo prevé la posibilidad de imposición de multas coercitivas a autoridades, funcionarios y agentes de la Administración demandada en dos casos: por falta de remisión del expediente administrativo o su remisión incompleta (art. 48 LJCA) y por incumplimiento de requerimientos del Juzgado o de la Sala en ejecución de la sentencia y reiterarlas hasta la total ejecución del fallo judicial [art. 112.a) LJCA]. El supuesto del artículo 48 LJCA, sólo resultaría de aplicación, en su caso, a los supuestos de avocación del conocimiento de los expedientes administrativos de responsabilidad contable incoados por la Administración, de acuerdo con lo previsto en los artículos 41 de la LOTCu y 180 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y en el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio, *sobre Expedientes Administrativos de Responsabilidad Contable derivados de las infracciones previstas en el Título VII de la Ley General Presupuestaria*, pero no a los juicios de cuentas iniciados tras la oportuna formación de la pieza separada, en los que la aplicación de las disposiciones de la LJCA procede a partir de la contestación de la demanda –o del transcurso del plazo para contestarla– y evacuado el trámite de alegaciones por el Ministerio Fiscal, no con-

templándose la remisión de expediente administrativo alguno. En lo que hace al artículo 112.a) LJCA, no resulta de aplicación por estar regulada la ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos jurisdiccionales contables, ya sean juicios de cuentas o procedimientos de reintegro por alcance, por las disposiciones relativas a la ejecución en el proceso civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.1 LFTCu.

5. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LAS SANCIONES PROCESALES

De la extensa relación que se ha hecho en el apartado precedente, se pueden establecer, entre otras, las siguientes clasificaciones de las sanciones «procesales»:

5.1 Atendiendo al contenido material de la sanción

La regla general es la imposición de multas que, como se verá pueden ser o no coercitivas. No obstante, existen otro tipo de sanciones, de carácter más específico como son la expulsión de personas del público, de la Sala o de las dependencias de la Oficina Judicial –sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran (art. 191 LOPJ), de la imposición de multa en caso de resistencia cumplir la orden de expulsión (art. 192 LOPJ) o incluso, si su conducta llegara a constituir delito, sus autores serán detenidos en el acto y puestos a disposición del Juez competente (art. 195 LOPJ); asimismo, en el caso de los Abogados y Procuradores de las partes, el artículo 553 LOPJ prevé como correcciones disciplinarias el apercibimiento y la multa, previniendo el artículo 247. LEC que *«Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria»*

5.2 Atendiendo a los sujetos pasivos de las sanciones

- a) sanciones a las partes procesales,
- b) sanciones a los procuradores y abogados de las partes,
- c) sanciones a imponer a terceros intervinientes en los procesos (testigos y peritos, pero también otros sujetos sobre los que pesa el deber de realizar determinadas actuaciones procesales, v.gr. artículos 591.2 y 676.3 LEC),

- d) sanciones a imponer al público asistente a las vistas judiciales u otros actos procesales⁶.

5.3 Atendiendo al titular de la potestad sancionadora

Como hemos visto al inicio, la potestad para imponer sanciones procesales ha venido siendo tradicionalmente considerada por la práctica totalidad de la doctrina como una manifestación de la potestad jurisdiccional. El problema surge con el reconocimiento de la facultad de imponer sanciones en el proceso a los Secretarios Judiciales.

La doctrina mayoritaria (De la Oliva y Fernández, Guasp y Aragoneses, Almagro Nosete, Gimeno Sendra, Tomás y Valiente y un largo etcétera), tras la Constitución de 1978, y de la LOPJ, de 1985, viene considerando al Secretario Judicial como integrante del órgano jurisdiccional, como personal no juzgador. Idéntica posición doctrinal venía siendo defendida antes del actual ordenamiento constitucional por múltiples procesalistas como el citado Guasp, Prieto Castro, Gómez Orbaneja, Herce Quemada o De la Plaza.

Como señala Moreno Catena, la potestad jurisdiccional no sólo abarca la clásica función decisoria, ya que la jurisdicción se descompone en potestad de decisión de controversias, de ejecución, de documentación y de ordenación. De ellas, solo la primera se reside necesariamente en los Jueces y Magistrados, porque esencialmente es la función de administrar Justicia que la Constitución les atribuye (art. 117.1) con exclusividad absoluta; pero la potestad jurisdiccional, en sentido amplio, es otorgada con acertado criterio por el legislador constitucional a los Juzgados y Tribunales y no a los Jueces y Magistrados (art. 117.3 CE).

⁶ Manifestación de la llamada «policía de estrados». Como ejemplo de este grupo de sanciones procesales podemos señalar el supuesto de los artículos 191 LOPJ «los que perturbaren la vista de algún proceso, causa u otro acto judicial, dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideraciones debidas a los jueces, tribunales, Ministerio Fiscal, abogados, procuradores, secretarios judiciales, médicos forenses o resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, serán amonestados en el acto por quien presida y expulsados de la sala o de las dependencias de la Oficina judicial, si no obedecieren a la primera advertencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran» y 192 LOPJ «los que se resistieren a cumplir la orden de expulsión serán, además, sancionados con multa (...)». Esta misma habilitación se les reconoce a los Secretarios Judiciales (art. 190.3 LOPJ).

Sentado lo anterior, la extensión (operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ), a los Secretarios Judiciales de las facultades sancionadoras previstas para mantener el orden y hacer observar el respeto debido a los sujetos que participan en las actuaciones procesales cuando estas se celebren únicamente ante él en las dependencias de la Oficina judicial, de acuerdo con los antes citados artículos 191, 192 y 193 LOPJ, sería plenamente coherente con la consideración de la figura del Secretario Judicial como integrante del órgano judicial, siempre con la citada consideración de personal no juzgador.

5.4 Atendiendo al interés jurídico tutelado por la norma sancionadora

Del heterogéneo conjunto de sanciones previstas por las normas procesales y por las reguladoras de la función jurisdiccional, se pueden establecer las siguientes categorías de sanciones atendiendo a su finalidad, es decir, al interés o bien jurídico tutelado por la norma: **a)** Las que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento de los deberes procesales y el correcto desarrollo del procedimiento. La regla general en el derecho procesal es que el incumplimiento de un deber procesal se traduce en la pérdida de la posibilidad de cumplimiento ulterior con las consecuencias desfavorables que ello lleva aparejadas para el sujeto incumplidor, por ello en términos procesales se habla de carga procesal más que de deber. Con este tipo de sanciones se tutela el procedimiento en cuanto instrumento que está a disposición tanto del ejercicio de la potestad jurisdiccional como del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y se trata de prevenir que se haga un inadecuado uso del proceso, pero con ellas no se busca tutelar el resultado que se obtiene a través del proceso mismo. El principal ejemplo de este tipo de sanciones procesales es el regulado en el antes referido artículo 247 LEC, por infracción del deber procesal de «no actuar de mala fe»; **b)** las que tienen por finalidad tutelar el respeto a la Administración de Justicia, su principal ejemplo lo encontramos en los preceptos de la LOPJ reguladores de la «policía de vistas» o «policía de estrados»; y **c)** las denominadas «multas coercitivas» que, pese a su denominación no tienen verdadera naturaleza sancionadora, lo que las diferencia claramente de todas las anteriormente analizadas.

De acuerdo con Ortells su función es la de «estimular al cumplimiento según los casos, de deberes instrumentales para el desarro-

llo del proceso, o de la propia prestación impuesta en un título ejecutivo», o, dicho de otra manera, son un «medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva».

Por tanto, su finalidad no es la de castigar una conducta procesal porque sea antijurídica, sino constreñir a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación, sirviendo de medio para la mayor efectividad de la tutela judicial efectiva. Se trata de un medio coactivo destinado a modificar una conducta de resistencia al cumplimiento de una resolución jurisdiccional y este sentido es parte misma del ejercicio de la potestad jurisdiccional de los tribunales. Se diferencian del resto de multas procesales en que éstas últimas imponen un deber negativo o de abstención, es decir, una prohibición, mientras que las multas coercitivas siempre persiguen el cumplimiento de un deber de hacer.

6. LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES CONTABLES

Sentado, por tanto, el carácter jurisdiccional del enjuiciamiento contable; es decir, que el Tribunal de Cuentas tiene atribuida una auténtica función jurisdiccional; determinadas las normas legales por las que se rige el ejercicio de esa función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, así como las leyes procesales por las que ha de seguirse la tramitación de los procedimientos jurisdiccionales contables para la exigencia de las responsabilidades de esa misma naturaleza (juicios de cuentas y procedimientos de reintegro por alcance); y, examinadas la naturaleza jurídica y la justificación de las sanciones «procesales», y las clases de éstas, procede, a continuación, analizar cuáles son los principales problemas que la imposición de sanciones procesales puede producir en el ámbito del enjuiciamiento contable y cuál sea el tratamiento procesal que a tales problemas haya de dispensarse.

6.1 Potestad para la imposición de sanciones «procesales» en la jurisdicción contable

Como hemos visto más arriba, al tratar de la clasificación de las sanciones procesales atendiendo al titular de la potestad sancionadora, las objeciones que pudiera merecer la atribución de tal potestad a los Secretarios Judiciales quedan salvadas en el caso de los órganos judiciales, al considerarlos como integrantes de dichos órganos como personal no decisor, mientras que los titulares de di-

chos órganos, los Jueces y Magistrados, sí tienen atribuido el poder de decisión de las controversias, además de la potestad sancionadora.

En el ámbito de la jurisdicción contable la solución no es tan sencilla, y ello, esencialmente, aunque no sólo, por dos órdenes de razones: **1** Porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52.1 LFTCu «*La jurisdicción contable se ejercerá por los siguientes Órganos: a) Los Consejeros de Cuentas. b) Las Salas del Tribunal de Cuentas*». Por su parte, el artículo 19 LOTCu se refiere como órganos del Tribunal a los Consejeros de Cuentas y a la Sección de Enjuiciamiento, pero no hacer referencia alguna a los Departamentos de Enjuiciamiento. Con lo anterior quiere decirse que en los órganos de la jurisdicción contable no puede establecerse un paralelismo con los órganos judiciales en el sentido de poder distinguir el órgano del titular del órgano. O lo que es lo mismo, no cabe hablar de los Departamentos de Enjuiciamiento como los órganos de la jurisdicción contable y de los Consejeros de Cuentas de Enjuiciamiento con los titulares de esos órganos. El órgano y el titular son en la configuración legal de la jurisdicción contable una misma cosa: el Consejero de Cuentas de Enjuiciamiento, siendo la estructura departamental de la Sección de Enjuiciamiento una respuesta a la necesidad de estructuración organizativa para el adecuado ejercicio de su función jurisdiccional, pero no prevista por la normativa reguladora del Tribunal; y **2**. Porque, además de lo anterior, no existe una regulación positiva de la figura del Secretario en el enjuiciamiento contable, fuera de algunas referencias dispersas a ella en los artículos 24.1 LOTCu –que se limita a prevenir que «*La Sección de Enjuiciamiento se organizará en Salas integradas por un Presidente y dos Consejeros de Cuentas, y asistidas por uno o más Secretarios*»–, 11.2 LFTCu –que reiterando lo anterior determina como competencia de la Comisión de Gobierno el nombramiento del o de los Secretarios con los que ha de contar «la Sala o Salas del Tribunal»– y, en fin, los artículos 53.2 y 54.2 LFTCu –que establecen, respectivamente, la competencia de los Consejeros de Cuentas de Enjuiciamiento y de las Salas del Tribunal para conocer de los incidentes de recusación promovidos contra los Secretarios y resto de los funcionarios que intervengan en los procedimientos jurisdiccionales de su competencia por las causas y trámites establecidos en las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Civil–. A esa se reduce la regulación existente en relación con el Secretario de la Sala y con los Secretarios de los procedimientos. Esta falta de regulación expresa de la figura de los Secretarios de los procedimientos jurisdiccionales contables –que, *de facto*, desempeñan las funciones de fe

pública, documentación, custodia, dación de cuenta y demás que en la jurisdicción ordinaria corresponde a los Secretarios Judiciales–, es de esperar que sea objeto de específico tratamiento legislativo cuando al fin sea acometida la tantas veces anunciada modificación de la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas que refuerce el principio de seguridad jurídica mediante la regulación expresa de éste y de otros aspectos de la organización y el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, tal y como en su día se hizo con la Jurisdicción Militar a través de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁷.

No se trata, por tanto, en ningún caso, de un problema de cualificación técnica de los funcionarios del Tribunal de Cuentas para el ejercicio de estas funciones⁸; se trata, tan sólo, de una falta de previsión legal de la atribución de dichas a los Secretarios de los procedimientos jurisdiccionales contables.

En cualquier caso, centrando la cuestión en el objeto del presente estudio, el problema, claro es, es el de la viabilidad del reconocimiento de potestad sancionadora procesal a los Secretarios de los procedimientos jurisdiccionales contables. No puede olvidarse que es una exigencia constitucional, derivada de la configuración de España como un estado de derecho, la garantía del principio de legalidad (art. 9 CE), que se traduce –en lo que aquí interesa– en el imperativo de que las competencias y potestades estén atribuidas a sus titulares en virtud de Ley y que tiene su trasunto –si bien que en relación con la potestad sancionadora de la Administración– en el artículo 127 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que la potestad sancionadora se

⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la LO 4/1987 «*Todos los órganos judiciales militares desempeñarán sus funciones asistidos por el Secretario correspondiente (denominado Secretario Relator). Los Secretarios de los órganos judiciales militares ejercen, en su ámbito, la fe pública judicial*»; de acuerdo con el artículo 75 la función del Secretario Relator, en los diferentes órganos judiciales militares corresponde a los Oficiales Auditores. El artículo 76, por su parte, hace una enumeración de las funciones que, además de la fe pública, corresponde a los Secretarios Relatores.

⁸ Piénsese, por ejemplo, en el Cuerpo Superior de Letrados del Tribunal de Cuentas –por ser éste un cuerpo propio del Tribunal, y sin perjuicio de que otros funcionarios de las más diversa procedencias hayan desempeñado o desempeñen el puesto de Secretario de procedimiento en el ámbito jurisdiccional contable–, que es un cuerpo perteneciente al Grupo A1, con un sobrado nivel de cualificación jurídica y que, por tanto, puede desempeñar con total solvencia las funciones de Secretaría de los procedimientos jurisdiccionales contables.

ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley. No es necesario añadir mucho más para mostrar nuestro parecer contrario a que los Secretarios de los procedimientos jurisdiccionales contables puedan imponer sanciones procesales, hasta tanto no se lleve a efecto la tan deseable como esperada modificación de la normativa reguladora del Tribunal de Cuentas.

6.2 Forma de las resolución por las que se impone la sanción

Nada dice la LEC, ni el resto de leyes procesales acerca de la forma que haya de revestir la resolución judicial –o, en su caso, la resolución procesal del Secretario– por la que se impone una sanción procesal. Algunos autores propugnan la procedencia de que las multas –y, por extensión, el resto de las sanciones– se impongan mediante Providencia con base en lo dispuesto en el artículo 292.2 (*«Al tiempo de imponer la multa a que se refiere el apartado anterior, el Tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo por el Secretario judicial, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad»*), el 286.4 o el 344.2 LEC. Por lo demás, la imposición de una sanción procesal por medio de esta clase de resolución judicial encontraría perfecto acomodo en el tenor del artículo 206.1.1.^ª LEC (*«Se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto»*).

Por otro lado, tampoco constituiría un delito de lesa procedimiento la imposición de una sanción procesal mediante auto (al amparo de lo dispuesto en el artículo 206.1.2.^º párrafo segundo de la LEC), existiendo además supuestos en los que expresamente se prevé que la sanción procesal se imponga mediante esta clase de resolución, como es el caso de los artículos 112.1, 228.2 y 709.1 LEC, este último en sede de ejecución (condena de hacer personálsimo) o el artículo 48.8 LJCA, que aunque, como se ha dicho, no resulta de aplicación a los procedimientos jurisdiccionales contables, sirve perfectamente para ilustrar este extremo del que nos ocupamos.

Con carácter excepcional, el artículo 441.4 LEC, de aplicación a concretos casos de juicios verbales parece prevenir la imposición de la sanción mediante en la sentencia que pone fin al procedimiento.

En cuanto a las sanciones a imponer por los Secretarios Judiciales parece que la forma procedente de la resolución en que lo hagan ha de ser el Decreto, de acuerdo con lo previsto con carácter general en el artículo 206.2.2.º LEC («*Se dictará decreto cuando se admita a trámite la demanda, cuando se ponga término al procedimiento del que el Secretario tuviera atribuida competencia exclusiva y, en cualquier clase de procedimiento, cuando fuere preciso o conveniente razonar lo resuelto*») y, específicamente, el artículo 589.3 LEC, previene la forma de Decreto para la imposición de multas coercitivas. En el ámbito jurisdiccional contable, ya hemos analizado arriba los serios obstáculos legales que existen para reconocer a los que en la práctica procesal contable se denomina Secretarios de los procedimientos, la potestad para imponer sanciones procesales, toda vez que, como se ha dicho, su figura no está regulada legalmente y, en consecuencia, tampoco está legalmente prevista la atribución de potestad.

6.3 Régimen de recursos contra las sanciones

Ya se acuerde la imposición de la sanción mediante Providencia, ya mediante Auto, (o mediante Decreto, en el caso de se llegase a admitir la posibilidad de que el Secretario del procedimiento contable pueda imponer sanciones, en aquellos supuestos en los que con arreglo a las leyes procesales puede imponerlas el Secretario Judicial), dos son las soluciones posibles respecto al régimen impugnatorio en esta materia en el ámbito de los procedimientos jurisdiccionales contables:

a) Aplicar la previsión contenida en el artículo 80.1 LFTCu, de acuerdo con el cual «*Contra las providencias y autos de los órganos de la jurisdicción contable se darán los recursos prevenidos en la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo*». Ha de tenerse en cuenta que la LFTCu, por su fecha de aprobación no contiene referencia alguna a las resoluciones procesales de los Secretarios. Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 79.1 de la LJCA «*Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica –debe entenderse de reposición–, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario*». Como se ve, este precepto tampoco contiene referencia alguna a los recursos contra las resoluciones procesales de los Secretarios Judiciales, aunque por aplicación de lo previsto en la Disposición Final Primera de la LJCA, en lo no previsto por esta ley regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 451.1 prevé que «*Contra*

las diligencias de ordenación y decretos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el Secretario judicial que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión», estableciendo por su parte el artículo 451.2 que contra todas las providencias y autos no definitivos cabrá recurso de reposición ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida. Esta solución, además de ser la más respetuosa con la normativa específicamente reguladora de la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, vendría a reforzar, con carácter general, el régimen de garantías de los sancionados, por cuanto en un buen número de supuestos de sanciones procesales su normativa reguladora no contempla expresamente la posibilidad de impugnación (arts. 112, 176 183.6, 270.2, 286.4, 320.3, 381.2, 676.3 LEC), directamente la excluye de forma expresa (arts. 112.1 y 113, 228.2 LEC), o se limita a prevenir una audiencia con carácter previo a su imposición (arts. 288.2, 292.1, 344.2, 591.2) con o sin remisión ulterior a las disposiciones de la LOPJ a las que luego haremos una breve referencia. Sólo excepcionalmente se contempla en la LEC la posibilidad expresa de recurso (art. 589.3 LEC, recurso directo de revisión contra el Decreto del Secretario Judicial imponiendo la multa). Pero ese reforzamiento del régimen de garantías de los sancionados sólo es predicable, por los motivos que luego se dirán, respecto de los que sean parte en el proceso; o

b) Acudir al régimen regulador de cada una de las concretas sanciones en las distintas leyes procesales, en realidad, en la LEC, pero también, como se verá, en la LOPJ y establecer el sistema de recursos en la jurisdicción contable sobre la base de aquél. Esta segunda solución conduciría, en esencia, al mismo régimen impugnatorio previsto en la LFTCu, es decir, cabría recurso de reposición contra las resoluciones judiciales (providencias o autos) –o, en caso de que admitiese esta posibilidad, procesales (decretos de los Secretarios)– por las que se imponga una sanción procesal, excepto en los supuestos en los que expresamente se excluya la posibilidad de recurso y aquéllos otros en los que se establezca específicamente una vía impugnatoria distinta del recurso de reposición (p.e.: el ya citado artículo 589.3 LEC). Pero, además supondría en determinados supuestos –los de los artículos 186.1.º 247.5 y 591.3 LEC– la aplicación, por remisión expresa de la LEC, del régimen de recursos previstos, bien en el artículo 194 LOPJ, o bien en el Título V, Libro VII, de dicha ley orgánica (art. 556), remisión ésta que resultaría de dudosa aplicación al enjuiciamiento contable y que complicaría excesivamente el régimen impugnatorio en la materia.

Procede en este punto hacer una recapitulación, valiéndonos además del criterio de clasificación de las sanciones atendiendo a los sujetos pasivos de la potestad sancionadora, –y teniendo en cuenta que, como ya hemos visto y por los motivos que entonces se han expuesto, los dos supuestos de sanciones contemplados en la LJCA [arts. 48 y 112.a)] no resultarían de aplicación a los juicios de cuentas–.

Así, respecto de las sanciones impuestas a las partes la solución más acorde con la normativa propia del Tribunal de Cuentas es la del recurso de reposición contra la Providencia o Auto del Consejero de Cuentas –o, en su caso, contra el Decreto del Secretario del Procedimiento– (arts. 80.1 LFTCu y 79 LJCA, y aplicando por supletoriedad directa, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Primera LJCA, el artículo 451 LEC, arriba transcrito). Por otro lado, la aplicación del régimen de recursos establecido para cada caso concreto en la LEC, teniendo siempre en cuenta que en caso de no prever específicamente una vía impugnatoria, ha de aplicarse el antes citado artículo 451, y exceptuando los contados supuestos en los que expresamente la ley rituarial civil excluye la posibilidad de recurso, no merecería excesivas objeciones, excepto la de que en ciertos casos concretos la LEC remite al régimen de recursos previsto para las sanciones en la LOPJ (arts. 194 y 556), lo que supone la aplicación del recurso de audiencia en justicia y la alzada ante la Sala de Gobierno, medios impugnatorios éstos que, como veremos, son de muy dudosa aplicabilidad en el ámbito de la jurisdicción contable.

Pero el problema fundamental lo encontramos en el caso de las sanciones impuestas a quienes no son parte en el proceso (Abogados o Procuradores de las partes procesales, testigos, peritos, sujetos obligados a prestar su colaboración en el proceso mediante la obligación de realizar determinada actividad o público asistente a las vistas). En estos casos, al carecer de legitimación en el proceso en el que se les ha impuesto la sanción, resulta evidente que no se les puede reconocer a los sancionados el derecho a los recursos del que sí gozan las partes.

En efecto, la construcción doctrinal del derecho al recurso (Guasp, Gimeno Sendra, Aragoneses) exige, como requisito esencial el de ser parte en el proceso, no bastando con que la resolución a impugnar le resulte perjudicial al recurrente. Y así lo previene el apartado 1 del artículo 448 LEC (*Del derecho a recurrir*) «*Contra las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales que les afecten desfa-*

vorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley». Esto determina que si un sancionado que no sea parte en el proceso interpusiese un recurso de reposición contra la sanción que se la ha impuesto con ocasión de tal proceso, el recurso habría de ser inadmitido de plano.

Por tanto es necesario determinar de qué mecanismos de defensa pueden valerse estas personas para impugnar las sanciones que les hayan sido impuestas con ocasión de un proceso, de modo que no pueda producirse indefensión. Para ello debemos analizar separadamente los supuestos de sanciones impuestas a los representantes causídicos de las partes (abogados y procuradores), a los terceros intervinientes en el proceso (peritos, testigos y otros intervinientes) y al público asistente a las vistas.

En estos casos, y con ciertas salvedades, la solución prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil consiste en hacer una remisión a la LOPJ, remisión que resulta de muy difícil encaje en la jurisdicción contable, no sólo por las objeciones que merece la aplicación de la citada Ley Orgánica al Tribunal de Cuentas sin una remisión expresa por parte de la normativa reguladora de éste, sino porque aún obviando la falta de ortodoxia que la aplicación de tal cuerpo normativo entraña, siquiera como mecanismo de garantía de los sancionados en los procedimientos jurisdiccionales contables, lo cierto es que la propia estructura organizativa del Tribunal de Cuentas supone un obstáculo difícilmente salvable para la aplicación del régimen de recursos previsto en la reiterada LOPJ.

En efecto, las remisiones a la LOPJ que se realizan en la LEC, en supuestos concretos que es dable que puedan presentarse en la tramitación de los procedimientos jurisdiccionales contables, son las siguientes:

– El artículo 186.1.º LEC, previene que corresponde al Juez o al Presidente del Tribunal o al Secretario judicial, según los casos, mantener, con todos los medios a su alcance, el buen orden en las vistas, exigiendo que se guarde el respeto y consideración debidos a los tribunales y a quienes se hallen actuando ante ellos, corrigiendo en el acto las faltas que se cometan del modo que se dispone en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto supone una remisión al Capítulo I del Título II del Libro III de la LOPJ (arts. 190 a 195 LOPJ). El artículo 193.2 LOPJ, por su parte, excluye de este específico sancionador e impugnatorio a los Abogados y Procuradores

de las partes, respecto de los cuales se observará lo dispuesto en el Título V del Libro VII.

– El artículo 247.5 LEC, establece que el régimen de recursos contra las sanciones impuestas a los intervinientes en el proceso, es decir, las partes o sus representantes causídicos, por entender el Juez o Tribunal que han actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, será el previsto en el Título V, Libro VII, LOPJ (arts. 552 a 557).

– El artículo 591.3 LEC, previene la posibilidad de que el Tribunal pueda imponer multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que el Tribunal les haya requerido en las actuaciones de ejecución. Tales sanciones también quedan sometidas al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, el régimen de recursos que se recoge en el tan reiterado Título V del Libro VII de la LOPJ consiste, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 556 en que **«Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de cinco días, recurso de audiencia en justicia ante el secretario judicial, el juez o la sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del secretario judicial, del juez o de la sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre»** (el resaltado es nuestro). De esta forma el llamado recurso de audiencia en justicia queda configurado como un recurso potestativo no devolutivo contra la resolución por la que se impone la sanción; y contra la resolución que se dicte en él cabe recurso de alzada, como recurso de carácter devolutivo y que cabe interponer se haya hecho o no uso del recurso de audiencia en justicia.

Pese a la rúbrica del Título V del Libro VII, *«De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas»*, parece que la regulación que en el mismo se contiene viene exclusivamente referida a los Abogados y Procuradores de las partes. No obstante, no debe perderse de vista lo dispuesto en el artículo 557, que cierra este título, de acuerdo con el cual *«Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores»*, previsión ésta

que viene a cerrar el círculo de los supuestos en los que cabe acudir a este sistema impugnatorio y de los sujetos amparados en él.

Idéntico régimen impugnatorio es el que se establece en el artículo 194 LOPJ, con la única salvedad de que reduce de cinco a tres días el plazo para la interposición del recurso de audiencia en justicia.

Sin ánimo de profundizar en la cuestión de la naturaleza jurídica de estos recursos⁹ baste señalar que si bien, inicialmente, alguna aislada Sentencia del Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de impugnar en vía contencioso-administrativa los «acuerdos» de imposición de sanciones procesales, así como los adoptados en la resolución de los recursos de alzada interpuestos contra aquéllos, posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo sistemáticamente la postura contraria, postura refrendada por el Tribunal Constitucional, a partir de su Sentencia 110/1990, de 18 de junio. El rechazo de la impugnación de estas resoluciones sancionadoras en el orden contencioso-administrativo, lo fundamentan los citados altos tribunales tanto en la naturaleza jurídica de la sanción impuesta, como en la del órgano que la impone; esto es, naturaleza jurisdiccional. La Sala Tercera del TS, en sentencia de 29 de enero de 2002, llega más lejos al afirmar no sólo que las sanciones procesales tienen naturaleza jurisdiccional, sino que además los acuerdos de las Salas de Gobierno adoptados en esta materia también lo tienen por cuanto *«las Salas de Gobierno son, en principio, órganos gubernativos con funciones de gobierno de sus Tribunales, pero que ello no impide que en determinados supuestos pueda ejercer funciones jurisdiccionales actuando como instancia judicial capaz de satisfacer las exigencias del art. 24 de la Constitución»*. La cuestión dista mucho de ser pacífica, ya que la mayoría de la doctrina rechaza estos planteamientos y, por otro lado, la práctica de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de muchos Tribunales Superiores de Justicia se ha separado del criterio del Tribunal Supremo, admitiendo y tramitando los recursos interpuestos contra los acuerdos de las Salas de Gobierno en materia de sanciones.

⁹ Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 244.1 LOPJ *«Las resoluciones de los Tribunales cuando no estén constituidos en Sala de Justicia, las de las Salas de Gobierno y las de los Jueces y Presidentes cuando tuvieren carácter gubernativo, se llamarán acuerdos»*, estableciendo el apartado 2 de este artículo que *«La misma denominación se dará a las advertencias y correcciones que por recaer en personas que estén sujetas a la jurisdicción disciplinaria se impongan en las sentencias o en otros actos judiciales.»*

Pues bien, a la anterior problemática viene a unirse en el ámbito del enjuiciamiento contable un hecho insoslayable: en el Tribunal de Cuentas no existe una Sala de Gobierno ante la que recurrir en alzada (ya sea de naturaleza administrativa o de naturaleza jurisdiccional, este recurso devolutivo contra las sanciones procesales). No tiene este carácter la Sección de Enjuiciamiento (arts. 24 y 25 de la LOTCu y 11 y 12 de la LFTCu), y en cuanto a la Sala de Justicia, sus competencias son, única y exclusivamente, las previstas en los artículos 24.2 LOTCu y 54 LFTCu. De nuevo el principio de legalidad exige que la atribución de competencias esté expresamente prevista por Ley.

Para evitar este obstáculo insalvable, eludiendo la compleja cuestión del carácter administrativo o jurisdiccional de los recursos y el de la inexistencia de una Sala de Gobierno y la falta de competencia legalmente atribuida a la de Justicia para conocer de los recursos «gubernativos», cabría apuntar como una posible solución la de tramitar las sanciones en pieza separada, tal y como expresamente previene la LEC en el supuesto de sus artículos 247 y 591, precepto que referido a terceros, habla de «interesados», no de partes. De esta forma se lograría que quien no es parte en el proceso principal sí tenga legitimación en la pieza separada, de modo que las resoluciones que en el mismo recayesen pudiesen ser recurridas en reposición, retornándose de esta forma a los cauces del régimen impugnatorio general previsto en el artículo 80 LFTCu, y que tendrían encaje en los procesos jurisdiccionales contables por la vía del artículo 64.1 LFTCu. No pretendemos con esta solución, dar a la imposición de sanciones el carácter de incidentes o cuestiones incidentales del proceso principal –ni siquiera de meras incidencias sin repercusión alguna en la resolución del proceso principal (en la terminología empleada por el Pr. GUASP), ya que el concepto doctrinal y legal de las cuestiones incidentales, así como la propia regulación que de ellas se contiene en la LEC (arts. 387 y ss.) impide darles ese tratamiento.

6.4 Ejecución de las sanciones de multa

La cuestión ya vista a lo largo del presente trabajo relativa a la naturaleza jurídica, jurisdiccional o administrativa, de las sanciones administrativas, entronca directamente con la de la forma en la que debe procederse a la ejecución de las consistentes en multas, sean o no coercitivas; es decir, si, en el caso de que no sean satisfechas voluntariamente, se ha de proceder a su ejecución por la vía

de apremio administrativo o por la vía de apremio judicial. Sentada la naturaleza jurisdiccional de la potestad sancionadora procesal, la ejecución tiene también esa naturaleza jurisdiccional, así resulta expresamente previsto en el artículo 48.9 de la LJCA, respecto de las multas impuestas por falta de remisión del expediente administrativo, estableciendo que «*Si no se hubieran satisfecho voluntariamente, las multas firmes se harán efectivas por vía judicial de apremio*».

En tal sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo el artículo 517 LEC¹⁰, el título para fundar la acción ejecutiva es la resolución por la que se acuerda imponer la sanción procesal (en el supuesto del que nos ocupamos, la multa).

En caso de no haber sido satisfecha voluntariamente la multa, la ejecución de las resoluciones por las que se imponen las sanciones en el ámbito del enjuiciamiento contable se regirá, por aplicación analógica del artículo 85.1 LFTCu y en todo caso por la aplicación de la cláusula de supletoriedad contenida en el apartado 2 de la Disposición Final Segunda de la LOTCu, por las normas relativas a la ejecución en el proceso civil y será competencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 545 LEC, en relación con el 46.1 de la LOTCu, del Consejero que conozca o haya conocido del asunto en primera instancia.

Por lo demás no cabe aplicar la previsión contenida en el artículo 85.1 LFTCu «*Una vez firme la sentencia recaída en los procedimientos jurisdiccionales a que se refiere el presente título se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte, por el mismo órgano jurisdiccional que la hubiera dictado en primera instancia, en la forma establecida para el proceso civil*», en el sentido de que se puede proceder a la ejecución de oficio, por cuanto esta previsión viene sólo referida a las Sentencias una vez que adquieren firmeza, siendo que, como hemos visto, las sanciones procesales no se imponen mediante sentencia fuera del muy específico caso del artículo 441.4 LEC.

Desechada la ejecución de oficio por el Consejero de Cuentas y aplicando las disposiciones relativas a la ejecución en el proceso civil, resulta necesaria la instancia de parte para proceder a dicha

¹⁰ Artículo 517 LEC «*Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos 1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 9.º Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución*»

ejecución –lo cual no sucedería en el caso de que se afirmase el carácter administrativo de las sanciones y, en consecuencia la procedencia de aplicar la vía administrativa de apremio–. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 549 de la LEC, sería necesaria una demanda ejecutiva. No obstante, de acuerdo con el apartado 2 del citado precepto «*Cuando el título ejecutivo sea una resolución del Secretario judicial o una sentencia o resolución dictada por el Tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda*» que se compadece más con la dicción del artículo 85.1 LFTCu, «(...) se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte».

Sentado lo anterior procede determinar a quién correspondería la legitimación para instar la ejecución. En este punto no parece un criterio razonable atribuir necesariamente tal legitimación a quien aparezca como parte contraria de la sancionada o representada o defendida por el profesional sancionado o que haya propuesto a un testigo o a un perito que sea el sujeto pasivo de la sanción procesal, en el proceso declarativo o en el de ejecución en el que se ha impuesto la multa procesal. Este criterio de atribución de la legitimación para instar la ejecución podría ser válido en el caso de que se tratase de multas coercitivas que, como se ha dicho más arriba, tienen por objeto imponer la realización de una determinada actividad procesal y por tanto la parte a la que beneficiaría la realización de la actividad (o al menos no resultaría perjudicada por su falta de realización) tiene un claro interés directo en la ejecución. Mucho más dudosa aparecería la atribución de legitimación para instar la ejecución de las resoluciones por las que se impone una multa a una persona del público asistente a una vista procesal.

No obstante lo anterior, no puede perderse de vista que en los procedimientos jurisdiccionales contables siempre es parte el Ministerio Fiscal, respecto del cual debe tenerse en cuenta lo prevenido en el artículo 124.1 de la Constitución¹¹, así como en la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En este mismo sentido, el artículo 16.1 LFTCu dispone que «*La Fiscalía del Tribunal de Cuentas ejercerá sus*

¹¹ De acuerdo con el artículo 124.1 CE «*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*»

funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad, y en la forma determinada por su legislación orgánica con las particularidades establecidas en la presente Ley». En el ejercicio de sus funciones constitucionalmente atribuidas el Ministerio Fiscal está, sin duda, legitimado para instar la ejecución de la resolución por la que se impone una multa procesal.

Asimismo debe tenerse en cuenta que el Servicio Jurídico del Estado, aún no siendo parte en el procedimiento jurisdiccional contable en el que la multa sea impuesta, por razón del carácter económico-presupuestario de las multas ha de tener legitimación para instar la ejecución de las multas pecuniarias: en efecto, el importe de esas multas ha de ingresarse en el Tesoro Público¹². A mayor abundamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.5 del RD 997/2005, 25 julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado *«En fase de ejecución de sentencias, el Servicio Jurídico del Estado promoverá cuantas iniciativas redunden en defensa y protección de los intereses públicos»*, precepto éste que si bien está referido a la ejecución de sentencias debe entenderse predicable respecto de cualesquiera otras resoluciones judiciales o procesales que redunden en la finalidad indicada.

En conclusión, parece que lo más adecuado en estos casos, para lograr la efectividad de la sanción procesal de multa, será dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, pero también al Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas, para que al menos insten la ejecución de la resolución por la que se impuso la multa procesal –al no poder el órgano de la jurisdicción contable proceder a la ejecución de oficio–, aunque no sea necesaria la formulación de demanda ejecutiva de acuerdo con lo previsto en el artículo 549.2 LEC.

Instada la ejecución por un legitimado para ello se procederá al despacho de la misma contra el sancionado, sea o no parte en el proceso en el que la multa se impuso.

¹² En los Presupuestos Generales del Estado, dentro del Capítulo 3 de la clasificación económica de los ingresos, aparecen las *Tasas, Precios públicos y Otros ingresos*, Artículo 39. *Otros ingresos*, Concepto 391. *Recargos y multas*, Subconcepto 02. *Multas y sanciones, Ingresos derivados de las penalizaciones impuestas por acciones u omisiones voluntarias y antijurídicas tipificadas en la legislación vigente*.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONESES, Pedro y GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Thomson-Civitas. 2004.
- DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Ed. Fund. Ramón Areces.
- DE LA PLAZA, Manuel. *Derecho Procesal Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. 1942.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *La Potestad Jurisdiccional: características constitucionales*. 1998.
- GARRIDO FALLA, Manuel, CAZORLA PRIETO, Luis María, ENTRENA CUESTA, Rafael y Ramón, SERRANO ALBERCA, José Manuel, GÁLVEZ MONTES, F. Javier, RECODR DE CASSO, Emilio, Santamaría Pastor, Juan Alfonso, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. Civitas. 1985.
- GIMENO SENDRA, Vicente (Director). *Proceso Civil Práctico*. Ed. La Ley. 2005.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal*. Madrid. 1951.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. 1956.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo. *Sanciones a Abogados y Procuradores*. Tirant lo Blanc, 2009.
- MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA, Víctor, Valentín y Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid. 2003.
- ORTELLS RAMOS, *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional*.
- PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Librería General. Zaragoza. 1954.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús. *El Secretario Judicial ante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal (civil y penal) para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial*. Diario «La Ley», n.º 7561, Sección Tribuna, 3 de febrero de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA



TERCER CUATRIMESTRE DEL AÑO 2013

Javier Medina Guijarro y José Antonio Pajares Giménez

INTRODUCCIÓN

Siguiendo similar metodología a la de los números anteriores, ofrecemos en esta sección al lector interesado en ello una información de carácter general sobre la legislación y la jurisprudencia más relevante producida en el tercer cuatrimestre del año, en relación con las materias que directa o indirectamente afectan a la actividad económica-financiera del sector público, así como sobre las fiscalizaciones aprobadas por el Pleno del Tribunal y publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

En la primera parte «Legislación y otros aspectos» constan, sistemáticamente ordenadas, Leyes del Estado y, en su caso, Autonómicas, Decretos u Órdenes ministeriales, y demás Resoluciones. La información que se proporciona consiste en el enunciado de la disposición y en la referencia del periódico oficial donde se publica, para facilitar su consulta.

La segunda parte «Jurisprudencia» recoge, principalmente, las resoluciones dictadas por la Sala de Justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal, figurando una breve descripción de su fundamentación jurídica. También se hace mención, cuando procede, de las sentencias y autos pronunciados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en materias que afecten al Tribunal de Cuentas, así como de las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad que, por su relevancia, merecen citarse.

La tercera parte refleja las «Fiscalizaciones» del Tribunal de Cuentas, incluyendo, en su caso, la resolución aprobada por la Comisión Mixta en relación con el resultado fiscalizador que se trate, con el *Boletín Oficial* de su publicación.

1. LEGISLACIÓN Y OTROS ASPECTOS

1.1 Leyes Estatales

- LEY 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013.)

- LEY 15/2013, de 17 de octubre, por la que se establece la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, ocasionados por los incentivos económicos para el fomento a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables y se concede un crédito extraordinario por importe de 2.200.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. (BOE n.º 250, de 18 de octubre de 2013.)

- LEY 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras. (BOE n.º 260, de 30 de octubre de 2013.)

- LEY ORGÁNICA 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. (BOE n.º 274, de 15 de noviembre de 2013.)

- REFORMA del Reglamento del Senado por la que se modifican los artículos 92 y 93. (BOE n.º 284, de 27 de noviembre de 2013.)

- LEY ORGÁNICA 7/2013, de 28 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia. (BOE n.º 286, de 29 de noviembre de 2013.)

- LEY ORGÁNICA 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013.)

- LEY 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013.)

- LEY 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. (BOE n.º 295, de 10 de diciembre de 2013.)
- LEY ORGÁNICA 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. (BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2013.)
- LEY 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. (BOE n.º 309, de 26 de diciembre de 2013.)
- LEY 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. (BOE n.º 309, de 26 de diciembre de 2013.)
- CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEY ORGÁNICA 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. (BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2013.)
- LEY 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. (BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2013.)
- LEY 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público. (BOE n.º 311, de 28 de diciembre de 2013.)
- LEY 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. (BOE n.º 311, de 28 de diciembre de 2013.)
- LEY 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. (BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 2013.)

1.2 Leyes Autonómicas

1.2.1 Comunidad Autónoma de Aragón

- LEY 6/2013, de 12 de agosto, por la que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito y por la que se autoriza la realización de operaciones de endeudamiento por importe de 190.000.000,00 euros. (BOE n.º 214, de 6 de septiembre de 2013.)
- LEY 7/2013, de 12 de agosto, por la que se concede un crédito extraordinario y por la que se autoriza la realización de opera-

ciones de endeudamiento por importe de 100.000.000,00 euros. (BOE n.º 214, de 6 de septiembre de 2013.)

1.2.2 Comunidad Autónoma del Principado de Asturias

- LEY 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General. (BOE n.º 240, de 7 de octubre de 2013.)

1.2.3 Comunidad Autónoma de Canarias

- LEY 3/2013, de 30 de julio, de Medidas aplicables al destino del Fondo Canario de Financiación Municipal durante 2013. (BOE n.º 215, de 7 de septiembre de 2013.)

1.2.4 Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

LEY 1/2013, de 21 de marzo, de medidas para la dinamización y flexibilización de la actividad comercial y urbanística en Castilla-La Mancha. (BOE n.º 240, de 7 de octubre de 2013.)

1.2.5 Comunidad de Castilla y León

LEY 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León. (BOE n.º 260, de 30 de octubre de 2013.)

1.2.6 Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

- LEY 9/2013, de 18 de octubre, de modificación de la ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013. (BOE n.º 268, de 8 de noviembre de 2013.)

1.2.7 Comunidad Foral de Navarra

- LEY FORAL 28/2013, de 7 de agosto, de modificación parcial de la Ley Foral 8/2009, de 18 de junio, de creación de la Sociedad Corporación Pública Empresarial de Navarra, SLU. (BOE n.º 214, de 6 de septiembre de 2013.)

- LEY FORAL 29/2013, de 25 de septiembre, de modificación del artículo 3 de la Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales. (BOE n.º 263, de 2 de noviembre de 2013.)

- LEY FORAL 31/2013, de 31 de octubre, de modificación del artículo 132 y del Capítulo VIII del Título II de la Ley Foral 2/1995,

de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. (BOE n.º 284, de 27 de noviembre de 2013.)

- LEY FORAL 32/2013, de 31 de octubre, modificación del artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra. (BOE n.º 284, de 27 de noviembre de 2013.)

- DECRETO FORAL LEGISLATIVO 4/2013, de 30 de octubre, de Armonización Tributaria, por el que se modifica la Ley Foral 19/1992, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. (BOE n.º 284 de 27 de noviembre de 2013.)

- LEY FORAL 36/2013, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley Foral 1/2012, de 23 de enero, por la que se regula la renta de inclusión social. (BOE n.º 304, de 20 de diciembre de 2013.)

- LEY FORAL 37/2013, de 28 de noviembre, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra. (BOE n.º 307, de 24 de diciembre de 2013.)

1.2.8 Comunidad Autónoma de La Rioja

- LEY 10/2013, de 21 de octubre, de apoyo a emprendedores, autónomos y Pymes. (BOE n.º 268, de 8 de noviembre de 2013.)

- LEY 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda Pública de La Rioja. (BOE n.º 268, de 8 de noviembre de 2013.)

1.3 Reales Decretos

- REAL DECRETO 694/2013, de 20 de septiembre, por el que se reestructura la Oficina Económica del Presidente del Gobierno. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- REAL DECRETO 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- REAL DECRETO 695/2013, de 20 de septiembre, de modificación del Real Decreto 199/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de la Presidencia y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los de-

partamentos ministeriales. (BOE n.º 229, de 24 de septiembre de 2013.)

- REAL DECRETO 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público. (BOE n.º 231, de 26 de septiembre de 2013.)

- CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público. (BOE n.º 271, de 12 de noviembre de 2013.)

- CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. (BOE n.º 280, de 22 de noviembre de 2013.)

- REAL DECRETO-LEY 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2013.)

- REAL DECRETO 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2013.)

- REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (BOE n.º 289, de 3 de diciembre de 2013.)

- CORRECCIÓN DE ERRORES DEL REAL DECRETO-LEY 15/2013, de 13 de diciembre, sobre reestructuración de la entidad pública empresarial «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF) y otras medidas urgentes en el orden económico. (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2013.)

1.4 Órdenes Ministeriales y Circulares

- ORDEN HAP/1633/2013, de 9 de septiembre, por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Administración del Estado, que justifica la contratación con empresas privadas de auditoría. (BOE n.º 218, de 11 de septiembre de 2013.)

- ORDEN HAP/1769/2013, de 13 de septiembre, por la que se publica el pliego general de condiciones para la subasta pública al alza de bienes inmuebles propiedad de la Administración General del Estado, mediante el procedimiento de presentación de ofertas en sobre cerrado. (BOE n.º 235, de 1 de octubre de 2013.)

- ORDEN HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción del modelo simplificado de contabilidad local y se modifica la Instrucción del modelo básico de contabilidad local, aprobada por la Orden EHA/4040/2004, de 23 de noviembre. (BOE n.º 237, de 3 de octubre de 2013.)

- ORDEN ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (BOE n.º 239, de 5 de octubre de 2013.)

- ORDEN HAP/1816/2013, de 2 de octubre, por la que se publica el Acuerdo por el que se adoptan medidas de reestructuración y racionalización del sector público estatal fundacional y empresarial. (BOE n.º 242, de 9 de octubre de 2013.)

- ORDEN FOM/1824/2013, de 30 de septiembre, por la que se fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a aplicar en el Ministerio de Fomento. (BOE n.º 243, de 10 octubre de 2013.)

- ORDEN HAP/1896/2013, de 15 de octubre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2013 relativas al presupuesto de gastos y operaciones no presupuestarias. (BOE n.º 249, de 17 de octubre de 2013.)

- ORDEN ESS/2040/2013, de 4 de noviembre, por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2013, para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social. (BOE n.º 265, de 5 de noviembre de 2013.)

- ORDEN PRE/2088/2013, de 4 de noviembre, por la que se hacen públicas las características principales del segundo tramo de la tercera fase del mecanismo de pago a proveedores, aprobado mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 10 de octubre de 2013. (BOE n.º 273, de 14 de noviembre de 2013.)

- ORDEN PRE/2089/2013, de 7 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 18 de julio de 2013, sobre las características de las operaciones de préstamo a suscribir con las Comunidades Autónomas previstas en la segunda fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores. (BOE n.º 273, de 14 de noviembre de 2013.)

- ORDEN PRE/2090/2013, de 7 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 18 de julio de 2013, sobre las características de las operaciones de préstamo a suscribir con Entidades Locales en la segunda fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores. (BOE n.º 273, de 14 de noviembre de 2013.)

- ORDEN HAP/2161/2013, de 14 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de rendición al Tribunal de Cuentas de las cuentas anuales y demás información por las entidades reguladas en el tercer párrafo de la disposición adicional novena de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que deben aplicar el Plan General de Contabilidad y la información de carácter anual, trimestral y mensual a remitir a la Intervención General de la Administración del Estado por dichas entidades. (BOE n.º 279, de 21 de noviembre de 2013.)

- ORDEN PRE/2407/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican las características de las operaciones de préstamo a suscribir con entidades locales previstas en la tercera fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, aprobadas mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 7 de noviembre de 2013. (BOE n.º 307, de 24 de diciembre de 2013.)

- ORDEN PRE/2408/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican las características de las operaciones de préstamo a suscribir con las comunidades autónomas previstas en la tercera fase del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, aprobadas mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 7 de noviembre de 2013. (BOE n.º 307, de 24 de diciembre de 2013.)

- ORDEN HAP/2425/2013, de 23 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2014. (BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2013.)

1.5 Acuerdos y Resoluciones

- RESOLUCIÓN de 27 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Turismo, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013, por el que se modifica en lo relativo a previsión de gastos financieros del ICO y su financiación, el Acuerdo de 29 de mayo de 2009, que modificó la normativa reguladora de los préstamos previstos en el Plan de Renovación de Instalaciones Turísticas (Plan Renove Turismo 2009) del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y amplió su dotación económica. (BOE n.º 212, de 4 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 30 de agosto de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4 de marzo de 2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico. (BOE n.º 212, de 4 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 12 de septiembre de 2013, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se regula el procedimiento de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales para los fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria. (BOE n.º 224, de 18 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 12 de septiembre de 2013, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifican los modelos de la Cuenta general del sector público empresarial y de la Cuenta general del sector público fundacional que integran la Cuenta General del Estado. (BOE n.º 225, de 19 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 18 de septiembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos. (BOE n.º 230, de 25 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 30 de septiembre de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo de la de 4 de marzo de 2013, por la que se define el prin-

cipio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico. (BOE n.º 235, de 1 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 2 de octubre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 25 de julio de 2013, sobre supresión de la remisión de la documentación justificativa de las cuentas de pago a justificar y anticipos de caja fija de la Administración General del Estado. (BOE n.º 247 de 15 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 30 de septiembre de 2013, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se desarrolla la Orden HAC/3578/2003, de 11 de diciembre, en relación a los procedimientos especiales de ingreso derivados de determinadas actuaciones de gestión recaudatoria en vía ejecutiva. (BOE n.º 250, de 18 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 8 de octubre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 26 de septiembre de 2013, de aprobación del Plan de Contabilidad Adaptado a las Formaciones Políticas. (BOE n.º 252, de 21 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 21 de octubre de 2013, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se aprueba la modificación del Reglamento Interno del Banco de España, de 28 de marzo de 2000. (BOE n.º 254, de 23 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento. (BOE n.º 256, de 25 de octubre de 2013.)

- ACUERDO de 15 de octubre de 2013, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. (BOE n.º 258, de 28 de octubre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 31 de octubre de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo de la Resolución de 4 de marzo de 2013, por la que se define

el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico. (BOE n.º 269, de 9 de noviembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publican las nuevas Normas Técnicas de Auditoría, resultado de la adaptación de las Normas Internacionales de Auditoría para su aplicación en España. (BOE n.º 272, de 13 de noviembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la Norma Técnica de Auditoría sobre «Relación entre auditores». (BOE n.º 272, de 13 de noviembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 15 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se somete a información pública la Norma Técnica de Auditoría sobre «Auditoría de un solo estado financiero», resultado de la adaptación de la Norma Internacional de Auditoría 805, para su aplicación en España. (BOE n.º 272, de 13 de noviembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 10 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013, sobre la instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico. (BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 12 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras. (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 16 de diciembre de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se actualiza el anexo incluido en la Resolución de 4 de marzo de 2013, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las opera-

ciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico. (BOE n.º 06, de 23 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 30 de diciembre de 2013, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2014. (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 2013.).

2. JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE CUENTAS. SALA DE JUSTICIA

2.1 Sentencias y Resúmenes Doctrinales

- **SENTENCIA N.º 18/2013, Recurso del artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, n.º 33/12, del ramo de Universidades... Madrid.**

Inadmite la Sala, por falta de jurisdicción, el recurso planteado contra la Resolución Rectoral de la Universidad Politécnica de xxxxx de 27 de abril de 2012, indicándose que la pretensión debe deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que corresponde su conocimiento, en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Se deduce, de todo ello, que la Sala sólo puede conocer de los recursos contra declaraciones de responsabilidad contable que así se concreten en los oportunos procedimientos de reintegro por alcance, en los juicios de cuentas o, en su caso, en los expedientes administrativos de responsabilidad contable (artículo 41.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo), pero no puede entrar a revisar la legalidad de los actos administrativos, salvo cuando resuelva cuestiones prejudiciales, siendo dicha revisión competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El contenido de la pretensión del recurrente es que se declare la nulidad del acto administrativo objeto de impugnación basándose en lo que dispone el art. 62.1 e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resaltando la Sala que acceder a dicha pretensión, *«lejos de dilucidar pretensiones de responsabilidad contable, invadiría el contenido propio del orden jurisdiccional con-*

tencioso-administrativo y la resolución dictada estaría desprovista de validez jurídica, por cuanto la jurisdicción es improrrogable (artículo 9.6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) y sólo puede ser ejercida por los Jueces y Tribunales con carácter exclusivo en los casos en los que le venga atribuido por Ley.» Señala además la Sala que no puede entrar en la valoración del acto administrativo impugnado al no darse los supuestos de prejudicialidad administrativa del artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

• SENTENCIA N.º 19/2013, Recurso de apelación n.º 44/12, interpuesto contra la Sentencia de 8 de junio de 2012, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º A-86/08, del ramo de Seguridad Social... Madrid.

Tras sistematizar la motivación de los recursos interpuestos y de la oposición y adhesiones a los mismos, y antes de analizar el fondo del asunto, advierte la Sala que la técnica defensiva de los impugnantes, consistente en reproducir las alegaciones vertidas en primera instancia, ha sido reprobada tanto por la propia Sala, como por el Tribunal Supremo, exigiendo la segunda instancia que *«los razonamientos en que se funde la apelación tiendan a desvirtuar –en virtud de un juicio crítico racional– la argumentación que sirva de soporte a la resolución impugnada que ya debió tener en cuenta los datos y razonamientos jurídicos que perfilaron en la instancia la pretensión y su oposición».*

Desestima la Sala las cuestiones procesales, reiteradas en esta segunda instancia, referidas a la falta de legitimación *«ad causam»* y a la falta de litisconsorcio pasivo necesario, confirmando el criterio de instancia y considerando que *«la cualidad objetiva, consistente en una posición o condición, en relación con el objeto del proceso que genera la aptitud o idoneidad para ser parte procesal se basa en el conjunto de funciones gerenciales, incluidas las relativas a la preparación de las cuentas anuales, inherentes al cargo de Director Gerente de la Mutua».* Se refiere al concepto amplio de gestión de fondos públicos, incorporado al artículo 15.1 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, y admitido por la doctrina de la propia Sala, comprensivo de las actividades de *«recaudar, intervenir, administrar, custodiar, manejar o utilizar bienes, caudales o efectos públicos».* Recuerda que la condición de gestor no sólo concurre cuando hay manejo material de fondos, sino también cuando se tiene capacidad de decisión sobre su uso y que *«el posible incumplimiento por parte de otros de las obligaciones que tienen atribuidas nunca puede constituir causa para que uno deje de atender las propias».*

Considera que lo fundamental para decidir sobre la legitimación «*ad causam*» del demandado es que, como Subdirector General de Prestaciones y Servicios de la Mutua firmó, en representación de ésta, contratos con las empresas con que el Ministerio Público estima que se desarrolló la trama fraudulenta descrita en la demanda. La firma de tales contratos implica gestión de fondos públicos en sentido amplio, lo que conlleva la desestimación de la excepción.

Tanto por la naturaleza de su cargo, como por la actividad desplegada en el desarrollo de sus competencias, los demandados tenían la condición de cuentadantes, en los términos establecidos en la doctrina de la propia Sala que conceptúa como tal no sólo al que formalmente elabora y rinde *una cuenta acreditativa de los caudales recibidos o cargados y justificativa de la inversión dada a los mismos, o data de valores*, sino también a cualquier persona que intervenga en el proceso de gestión o administración de fondos públicos.

Se confirma, igualmente, la desestimación de la excepción de prejudicialidad penal, remitiéndose la Sala a los argumentos reflejados en la sentencia impugnada y en los Autos que, con carácter previo, resolvieron dicha cuestión y recuerda la doctrina de la Sala referida a la cosa juzgada formal, que recoge la normativa aplicable, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre el «*efecto vinculante derivado de la cosa juzgada formal de las resoluciones firmes (...) que impide que puedan posteriormente dictarse resoluciones que decidan de modo contrario a lo resuelto en aquellas resoluciones anteriores pasadas en cosa juzgada*» y que se integra en el derecho fundamental de tutela judicial efectiva en su modalidad de «*derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*».

Se desestima también la solicitud de nulidad de actuaciones por omisión de la intervención de la representación del recurrente en las actuaciones previas, indicando que, entendida la citada nulidad como «*técnica procesal dirigida a la privación de los efectos producidos o cuya producción se pretende por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección*», solo puede afirmarse que la nulidad de actuaciones se ha producido cuando se haya generado una efectiva indefensión, lo que no ocurre en este caso pues «*las actuaciones previas no condicionan ni vinculan a los posibles legitimados, que podrán plantear con absoluta independencia pretensiones de responsabilidad contable y oponerse a las mismas en la primera instancia del proceso*».

En cuanto a la alegación de indefensión, entiende la Sala que ésta no se ha producido ni en la tramitación de las Actuaciones Previa ni en la primera instancia. Se refiere a los factores que han de tenerse en cuenta para la calificación de la indefensión con relevancia constitucional y recuerda la doctrina reiterada que entiende por indefensión *«una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (...) consistiendo, en esencia, en el impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, en la privación de la potestad de alegar, y en su caso, de justificar sus derechos e intereses por la parte, para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias»* y considera que *«solo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso.»*

Rechaza asimismo la Sala la cuestión de extemporaneidad de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal. Entiende que el criterio de instancia no sólo se ajusta a la legalidad procesal sino que resulta el más afín a la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione* que se garantizan en el art. 24 de la Constitución e implica *«la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión -o de no pronunciamiento- que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión -o no pronunciamiento sobre el fondo- preservan y los intereses que sacrifican.»*

En cuanto a la alegación ya resuelta en la instancia, sobre la relevancia jurídica de la autorización administrativa, llevada a cabo por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de los contratos suscritos por la Mutua y la S.L., indica la Sala que el que hubieran sido autorizados por la autoridad administrativa competente no supone, necesariamente, que el objeto y contenido de los mismos justificara la duplicación de la tarifa pactada, de un año a otro, ni implica *per se* que fueran ajustados a Derecho, ni tiene efecto justificativo/convalidatorio sobre la posible salida injustificada de fondos públicos. La legalidad y justificación de dicha salida de fondos depende de que esté acreditada la correlación entre las prestaciones pactadas cada uno de los dos años y la subida del precio convenida en el segundo y, según la prueba obrante en autos, no se da tal acreditación.

Frente a la alegación de error en la valoración de la prueba, muestra también la Sala su conformidad con los argumentos de la

sentencia de instancia, que aplicó al caso el «*principio de adquisición procesal*» legal y jurisprudencialmente reconocido en nuestro Derecho, según el cual «*el órgano judicial, en su función de fijar los hechos, puede tomar en consideración cualesquiera elementos probatorios aportados al proceso, con independencia de la parte que los haya aportado*». Se refiere asimismo al «*principio de aportación de parte*», que establece «*a quién corresponde la tarea de presentar los hechos al juicio, para delimitar el objeto del mismo, y la de procurar su acreditación a través de la actividad probatoria que, según la norma, es una actividad que han de asumir las partes litigantes, salvo que la ley específicamente disponga otra cosa*».

A efectos de resolver la alegación de error en la valoración de la prueba, destaca la Sala la importancia de la prueba documental referida al Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, diversos informes de control de la Intervención General de la Seguridad Social, un Informe pericial y la prueba testifical prestada por el testigo-perito así como por otros testigos y, de la revisión de todo el material probatorio concluye la Sala que no se aprecia error alguno en la valoración realizada en la instancia, sin que se haya actuado «*de forma ilógica, arbitraria, contra las máximas de experiencia o las reglas de la sana crítica*».

Desestima la Sala la alegación de vulneración de los requisitos para la exigencia de responsabilidad contable, repasando cada uno de ellos y confirmando su presencia en el caso; así, en cuanto al elemento subjetivo, alude al concepto de culpa o negligencia, de acuerdo con el art. 1.104 del Código Civil e indica que en el ámbito contable, «*la diligencia exigible al gestor de fondos públicos es especialmente intensa, ya que la omisión de la diligencia adecuada en la administración de los caudales o efectos públicos puede generar un menoscabo en los mismos, susceptible de un reproche social cualificado*», destacando además que la previsibilidad es un elemento esencial para valorar la posible conducta culpable.

Desestima la Sala la pretensión subsidiaria de la Mutua, reiterando las conclusiones extraídas en la instancia al poner de manifiesto la esencial coincidencia en el objeto y contenido de los contratos celebrados en dos años consecutivos, sin que se aprecien diferencias relevantes que justifiquen la duplicación de la tarifa. Señala que, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba, incumbía a los demandados, en la instancia o, en la presente apelación al recurrente, si fuera posible, en atención a lo previsto en el art. 460 de la LEC, la aportación de pruebas acreditativas de tales diferencias y no ha habido tal aportación.

En cuanto a las dudas planteadas sobre la dificultad de conciliación de la presente resolución de la Sala con la que pueda dictarse por el Tribunal Supremo (Sala 3ª), en sede contencioso-administrativa, entiende la Sala que no cabe pronunciarse al respecto al no constituir motivo de apelación y plantearse sobre «*un futurible*» que, por otra parte, no llegará a materializarse pues el objeto del procedimiento contable difiere del contencioso-administrativo.

Ratifica la Sala el criterio de instancia, integrado en su propia doctrina, acerca de la inadmisibilidad del procedimiento basado en la técnica del muestreo, a efectos de cuantificar una pretensión de resarcimiento en este ámbito, y exige demostrar de forma individualizada el daño o menoscabo. Analiza si en el procedimiento de instancia se vulneraron las reglas y criterios sobre la carga de la prueba, *onus probandi* y apreciación o valoración conjunta de la prueba, legal y jurisprudencialmente consagrados, y si hubo «*quiebra en el razonamiento lógico que condujo, desde los hechos sucedidos declarados probados a la solución exculpatoria de responsabilidad por inexistencia de regularidad contable*», llegando a la conclusión de que no hubo tal vulneración o quiebra y desestimando, por tanto, las pretensiones del Ministerio Fiscal.

• **SENTENCIA N.º 20/2013, Recurso de apelación n.º 18/13 formulado por Don... en nombre y representación de Doña... contra la Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º C-16/11, del ramo de Entidades Locales... León.**

Se analizan, en primer lugar, las cuestiones de carácter procesal, y en cuanto a la alegación de indefensión, ya desestimada en la instancia por no concurrir los requisitos que exige la jurisprudencia constitucional incorporada a la doctrina de la propia Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, se indica que la recurrente intervino en la fase de actuaciones previas, dispuso de los trámites alegatorios previstos para la primera instancia, ejerció su derecho a la prueba, fue correctamente notificada y contó con el derecho a recurrir.

Se rechaza la alegación de vulneración del derecho a la igualdad, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva contemplados en los artículos 14 y 24 de la Constitución Española, considerando la Sala que el enfoque de la carga de la prueba que presenta la sentencia apelada resulta conforme a lo previsto en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y

a la interpretación uniforme que del mismo realiza. Entiende que no se produce vulneración de los preceptos constitucionales citados sino una discrepancia de la litigante con la valoración de la prueba realizada en la instancia y añade que la intervención de un tercero en los hechos es una cuestión referida a la imputabilidad y tampoco afecta a los derechos citados.

Respecto a las cuestiones de fondo, comienza la Sala valorando las que afectan a la consideración de los hechos como alcance y rebate, para ello, la alegación de insuficiencia del Informe del Secretario del Ayuntamiento en que se basó la declaración y cuantificación de dicho alcance, considerando que no pueden prosperar meras alegaciones de parte contra las razones que avalan la solvencia técnica y la solidez de las conclusiones del Informe. Entiende que la falta de certeza respecto a las cantidades ingresadas por las dos partidas del Informe que, según la recurrente, deberían reducir la cuantía del alcance, *«constituye una indeterminación sobre el destino dado a estos fondos, que no puede beneficiar a las pretensiones de la recurrente»*, estando asociada la situación al deficiente desarrollo de sus funciones gestoras y no habiendo aportado elementos probatorios suficientes que avalen la pretendida reducción. Recuerda que dicha aportación incumbía a la recurrente, en virtud de las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ratifica la Sala la conclusión de la sentencia de instancia que declara la responsabilidad contable directa de la recurrente por cumplirse los requisitos de los arts. 38.1 y 42 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en relación con el art. 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, y con la doctrina de la propia Sala y repasa los criterios incorporados a ésta que *«permiten mantener el carácter ilegal y gravemente negligente de la conducta enjuiciada, así como la relación causal entre la misma y el daño patrimonial producido»*, criterios entre los que se incluye que *«la diligencia exigible en la gestión de los fondos públicos es una diligencia intensa y cualificada»*, que *«hay nexo causal entre la conducta del demandado y los daños producidos al erario público cuando el irregular cumplimiento por éste de las obligaciones de su cargo desencadena una situación fáctica adecuada para que el menoscabo se produzca»* y que *«el incumplimiento de sus obligaciones por otros no exime del necesario cumplimiento de las propias, salvo en los casos de imposibilidad o extraordinaria dificultad legalmente previstos»*.

Al abordar la pretensión impugnatoria contenida en el escrito de adhesión parcial al recurso de apelación indica la Sala que dicha

pretensión debe valorarse dentro de los límites correspondientes a la posición procesal de «*parte adherida parcialmente al recurso*» y, del análisis de las circunstancias relativas a la gestión desempeñada por dicha parte adherida deduce que su conducta fundamentalmente omisiva reúne los requisitos de la responsabilidad contable directa y que esta conclusión no puede quedar desvirtuada por meras alegaciones de parte.

Rechaza la discrepancia con la valoración de la prueba en lo relativo al Programa Informático aplicado al control de cobros en metálico así como «*la alegación exculpatoria de falta de conocimiento por la Recaudadora de algunas de las altas que no constaban ingresadas*», considerándose, por el contrario, que este desconocimiento refuerza la conclusión de falta del debido seguimiento y control de la información que a ella correspondía. Desestima, igualmente, la alegación de incorrecta aplicación de las reglas de la carga de la prueba ya que, probado el alcance en los fondos públicos y la función de gestión que incumbía a la Recaudadora, debía haber sido ésta la que trajera al proceso elementos probatorios extintivos de su responsabilidad.

• **SENTENCIA N.º 21/2013, Recurso de apelación n.º 24/2013 interpuesto contra la Sentencia de 26 de diciembre de 2012, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-73/11, del ramo de Entidades Locales... Málaga.**

Desestima la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia dictada en el procedimiento de reintegro por alcance de referencia, analizando para ello cada una de las cuestiones planteadas.

Para resolver las alegaciones de invalidez e ineficacia de la demanda, extemporaneidad e inadmisión a trámite de la misma, parte de las actuaciones obrantes en autos y considera que no cabe sino desestimar las citadas alegaciones dado que la demanda fue debidamente presentada, tanto por lo referido a los medios, como al plazo y al órgano ante el que se interpuso.

Recuerda, en este sentido, la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de las de Enjuiciamiento Civil y Criminal, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final Segunda 2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y entiende que, en cuanto a la presentación de escritos ante los Tribunales por medios técnicos, resulta aplicable al presente recurso

el artículo 135.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que dispone que «*Cuando las Oficinas Judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos iniciadores y demás escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieron, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios*». Por tanto, la remisión de la demanda por el Ayuntamiento mediante fax al Secretario del procedimiento, quedando constancia de su recepción en los autos, se ajusta a derecho, sin que se haya infringido lo dispuesto en el art. 63.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Añade que en el caso de autos, el escrito de interposición de demanda fue presentado ante el órgano competente para pronunciarse sobre la admisión de la misma, según lo dispuesto en el art. 404 de la LEC, por remisión del artículo 73.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, y dentro del plazo conferido por la Diligencia de Ordenación del Secretario del procedimiento, y recibida en el Departamento de instancia con anterioridad a las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sin que este Órgano *ad quem* aprecie infracción alguna del artículo 63.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, referido al tiempo hábil para las actuaciones judiciales del Tribunal de Cuentas.

Por otra parte, la Sala destaca el hecho de que la representación del demandado no recurriera el Decreto de admisión de demanda, siendo en la audiencia previa cuando puso de manifiesto la invalidez, ineficacia jurídica y extemporaneidad de la demanda, en las que ahora basa su recurso.

En cuanto al archivo de las actuaciones ex artículo 73 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, destaca la Sala que dicho artículo dispone, en sus apartados 3 y 4, que «*si ninguna demanda fuera presentada en el plazo concedido para ello, se conferirá traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, por el mismo plazo, para que la formalice si procediere*» y que «*en el caso de que tampoco fuera aquella deducida por el Ministerio Fiscal, el órgano de la jurisdicción contable que entendiere del litigio ordenará, de oficio, el archivo de los autos*», y de ello deduce que sólo procede el archivo cuando no se hubiera presentado demanda alguna por los legitimados activos que, de acuerdo

con el artículo 55.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, son la Administración o entidad perjudicada y el Ministerio Fiscal.

Frente a la alegación de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión, recuerda la Sala el concepto de indefensión con relevancia constitucional que supone que *«se prive al interesado de la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses mediante la apertura del adecuado proceso o realizar dentro del mismo las adecuadas alegaciones o pruebas»*. Entiende la Sala que lo relevante para determinar si se ha producido indefensión es analizar si el recurrente se vio privado de la posibilidad de ser oído o se le imposibilitó la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que no ocurrió en el caso de autos, por lo que procede desestimar tal alegación.

• **SENTENCIA N.º 22/2013, Recurso de apelación n.º 20/13, interpuesto contra la Sentencia de 6 de marzo de 2013, dictada en el procedimiento de reintegro por alcance n.º A-46/11, del ramo de Comunidades Autónomas... Galicia.**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia desestimatoria de su demanda de responsabilidad contable.

Rechaza, en primer lugar, la alegación de incongruencia omisiva basada en que no se declaró probado que la subvención no se destinó a la finalidad prevista. Recuerda la Sala su doctrina referida a la incongruencia, según la cual *«de acuerdo con el artículo 71.3º de la Ley 7/1988, de 5 de abril, la Sentencia debe decidir todas las cuestiones controvertidas en el proceso y estimar o desestimar en todo o en parte la pretensión de responsabilidad contable»* y añade que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para que la incongruencia vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva debe constituir una desviación del «tema decidendi» de tal importancia que suponga una completa modificación de los términos en que se produce el debate contradictorio. Se exige que concurra una omisión, silencio o desajuste de «entidad relevante», siendo decisiva la correlación entre las pretensiones y resistencia de las partes, reflejadas en el suplico de los escritos de demanda y contestación, y el fallo o parte dispositiva de la sentencia. Destaca su propia doctrina según la cual el requisito de la congruencia impone que la parte dispositiva de la sentencia «deba atenerse a las pretensiones y excepciones oportunamente ejercitadas o planteadas, de forma que no otorgue más o cosa distinta de lo pedido» y añade que «el órgano jurisdiccional no

incurrir en incongruencia por usar argumentos jurídicos distintos de los alegados por las partes».

Desestima, por tanto, la alegación de incongruencia omisiva al no apreciarse una desviación entre la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal en el suplico de su demanda y la decisión incorporada a la parte dispositiva de la sentencia, que suponga una modificación sustancial de los términos en que ha discurrido la controversia procesal.

Frente a la alegación relativa a la valoración de la prueba por el órgano de primera instancia, recoge la Sala su doctrina según la cual *«el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los testigos, partes o cualquier otro elemento probatorio, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador de primera instancia, transfiriendo la apelación al tribunal «ad quem» el conocimiento pleno de la cuestión, quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez «a quo» de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por la adecuación a los resultados obtenidos en el proceso»*. Analiza si hubo alguna fisura en el discurso lógico que condujo a la Consejera de instancia a desplazar la carga de la prueba de los hechos constitutivos a la parte actora y considera, en cuanto a la invocada ausencia de justificación de la realización de la actividad, que, a pesar de las conclusiones del Informe de Fiscalización del Consejo de Cuentas de Galicia de la Cuenta General de la Administración, ejercicio 2004, la documental consistente en determinados recortes de prensa sirve para demostrar, al menos de forma indiciaria, que la actividad iba a realizarse. Y ello debido a que, no obstante la especial fuerza probatoria que viene atribuyéndose a los Informes de Fiscalización, de acuerdo con la doctrina de la propia Sala, confirmada por el Tribunal Supremo, sus conclusiones pueden resultar desvirtuadas por los resultados de otros medios de prueba.

Repasa la Sala la aplicación en la jurisdicción contable del principio civil de la carga de la prueba regulado en el art. 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, añade que es principio de consolidada aplicación en nuestro ámbito contable el del «onus probandi» establecido en el art. 217 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil, que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, supone que *«las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de recaer en aquél a quien correspondía la carga de la misma, pues si existe prueba en los autos nada importa quien la haya llevado a los mismos»* y concluye que el material probatorio obrante en autos permite obtener la suficiente convicción, como se declaró en la instancia, de la inexistencia de daño constitutivo de alcance a las arcas públicas de la Comunidad de Galicia, y que las consecuencias perjudiciales de la insuficiencia de prueba de la producción del daño efectivo deben ser soportadas por la parte actora, a la que incumbía probarlo.

Entiende la Sala que no cabe hablar, por tanto, de falta de justificación referida a las actividades objeto de subvención, ni de responsabilidad de la entidad perceptora ni del Presidente de la misma, debiendo confirmarse íntegramente la Sentencia de instancia.

2.2 Autos

• **AUTO N.º 18/2013, Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, n.º 9/13, Actuaciones Previa N.º 70/10-0, del ramo de Entidades Locales... Barcelona.**

Desestima la Sala los recursos del art. 48.1 de la ley 7/88, de 5 de abril, interpuestos contra la Liquidación Provisional y Providencias de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de 28 de febrero de 2013, abordando en primer lugar las alegaciones referidas a la petición de suspensión de la eficacia de las resoluciones recurridas.

Señala que debe tenerse en cuenta, por una parte, que el requerimiento de pago, depósito o afianzamiento y el embargo preventivo, en fase de Actuaciones Previa, tienen su propio régimen jurídico (art. 47.1 de la Ley 7/88, apartados f) y g), remitiendo el último de dichos apartados al Reglamento General de Recaudación a efectos de la forma de practicar los embargos), y por otra parte, que es doctrina de esta Sala que *«la interposición del recurso al que se refiere el art. 48.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas no tiene carácter suspensivo...salvo que concurran circunstancias excepcionales»*. De ello deduce que no existe base legal para aplicar supletoriamente a las Actuaciones Previa los artículos de la Ley General Tributaria y de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que el recurrente pretende y que las circunstancias excepcionales que justifi-

carían los efectos suspensivos del recurso del art. 48.1 deben ser objeto de interpretación restrictiva, sin que quepa apreciarlas, salvo que estén relacionadas con una posible situación de indefensión. Los motivos en que los recurrentes basan la suspensión, referidos a la incapacidad económica para afrontar las garantías exigidas, a la eventual provocación en su patrimonio de daños de difícil o imposible reparación y al carácter controvertido de la presunta responsabilidad que se les imputa nada tienen que ver con la indefensión. Entiende la Sala, por tanto, que no se aprecian circunstancias que permitan alterar la regla del carácter no suspensivo del recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88.

Rechaza, igualmente, la petición subsidiaria de que las medidas cautelares se impongan sobre determinados bienes, pues la fijación del contenido de tales medidas no corresponde a esta Sala mediante el recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, sino al Delegado Instructor por la vía del art. 47 de dicha Ley o al Consejero de instancia por la vía del art. 67 de la misma.

Analiza a continuación las cuestiones de procedimiento y así, frente a la alegación de falta de notificación del inicio y tramitación de las actuaciones que, según el recurrente, le impidió intervenir en ellas y proponer sus medios de defensa, recuerda que según doctrina reiterada y uniforme de la Sala, *«en las Actuaciones Previas del artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el trámite de audiencia, vista del expediente, formulación de alegaciones y propuesta de nuevas diligencias de averiguación se concentra en el momento procedimental de la liquidación provisional»*, sin que pueda identificarse, hasta dicho trámite, a interesados en el procedimiento titulares del derecho a ser notificados. Desestima también la alegación de insuficiencia del plazo para examinar las actuaciones y falta de entrega de copia de las mismas, considerando que la duración del plazo es adecuada a la naturaleza de las Actuaciones Previas y que el acceso a la información quedó garantizado con la puesta a disposición de los interesados, aunque no se entregara copia con la citación a la práctica de la Liquidación Provisional.

Se opone la Sala a la pretensión de aplicar a esta fase instructora el art. 45 de la Ley 7/88, tratando de asemejarla a una fiscalización, dado que no existe precepto legal que permita aplicar dicho artículo (previsto para la pieza separada de los juicios de cuentas) a esta fase, que tiene su propia regulación en el art. 47 de dicha Ley. Añade que no cabe confundir las Actuaciones Previas con la Pieza Separada del art. 45 ni con los procedimientos fiscalizadores y que las

garantías que el art. 47 ofrece a los interesados no son de inferior calidad jurídica que las que otorga el art 45 mencionado.

Frente a la alegación de falta del debido emplazamiento por haberse realizado el llamamiento mediante una única cédula dirigida a la representación procesal común de cuatro de los llamados, entre los que se dan situaciones de incompatibilidad, indica la Sala que no procede su estimación, pues la citación se hizo a través de quien constaba como su representante procesal, sin que resulten exigibles en esta fase los requisitos de postulación procesal del art. 57 de la Ley 7/88 , previstos para las fases jurisdiccionales del proceso, siendo posible en fase de Actuaciones Previas la representación del interesado por sí mismo, sin necesidad de letrado ni procurador.

La designación de letrada con posterioridad a la práctica de la Liquidación Provisional no puede dar lugar a una retroacción de las actuaciones *«para que ésta pudiera acceder al trámite ya superado de liquidación provisional»*, debiendo concederle las garantías procesales propias del momento del procedimiento en que se incorporó al mismo.

Tampoco cabe admitir la alegación que considera excesiva la duración de las Actuaciones Previas, recordando la Sala su doctrina reiterada y uniforme que sostiene que el plazo establecido en el art. 47.4 de la Ley 7/88, de 5 de abril *«tiene carácter meramente indicativo y sus efectos y consecuencias están limitados al ejercicio de las funciones de los instructores, pero su incumplimiento no determina ni la caducidad del trámite ni la caducidad de la instancia o del procedimiento (...)»*, y que el mero hecho de que las actuaciones hayan rebasado el plazo citado no supone por sí mismo indefensión de los interesados, que han gozado de todas las garantías procedimentales legalmente previstas.

En cuanto a la prejudicialidad penal, establece la Sala que, de acuerdo con los artículos 16 b), 17.2 y 18 de la Ley Orgánica 2/82 de 12 de mayo y los artículos 47, 48, 49 y 73.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, en relación con el art. 40 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, no puede ser objeto de conocimiento y resolución en fase de Actuaciones Previas por el órgano instructor, ni por esta Sala a través del recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88 y no conlleva indefensión el hecho de que en las actuaciones instructoras no se haya conocido ni resuelto sobre dicha prejudicialidad.

Se establece, a continuación, que las alegaciones referidas a cuestiones de fondo como son la existencia o inexistencia de alcan-

ce, la cuantía del mismo y la determinación de las responsabilidades contables directas o subsidiarias, desbordan el ámbito competencial de la Sala a través de este recurso, por lo que no puede ésta entrar a conocer sobre las mismas.

Desestima la Sala la pretensión de nulidad de la Liquidación Provisional y de las providencias de requerimiento, sin que proceda la retroacción de actuaciones y rechaza las peticiones de archivo o el sobreseimiento de actuaciones, pues *«las posibilidades de archivo, no incoación o sobreseimiento están legalmente reservadas a los Consejeros de Cuentas, en fase de diligencias preliminares ex artículo 46.2 de la citada Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, o en las instancias jurisdiccionales de acuerdo con los artículos 73 y 79 de la aludida Norma (...)»*.

• **AUTO N.º 19/2013, Recurso n.º 17/13 del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, interpuesto contra la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, dictada en las Actuaciones Previas n.º 59/12, Comunidades Autónomas... Andalucía.**

Desestima la Sala el recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, interpuesto contra la Liquidación Provisional y Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, de 16 de mayo de 2013, confirmando tales resoluciones.

Comienza recordando la naturaleza de este medio de impugnación de las resoluciones dictadas en la fase preparatoria de los procesos jurisdiccionales contables, configurado como «especial y sumario por razón de la materia». Se trata de un recurso por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en una segunda instancia jurisdiccional, sino que se pretende ofrecer a los intervinientes en las Actuaciones Previas un mecanismo de revisión de cuantas resoluciones puedan cercenar sus posibilidades de defensa. Indica la Sala que los motivos de impugnación no pueden ser distintos de los taxativamente establecidos en la Ley (que no se accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o que se causare indefensión) y que su finalidad no es conocer el fondo del asunto, sino únicamente revisar las resoluciones dictadas en la fase de instrucción que puedan impedir o minorar la defensa de quienes intervienen en las mismas.

Indica la Sala que las Actuaciones Previas tienen carácter preparatorio del ulterior proceso jurisdiccional contable, por lo que comprenden la práctica de las diligencias precisas para concretar los hechos imputados y a los presuntos responsables, así como, en caso

de que de las actuaciones llevadas a cabo se desprendan indicios de responsabilidad contable, cuantificar de manera previa y provisional el perjuicio ocasionado en los caudales públicos y adoptar las medidas cautelares de aseguramiento que sean necesarias para garantizar los derechos de la Hacienda Pública.

Rechaza la Sala la pretensión de una de las organizaciones sindicales recurrentes basada en la denuncia de vulneración de la normativa laboral y en materia de elecciones sindicales, siendo ésta una cuestión que afecta al fondo del asunto y excede, por tanto, el ámbito de este recurso.

Analiza, en cambio, las alegaciones de indefensión por denegación de determinadas pruebas y por errores materiales en la Liquidación Provisional e indica que estos últimos son susceptibles de corrección en cualquier tiempo, sin que permitan sustentar este recurso. Tampoco admite la alegación de indefensión dado que, del Acta de Liquidación Provisional se desprende que se dio cumplida respuesta por la Delegada Instructora a todas las peticiones de diligencias adicionales y que rechazó motivadamente los requerimientos que consideró irrelevantes para la obtención de sus conclusiones acerca de la producción de un presunto alcance. Recuerda la Sala el concepto de indefensión con relevancia constitucional, derivado del artículo 24 de la Constitución Española, interpretado por la doctrina de la propia Sala de Justicia y la del Tribunal Constitucional e indica que ha de obedecer a tres pautas interpretativas: a) las situaciones de indefensión deben valorarse según las circunstancias de cada caso; b) deben conllevar el menoscabo del derecho de defensa y el perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado; y c) ha de tratarse de situaciones de indefensión material en que, razonablemente, haya podido producirse un perjuicio al recurrente, circunstancias que no se observan en el caso de autos.

• **AUTO N.º 20/2013, ASUNTO: Recurso del artículo 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n.º 21/13, Diligencias Preliminares n.º C-252/12, Ramo de Comunidades Autónomas... Madrid.**

Se desestima el recurso del art. 46.2 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, interpuesto contra el Auto de 5 de marzo de 2013, de archivo de Diligencias Preliminares, rectificado por Auto de 10 de junio de 2013, recordando la Sala de Justicia, con carácter previo, que ha venido interpretando reiteradamente el art. 46.2 de la Ley 7/88, como *«un incidente de archivo cuya finalidad es rechazar a limine aquellas denuncias que*

versen sobre hechos que manifiestamente no revistan los caracteres de alcance, sin que pueda entrar a realizar ningún otro tipo de valoración, en cuanto no cabe en dicha fase, previa a la de enjuiciamiento contable, e incluso a la instrucción, entrar a conocer el fondo del asunto».

De acuerdo con esta doctrina, procede el archivo de las Diligencias Preliminares cuando los hechos no revistan los caracteres de alcance de manera manifiesta, es decir, patente, clara y descubierta, y no reúnan unas características mínimas que hagan posible una valoración inicial que permita apreciar que puede existir un presunto alcance de fondos o caudales públicos y, en cambio, no procede el archivo *«si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario, y a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago que pudieran haber carecido del suficiente respaldo normativo».*

Frente a la alegación de posible perjuicio a los fondos públicos derivado de la falta de transferencia a la Comunidad de xxxx del crédito correspondiente a seis puestos de trabajo, suprimidos de la Institución del Defensor del Menor, cuyos titulares fueron trasladados a la Comunidad de xxxx, basando los recurrentes el perjuicio en el incumplimiento de determinados artículos de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, del RD 1959/1983 y de la Ley General Presupuestaria, indica la Sala que las dos primeras normas no resultan aplicables al supuesto en cuestión ya que *«no se ha producido un traspaso de personal desde la Administración del Estado a la Comunidad de xxxx, que requeriría, conforme a la normativa precitada, las correspondientes transferencias de créditos, sino una incorporación individual de personal de la Asamblea de Madrid a la Administración de la Comunidad Autónoma, como consecuencia de una reordenación de medios en la Comunidad de xxxx ante la supresión de una institución -el Defensor del Menor- en aras de la eficiencia y mayor austeridad del gasto»* y tampoco es aplicable lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria, ya que *«el régimen jurídico de las transferencias, modificaciones y generaciones de créditos en los Presupuestos de la Comunidad de xxxx se encuentra regulado en la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de xxxx.»*

Expone la Sala que la Institución del Defensor del Menor de la Comunidad de xxxx se suprimió por Ley 3/2012, de 12 de junio, de la Comunidad de xxxx, cuya Disposición Adicional Primera, referente al régimen de personal, estableció que los funcionarios de carrera pertenecientes a Cuerpos Específicos del Defensor del Me-

nor (Especialistas del Defensor del Menor) se transferirían a la estructura de la Comunidad de xxxx, declarándoles, por ministerio de la ley, en la situación administrativa de Servicio en otras Administraciones Públicas, contemplada en el artículo 88 del Estatuto Básico del Empleado Público, respecto a su Administración de origen. La Disposición Final Primera de la Ley 3/2012, señaló que el órgano competente de la Asamblea de Madrid propondría y autorizaría las modificaciones presupuestarias que resultasen necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en dicha Ley y, en aplicación de tales previsiones, los hoy recurrentes, todos ellos pertenecientes al Cuerpo de Especialistas del Defensor del Menor, Escala Superior, Grupo A, fueron cesados en la Asamblea de Madrid y adscritos a la Consejería de Asuntos Sociales.

Concluye la Sala de Justicia que la falta de transferencia de crédito de la Asamblea de Madrid a la Administración ejecutiva de la Comunidad de xxxx, al ser suprimidos los puestos de trabajo de los hoy recurrentes por la Ley 3/2012, no vulnera normativa alguna, dado que la Disposición Final de dicha Ley no obliga a realizar modificaciones presupuestarias concretas sino únicamente las que resultaran necesarias y, en el presente caso, los recurrentes fueron adscritos a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Asuntos Sociales y sus retribuciones sufragadas con cargo a los créditos presupuestarios de dicha Consejería.

Por otra parte, la Sala pone de manifiesto que la cuestión fundamental para apreciar la existencia de responsabilidad contable por alcance en este supuesto no es la que plantean los recurrentes, sobre la falta de transferencia de crédito de la Asamblea de Madrid a la Administración ejecutiva de dicha Comunidad por la supresión, por la Ley 3/2012, de los puestos de trabajo que ocupaban aquéllos, sino la existencia de un daño real y efectivo a los fondos públicos, requisito sin el cual los posibles incumplimientos de carácter presupuestario no serían suficientes para provocar el efecto indemnizatorio derivado de dicha responsabilidad.

• **AUTO N.º 21/2013, Recurso del artículo 48.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, n.º 19/13, Actuaciones Previas n.º 314/11, del ramo de Comunidades Autónomas... Valencia.**

La Sala de Justicia desestima el recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril recordando, en cuanto a la petición de suspensión de la Liquidación Provisional y de la Providencia de requerimiento de pago, depósito o afianzamiento, que la doctrina

sobre el posible carácter suspensivo de este recurso se resume en que «*la interposición de dicho medio de impugnación no tiene carácter suspensivo salvo que concurren circunstancias excepcionales*» y, desestima la alegación ,como circunstancia excepcional, de que la impugnación contradice las conclusiones de la Delegada Instructora sobre la existencia de alcance y su cuantía, considerando que se trata de cuestiones de fondo que quedan fuera de los motivos impugnatorios previstos en el art. 48.1, al igual que la alegación de desproporción entre el contenido de la Liquidación Provisional y el esfuerzo patrimonial que conlleva y la alegación relativa a que la actuación del recurrente estuvo siempre avalada por los informes y controles preceptivos.

Recuerda también, frente a la pretensión del recurrente de que se aplique el art. 111 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, que se ha pronunciado ya sobre la inexistencia de base legal que permita aplicar supletoriamente dicho artículo a las Actuaciones Previas . Considera, por tanto, la Sala que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen la inaplicación de la regla general del carácter no suspensivo de este recurso.

En cuanto a la impugnación de la Liquidación Provisional, la Sala de Justicia repasa su doctrina sobre la naturaleza jurídica del recurso del art. 48.1 de la Ley 7/88, como recurso especial y sumario por razón de la materia, por medio del cual no se persigue un conocimiento concreto de los hechos objeto de debate en segunda instancia jurisdiccional, sino que lo que la ley pretende es ofrecer a los intervinientes en las Actuaciones Previas un mecanismo de revisión de cuantas resoluciones puedan cercenar sus posibilidades de defensa, estando taxativamente previstos en la Ley los motivos de impugnación que son: que no accediere a completar las diligencias con los extremos que los comparecidos señalaren o que se causare indefensión.

Se rechazan las alegaciones relativas a la participación en la emisión de certificaciones, al valor probatorio de determinado documento, a la supuesta falta de concurrencia de indicios racionales de responsabilidad contable suficientes para imputar al recurrente, a la singularización del presunto alcance y a la concreción de la posible participación del recurrente en el mismo, al considerar que se trata de cuestiones de fondo, relacionadas con la valoración que corresponde realizar a la Delegada Instructora, y que no implican

indefensión. Lo mismo se señala en cuanto a la alegación de vulneración del principio de proporcionalidad, indicando la Sala que la garantía cautelar y el requerimiento de pago practicados por la Delegada Instructora son coherentes con el contenido de la Liquidación Provisional y que la corrección de dicho contenido desde la perspectiva de la identificación o cuantificación del alcance o de la imputación de responsabilidad contable, son aspectos de fondo que no procede resolver por medio de este recurso.

• **AUTO N.º 22/2013, Recurso de apelación n.º 26/13 interpuesto por el Letrado Don xxxx, en nombre y representación del Ayuntamiento de xxxx, contra el Auto dictado el 3 de julio de 2013, en el procedimiento de reintegro por alcance n.º B-147/13, Entidades Locales... León**

La Sala de Justicia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de no incoación de procedimiento de reintegro por alcance, tras analizar los requisitos establecidos en el art. 68.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas para poder declarar la no incoación de un juicio contable, lo que procede cuando constare «de modo manifiesto e inequívoco» a) la inexistencia de caso alguno de responsabilidad contable; b) la falta de jurisdicción; c) la propia incompetencia del órgano jurisdiccional; y d) la falta de procedimiento de fiscalización del que ha de depender la responsabilidad contable.

Confirma la veracidad de la alegación del recurrente que afirma que, conferido el trámite de alegaciones que exige el art. 68.1 in fine de la Ley 7/1988, en relación con lo dispuesto en el art. 51.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Consejera de instancia dictó Auto de no incoación antes de que transcurriera el plazo para presentar alegaciones. El Ayuntamiento recurrente indica que presentó su escrito de alegaciones, evacuando el trámite conferido mediante Diligencia de Ordenación de 14 de junio de 2013, en el Decanato de xxxx el 5 de julio de 2013, es decir, dentro del plazo conferido en dicha Diligencia, habiéndose recibido dicho escrito en el Registro General del Tribunal de Cuentas el 11 de julio y que, al haberse dictado el Auto sin escuchar dichas alegaciones se produjo indefensión y vulneración de la tutela judicial efectiva.

Considera la Sala que procede estimar parcialmente el recurso y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la fecha en que se dictó el Auto de no incoación, sin entrar a analizar la cuestión de

fondo, al haberse producido un defecto formal en la tramitación del procedimiento.

3. FISCALIZACIONES

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Guadalajara, ejercicios 2005 a 2007. (BOE n.º 225, de 19 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2009. (BOE n.º 225, de 19 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe Global del Sector Público Autonómico, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 225, de 19 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de Fiscalización de las actuaciones desarrolladas por las Entidades Locales en relación con las operaciones de endeudamiento previstas en el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de Fiscalización de los Sectores Públicos Autonómico y Local, ejercicios 2004 y 2005. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de Fiscalización del Sector Público Local, ejercicio 2010. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 25 de junio de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de Fiscalización del Sector Público Local,

ejercicios 2006, 2007 y 2008. (BOE n.º 227, de 21 de septiembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Aragón, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Aragón, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 301, de 17 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de Fiscalización de la gestión de la Sociedad Mercantil Acuicultura de Ceuta, SA, ejercicios 2001 a 2004. (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Ciudad Autónoma de Ceuta, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Ciudad Autónoma de Ceuta, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 302, de 18 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de Extremadura, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 303, de 19 de diciembre de 2013.)

- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Ciudad Autónoma de Melilla, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 303, de 19 de diciembre de 2013.)
- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Ciudad Autónoma de Melilla, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 303, de 19 de diciembre de 2013.)
- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 304, de 20 de diciembre de 2013.)
- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 304, de 20 de diciembre de 2013.)
- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ejercicios 2006 y 2007. (BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2013.)
- RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe Anual de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ejercicios 2008 y 2009. (BOE n.º 305, de 21 de diciembre de 2013.)

DOCUMENTACIÓN, NOTAS Y COMUNICACIONES



Nota sobre la obra **Blanqueo de capitales (2 tomos)**, de Alejandro Peláez Ruiz-Fornells

Andrés Fernández Díaz

Estos dos libros que se publican por separado en este nuevo y prometedor grupo editorial, concebido para el mercado español y el iberoamericano, y del que forma parte la ya veterana Editorial Delta, constituyen en realidad una sola obra desdoblada en dos tomos, y que con el título «De los rendimientos ilícitos a su legitimación: El fenómeno del blanqueo de capitales, efectos e implicaciones de política económica» presentaba como Tesis Doctoral el autor, profesor de la Universidad Complutense, ante un muy cualificado tribunal, obteniendo la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*.

Sin lugar a duda, y por las razones que expondremos, esta obra constituye una aportación de referencia que deberán tener muy en cuenta cuantos se dediquen al estudio y a la investigación de esta parcela tan importante de lo que se acostumbra a denominar la Economía de la Delincuencia o Economía del Crimen organizado, de tanta actualidad en estos tiempos. Los dos libros aparecen a la vez, y pueden leerse indistintamente en el orden que se prefiera. Ello es así porque el autor ha modificado la estructuración de la tesis original, que no su contenido, con el fin de darle autonomía en especial a la parte que dedica a los fundamentos microeconómicos del blanqueo de capitales, y al posterior análisis macroeconómico, no porque constituya la parte esencial de la obra en su conjunto, sino por el hecho de que es preciso poner de relieve que es uno de los trabajos pioneros en abordar el estudio de este tema, pro-

fundizando de manera rigurosa en la base micro-macro de un fenómeno de tanta trascendencia desde el punto de vista de la economía y del derecho.

El primero de los tomos se ocupa, por una parte, de la delimitación del concepto de blanqueo de capitales, de las fases y técnicas del blanqueo, de la cuantificación del mismo, y de la perspectiva jurídica española, dedicando, por otra, una especial atención sobre los efectos e implicaciones de política económica derivados de esta actividad ilícita.

En cuanto a las fases, el autor comienza poniendo de relieve que la elección del sector de destino de los fondos de dinero negro supone una peculiaridad particular del lavado, ya que se trata de que en la fase de prelavado o colocación dichos fondos puedan participar de una apariencia compatible con la normalidad, de manera que puedan hacerse circular por los circuitos financieros sin problemas. A estos efectos, los blanqueadores pueden realizar el fraccionamiento (*smurfing*) de algunas transacciones amplias en varias más reducidas, con el fin de que no alcancen los márgenes en los cuales la normativa anti-lavado (*anti-money laundering AML*) obliga a los intermediarios financieros a informar a la Autoridad de operaciones sospechosas. A su turno, los pitufos (*smurfs*) son personas que se hacen cargo, en los distintos lugares de destino, de estas pequeñas cantidades para darles el trámite correspondiente en el siguiente eslabón de la cadena de lavado. Este segundo eslabón consiste en la fase de estratificación, encubrimiento u ocultación, en la cual el propósito es desligar los fondos ilícitos de su origen para borrar su huella contable, utilizando técnicas que incluyen el uso de cuentas colectivas, cheques bancarios, préstamos a bajo interés, entidades empresariales interpuestas, etc.

Para la etapa de estratificación o encubrimiento, el blanqueador puede elegir un centro financiero extraterritorial (*off-shore financial center u OFC*), un centro bancario y financiero internacional, o bien un centro de negocios regional valiéndose, en realidad, cualquier localización que proporcione una adecuada infraestructura económica y financiera de modo que los fondos no dejen rastro de su fuente o de su destino último.

En la fase de post-lavado, conocida también como fase de integración o reintegración, finalmente, el objetivo consiste en establecer el dinero de modo permanente, confiriendo una apariencia de legalidad a un patrimonio de origen ilícito, una vez ha sido borra-

da la huella de su origen delictivo. Para ello se hacen inversiones en los mercados de capitales, en la adquisición de propiedades inmobiliarias, de derivados financieros, de oro, diamantes, otras piedras preciosas, bienes de lujo, etc, acudiendo también a los negocios en los que se realizan grandes cantidades de transacciones en efectivo que permiten fácilmente el encubrimiento de operaciones de lavado.

El marco legal en España existente en la actualidad lo constituye la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, resultado de incorporar la transposición de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de diciembre de 2005, relativa a la Prevención de la Utilización del Sistema Financiero para el Blanqueo de Capitales y para la Financiación del Terrorismo, o Tercera Directiva Comunitaria que, a su vez, recogía e incorporaba al acervo comunitario las Cuarenta Recomendaciones del FATF-GAFI, en materia de prevención y lucha contra el lavado, y las Nueve Recomendaciones Especiales sobre la Financiación del Terrorismo del mismo organismo. Todas estas recomendaciones han sido revisadas recientemente en un documento conocido como las Recomendaciones o los Estándares del FATF-GAFI (*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation:: The FATF Recommendations*).

El autor, que aborda con minuciosidad toda esta parte de la obra, aclara que la mencionada Ley 10/2010 unifica el tratamiento jurídico de ambos fenómenos –blanqueo y terrorismo–, y establece que el Ministerio del Interior es el titular de todos aquellos aspectos relacionados con el bloqueo de la financiación al terrorismo, en tanto que es la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, encuadrada en la Secretaría de Estado de Economía, el órgano competente para las materias relacionadas con la prevención del blanqueo de capitales. El Servicio Ejecutivo de dicha Comisión (SEPBLAC) es uno de los dos órganos de apoyo de la misma, se encuentra adscrito al Banco de España, y se constituye en la Unidad de Inteligencia Financiera de nuestro país.

La parte de este primer libro o tomo está dedicada, como se recoge en el propio título, a estudiar los efectos e implicaciones de política económica del blanqueo de capitales. Su contenido es claro, ordenado, completo y riguroso, empleando el formalismo matemático cuando resulta aconsejable y sin complicar ni entorpecer la exposición. Comienza haciendo una distinción entre los efectos

directos e indirectos, siendo los primeros los que se manifiestan a través del crimen antecedente o subyacente al del blanqueo, que afecta a la víctima y a la sociedad, como por ejemplo la estafa, el fraude, la malversación, o el narcotráfico. Los indirectos, a su turno, suponen la mayor parte de los efectos más estudiados y se manifiestan en precios relativos, consumo, ahorro, producción, empleo, crecimiento, etc, y pueden ser efectos reales, monetarios, sociales, exteriores, políticos o de otra naturaleza, revistiendo una especial gravedad entre los efectos políticos, la corrupción, el soborno, el socavamiento de las instituciones y la financiación y expansión del terrorismo. Sobre ambos tipos de efectos se extiende el profesor Peláez con detenimiento y argumentando con solidez las consecuencias derivadas en cada caso del proceso de blanqueo de capitales, y que afectan de manera directa al desenvolvimiento de la actividad económica, como posteriormente se comprueba cuando aborda y entra ya de manera directa en las implicaciones concretas y precisas de política económica.

Antes de detenernos en esta parte final y realmente importante del libro, consideramos oportuno aclarar que en el conjunto de delitos relacionados con la corrupción acostumbramos a manejar el término dinero sucio (*dirty money*), cuando el origen del mismo procede de la financiación del terrorismo, de la criminalidad organizada, del tráfico de drogas, del tráfico de armas y del tráfico de personas, reservando la expresión dinero negro (*black money*) para el blanqueo de capitales, la corrupción en el ámbito público, el fraude fiscal, la economía sumergida y el contrabando de tabaco y alcohol, en el bien entendido que entre estos dos subconjuntos existen interacciones inevitables¹. En este contexto es preciso poner de relieve que aunque hemos ubicado el blanqueo de capitales en el segundo grupo por las razones aducidas, es obvio que se encuentra estrechamente relacionado con la totalidad de los delitos enunciados, y lo que es más importante, que mantiene con ellos una relación de *feed-back* dado que el volumen de dinero obtenido en cada caso o variedad delictiva necesita ser aflorado al mercado normal y legal, y si esto se consigue, como viene siendo la norma, ello estimula e incentiva la comisión de nuevos delitos, y así sucesivamente.

¹ Sobre este tema puede verse FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2013): *El control frente a una concepción poliédrica de la corrupción*, Asociación Española de Personal de Instituciones de Control, Madrid.

Tras la exposición y análisis de los efectos más relevantes del fenómeno objeto de estudio, el autor pasa a tratar las medidas de política económica que podrían adoptarse para luchar contra estos efectos indeseables. La abundancia de ganancias ilícitas procedente de las distintas actividades delictivas, el poder de los centros extra-territoriales y paraísos fiscales, y la existencia de facilidades de todo tipo para reciclar esos fondos podrían tener una influencia significativa en la inestabilidad del sector financiero de la economía, si se recibe fondos de procedencia ilícita.

En el desarrollo de las medidas de política económica para enfrentarse a las previsibles consecuencias de este estado de cosas, el autor distingue entre las posibilidades de acción a nivel nacional, por una parte, y las posibilidades de acción para la comunidad internacional, por otra. En el marco de las posibilidades de acción a nivel nacional se consideran las medidas anti-blanqueos (AML) basadas en la autorregulación, las normas relativas a la banca privada y las medidas AML emanadas de la autoridades nacionales. En cuanto a las posibilidades de acción para la comunidad internacional, el profesor Peláez va abordando sucesivamente el papel y las competencias que les corresponde al *Financial Action Task Force on Money Laundering* o *Grupo de Acción Financiera Internacional (TATF-GAFI)*, el *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS)*, el *Fondo Monetario Internacional (FMI)*, la *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*, la *Unión Europea (UE)*, el *Consejo de Europa*, el *Grupo Egmont* y la *INTERPOL*. De cuanto antecede se obtiene una información muy completa del conjunto de instituciones creadas *ad hoc* o de las que ya existían y a las que se han encargado la lucha contra el blanqueo de capitales, así como de un elenco de disposiciones legales aprobadas y establecidas al respecto.

Aunque en una breve recensión no podemos detenernos en el análisis de cada uno de los puntos o epígrafes tratados a lo largo de la obra, destacamos la conclusión según la cual parece claro que existe una relación entre la entrada, circulación y reciclaje de capital de origen delictivo y los posteriores fenómenos cíclicos de carácter financiero que afectan a las economías, pudiéndose hablar, en este sentido, de implicaciones derivadas de la intermediación financiera de flujos que, dotados de una opacidad que impide su detección, pueden contribuir a potenciar e incluso desencadenar episodios de crisis financiera, con el deterioro de la calidad crediticia de emisores públicos y privados.

No podemos pasar por alto, y con ello concluimos este sucinto comentario del primer tomo o texto de la obra de Alejandro Peláez, el contenido del Apéndice al Capítulo sobre efectos e implicaciones de política económica del blanqueo de capitales. Nos referimos a la introducción novedosa del autor del concepto de *frontera de posibilidades de financiación* de la economía, de compleja interpretación en cuanto a su impacto y consecuencias en relación con la cuestión básica del blanqueo de capitales.

El planteamiento es el siguiente. Si una economía tiene en un momento dado mayor disponibilidad de crédito ello equivale a unas mayores posibilidades de financiación para la economía en general y para cada sector en particular, además de un cambio o reequilibrio relativo en los flujos de inversión real y financiera y, por tanto, en la disponibilidad relativa de capital real y financiero. La ingeniería financiera y las inyecciones de liquidez que proceden del blanqueo, magnifican el fenómeno, efecto que admite representación gráfica mediante lo que, en analogía con el sector real, el autor denomina, como ya hemos anticipado, *frontera de posibilidades de financiación*. El instrumento propuesto, que también podríamos llamar *curva de transformación de inversión financiera en inversión real*, permitiría expresar las posibles combinaciones de inversión financiera / inversión real alcanzables en una economía nacional, para unos valores dados, constantes, de sus variables macroeconómicas; PIB, stock de capital instalado, etc. Su pendiente será equivalente a los precios relativos de los componentes real y financiero de la inversión, es decir, al coste de oportunidad de transformar inversión real en inversión financiera y viceversa.

La posición definitoria sobre la *frontera de posibilidades de financiación* podría ser un punto Ω sobre la curva que exprese su valor característico en cuanto al peso relativo de los dos tipos de inversión, o ponderación relativa de los valores de la inversión financiera y real para unos *stocks* dados de capital real (constituido mediante flujos inversión directa o real), y financiero –atrevida analogía, ya que en rigor sólo puede hablarse de stock de capital físico– (constituido mediante flujos de inversión de cartera o financiera o especulativa). Pues bien, puede comprobarse que los flujos de entrada de dinero para blanqueo alterarían esta posición inicial, provocando como consecuencia de ello un desplazamiento hacia la derecha de Ω a Ω' , y también quizás un desplazamiento de la posición sobre la curva (correspondiente a un cambio en el peso relativo de los componentes financiero y real del capital) a algún otro punto.

El desarrollo que hace Peláez de esta particular manera de presentar los efectos del blanqueo de capitales con la ayuda de una versión simplificada del análisis gráfico del equilibrio general aplicado al estudio de la vertiente financiera de la economía permite, sin duda, recoger el impacto de la entrada de flujos de dinero para su lavado en la economía, y nada hay que objetar a la impecable formalización y presentación matemática que lleva a cabo en el mencionado Apéndice, ni a la original aplicación al problema del blanqueo de la noción de frontera de posibilidades de producción, utilizada en toda introducción al análisis económico. Queda, sin embargo, una incógnita por despejar que podría interpretarse como una oportunidad que nos concede el autor, a modo de obsequio intelectual, de interpretar el resultado de este proceso. ¿Se trata tan sólo de un análisis positivo-descriptivo de cómo afecta el blanqueo de capitales en el sistema financiero, y de manera inducida en la economía real?, o ¿se pretende algo más al poner de manifiesto que ello constituye una ventaja o efecto positivo del delito que subyace en el mecanismo de lavado de dinero de procedencia ilícita, fuera de la normativa del mercado y del marco legal preestablecido?. Tomamos el testigo y nos pronunciamos a favor de la primera opción, pues la segunda supondría legitimar una actividad que respalda y financia graves delitos que se mueven en el campo de la criminalidad organizada. De todas formas no nos sorprendería encontrar defensores del blanqueo de capitales como estímulo económico en determinados casos y países cuando sabemos que la Unión Europea está considerando seriamente incorporar en el PIB de cada Estado miembro las rentas derivadas de la prostitución y del tráfico de drogas.

Todo cuanto hemos venido considerando hasta el momento constituye, como ya se decía, el contenido del primer libro o tomo de la obra del profesor Alejandro Peláez, y ahora vamos a detenernos en el segundo, en el que se adentra en el análisis microeconómico y macroeconómico del blanqueo de capitales, esbozando algo parecido a lo que podríamos llamar *The Economics of Laundering*. El mérito de esta segunda parte reside en el hecho de profundizar con el mayor rigor en los fundamentos del fenómeno objeto de estudio, por una parte, y en las causas, problemas y explicaciones de naturaleza macroeconómica, por otra. A ello hay que añadir que la literatura existente sobre este enfoque de la materia, es decir, del blanqueo de capitales, no es precisamente abundante, aunque podemos citar a Donato Masciandaro, Brigitte Unger y Jonh Walker, como los que desde finales de los noventa y a lo largo de los últimos

años se han dedicado tanto a trabajos exclusivamente teóricos como a modelizaciones y aplicaciones concretas. Constituye, pues un mérito añadido el hecho de que el profesor Peláez se haya introducido en el complejo marco del análisis económico del blanqueo de capitales, que puede considerarse desde el punto de vista científico parte esencial de la obra.

Aquí nuestro comentario se complica dado que, como era de esperar, el autor desarrolla su análisis con un aparato matemático no especialmente difícil de seguir, ordenado y claramente expuesto, pero abundante y que no podemos recoger en una breve reseña. Trataremos de subsanar este inconveniente, y extraer la esencia de cuanto nos dice el texto, así como las conclusiones más relevantes. A este respecto, y siguiendo el camino trazado por Masciandaro, el autor comienza considerando que los delincuentes blanqueadores son los que realizan la demanda, en tanto que los intermediarios financieros actuarán de oferentes de servicios de lavado de dinero, partiendo de supuestos que recogen la racionalidad de los mismos, asociada a un comportamiento maximizador, y sujetos al riesgo de ser detenidos e incriminados según la probabilidad de que esto ocurra. Alcanzarán el equilibrio al determinar el volumen óptimo de fondos que desean blanquear, y existirá un límite a partir del cual ya no les resultará ventajoso el blanqueo, pues el riesgo en que incurrirían por el nuevo delito de lavado superaría al riesgo que eliminan al blanquear, que sería el asociado al delito antecedente o subyacente.

Tomando todo ello en consideración, el autor parte de una función de utilidad que optimice el volumen óptimo de dinero a blanquear, dependiendo su logro de la probabilidad de detectar e incriminar al blanqueador, del grado de severidad de la sanción, de los costes asociados a las operaciones de lavado, y de la rentabilidad de la inversión del efectivo blanqueado, teniendo asimismo en cuenta las respectivas elasticidades de respuesta del volumen óptimo del dinero a blanquear ante cambios en las cuatro variables relevantes que acabamos de enunciar. Simplificando, y sin entrar en mayores detalles respecto al comportamiento y el desarrollo de estas variables, ésta sería la forma de abordar el análisis por el lado de la demanda. En cuanto a la oferta microeconómica de delito de blanqueo de capitales y al papel de los intermediarios financieros, el autor pone de relieve que la susceptibilidad de un país al fenómeno del lavado coincide en gran medida con la vulnerabilidad a este fenómeno de su sistema financiero. La penetración de las organizaciones criminales en el sector financiero de los países supone la

contaminación del resto del sistema económico. Por ello, el financiero es el sector en que recae el peso principal de las operaciones de prevención de lavado de activos. El papel fundamental en la ocultación de la procedencia de los capitales de origen delictivo se encuentra siempre en manos de los intermediarios financieros. Esto hace que los intermediarios se encuentren en el centro de atención de las organizaciones criminales y también de las instituciones y de los agentes encargados de la vigilancia, control y persecución de este tipo de delito. De las primeras, porque en un mercado de competencia imperfecta, como es el financiero, unos intermediarios corruptos permitirán a los blanqueadores obtener mayor provecho del uso de los servicios financieros para sus objetivos criminales. De los segundos, porque el acopio de información que hacen estos intermediarios tiene un valor esencial para conocer la identidad y verificar la presencia de las organizaciones criminales. Por tanto, la efectividad de la política anti-blanqueo (AML) dependerá crucialmente de la práctica de los bancos y operadores financieros. En ellos habrá de delegar para obtener su cooperación en el seno de una estrategia AML mediante el diseño de un sistema de incentivos económicos de los que participarán los bancos si no se encuentran dominados por las organizaciones criminales y, además, siempre en función del coste de oportunidad de hacerlo. Pero el autor va más allá, y plantea en un desarrollo formalizado el equilibrio de optimalidad conjunta de ambos agentes, que en este caso son los poderes públicos, o lo que Masciandaro denomina la Autoridad, por una parte, y los intermediarios financieros, por otra. El análisis a fondo de este punto nos introduce ya, necesariamente, en el ámbito de la macroeconomía, que constituye la segunda parte de este segundo tomo.

Desde una perspectiva agregada, el demandante o víctima del delito de lavado es claramente la economía como un todo y la Autoridad en su representación. Así, en adecuada correspondencia con el planteamiento microeconómico de base del mercado de delitos, la Autoridad² crearía una normativa AML para el país, más o menos laxa o estricta, dependiendo de su capacidad o deseo, como víctima, de defenderse o tolerar en mayor o menor medida el delito de lavado. Y por lo que se refiere a la oferta macroeconómica de delito de lavado de dinero, esta equivaldría a la colocación o asig-

² Empleamos este término, introducido por Masciandaro, por seguir el texto objeto de nuestro comentario, pero lo consideramos demasiado amplio y poco afortunado.

nación internacional de activos de procedencia delictiva para su blanqueo. Tal oferta es la que llevan a cabo las organizaciones delictivas al colocar sus fondos en los distintos destinos elegidos en función de las peculiaridades de los países.

En este marco, en torno a una oferta y demanda macroeconómicas de lavado de dinero, se realiza un análisis riguroso y pormenorizado sobre la colocación o asignación internacional de rendimientos ilícitos por parte de las organizaciones delictivas, empleando para ello modelos gravitacionales, de tanta importancia en la Teoría del comercio internacional. De la aplicación de este tipo de modelos se obtienen resultados muy significativos que, entre otras cosas, nos permiten saber que dos tercios del dinero para blanqueo en el mundo se envía a los veinte principales países blanqueadores, entre los que se encuentran economías como los Estados Unidos, Francia, Italia, Holanda o España, pero también centros extraterritoriales como Islas Cayman, Bermudas y otros, siendo muy habitual que fluyan fondos desde empresas radicadas en economías avanzadas, como las primeras, hacia los paraísos fiscales, como los segundos.

A continuación, y sin salirse del contexto definido, se pasa revista a la captación internacional de rendimientos ilícitos por parte de las economías nacionales, captación que es interpretada como la demanda macroeconómica de delito de blanqueo de capitales. La elección del grado de laxitud o severidad relativa para la normativa AML puede verse afectada por el hecho de que las entradas de recursos-ya sean de origen legítimo o ilícito-, podrían suponer una solución a la carencia de liquidez por la que estarían atravesando las economías con problemas. Esto daría lugar a posibles estrategias de competencia por la captación de flujos de liquidez en dinero sucio que, en alguna medida, contribuirían a aliviar su situación. Así, por métodos del tipo de la *estrategia Seychelles* se podría suplir la falta de liquidez cuando el mercado no asigna los recursos del modo o en la cuantía deseada, y la atracción de capitales de origen legítimo no es suficiente o no puede conseguirse a través de una fiscalidad favorable u otros caminos. Hay que reconocer, afirma el autor, que en el marco de las actuales circunstancias de restricción crediticia asociada a la crisis internacional de liquidez, el estudio de estos aspectos resultaría de gran relevancia.

La competencia internacional por la captación de rendimientos ilícitos para blanqueo es analizada por el profesor Peláez siguiendo el modelo de Unger y Rawlings (2005) basado en una situación de

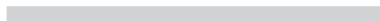
duopolio, contemplando sucesivamente el equilibrio de Cournot y el equilibrio de Stakelberg, actuando en este segundo tipo como empresa líder la estrategia de Seychelles. En realidad habría que hablar de oligopolio, que constituye el marco más amplio, adecuado y realista para aplicarlo a la competencia imperfecta de los países en la captación de rendimientos ilícitos derivados del blanqueo de capitales, pero se acude al supuesto de la existencia de un duopolio porque facilita el desarrollo matemático y la exposición. Continuando con la analogía con la teoría del oligopolio, para evitar acciones individuales competitivas en cantidades o en precios entre países, lo normal sería llegar a alguna clase de acuerdo de cooperación, pues sólo de este modo los países podrán aumentar sus beneficios, evitando la erosión de reputación internacional que supone la relajación de los estándares AML.

En efecto, la firmeza en la articulación de un sistema común de trabas a la movilidad de recursos delictivos supone la adopción de una postura irrevocable común y homogénea de las naciones frente al dinero sucio. Esta situación de consenso en las medidas anti-blanqueo para el tratamiento jurídico de los activos de origen ilícito garantizarían que las entradas de dinero negro ya no se producirían preferentemente a través de un determinado país con un régimen AML comparativamente laxo, pues todos darán a estos fondos el mismo trato consensuado.

De cuanto hemos visto puede concluirse, y con ello cerramos esta breve incursión, que nos encontramos ante una obra importante y escrita con claridad y rigor presentada, como decíamos al principio, en dos libros en los que se aborda el estudio de uno de los temas de mayor actualidad e impacto en la economía, en el derecho, en la ética, en la política y en la sociedad en su conjunto.



RECENSIONES





PALOMAR OLMEDA, ALBERTO Y GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (Directores). *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad.* Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2013, 1.498 págs.

Si hubiera que empezar una recensión resaltando el rasgo más sobresaliente de la obra comentada, en el presente caso deberíamos referirnos a la nota de exhaustividad que la caracteriza.

Una exhaustividad que, en primer lugar, se refleja en el contenido del libro, que incluye un examen profundo de la organización y funcionamiento del Sector Público, una visión ambiciosa de las diversas formas de control institucional, una descripción detalladísima de los tipos de responsabilidades jurídicas en que se puede incurrir por la administración irregular de los fondos públicos y un mapa sin lagunas de los derechos y garantías de los ciudadanos frente a los Poderes Públicos y de los recorridos procedimentales y procesales para hacerlos efectivos.

Pero la exhaustividad de esta obra se plasma también en los perfiles profesionales de los autores que participan en la misma, expertos de prestigio contrastado procedentes del ámbito académico y del profesional. En efecto, la relación de autores permite identificar las más acreditadas firmas del ámbito universitario, de los Órganos Cons-

titucionales, de las Administraciones Públicas, de la Seguridad Social y de la práctica forense privada.

Esta ambición en el planteamiento de los contenidos y en la riqueza de los autores da como resultado una obra multidisciplinar en la que tienen cabida los más pragmáticos diagnósticos de la realidad junto con previsiones de futuro más o menos optimistas pero, en todo caso, desde un enfoque presidido por el rigor científico y el cuidado por el lenguaje.

Sin prólogo, introducción o presentación inicial de ningún tipo el libro, fiel a su pretensión de transmitir un conocimiento minucioso y nada especulativo, se presenta ante el lector perfectamente estructurado en siete partes distintas.

La primera de esas partes se refiere a la «*Teoría General del Control y a la insuficiencia del sistema actual*».

Empieza con dos capítulos de contenido y finalidad introductorios. El primero, de Alberto Palomar Olmeda, se refiere al «*control de las Administraciones Públicas desde una perspectiva general*» y expone con claridad los diversos tipos de controles y la forma en que se articulan jurídicamente, con especial referencia al control económico-financiero. El segundo capítulo, relativo al «*buen gobierno y a la lucha contra la corrupción en las Instituciones Públicas*», recoge una interesante aportación de Manuel Villoria Mendieta que, partiendo de postulados doctrinales y datos em-

píricos, hace un diagnóstico de la situación española y plantea un esperanzador catálogo de propuestas de mejora.

A continuación, esta primera parte de la obra incluye tres capítulos relativos al control parlamentario. El primero de ellos, de Ascensión Elvira Perales, trata del «control parlamentario directo», y contiene un examen crítico de los instrumentos a través de los que se ejerce, así como sugerencias de mejora mediante la puesta al día de dichos instrumentos, la agilización de los debates y la potenciación de la publicidad de la vida parlamentaria y del protagonismo del Parlamento. Seguidamente aparece un capítulo de Pablo Azaustre Ruiz, relativo al «control por parte de las comisiones parlamentarias de investigación» en el que se expone el régimen jurídico de estas comisiones y se analiza el estatuto de los derechos y obligaciones de los comparecientes. El último de los capítulos sobre control parlamentario que aparece en la primera parte del libro, es el de José Manuel Sánchez Saudinós sobre el «control parlamentario indirecto: el Defensor del Pueblo», texto en el que el autor, sin renunciar a las necesarias referencias a la naturaleza jurídica, organización y funcionamiento de dicha Institución, añade tres cuestiones novedosas: el Defensor del Pueblo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, como Institución Nacional de Derechos Humanos y como Órgano relacionado con sus homólogos de las Comunidades Autónomas.

La primera parte de la obra se cierra con un capítulo cuyo objeto es el «control político en el ámbito de la Administración Local», en el que el autor, Ramón Terol Gómez, alterna información jurídica y reflexión personal sobre este tipo de control cuando se proyecta sobre los municipios, las diputaciones provinciales y los cabildos y consejos insulares.

La segunda parte de la obra comentada se refiere al «control de la actividad administrativa: debilidades y fortalezas desde la perspectiva del ciudadano», y se estructura en cuatro capítulos.

El primero de ellos, de Eduardo Zapico Goñi, bajo el título «el control por resultados en la gestión pública desde la perspectiva ciudadana», analiza la tendencia y avances realizados con los sistemas del presupuesto y control por resultados en países de la OCDE y las limitaciones encontradas, tanto en los sistemas de seguimiento, evaluación y control de resultados, como en la utilización de la información generada por estos sistemas en la gestión de los fondos públicos. El autor aporta, además, un nuevo modelo de control más abierto para mejorar la gestión pública.

El segundo capítulo de la segunda parte ha sido elaborado por Pablo Gallego Rodríguez y se refiere a «Organismos de Control y participación en la gestión. La participación ciudadana y representativa». Esta aportación doctrinal incluye un tratamiento en profundidad de las formas de participación ciudadana en los asuntos públicos, tanto representativas como no representativas, así como una interesante referencia a la natu-

raleza y funciones del Consejo Económico y Social y a la normativa europea sobre participación en los asuntos medioambientales.

El tercero de los capítulos que configuran la parte segunda del libro está dedicado al «*control de la actuación administrativa a través del sistema de recursos*». Su autor, Federico A. Castillo Blanco, expone una visión crítica del sistema de garantías ciudadanas que se incorpora a los recursos administrativos, aporta una interesante visión histórica de la cuestión y desmenuza el régimen jurídico de dichos recursos a través de un examen en profundidad de sus elementos subjetivos, objetivos y formales.

La segunda parte termina con un capítulo: «*el control ¿jurisdiccional? De la gestión de fondos públicos desde los ojos del ciudadano: insuficiencias, barreras de acceso, etc.*», presentado por Sabela Oubiña Barboila. En este trabajo se empieza por poner de relieve las principales circunstancias que condicionan el escenario de la corrupción que percibe el ciudadano, se continúa anticipando algunos de los aspectos más importantes que configuran la responsabilidad jurídica de los malos gestores, y se termina con una visión de las reglas de transparencia y buen gobierno y con una reflexión sobre las luces y las sombras de la realidad práctica de la tutela judicial efectiva que debe proteger a los ciudadanos.

La tercera parte del libro se dedica al «*control financiero interno*» y empieza con un documentado artículo, de Mario Garcés Sanagustín, en el que se parte de la idea de

control como un concepto mutante y en constante evolución, y se tratan en profundidad los aspectos definitorios de la actuación controladora de la Intervención General de la Administración del Estado y las características de la función interventora, del control financiero permanente y de la auditoría pública. El artículo incorpora una aportación de extraordinario interés dogmático: una completa clasificación del control atendiendo al objeto, sujetos, tiempo, finalidad y materia.

El capítulo segundo de esta tercera parte se refiere, en concreto, al «*control financiero en el ámbito de la defensa*», y expone la visión de sus autores, María Contín Trillo-Figueroa y Miguel Luque Magaña, sobre el gasto público en el Ministerio de Defensa, su control y las responsabilidades jurídicas por mal uso de los recursos financieros asignados a las Fuerzas Armadas.

A continuación, aparece en esta tercera parte un artículo de Consuelo González López sobre el «*control económico-financiero de la Seguridad Social*» en el que, previo examen del ejercicio del control, se realiza un análisis dinámico del mismo mediante el examen del marco evolutivo, del marco contextual y los procedimientos. El trabajo termina con cinco interesantes reflexiones muy a tener en cuenta «*de lege ferenda*» y como objetivos para una fiscalización de calidad.

Seguidamente le toca el turno al «*control económico-financiero en el ámbito de las Comunidades Autónomas*», tema que es objeto del capítulo cuarto de esta parte tercera

que, a través de una sistemática y contenido muy ordenados, aporta el punto de vista de José María Santacana sobre la cuestión de los objetivos del control interno, las modalidades de su ejercicio y los principios de actuación, todo ello a través de un minucioso estudio desglosado por Comunidades que permite una eficaz valoración comparativa.

José Manuel Farfán Pérez es el autor del capítulo quinto de la tercera parte del libro, un capítulo dedicado al «control económico-financiero en el ámbito de la Administración Local» en el que, tras una interesante introducción, se desarrollan los elementos principales del control externo –incluido el enjuiciamiento de responsabilidades contables-, del control interno y, en particular, de la función interventora y del control financiero. El autor incorpora además un estimulante epígrafe sobre los aspectos nucleares de la función interventora en el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

El broche con el que se cierra la parte tercera de la obra comentada es el artículo de Inmaculada Turu Santigosa sobre «organización del sistema de control interno», auténtico tratado sobre este modelo de control en el que se desarrollan en profundidad cuestiones como su concepto –que se aborda desde distintos enfoques-, su nuevo paradigma basado en el modelo COSO, su conexión con las nuevas tendencias y su organización a través de los subsistemas de control estratégico, de control de gestión y de evaluación y mejora. La autora

dedica dieciocho páginas sistematizadas en dos epígrafes finales a proponer mejoras y avances para el progreso del sistema vigente de control interno.

La cuarta parte del libro tiene especial interés para los objetivos de esta Revista Técnica en la que se publica la presente recensión, pues se refiere al «control financiero externo».

El primer capítulo de este tramo de la obra tiene el título, a la vez austero y ambicioso, de «El Tribunal de Cuentas». A través de sus nueve epígrafes el autor, Manuel Aznar López, aporta una visión erudita y amena de la evolución histórica y legislativa del Tribunal de Cuentas, de sus características generales, del estatuto de sus miembros, de su estructura y organización, de su función fiscalizadora, de su relación con otros órganos constitucionales y de relevancia constitucional (en concreto, con el Parlamento, con el Tribunal Constitucional y con el Defensor del Pueblo), y de su relación con otras entidades fiscalizadoras –el Tribunal de Cuentas Europeo y los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas-. Este trabajo constituye un auténtico ensayo sistematizado y completo que no sólo da información de calidad sobre todos los aspectos relacionados con la posición jurídica e institucional del Tribunal de Cuentas, sino que además plantea puntos de vista audaces e innovadores sobre algunas de las cuestiones más controvertidas.

El segundo capítulo de esta cuarta parte, dedicada al control

Externo, se centra en el desarrollo por los órganos autonómicos y ha sido elaborado por Antonio Ramón Rodríguez Castaño. El texto que, como el propio autor advierte, se ha confeccionado teniendo en cuenta el capítulo sobre el Tribunal de Cuentas para evitar duplicidades, empieza con una exposición sobre el fundamento jurídico y metajurídico de la existencia de los órganos autonómicos de control externo, continua con una meritoria síntesis de la regulación de los mismos y termina con una visión aclaratoria del encaje de las relaciones entre el Tribunal de Cuentas y dichos órganos, epígrafe de evidente actualidad a la vista de perspectivas de reforma anunciadas. Lo fundamental de este riguroso trabajo es el esfuerzo plasmado en su epígrafe tercero por dar una información relevante y comprensible que permita una visión comparativa de la situación del control externo autonómico. Ello se consigue, además, sin pasar por alto los aspectos más técnicos, que se abordan con rigor científico y con el pragmatismo propio de quien estudia los problemas que a la vez resuelve en su actividad profesional.

La función jurisdiccional del Tribunal de cuentas también tiene su tratamiento en esta parte cuarta de la Obra, en concreto a través del capítulo de Jorge Ferrán Dilla sobre el «*control de la gestión económico-financiera en el Sector Local y la responsabilidad contable*». Se trata de un interesante trabajo en el que se resaltan diversos aspectos relevantes sobre el control interno y externo en general y respecto al Sector Público Local, en particular, para ter-

minar con referencias concretas y atinadas a la influencia de la fiscalización en el hallazgo y exigencia de responsabilidades contables.

El capítulo que pone final a esta cuarta parte del Libro es el de Baudilio Tomé Muguruza sobre el «*Tribunal de Cuentas Europeo y la fiscalización del presupuesto de la Unión*». Se trata de una aportación doctrinal en la que se distingue una primera parte, de intención introductoria, sobre el presupuesto de la Unión Europea, sus modalidades de gestión y el sistema de control interno, y una segunda parte en la que se examina con profundidad la creación y evolución del Tribunal de Cuentas Europeo y su composición y competencias, así como sus relaciones institucionales y de cooperación internacional y su papel en la lucha contra el fraude. Los dos últimos epígrafes del capítulo contienen una amplia reflexión sobre los problemas presentes y los retos de futuro de esta Institución Comunitaria y una reflexión sobre el papel institucional que ha venido jugando desde su creación y sobre el que le demanda la nueva Sociedad del siglo XXI.

Y profundamente conectada a esa nueva Sociedad está la parte quinta de la obra: «*nuevas perspectivas del control público*».

El capítulo primero de este quinto segmento del libro contiene una exposición relativa a todo el entorno jurídico, legal y jurisprudencial, español y europeo, que rodea a la «*transparencia administrativa*». Su autor, Emilio Guichot Reina, aporta mucha infor-

mación valiosa sobre la cuestión y pone el acento en la publicidad activa entendida como derecho subjetivo que se puede ejercer dentro del ámbito objetivo y personal que la Ley le atribuye.

El segundo capítulo de esta parte quinta se refiere a *«buen gobierno, responsabilidad social empresarial y códigos de conducta aplicados a la gestión pública»*. Se trata de una original aportación doctrinal de Francisco Javier García Bartolomé que se concentra en dos instrumentos, la responsabilidad social empresarial y los códigos de conducta, dos elementos que según explica el propio autor: *«representan, respectivamente, el compromiso con los derechos sociales y las reglas éticas o de conducta que se esperan de los miembros de una organización... los postulados de una y otros, en ocasiones se entrecruzan»*.

El siguiente paso elegido para la construcción sistemática de la obra es incluir una sexta parte relativa a *«responsabilidades: los derechos de los ciudadanos y su ejercicio efectivo»*.

Este tramo del libro se desarrolla a través de seis capítulos que abarcan, prácticamente, todas las posibles responsabilidades jurídicas derivadas de la gestión pública.

El primero de ellos, de Hermilio Losada González, se titula *«La responsabilidad contable»* y recoge un estudio de los elementos objetivos, subjetivos y formales de los procesos de enjuiciamiento contable de los que conoce el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de su función jurisdiccional. La médula espinal del artículo está configurada por los comentarios a los preceptos de la Ley Orgánica 2/1982, de 12

de mayo, y a la Ley 7/1988, de 5 de abril, comentarios que van dando contenido a las cuestiones tratadas que, como antes se indicó, incluyen los aspectos materiales y formales de la Jurisdicción Contable.

A continuación tiene su espacio de responsabilidad criminal, que incluye un artículo de Rosa Ventas Sastre sobre *«la responsabilidad penal en el manejo de fondos públicos»* que junto a un examen del delito de malversación a la luz de la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 7/2012, recoge también un interesante tratamiento de la innovadora cuestión de la posible tipificación del despilfarro de caudales públicos.

Sin abandonar el plano de la responsabilidad penal encontramos un capítulo en esta sexta parte, elaborado por Abraham Castro Moreno, sobre *«el nuevo delito de administración desleal de patrimonio público (malversación) en los Anteproyectos de Reforma del Código Penal de 2012 y 2013»*. Se trata de un trabajo que recoge un exhaustivo estudio comparativo de la regulación del delito de malversación anterior y posterior a la reforma de 2012 y que termina con una propuesta alternativa de redacción para los artículos 432, 433, 252 bis, 433 bis y 434 y 435.4 del Código Penal.

El último capítulo dedicado a cuestiones de responsabilidad criminal, de esta sexta parte del libro, es el aportado por Carlos Gómez-Jara Díez bajo el título *«la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs anti-corrupción como exigencias legales de contratación pública?»*.

Este capítulo analiza pormenorizadamente la cuestión de cuáles son las entidades públicas sometidas a responsabilidad penal, y lo hace distinguiendo el régimen de las entidades privadas y el de las públicas, explicando la exclusión de algunas sociedades mercantiles estatales, suscitando la cuestión de la posible exclusión de algunas sociedades mercantiles autonómicas, provinciales y locales, analizando el levantamiento del velo en el ámbito de lo público, y examinando la inclusión de partidos políticos y sindicatos. El capítulo termina con una interesante reflexión sobre la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento anticorrupción en el ámbito del Sector Público.

Fuera ya de los límites de la responsabilidad penal, el libro incorpora en esta sexta parte un capítulo quinto, realizado por Ignacio Colomer Hernández, sobre «*la crisis de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas: su tratamiento procesal como causa de su falta de eficacia*». El autor considera que este tipo de responsabilidad es «*un elemento esencial e imprescindible en la actuación de los Poderes Públicos y, consecuentemente, una pieza clave para hacer efectivo un control de su actuación, así como para controlar el uso y empleo de los fondos públicos*». A través del correcto funcionamiento de esta responsabilidad se consigue dar respuesta, en palabras del propio autor, a «*la percepción de la ciudadanía de que se ha creado o favorecido un clima de cierta impunidad, que impide o dificulta notablemente la depuración de las debidas responsabilidades de los gestores de los fondos públicos.*» El trabajo incluye un exa-

men del régimen jurídico de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas con especial referencia a las cuestiones que plantea la publicación de su exigencia (la necesaria reclamación en vía administrativa, el problema procesal del orden competente y la falta de eficacia del modelo).

La parte sexta del libro concluye con un artículo sobre «*la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*» en el que Jesús Avezuela Cárcel, partiendo de elementos doctrinales e históricos, bucea en el régimen jurídico de este modelo de responsabilidad mediante la valoración de su evolución y de lo que el propio autor considera «*algunas patologías*». Además, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, el trabajo estudia la acción de repetición de la Administración Pública titular del servicio frente a contratistas y concesionarios, agentes propios, Administraciones concurrentes, Administración General del Estado y terceros.

La última parte de la obra comentada, la séptima, está dedicada a «*las responsabilidades de los agentes públicos*», y empieza con un capítulo de Luis F. Maeso Seco titulado «*De las responsabilidades administrativas específicas de los altos cargos públicos, y de su concepto y estatus*». El trabajo, según se explica en su epígrafe introductorio, persigue un doble propósito. Por una parte, exponer «*cuál es y hasta dónde alcanza la singular y específica responsabilidad administrativa en la que puede incurrir el alto cargo público*». Por otro lado, «*clarificar en la medida de lo posible las oscuras nociones de alto*

cargo y el estatus jurídico del mismo». El artículo incorpora un estudio concienzudo de la responsabilidad jurídica de los altos cargos distinguiendo la situación en el Estado, en las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, y termina con un epígrafe de conclusión crítico en el que indica que «*existe un severo desajuste entre el diseño teórico-jurídico y la realidad que nos rodea*».

El capítulo segundo de la séptima parte, de Javier Vázquez Garranzo, se refiere a «*las responsabilidades de los empleados públicos*». Empieza con una introducción sobre el delicado momento que atraviesa la gestión pública, continúa con un estudio en profundidad del concepto de empleado público, incorpora un original tratamiento de la relación entre el Derecho Disciplinario y la Ética Pública, y termina con un examen certero de las distintas vertientes de la responsabilidad jurídica en que puede incurrir un empleado público en el ejercicio de sus funciones.

El último capítulo de la séptima parte y de todo el libro es el dedicado por Miguel Miaja Fol a «*la responsabilidad y control de la actividad financiera de la Administración*». Ambos aspectos los considera el autor como «*parte de una misma realidad cuyo origen se encuentra en la forma en que se reparte el poder financiero del Estado en los sistemas democráticos*». El artículo aborda el significado y alcance de los dos aspectos y trata en profundidad el modelo de control aplicado por la Intervención Gene-

ral de la Administración del Estado y por el Tribunal de Cuentas de España, así como el comportamiento de responsabilidad y control en el marco de la teoría del principal-agente. La parte final del trabajo se centra en los efectos del modelo derivado del Informe COSO y en fundamentar la conclusión de que nos hallamos ante un «*entorno de control débil, caracterizado por un marco legal incompleto*».

A modo de conclusión de la presente recensión sobre el libro «*La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades, los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*», debe decirse que constituye un auténtico «*tratado*» en el que no falta ninguna de las materias propias de la gestión, del control y de la responsabilidad en el ámbito público, tanto clásicas como de vanguardia, y en el que hay que insistir en que la relación de autores incluye a expertos de acreditado prestigio tanto del foto académico como del profesional público y privado.

Nos hallamos ante una especie de «*libro de cabecera*» de obligada consulta por investigadores y profesionales en el que será difícil no encontrar, bien directamente, bien a través de la abundante bibliografía que se cita, soluciones a cualquier problema o duda que la gestión de los fondos públicos, su control y la responsabilidad a ella asociada puedan suscitar: «*Quod non est in codice non est in Mundo*».

CARLOS CUBILLO RODRÍGUEZ