

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021>

ESTUDIOS

- 19 **Desdentado Daroca, Eva:** Silencio positivo, revisión de actos y cosa juzgada.
- 59 **Fernández de Casadevante Mayordomo, Pablo:** Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional.
- 101 **Irigoién Domínguez, Alazne:** Estereotipos de género e interseccionalidad: una referencia a la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- 127 **Martínez Navarro, Juan Alejandro:** Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores.
- 313 **Serrano Romera, Alejandro:** Sociedad pública local: el gobierno corporativo como instrumento para la recuperación de una reputación cuestionada.

BIBLIOGRAFÍA

- 347 **Fernández Ramos, Severiano y Pérez Monguió, José María (2019):** *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*. Thomson Reuters-Aranzadi. (**Joan Amenós Álamo**)
- 352 **Garrido Juncal, Andrea:** *Los servicios sociales en el siglo XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020. 313 págs. (**Claudia Hernández López**)
- 355 **Simou, Sofía:** *Derecho local del cambio climático*. Marcial Pons, Madrid, 2020. 492 págs. ISBN 978-84-9123-759-4 (**Gabriele Vestri**)
- 362 **Sánchez Morón, Miguel:** *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020. 165 págs. (**Miren Jasone Urkola Iriarte**)
- 371 **Lasagabaster Herrarte, Iñaki:** *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)*, Instituto Vasco de Administración Pública / Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2020. 218 págs. (**Josep Ramon Fuentes i Gasó**)
- 376 **Cubero Marcos, J.I.; Lasagabaster Herrarte, I. y otros:** *Espacio público y ordenanzas locales: estudio sobre su régimen jurídico*. IVAP, Oñati, 2018. 486 págs. (**Begoña Crespo Hidalgo**)
- 391 **Ballesteros Moffa, L.Á.:** *Las Fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020. 247 págs. (**Alejandro Villanueva Turnes**)

EUSKERA

- 169 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** La normativa sobre el euskera publicada en 2020.

JURISPRUDENCIA

- 183 **García Ureta, Agustín:** Sacrificio de animales y libertad religiosa. Comentario a *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België*, STJUE (Gran Sala) de 17-12-2020.

NOTAS

- 209 **Álvarez Buján, María Victoria:** A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad.
- 249 **Estoa Pérez, Abel:** Principales novedades para el sector del gas natural que resultan de las circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- 281 **Moreno Molina, José Antonio:** La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020.

Los originales destinados a la publicación en esta REVISTA deberán dirigirse a la Secretaría de la misma: Instituto Vasco de Administración Pública - OÑATI (Gipuzkoa).

argitalpenak-ivap@ivap.eus

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN ANUAL:

Número suelto	España
<hr/> 26,00 €	<hr/> 62,40 €

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

URTARRILA
APIRILA

2021 ENERO
ABRIL

119

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

Versión impresa ISSN: 0211-9560

Versión en línea ISSN: 2695-5407

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)

Secretaria: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)

Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación Foral de Gipuzkoa).
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao).
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU).
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU).
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto).
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).
Gurutz JAUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU).
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra).
Henri LABAYLE (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto).
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Maitena POELEMANS (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Martín M.º RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha).
M.^a Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II. Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar. Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau. Francia).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LÓPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Carlo CASONATO (Univ. de Trento. Italia).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Miriam CUETO PÉREZ (Univ. de Oviedo).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DÍEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.^a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Adriana DREYZIN DE KLOR (Univ. de Córdoba. Argentina).
Antonio EMBJD IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
María del Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (UNED).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Vicenzo FERRARI (Univ. de Milán. Italia).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Zoraida GARCÍA CASTILLO (Univ. Autónoma de México).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Nuria GARRIDO CUENCA (Univ. de Castilla-La Mancha).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Univ. de Málaga).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Concepción HORGUÉ BAENA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Massimo LA TORRE (Univ. de Catanzaro. Italia).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Fernando LOUREIRO BASTOS (Univ. de Lisboa. Portugal).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Univ. de Oviedo).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autónoma de Barcelona).
Encarnación MONTOYA MARTÍN (Univ. de Sevilla).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Instituto Max Planck. Alemania).
Dário MOURA VICENTE (Univ. de Lisboa. Portugal).
Manuel MUÑIZ (Univ. Sagrado Corazón. Puerto Rico).
Eva María NIETO GARRIDO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Univ. de Santiago de Compostela).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).
Carlos Newton PINTO DE SOUZA (Univ. Potiguar de Natal. Brasil).
José Luis PIÑAR MANAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Luis RAIGOSA SOTELO (Instituto Tecnológico Autónomo de México).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTINEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Orlando ROSELLI (Univ. de Florencia. Italia).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Marco RUOTOLO (Univ. de Roma 3. Italia).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARÍA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.ª Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
María ZAMBONINO PULITO (Univ. de Cádiz).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

RVAPen argitaratuak izan daitezen, bidalitako lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionalak azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. ORCID kodea ematea ere oso gomendagarria da. Datu horiek publiko egingo dira Aldizkarian, bidalitako lana argitaratuko duen zenbakian bertan.

Lanek ez dute izango berrogei orrialde baino gehiago, tarte eta erdirekin idatzita. Izenburuak ingeleserako itzulpena izango du, eta 100 eta 150 hitz bitarteko laburpen bat ere gehitu beharko da beti. Laburpen hori jatorrizko paragrafo bat izango da, eta hortxe egongo dira jasota lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak, bai eta zenbait hitz gako ere (hiru eta bost bitartean). Bai paragrafoa eta bai hitz gakoak ingelesez eta EAEko bi hizkuntza ofizialetan argitaratuko dira (euskararako itzulpena RVAPek berak egin dezake, hala nahi izanez gero). Gainera, lanaren hasieran, lana nola aipatu behar den azalduko da: ABI-ZENAK, Izena (urtea), Lanaren izenburua, *Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, zenbakia, hasierako-amaierako orrialdeak. Argitaratutako lanean bertan, bi data hauek zehaztuko dira: zein egunetan jaso zen lana, eta zein egunetan erabaki zen lana argitaratzea.

Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute.

Letra «lodia» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko. «Azpimarra» ez da sekula erabiliko.

Erreferentzia bibliografikoek APA irizpideak jarraitu beharko dituzte. Aipamen-arau horien arabera, erreferentzia bibliografikoen sistema alfabetikoa erabili ahal izango da testu barruan, edo erreferentzia bibliografikoko sistema numerikoa (orri-oineko aipamenak). Baina, edonola ere, bibliografiari buruzko azken apartatu bat gehitu beharko da, eta hortxe jasoko dira testuan aipatutako lan guztiak (eta soilik horiek), oso-osorik eta alfabetikoki.

Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, Aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus. Inprentako proben zuzenketa, asko jota, probak jaso eta 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa handiak edo funtsezkoak egin.

Bidalitako lana aurrez beste ezein aldizkaritara bidali gabekoa izango da, eta ez erretiratzeko konpromisoa hartu beharko da, baldin eta RVAPek

jakinarazten badu, ebaluatu ostean, argitaratzeko asmoa duela. Jakina, aurrez beste inon ez argitaratzeko konpromisoa ere hartu beharko da. Beraz, ezin da erretiratu beste aldizkari batera bidaltzeko, salbu eta RVAPek jakinarazten badu ez duela argitaratuko, edo desadostasunen bat badago lana argitaratzeko asmoa zeukan atalarekin edo sartu nahi diren aldaketekin, halakorik balego. Baldintza hori onartzea funtsezkoa da, Aldizkariak lana ebaluatzeko prozesua has dezan. Baldintza hori ez bada betetzen, RVAPek, beste zenbait neurriren artean, erabat baztertu ahal izango du egile berak bidalitako beste edozein lan.

Lanak, gutxienez, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Hala ere, RVAPen Zuzendaritzak lan bat baztertu ahal izango du ebaluazio-prozesua martxan jarri gabe, baldin eta lana, modu nabarmenean, ez bada sartzen bere tematikaren esparruan, edo ez bada egokitzen baldintzetan adierazitako edukietara edo formara. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da argitaratzeko modukoak ote diren eta zein ataletan argitaratu behar diren, edo, hala badagokio, ez diren argitaratu behar. Txosten horiek aztertuta, Erredakzio Kontseiluak lana argitaratzeari buruzko behin betiko erabakia hartuko du. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreprodukzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne.

Ebaluazio-prozesuaren eta Erredakzio Kontseiluaren erabakiaren ostean, RVAPek ofizialki helaraziko die egileei argitaratzeari buruzko erabakia, bai eta zein ataletan argitaratuko den ere —kontuan hartu beharreko aldaketekin, halakorik balego—. Bestela, jakinaraziko zaie ez dela argitaratuko.

HAEE argialetxe «urdin» gisa definitzen da, eta ez du ahalbidetzen aurre-printak zabaltzea (binakako ebaluazio-prozesua igaro ez duten artikulua).

RVAPek modu ireki, berehalako eta erabatekoan eskaintzen du edukia. IVAPek argitaratutako lanen ondare-eskubideak dauzka (*copyright*), eta aukera eta baimena ematen du lana Creative Commons BY-NC-ND lizentziapean berrerabiltzeko; beraz, kopiatu, erabili, hedatu, transmititu eta jendaurrean erakuts daiteke, baldin eta: 1) egilea eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzen badira, 2) ez bada helburu komertzialetarako erabiltzen, eta 3) erabilera-lizentzia eta horren espezifikazioak aipatzen badira.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

Para su publicación en la RVAP, los trabajos enviados tendrán que reunir los siguientes requisitos:

Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico y es muy recomendable la indicación del orcid. Datos que se harán públicos en la propia Revista en la que se publique el trabajo.

Los trabajos no deberán sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio. Su título ha de incluir la traducción al inglés y siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave. Tanto aquel como estas se publicarán en inglés y en las dos lenguas oficiales del País Vasco (la traducción al euskera la facilita la propia RVAP, si así se prefiere). Además, al comienzo del trabajo, se indicará cómo citar el trabajo: APELLIDOS, Nombre (año), Título del trabajo, *Revista Vasca de Administración Pública*, número, páginas inicial-final. En fin, en el propio trabajo publicado se precisará la fecha de recepción y la de la decisión favorable a su publicación.

Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan.

El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el cuerpo del texto, cuando proceda, sólo se empleará el tipo de letra «cursiva» y nunca podrá utilizarse el «subrayado».

Las referencias bibliográficas deberán seguir los conocidos como criterios APA. Según tales normas de citación, puede seguirse el sistema alfabético de referencia bibliográfica en el cuerpo del texto o el sistema numérico de referencia bibliográfica (las más conocidas como citas a pie de página). Pero en todo caso se deberá incluir un apartado final dedicado a la bibliografía, en el que aparecerán todos (y solo) los trabajos citados a lo largo del texto de manera completa y ordenados alfabéticamente.

Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus. La corrección de las pruebas de imprenta deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales.

El trabajo enviado no ha debido ser mandado para su publicación a ninguna otra revista e implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno. Así, no puede retirarse para enviarlo a otra revista, salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección en la que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación de esta condición es indispensable para que la Revista inicie el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP, entre otras acciones, rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor o autora.

Los trabajos serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. No obstante, la Dirección de la RVAP podrá rechazar un trabajo, sin poner en marcha el proceso de evaluación, cuando el trabajo ostensiblemente no entre en el ámbito de su temática o no se adapte a los requisitos de contenido o formales. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos.

Tras el proceso evaluatorio y la decisión del Consejo de Redacción, la RVAP comunica oficialmente a los autores la decisión sobre la publicación y en qué sección —con las modificaciones que deban tomarse en consideración, en su caso— o la negativa a publicarlo.

La RVAP se define como editorial «azul» y no permite que se difundan los pre-prints (artículos que no han pasado el proceso de evaluación por pares).

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El IVAP conserva los derechos patrimoniales (*copyright*) de los trabajos publicados y favorece y permite su reutilización bajo la licencia Creative Commons BY-NC-ND, pudiendo copiarse, usarse, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que 1.º) se cite la autoría y la fuente original de su publicación, 2.º) no se use para fines comerciales y 3.º) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Sumario

N.º 119/2021

Estudios

DESDENTADO DAROCA, Eva: Silencio positivo, revisión de actos y cosa juzgada. 19
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.01>

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo: Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional. 59
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.02>

IRIGOIEN DOMÍNGUEZ, Alazne: Estereotipos de género e interseccionalidad: una referencia a la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco 101
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.03>

MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro: Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores. 127
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.04>

Euskera

COBREROS MENDAZONA, Edorta: La normativa sobre el euskera publicada en 2020. 169
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.05>

Jurisprudencia

- GARCÍA URETA, Agustín:** Sacrificio de animales y libertad religiosa. Comentario a *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België*, STJUE (Gran Sala) de 17-12-2020. 183
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.06>

Notas

- ÁLVAREZ BUJÁN, María Victoria:** A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad. 209
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.07>

- ESTOA PÉREZ, Abel:** Principales novedades para el sector del gas natural que resultan de las circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 249
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.08>

- MORENO MOLINA, José Antonio:** La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020. 281
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.09>

- SERRANO ROMERA, Alejandro:** Sociedad pública local: el gobierno corporativo como instrumento para la recuperación de una reputación cuestionada. 313
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.10>

Bibliografía

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2019):** *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*. Thomson Reuters -Aranzadi. (Joan AMENÓS ÁLAMO). 347
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.11>

- GARRIDO JUNCAL, Andrea:** *Los servicios sociales en el siglo XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020. 313 págs. (Claudia HERNÁNDEZ LÓPEZ) 352
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.12>

- SIMOU, Sofía:** *Derecho local del cambio climático*. Marcial Pons, Madrid, 2020. 492 págs. ISBN 978-84-9123-759-4 (Gabriele VESTRI) 355
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.13>

- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel:** *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020. 165 págs. (Miren Jassone URKOLA IRIARTE) 362
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.14>
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:** *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)*, Instituto Vasco de Administración Pública / Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2020. 218 págs. (Josep Ramon FUENTES I GASÓ) 371
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.15>
- CUBERO MARCOS, J.I.; LASAGABASTER HERRARTE, I. y otros:** *Espacio público y ordenanzas locales: estudio sobre su régimen jurídico*. IVAP, Oñati, 2018. 486 págs. (Begoña CRESPO HIDALGO) 376
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.16>
- BALLESTEROS MOFFA, L.Á.:** *Las Fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020. 247 págs. (Alejandro VILLANUEVA TURNES) 391
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.17>

Estudios



Silencio positivo, revisión de actos y cosa juzgada

Administrative silence, review of acts and res iudicata

EVA DESDENTADO DAROCA

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá.
eva.desdentado@uah.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.01>

LABURPENA: Administrazioak erabil al ditzake egintzak berrikusteko ahalak eta ekintzak, isiltasun positiboa egon dela deklaratu, aurretiaz epai irmoa eman baldin bada? Arazo hori jorratzen da artikulu honetan. Ikusiko dugu zer harreman dagoen isiltasun positiboan giltzarri diren erakundeen, egintza-berrikuspenaren eta gauza epaituaren artean, eta gogoeta teoriko bat egingo dugu harreman horren zailtasunez. Izan ere, lan-arloko jurisdikzio-ordenan begiratzen badugu, epai eztabaidatu batzuek aitortu izan dituzte, isiltasuna tarteko, FOGASaren prestazio ekonomikoak. Hortik tiraka egingo dugu azterketa, baina epai horietan ebatzitako kasuak baino urrunago goaz, alegia, kontzeptuak aztertu, eta zenbait proposamen ere egingo ditugu *lege lata* eta *lege ferenda*.

HITZ GAKOAK: Isiltasun positiboa. Egintzak berrikustea. Gauza epaitua. FOGASA.

ABSTRACT: This article approaches the difficulties that arise when the judges establish that the absence of reply by the Administration has to be understood as an implied concession of what the citizen applied for, when the applicant did not really fulfil the requirements to obtain what he had asked for. In such a case the implied administrative act (concession) is illegal, but the question that arises is whether the Administration can still use the actions against the illegal act and obtain its annulment or this annulment can not be possible as a consequence of the *res iudicata* effect.

KEYWORDS: Administrative silence. Implied concession. Illegal administrative acts annulment. *Res iudicata* effect.

RESUMEN: Este trabajo aborda el problema de si es posible o no que la Administración ejercite las potestades y acciones de revisión de actos cuando previamente se ha dictado sentencia firme declarando la producción de un silencio positivo. Se trata de una reflexión teórica sobre las dificultades que plantea la relación entre las instituciones claves del silencio positivo, la revisión de actos y la cosa juzgada. El análisis se hace a la luz del examen de algunas sentencias controver-

tidas del orden jurisdiccional social sobre el reconocimiento de prestaciones económicas del FOGASA por silencio, pero trasciende los casos resueltos por estas sentencias para llevar a cabo un estudio conceptual que conduce a algunas propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVES: Silencio positivo. Revisión de actos. Cosa juzgada. FOGASA.

Trabajo recibido el 25 de noviembre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. El problema de las sentencias firmes que declaran la existencia de un silencio positivo y la revisión de actos presuntos ilegales.—II. Las sentencias de la jurisdicción social sobre el silencio positivo en relación con prestaciones del FOGASA: las SSTs (4.ª) de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020. 1. Aclaraciones previas sobre el silencio positivo en las solicitudes de prestaciones del FOGASA y la revisión de actos en este ámbito. 2. Análisis de las SSTs (4.ª) de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020. 2.1. La STS (4.ª) de 27 de febrero de 2019: la cosa juzgada como límite para la revisión de actos presuntos que reconocen prestaciones del FOGASA cuando ha habido sentencia firme. 2.2. La STS (4.ª) de 16 de marzo de 2020: continuidad de la doctrina establecida en la STS (4.ª) de 27 de febrero de 2019 y argumentos adicionales.—III. Valoración crítica de las sentencias y reflexiones generales sobre los aspectos problemáticos del silencio positivo, la revisión de actos y la cosa juzgada. 1. Identificación de los aspectos centrales de la polémica. 2. La virtualidad de la cosa juzgada como límite a la revisión de actos administrativos. 2.1. La cosa juzgada: función positiva y función negativa. 2.2. Cosa juzgada y revisión de actos administrativos. 3. Sobre el alcance de las sentencias que declaran la existencia de un silencio positivo. 4. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como límite a la revisión y la ausencia de imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia ¿Quid de la defensa del interés general y del derecho de acceso a la jurisdicción de la Administración? 4.1. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como límite a la revisión y la ausencia de imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia. 4.2. ¿Quid de la defensa del interés general y del derecho de acceso a la jurisdicción de la Administración?—IV. La reacción del legislador en el caso de las prestaciones del FOGASA: del silencio positivo a la cláusula de prohibición de la adquisición de derechos *contra legem*.—V. Reflexiones finales: la necesaria reconsideración de las reglas del silencio y la regulación de los procesos en los que se discute la producción de un silencio positivo.—VI. Bibliografía.

I. El problema de las sentencias firmes que declaran la existencia de un silencio positivo y la revisión de actos presuntos ilegales

El silencio administrativo es una figura esencial en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, pues, como es sabido, pese a que la Administración tiene la obligación de notificar resolución expresa dentro del plazo legal (art. 21 LPACAP), esto no siempre se produce, bien sea por negligencia, por imposibilidad debido al número de expedientes en tra-

mitación y la falta de recursos humanos o bien, incluso, porque se elude dictar el acto resolutorio correspondiente.

Se trata de situaciones que difícilmente pueden erradicarse y, por tanto, aunque en un mundo ideal la existencia del silencio administrativo sería innecesaria y aunque se haya abogado por su supresión y sustitución por otras técnicas (1), no parece plausible prescindir de él. De hecho, se trata, como se ha señalado, de una institución que «se remonta al periodo de consolidación del derecho administrativo continental» y que constituye una garantía esencial (2), puesto que el interesado no puede quedar, sin más e indefinidamente, en una situación de incertidumbre. La ficción en que consiste el silencio resulta imprescindible para disolver la incertidumbre, bien sea dándole a la ausencia de respuesta y notificación en plazo un sentido positivo o estimatorio, bien sea dándole un sentido negativo o desestimatorio.

Ahora bien, la función que cumple el silencio en un caso u otro es diferente. El silencio negativo permite, únicamente, al particular acudir a la vía de los recursos —administrativos y/o judiciales—, mientras que el silencio positivo implica «fingir» que la solicitud del particular se ha resuelto de forma favorable concediéndole aquello que ha pedido, sea el ejercicio de un derecho, el reconocimiento de una prestación o de un hacer de la Administración a su favor.

El funcionamiento de esta técnica puede parecer sencillo, pero lo cierto es que su régimen jurídico siempre ha sido escurridizo, y no solo por las dificultades de acertar con su regulación y con el establecimiento de las reglas generales y de las excepciones, sino también porque la aplicación de estas reglas a los casos concretos con frecuencia ha resultado más complejo o más controvertido de lo que inicialmente se pudiera prever, generando reticencias administrativas y judiciales, doctrinas elusivas de su cumplimiento e interpretaciones forzadas sobre el sentido del silencio cuando la aplicación de la regla general no parece tener sentido (3).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 consagraron, en su día, como regla general, el silencio negativo, si bien tradicionalmente en el ámbito de

(1) Vid. BOLADO ALONSO, J., «Diez razones para proponer la reforma jurídica del silencio administrativo», *Revista de Derecho. UNED*, núm. 25, 2019, págs. 361 y ss.

(2) SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2020, pág. 523; sobre los orígenes de la figura, vid. AGUADO I CUDOLÀ, V., «La evolución histórica del silencio administrativo: de los Estatutos de Calvo Sotelo hasta la Ley 30/1992», *REALA*, núm. 279, 1997, y del mismo autor, «Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado Constitucional», *RAP*, núm. 145, 1998.

(3) SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, pág. 528; AGUADO I CUDOLÀ, V., «La evolución histórica...», *cit.*, pág. 75; ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, págs. 353 y ss.

las licencias municipales la regla ha sido la opuesta, con la excepción de las licencias urbanísticas donde terminó estableciéndose una cláusula especial que impedía la obtención de facultades o derechos *contra legem*(4).

Es indudable que la regla del silencio negativo obliga a los particulares a impugnar, recurriendo en la vía administrativa y/o judicial, para hacer efectivos sus derechos, con los costes correspondientes. Y es preciso reconocer que, además, en no pocas ocasiones, los ciudadanos se ven obligados a afrontar esos costes —cuando no a quedarse para siempre sin respuesta— por una actitud de pasividad de la Administración que cuenta con que el silencio implicará la desestimación.

El legislador ha querido romper esta dinámica y facilitar el ejercicio de los derechos y libertades de los particulares alterando —en su día con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (sobre todo, tras su reforma en el año 1999) y ahora con la Ley 39/2015, de 1 de octubre (en adelante, LPACAP)— la regla general tradicional del silencio negativo y estableciendo su contraria: la regla general de la estimación de las solicitudes presentadas por los particulares.

El establecimiento de la regla general del silencio positivo da a la regulación de la institución un aura de mayor garantía frente a una Administración incumplidora de su obligación de resolver y notificar en plazo, pero lo cierto es que, de una valoración de conjunto de la regulación actual, quizás haya que llegar a la conclusión contraria. Por un lado, porque, en realidad, hay numerosas excepciones a la regla del silencio positivo en la legislación sectorial que se suman a las que ya de por sí contempla la LPACAP. Por otro lado, porque como han advertido varios autores(5) y como veremos también en este trabajo, el aparentemente benévolo silencio positivo puede terminar convirtiéndose en una trampa o en un arduo laberinto para el ciudadano y una lesión del interés público. Luego, en consecuencia, el silencio positivo no es siempre tan positivo para los ciudadanos.

Puede que, en algunos casos, sea la regla preferible, pero es discutible que tenga que ser la regla general, porque, aparte de que puede tener un

(4) Sobre la evolución de la regulación del silencio administrativo, *vid.*, entre otros, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 21 y ss; AGUADO I CUDOLÀ, V., «Los orígenes del silencio administrativo...», *cit.*, págs. 329 y ss; ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *op. cit.*, págs. 23 y ss.

(5) *Vid.*, en este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El silencio administrativo: ficción, trampa y caos», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000; PAREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente en sentido positivo, como aporía. Apuntes de una posible vía de superación», en PAREJO ALFONSO L. (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 304; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986, pág. 112.

efecto bumerán para el particular, tiene también importantes desventajas desde la perspectiva de la adecuada protección de los intereses generales cuando el legislador inexplicablemente olvida establecer la regla excepcional del silencio negativo allí donde resulta necesaria por la naturaleza del procedimiento.

Es cierto que hay campos en los que, debido al tipo de actividad y a la necesidad de facilitar el emprendimiento y la actividad económica, puede ser conveniente establecer la regla del silencio positivo; se trata de casos en los que la intervención administrativa se convierte en un obstáculo para el ejercicio de derechos o libertades individuales que no exigen una prestación del Estado(6). Pero cuando la solicitud del particular versa sobre una prestación económica o sobre un hacer jurídico, técnico o material de la Administración, el juego del silencio positivo resulta más que discutible. No es de extrañar la reticencia de nuestros tribunales a aceptar en diversos supuestos la aplicación de la regla del silencio positivo, recurriendo a veces a una interpretación que les permita concluir que el silencio es, en esos casos, negativo pese a la ausencia de regulación específica. Sin embargo, los tribunales no siempre pueden construir estas doctrinas defensivas, que, por otra parte, son controvertidas.

Es preciso reiterar que la naturaleza del silencio negativo y positivo son muy distintos. El silencio negativo es una mera ficción que abre la vía impugnatoria, pero el silencio positivo —dice el legislador— «tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento» (art. 24.2 LPACAP) y ello produce importantes consecuencias jurídicas. Para empezar, una vez que tiene lugar la estimación por silencio positivo, la Administración ya no puede dictar una resolución expresa desestimatoria sin más, tal y como aclara el art. 24 LPACAP, que dispone que «en los casos de estimación por silencio, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

Ello no significa, sin embargo, que la Administración no pueda eliminar el acto presunto si este incurre en algún tipo de ilegalidad; al contrario, puede y debe eliminarlo para preservar la legalidad y el interés público, pero solo puede hacerlo ya siguiendo los onerosos procedimientos establecidos para ello en la ley, que operan como garantía del particular, aunque con ciertos límites(7) previstos en el art. 110 LPACAP.

(6) Como ha señalado Santamaría Pastor, la regla del silencio positivo tiene su campo natural de operatividad en el ámbito de la denominada actividad de policía o de control mediante autorización de actividades privadas. *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, pág. 109.

(7) *Vid.* ALENZA GARCÍA, J.F., *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 59 y ss; AGUADO Y CUDOLÁ, V. y NETTEL BARRERA, A.C., «Silencio administrativo positivo, reclamaciones extemporáneas y revisión de oficio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección 3.ª) 6594/2010, de

Si, obviando estos cauces, tras la producción del silencio positivo, la Administración notifica al particular una resolución expresa desestimatoria, tal proceder constituye un vicio de nulidad de pleno Derecho al haberse dictado el acto prescindiendo del procedimiento debido. Por tanto, si existe una discrepancia entre el ciudadano y la Administración sobre el sentido del silencio y el ciudadano recurre en vía contencioso-administrativa con la pretensión de que, en primer lugar, se declare que se ha producido un silencio positivo y, en segundo lugar, se anule la resolución desestimatoria expresa, si el sentido del silencio era efectivamente positivo y así lo declara el juez o tribunal, se producirá también la anulación de la desestimación expresa por un vicio procedimental grave (art. 47.1. e) LPACAP (8)).

En estos casos se habrán dictado, por tanto, sentencias firmes que han declarado que se ha producido un acto presunto favorable al particular y que han anulado la desestimación expresa por estar incurso en una causa de nulidad.

Ahora bien, cabe que, una vez que se ha establecido judicialmente que la regla del silencio que opera en ese caso es la del silencio positivo, el acto presunto resulte ser ilegal, porque el particular que formuló la solicitud no reúna los requisitos para el reconocimiento del derecho, y ello es especialmente problemático en los supuestos en los que lo que se reconoce, por ese mero silencio, es una prestación económica o una obligación de hacer (material, jurídica o técnica) de la Administración.

En tales supuestos, el acto presunto, declarado por sentencia firme, resulta ser o nulo o meramente anulable. Si faltan requisitos esenciales, concurrirá el supuesto de nulidad del art. 47.1.f) de la LPACAP; un vicio, como es sabido, imprescriptible (art. 106.1 LPACAP).

Por otro lado, si faltan requisitos no esenciales, nos encontraremos ante un supuesto de mera anulabilidad, para el que el art. 107 LPACAP faculta a la Administración a declarar el carácter lesivo del acto para el interés general y a continuación a impugnar en vía contencioso-administrativa, a través del conocido recurso de lesividad, dentro, en este caso, del límite temporal de cuatro años que fija el precepto.

Luego, en principio, ante la existencia de un acto presunto ilegal, la Administración puede ejercer su potestad de revisión de oficio sin límite

9 de diciembre», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol.1, Civitas, Madrid, 2012.

(8) Este artículo dispone que son nulos de pleno Derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».

temporal alguno o su potestad para declarar la lesividad del acto e impugnarlo en vía contencioso-administrativa en el plazo antes señalado de cuatro años. Ahora bien, la cuestión que surge, cuando ya se ha obtenido sentencia firme que da la razón al actor y reconoce la existencia de un silencio positivo que le es favorable, es si todavía puede la Administración, en caso de que el particular no reúna los requisitos legales pertinentes, ejercer sus facultades de revisión de oficio o de interposición del recurso de lesividad.

Sobre este problema se han pronunciado recientemente dos sentencias controvertidas de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Se trata de las SSTS (4.^a) de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020(9), relativas ambas al reconocimiento de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), que comentaremos críticamente a continuación y que darán pie a otras consideraciones más generales. Las sentencias son interesantes de por sí, pero lo más importante de ellas es que ponen de manifiesto la existencia de problemas jurídicos relevantes que exigen una reflexión general —más allá de los casos concretos que resuelven— sobre instituciones claves de nuestro Derecho Administrativo y, en concreto, sobre el silencio, la revisión de oficio y la cosa juzgada. Y estos problemas no se están planteando únicamente en la jurisdicción social, sino también en la jurisdicción contencioso-administrativa(10).

II. Las sentencias de la jurisdicción social sobre el silencio positivo en relación con prestaciones del FOGASA: las SSTS (4.^a) de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020

1. Aclaraciones previas sobre el silencio positivo en las solicitudes de prestaciones del FOGASA y la revisión de actos en este ámbito

Con carácter previo al análisis de las SSTS de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020, conviene recordar que el FOGASA es un organismo autónomo de la Administración pública, una entidad encargada de garantizar que los trabajadores cobren los créditos laborales impagados por insolvencia o concurso empresarial. Su regulación se encuentra en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 505/1985,

(9) Seguidas de otras dos posteriores: SSTS (4.^a) de 16 de septiembre y 13 de octubre de 2020.

(10) Alenza hace referencia a dos asuntos contencioso-administrativos resueltos en sentido opuesto; en uno de ellos se entiende que no opera el efecto de cosa juzgada y se admite la revisión posterior del acto presunto declarado por sentencia firme, mientras que en otros tal posibilidad no se admite. *Vid.* ALENZA GARCÍA, J.F., *op. cit.*, págs. 59 y 60 y las notas a pie núms. 28 y 29.

de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, y, en el momento en el que se dictaron las sentencias(11), no contemplaba el régimen del silencio.

La jurisdicción social, tras algunas vacilaciones(12), entendió que el silencio era positivo en aplicación de las reglas generales establecidas en la legislación de procedimiento administrativo, puesto que las prestaciones del FOGASA no son prestaciones de la Seguridad Social(13), para las que sí está prevista la regla excepcional del silencio negativo (art. 129.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Por otro lado, es preciso señalar también, para la mejor comprensión de las sentencias que analizamos a continuación, que la legislación ha eliminado la posibilidad de que el FOGASA revise de oficio las resoluciones que reconocen el derecho a la prestación a favor de los trabajadores, obligándole a acudir, con carácter general, a la vía judicial, y concretamente a la jurisdicción social, para la depuración de sus resoluciones contrarias a Derecho.

El artículo 146 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, establece, en su apartado 1, que «el Fondo de Garantía Salarial» no podrá revisar por sí mismo «sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios; debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido». El apartado 2 exceptúa de este régimen, y permite la revisión de oficio, solo de algunos supuestos menores, como aquellos en los que el beneficiario incurrió en omisiones o inexactitudes en sus declaraciones o en los que las resoluciones administrativas incurrieron en errores materiales, de hechos o aritméticos.

No obstante, aunque el régimen de revisión sea distinto en el caso del FOGASA, el problema de fondo que interesa desde la perspectiva más

(11) Posteriormente se ha introducido una regla especial incorporando un apartado 11 al art. 33 del ET mediante la disposición adicional del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, que se analiza más adelante en este trabajo (epígrafe 4).

(12) Sobre estas vacilaciones, *vid.* VALENCIANO SAL, A., «Criterios jurisprudenciales en relación al silencio administrativo del FOGASA», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, págs. 239-254.

(13) La sentencia clave sobre el silencio positivo en relación con las prestaciones del FOGASA es la STS (4.^ª) de 16 de marzo de 2015, dictada en unificación de doctrina. Sobre este tema, *vid.*, también, ROQUETA BUJ, R., «El silencio administrativo y el Fondo de Garantía Salarial», *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, págs. 10 y ss; de la misma autora, «El FOGASA en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Trabajo y Derecho*, núm. 38, 2018, págs. 3 y ss; TALENS VISCONTI, E.E., «El Fondo de Garantía Salarial y el silencio administrativo: la interpretación del orden jurisdiccional social», *Trabajo y Derecho*, núm. 58, 2019, págs. 2 y ss; VALENCIANO SAL, A., *op. cit.*, págs. 239-254.

general del Derecho Administrativo es el mismo: si la existencia de una sentencia firme que declara la producción de un silencio positivo deja sin funcionalidad alguna la revisión de ese acto presunto, sea en vía administrativa o judicial, como consecuencia del efecto de la cosa juzgada (art. 222 LEC) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

2. Análisis de las SSTs (4.ª) de 27 de febrero de 2019 y de 16 de marzo de 2020

2.1. LA STS (4.ª) DE 27 DE FEBRERO DE 2019: LA COSA JUZGADA COMO LÍMITE PARA LA REVISIÓN DE ACTOS PRESUNTOS QUE RECONOCEN PRESTACIONES DEL FOGASA CUANDO HA HABIDO SENTENCIA FIRME

La STS (4.ª) de 27 de febrero de 2019 resuelve el recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto por el FOGASA contra sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 17 de julio de 2017, que confirmó la sentencia de instancia que había desestimado la demanda de revisión interpuesta por el FOGASA para la anulación de acto presunto, producido por silencio positivo según se había establecido en sentencia firme.

En conciliación extrajudicial la empresa había reconocido el derecho de la trabajadora al cobro de las indemnizaciones. Declarada insolvente la empresa, la trabajadora solicitó el abono de las cantidades al FOGASA. Transcurrido un año, el FOGASA dictó resolución expresa reconociendo el derecho a una cantidad (1.172,75 euros) inferior a la solicitada por entender que un importante porcentaje de la indemnización (el 60%) no procedía al ser el título ejecutivo (conciliación extrajudicial) insuficiente para al reconocimiento de la prestación. La trabajadora acudió a la vía judicial, estimándose la demanda por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra mediante sentencia de 16 de mayo de 2016, en la que condena al FOGASA a abonar 11.398,68 euros, al entender que la solicitud de la trabajadora había sido estimada por silencio positivo⁽¹⁴⁾. El FOGASA dicta entonces resolución reconociendo a la trabajadora la expresada cantidad, pero a continuación interpone recurso de revisión del acto declarativo con la finalidad de lograr el reintegro de la cantidad al entender que la trabajadora no reunía los requisitos para la obtención de la prestación. El recurso fue desestimado por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra en sentencia de 2 de diciembre de 2016, que fue confirmada por el TSJ Galicia en su sentencia de 7 de julio de 2017.

(14) No he podido obtener y leer directamente esta sentencia, por lo que este relato se basa en los datos que aparecen en los fundamentos 3.º 2 y 4.º de la propia STS (3.ª) de 27 de febrero de 2019.

La Sala de lo Social del TSJ afirmó que:

«... no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto... en tanto que se trata, no de una revisión de actos del Fogasa que hayan causado estado en vía administrativa, sino de modificar lo ya resuelto en una sentencia firme, lo que no es lo mismo, refiriéndose el artículo 146 de la LRJS a «actos declarativos» y no resoluciones judiciales, de manera que, en consonancia con lo hasta ahora expuesto, deviene procedente la desestimación del recurso entablado por el FOGASA, lo que conlleva la confirmación de la sentencia de instancia».

En definitiva, la Sala entendió que una vez que se ha llegado a la vía judicial y se ha dictado una sentencia firme que declara la existencia del silencio positivo y el correspondiente derecho del particular a la prestación, la Administración ya no puede ejercer sus potestades de revisión o interponer acciones judiciales con esa finalidad, porque tales vías ya no caben frente a una sentencia firme.

El FOGASA adujo, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en línea con la sentencia de contraste aportada (STSJ de Asturias de 24 de enero de 2017), que no puede operar el efecto de cosa juzgada al no existir identidad ni entre los objetos, ni entre las causas de pedir de ambos procesos, pues el primer proceso versó sobre la producción del silencio positivo y el segundo tiene por objeto el análisis de la ilegalidad del acto presunto y, en particular, la ausencia de concurrencia de los requisitos materiales exigidos para la obtención de la prestación.

Pues bien, en su sentencia de 27 de febrero de 2019, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se inclina por la primera interpretación y sostiene que la cosa juzgada opera como un obstáculo insalvable a la revisión de actos declarativos de derechos al abono de prestaciones del FOGASA por efecto del silencio positivo.

La Sala considera que no concurre el efecto negativo de la cosa juzgada, pero afirma que se produce el efecto positivo o prejudicial en la medida en que el primer proceso constituye antecedente lógico del segundo proceso, ya que para resolver este no puede prescindirse del hecho de que «no ha sido la resolución tácita del FOGASA la que por silencio positivo ha estimado la prestación solicitada... sino la sentencia..., estimando la demanda y condenando al FOGASA a abonar a la trabajadora» la prestación.

Esta argumentación lleva a la Sala a concluir que, por tanto, «se ha de partir de que hay una sentencia firme... que ha estimado la demanda y condenado al FOGASA..., por lo que no procede declarar que se trata de

una prestación indebida y procede su reintegro», ya que es una prestación reconocida por sentencia firme y, por lo tanto, intangible.

Es más, considera que admitir la pretensión de revisión de los actos presuntos declarativos de derechos implicaría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica «que exige que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas».

Por otro lado, la Sala de lo Social, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional (15) sobre el derecho a la ejecución de sentencias firmes, afirma que no concurren circunstancias que hagan imposible física o jurídicamente la ejecución de las sentencias o la dificulten y que el planteamiento de una demanda de revisión de los actos declarativos de derecho implica pretender privar de efectos las sentencias ya recaídas y firmes por un cauce no previsto en la ley.

La doctrina de esta sentencia es polémica y de hecho cuenta con voto particular firmado por un elevado número de magistrados de la Sala (seis magistrados de los trece que componen la Sala).

En el voto particular se rechaza que, en este tipo de supuestos, pueda operar el efecto positivo de cosa juzgada porque lo resuelto en los primeros procesos no es, en modo alguno, un antecedente lógico para la resolución del asunto que se plantea en los segundos procesos, ya que estos tienen un objeto completamente distinto y sobre el que no se pronunciaron los primeros procesos.

Los firmantes del voto particular de la sentencia señalan que:

«No puede apreciarse el «antecedente lógico», porque el objeto de los pleitos es radicalmente diferente, ya que en aquel primer juicio se excluyó cualquier debate en orden a la existencia del derecho prestacional y/o sus efectos económicos y, en consecuencia, no se analizó la adecuación del contenido del acto presunto a la normativa reguladora de las prestaciones con cargo al FOGASA, que es lo que constituye el núcleo central del presente proceso».

A ello añaden que, precisamente, y en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva exige la resolución del segundo proceso que no puede inadmitirse. De lo contrario, señalan no sólo se deja al FOGASA sin defensa posible de la legalidad y del interés general, sino que además se admite la producción de un enriquecimiento indebido del solicitante a pesar de que no reúne los requisitos esenciales para ello.

(15) SSTC 22/2009, de 26 de enero; 285/2006, de 27 de marzo, y 73/2000, de 14 de marzo.

2.2. LA STS (4.^a) DE 16 DE MARZO DE 2020: CONTINUIDAD DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA EN LA STS (4.^a) DE 27 DE FEBRERO DE 2019 Y ARGUMENTOS ADICIONALES

La polémica sentencia de 27 de febrero de 2019 parecía constituir una singularidad en el panorama jurisprudencial, pero la sentencia de la Sala de lo Social, de 16 de marzo de 2020 y otras posteriores de 16 de septiembre y 13 de octubre de 2020 continúan en la misma línea. La STS (4.^a) de 16 de marzo de 2020 ofrece, no obstante, algunos elementos adicionales de interés, también discutibles que justifican su comentario.

En el caso que resuelve esta sentencia, el actor había logrado, en conciliación administrativa ante el SMAC (Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación), el reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido y el derecho a una indemnización por 31.077,24 euros que no fue pagada por insolvencia de la empresa. Ante esta situación presentó solicitud ante el FOGASA que dictó resolución expresa denegatoria. En primera instancia, el Juzgado de lo Social declaró que se había producido un silencio positivo en virtud del cual el actor tenía derecho a la prestación del FOGASA (16), pero no en la cuantía reclamada sino en una cuantía inferior aplicando los límites legales de la prestación y moderando por tanto lo solicitado por el particular (18.282,85) en la estimación parcial de la demanda. Interpuesta demanda por el FOGASA para la revisión del acto, el recurso se desestimó en primera instancia por aplicación de la institución de la cosa juzgada (sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo de 2 de febrero de 2017). Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia dictó sentencia estimatoria declarando la nulidad del silencio administrativo (sentencia de 31 de julio de 2017).

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo casó esta sentencia reiterando la tesis mantenida en la sentencia previa de 27 de febrero de 2019 y considerando que lo resuelto en el proceso anterior es antecedente lógico del proceso posterior al entender que «el reconocimiento firme y por ello con fuerza de cosa juzgada que puso fin al pleito... ha de ser el punto de partida para cualquier decisión judicial posterior que incida en el derecho al percibo de esa prestación» y que la revisión que pretende el FOGASA supondría «dejar sin efecto la sentencia firme, susceptible de ejecución, en la que se reconoció definitivamente de manera parcial el derecho del administrado al mismo», vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

(16) No se ha podido consultar la sentencia del Juzgado, por lo que el relato se basa en los datos que figuran en el antecedente de hecho 1.º y el fundamento jurídico 1.º de la propia sentencia de 16 de marzo de 2020.

Sin embargo, la STS (4.^a) de 16 de marzo de 2020 no se limita a seguir el hilo argumental de la sentencia de 27 de febrero de 2019. Contiene dos afirmaciones adicionales destacables.

En primer lugar, la Sala afirma que el artículo 24 LPACAP impide revisar el acto presunto, puesto que la resolución expresa posterior sólo puede ser confirmatoria del mismo.

En segundo lugar, la Sala considera que en la sentencia de instancia que reconoció el derecho a la prestación se llevó a cabo un análisis que no fue puramente formal sobre si se había producido o no un silencio positivo, sino también un examen de fondo sobre el asunto, puesto que se fijaron los límites cuantitativos de la prestación de acuerdo con el artículo 33 ET, moderando la solicitud inicial del particular.

III. Valoración crítica de las sentencias y reflexiones generales sobre los aspectos problemáticos del silencio positivo, la revisión de actos y la cosa juzgada

1. Identificación de los aspectos centrales de la polémica

La lectura y análisis de las sentencias y del voto particular a la primera de ellas pone de manifiesto la existencia de diversos argumentos en contraposición, así como de aspectos centrales de discrepancia sobre cómo operan instituciones de tanta relevancia como el silencio positivo, la revisión de actos ilegales y el efecto de cosa juzgada.

La discrepancia gira, fundamentalmente, sobre dos cuestiones. En primer lugar, sobre si la declaración de la producción del silencio positivo y sus efectos en sentencia firme priva de funcionalidad a las acciones de revisión por parte de la Administración; es decir, sobre si la existencia de ese primer proceso produce un efecto de cosa juzgada positiva que vincula en el proceso posterior de análisis de la legalidad del acto presunto. En segundo lugar, sobre el significado y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en este tipo de supuestos.

2. La virtualidad de la cosa juzgada como límite a la revisión de actos administrativos

2.1. LA COSA JUZGADA: FUNCIÓN POSITIVA Y FUNCIÓN NEGATIVA

La cosa juzgada tiene dos vertientes: formal y material (17). La formal se refiere a la inimpugnabilidad o firmeza de las resoluciones judiciales.

(17) Sobre la distinción entre cosa juzgada formal y material, *vid.*, también, TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 138 y ss.

La material, que es la que aquí nos interesa, cumple, tal y como se deriva del art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una doble función: negativa y una positiva.

La función negativa, consagrada en el art. 222.1 LEC (18), excluye la posibilidad de un segundo proceso con igual objeto. Por ello, el art. 69.d) LJCA dispone que se declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones cuando recayeran sobre cosa juzgada.

A esos efectos es necesario que concurren las identidades en los términos del artículo 222 LEC (19), entendiéndose que la causa de pedir no la configuran solo los fundamentos fácticos y jurídicos que se adujeron en el proceso, sino también aquellos que se hubiesen podido alegar aunque no se alegaran.

Por su parte, la función positiva, reflejada en el art. 222.4 LEC (20), hace referencia al efecto vinculante que un proceso produce sobre el objeto de otros procesos posteriores, es decir, implica que el tribunal que haya de decidir sobre el objeto de un segundo proceso respecto del cual haya aspectos o «*elementos*» —como dice el art. 222.4 LEC— ya resueltos en sentencia firme anterior debe atenerse necesariamente a esa resolución judicial, tomándola como punto de partida indiscutible (21).

2.2. COSA JUZGADA Y REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

La cosa juzgada no aparece mencionada en el artículo 110 LPACAP entre los límites de las potestades de revisión de actos ilegales (22), pero, pese a ello lo cierto es que, en algunos supuestos, la cosa juzgada opera como un obstáculo insalvable al ejercicio de esas potestades. No es posible solicitar la revisión de oficio de resoluciones que ya fueron recurridas cuando el recurso fue desestimado en la vía judicial confirmándose la

(18) El art. 222.1 LEC dice literalmente: «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

(19) DE LA OLIVA, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 24.

(20) Este precepto dispone exactamente que: «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

(21) DE LA OLIVA, A., *op. cit.*, pág. 109.

(22) De acuerdo con el art. 110 LPACAP, «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

legalidad del acto, pues «la revisión de los actos administrativos...no es una vía idónea para reabrir procesos fenecidos» (23).

Ahora bien, en el tipo de supuestos que ahora nos interesan en los que, en el primer proceso, lo que se discute es la existencia de un silencio administrativo y sus efectos, así como la legalidad de una resolución denegatoria expresa tardía dictada al margen de los cauces de revisión, difícilmente puede operar el efecto de cosa juzgada respecto a un procedimiento o proceso posterior en el que se dilucida la legalidad del acto presunto que se ha producido.

A esta conclusión se llega ineludiblemente si examinamos con cuidado cuál es el objeto del primer proceso y el alcance de la sentencia firme dictada en el mismo y lo comparamos con el objeto del segundo procedimiento o proceso (24).

El objeto del primer proceso, en este tipo de supuestos, gira en torno a si se ha producido un silencio administrativo y con qué efectos y, en su caso, a la legalidad de la desestimación expresa posterior en caso de haberse producido un silencio positivo. La pretensión de los particulares no es de reconocimiento de su derecho a la prestación por reunir los requisitos para ello, sino de declaración de la producción de un silencio positivo y, eventualmente, de anulación de la resolución denegatoria expresa producida por razones procedimentales, es decir, por no poder dictarse una vez producido el acto presunto favorable.

El procedimiento de revisión de oficio, el recurso de lesividad o, en el caso del FOGASA, la vía del art. 146 LJS, girarían en torno a la legalidad de estos actos presuntos, esto es, a la concurrencia o no en los mismos de vicios de ilegalidad (nulidad de pleno Derecho o anulabilidad); una cuestión que no puede ser debatida en el proceso anterior porque no es ese su objeto, sino otro.

(23) *Vid.*, entre otras, SSTS (3.ª) de 18 de mayo de 2010, 7 de febrero de 2013, 28 de enero de 2014, 13 de febrero de 2015, 25 de noviembre de 2015 y 31 de mayo de 2018.

(24) Las reflexiones de este epígrafe son reflexiones abstractas sobre este tipo de asuntos, al margen de los casos concretos resueltos por las SSTS (4.ª) de 27 de febrero de 2019 y 16 de marzo de 2020 debido a que no he podido obtener y leer el contenido de las sentencias de primer proceso, ni conocer de primera mano cómo fueron las pretensiones formuladas por las partes y los términos exactos en los que quedaron redactados los fallos de las sentencias. Con todo, de los datos disponibles, que he recogido en los apartados 2.2.1 y 2.2.2, se desprende que estas sentencias responden a un esquema similar: en el primer proceso se reconoce el derecho del particular a la prestación económica sobre la base del silencio y anulándose resolución administrativa expresa extemporánea; posteriormente, el FOGASA ejerce la acción de revisión del acto presunto por no reunir el particular los requisitos legales pertinentes. No he podido conocer en qué términos concretos quedaron redactados los fallos de las sentencias del primer proceso, si bien, lo que sí está claro es que condenaron a la Administración al pago de las prestaciones, y en el caso al que se refiere la STS de 16 de marzo de 2020 se procedió a moderar la cuantía respecto a lo solicitado por el particular y sobre la base de los límites legales, lo que plantea problemas que se analizan más adelante.

De hecho, la Administración ha intentado, en ocasiones, plantear la ilegalidad del acto presunto en el proceso para defender su posición y preservar el interés general, pero esta vía, que fue admitida por algunos tribunales de instancia, ha sido claramente cerrada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

La Sala ha afirmado en reiteradas sentencias (SSTS (3.^a) de 15 de marzo de 2011, 8 de enero de 2013, 17 de julio de 2012, de 8 de enero de 2013, 5 de diciembre de 2014, 14 de junio de 2017, 19 de marzo de 2018) que en los procesos en los que se discute si se ha producido o no un silencio positivo y, eventualmente, la nulidad de una resolución expresa denegatoria posterior, la Administración que entienda que no concurren los requisitos legales para el reconocimiento del derecho y que el acto presunto, por tanto, es ilegal, no puede alegar esa ilegalidad en el proceso, ni el órgano judicial estimarla.

En este sentido, varias sentencias (SSTS (3.^a) de 19 de marzo de 2018, 15 de marzo de 2011, 17 de julio de 2012 y 5 de diciembre de 2014) señalan que «una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto» en el proceso, esto es, «los efectos del mismo» no pueden ser «neutralizados por la Administración argumentando la falta de requisitos esenciales para la adquisición del derecho..., pues la Administración pudo y debió poner esas objeciones antes de que se hubiese producido el silencio».

La Sala de lo Contencioso-administrativo ha entendido que tal proceder dejaría sin sentido alguno el silencio positivo. Así se argumenta en la STS (3.^a) de 8 de enero de 2013 en la que se dice que «si después de toda esta exposición, hubiéramos de comenzar a estudiar si el interesado tenía o no derecho a lo que pedía...en tal caso la figura del silencio positivo carecería de todo sentido y de cualquier finalidad razonable».

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre otras, SSTS (4.^a) de 18 de diciembre de 2018 y de 18 de junio de 2020).

Por tanto, el análisis de la conformidad a Derecho del acto presunto ni ha sido, ni puede ser objeto del primer proceso, cuando constituye, sin embargo, el objeto de los procedimientos o procesos de revisión.

De ahí que no exista identidad en cuanto al objeto entre el primer proceso y el eventual objeto de los correspondientes procedimientos o procesos de revisión del acto. Ni la actuación administrativa a la que se refieren las pretensiones es la misma, ni el *petitum*, ni la *causa petendi* son los mismos tampoco, ni, por último, lo resuelto en el primer proceso constituye antecedente lógico de lo que hubiera de decidir en los procedimientos de revisión o procesos ulteriores al respecto.

En el primer proceso, la actuación administrativa controvertida es la ausencia de respuesta y notificación en plazo y la resolución denegato-

ria expresa posterior. En el procedimiento o proceso de revisión, sería el acto presunto favorable que se ha declarado existente por sentencia firme. La *causa petendi* en el primer proceso gira en torno a las reglas de producción del silencio positivo en los procedimientos iniciados a instancia de parte y la inviabilidad de un acto denegatorio expreso cuando previamente se ha producido un silencio positivo. La *causa petendi* en el procedimiento o proceso de revisión sería la concurrencia de vicios de ilegalidad en los actos presuntos que se han declarado existentes en los procesos anteriores. El *petitum*, por su parte, también sería claramente diferente: en el primer proceso, la declaración de la existencia de un acto presunto y la anulación de una resolución denegatoria expresa fuera de plazo; en el segundo, la anulación de los actos presuntos que se han declarado existentes.

En definitiva, no concurre ninguna de las identidades exigibles en cuanto al objeto para entender que existe el efecto excluyente de la cosa juzgada.

Por otro lado, los primeros procesos tampoco pueden considerarse un antecedente lógico de los procedimientos de revisión de oficio o de los eventuales recursos de lesividad sobre el fondo del asunto porque no hay ninguna relación en cuanto al fondo del asunto que se plantea en unos y otros procedimientos, por lo que difícilmente puede hablarse de «*elementos resueltos*» —expresión que utiliza el art. 222.4 LEC— en el primer proceso que condicionen la respuesta al segundo procedimiento o proceso.

Como ha explicado Tapia Fernández, para que opere la cosa juzgada en su vertiente positiva es necesario que la cuestión o punto litigioso del segundo proceso haya quedado resuelto de forma cerrada o irrevocable en el primero (25), lo que en los supuestos que ahora analizamos no es el caso y, por tanto, no puede considerarse que lo decidido en el proceso sea realmente antecedente lógico del procedimiento o proceso de revisión del acto presunto.

La única relación existente es el hecho de que, en el primer proceso, se ha declarado, con carácter firme y efecto de cosa juzgada, que se ha producido un acto presunto favorable al particular que reconoce su derecho a lo solicitado, pero ese es un dato que la Administración admite y acepta cuando decide ejercer las potestades de revisión o interponer las acciones necesarias para ello. Es precisamente el dato o presupuesto del que parte para, tras analizar la legalidad del acto presunto y concluir que concurre un vicio de nulidad o anulabilidad, proceder a poner en marcha las vías para su eliminación.

(25) TAPIA FERNÁNDEZ, I., *op. cit.*, pág. 215.

Ahora bien, aceptado que se ha producido un acto presunto favorable porque así se ha establecido por sentencia firme que ha analizado las operatividad de las reglas del silencio en ese caso concreto y ha concluido que se ha producido un silencio positivo como sostenía el particular y no un silencio negativo como mantenía la Administración, en el primer proceso y en la primera sentencia no hay ningún elemento del procedimiento o proceso de revisión que haya sido ya resuelto en el primer proceso y por sentencia firme, ya que estos en ningún momento versan sobre la conformidad a Derecho del acto presunto que se ha producido por el mero transcurso del tiempo.

Por ello, precisamente, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha señalado que los actos presuntos se encuentran con el mismo límite que los actos expresos, entre ellos la nulidad de pleno Derecho (STS (3.^a) de 14 de junio de 2017) y que la Administración puede ejercer siempre sus potestades de revisión si considera que concurren vicios de ilegalidad en el acto presunto producido (SSTS (3.^a) de 8 de enero de 2013, de 14 de junio de 2017, 19 de marzo de 2018).

Así se afirma, con toda claridad, en la STS (3.^a) de 19 de marzo de 2018 en la que se concluye que «la sentencia impugnada en casación se ajustó a derecho al considerar que la Administración debió admitir los efectos del silencio positivo... sin perjuicio de que, en su caso, después y por el procedimiento legalmente establecido, pudiera ejercitar su facultad de revisar la inscripción realizada».

En la misma línea, la Sala de lo Social en numerosas sentencias anteriores(26) había llegado a igual conclusión: producido el silencio positivo en relación con las prestaciones del FOGASA y así declarado este por sentencia, ello «no significa que la Sala entienda que... pueden obtenerse prestaciones del FOGASA superiores o no previstas en la normativa vigente en cada momento», puesto que «resulta evidente el carácter imperativo del artículo 33 ET» y «el hecho de que se hayan otorgado derechos superiores o no previstos legalmente, no significa que no puedan dejarse sin efecto; pero, para ello la propia ley ha previsto que tal operación únicamente puede efectuarse a través de los procedimientos revisorios previstos en las normas leyes» y, por tanto, el FOGASA «podrá iniciar el correspondiente procedimiento de revisión del acto presunto a través, en este caso, del artículo 146 LRJS, en el que, además de las medidas cautelares que estime oportuno, deberá solicitar la nulidad del referido acto presunto».

(26) *Vid.*, por todas, la STS (4.^a) de 12 de junio de 2018, dictada en unificación de doctrina.

3. Sobre el alcance de las sentencias que declaran la existencia de un silencio positivo

Las SSTs (4.^a) de 27 de febrero de 2019 y 16 de marzo de 2020 han llegado a una conclusión distinta de la mantenida hasta el momento por la jurisdicción social y contencioso-administrativa y sostienen que la sentencia firme fruto del primer proceso constituye un antecedente lógico que impide la posterior revisión y eliminación del acto presunto favorable al particular (27).

El análisis de las sentencias evidencia que el argumento clave para llegar a tal conclusión y separarse de la doctrina anterior radica en que la Sala entiende que la sentencia firme del primer proceso reconoce el derecho del particular a la prestación.

No es el único argumento, pues la STS (4.^a) de 16 de marzo de 2020 afirma también que tal revisión queda proscrita por el artículo 24 de la LPACAP. Sin embargo, este precepto, tal y como lo ha entendido la doctrina científica y jurisprudencial, solo prohíbe a la Administración dictar una denegación expresa fuera de plazo cuando ya se ha producido un silencio positivo, pero, en modo alguno, impide el ejercicio de las potestades o acciones de revisión por parte de la Administración Pública. El juego de los arts. 24 y 47.1.f) LPACAP evidencia todo lo contrario: que el acto presunto puede ser nulo y, por tanto, revisable. La regulación del art. 24 LPACAP no es, pues, obstáculo para la revisión de actos presuntos ilegales cuando la existencia de tales actos presuntos ha sido declarada por sentencia. Si se produce ese efecto será, si acaso, como consecuencia de la cosa juzgada, pero en modo alguno del art. 24 de la LPACAP.

Descartado este argumento adicional, el argumento central es, como decíamos, que la propia sentencia firme dictada en el primer proceso es la que reconoce el derecho del particular a la prestación, por lo que tal derecho no puede ser eliminado mediante ningún procedimiento o proceso de revisión de actos administrativos ilegales.

Pero, ¿realmente es esto así? ¿realmente cabe entender que la sentencia firme ha reconocido un derecho incontestable del particular a la prestación?

Si esto fuera así ciertamente el efecto de cosa juzgada impediría la revisión y anulación del acto presunto por muy ilegal que fuera, aunque, en mi opinión, en tal caso, difícilmente podría afirmarse que no concurre

(27) Talens criticó este giro afirmando que «ha sido el propio Tribunal Supremo quien, expresamente, le ha dado pie al FOGASA para que pueda revisar sus actos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 146 LRJS» y «después de habilitar esta vía “obiter dicta”, ha negado la misma cuando posteriormente se le ha planteado este tema de manera frontal» quebrando «la confianza legítima que el FOGASA tenía depositada a la hora de explorar la vía del art. 146 LRJS». TALENS VISCONTI, E.E., *op. cit.*, pág. 13.

el efecto de cosa juzgada en su efecto negativo, pues el objeto de ambos procesos sería el mismo: el derecho del particular a la prestación.

Sin embargo, en mi opinión, esta conclusión no es correcta. En el primer proceso, el debate en ningún momento ha girado sobre si el particular tiene o no derecho a la prestación por reunir los requisitos, sino sobre el efecto del silencio en un determinado procedimiento administrativo. La Administración y el particular han debatido sobre, si en ese procedimiento, el efecto del silencio es positivo o negativo. Esa ha sido la cuestión debatida, no si realmente el particular tiene derecho a la prestación conforme al ordenamiento jurídico.

Si eso es así, la sentencia firme solo puede tener un carácter y un alcance más limitado del que argumenta ahora la Sala de lo Social. Hay que entender que la sentencia se limita a declarar que el silencio, en ese procedimiento, es positivo y que, por tanto, se ha producido un acto presunto del que deriva el reconocimiento de la prestación.

En efecto, el acto presunto, como dice el artículo 24.2 LPACAP —que ya hemos mencionado más arriba— es equiparable a un acto expreso finalizador del procedimiento y, por tanto, siendo un acto favorable implica el reconocimiento del derecho del particular a la prestación y el deber, correlativo, de la Administración, de darle cumplimiento. Pero ese efecto lo produce el acto presunto y lo produce, además, no debemos olvidarlo, como consecuencia de una ficción jurídica para salir de la situación de incertidumbre que genera la ausencia de respuesta expresa en plazo.

En el mismo sentido, Arzoz afirma que el acto administrativo producido por silencio nace sólo de la ley y no nace ni de la voluntad del solicitante, ni de la voluntad de la Administración, ni tampoco de la sentencia judicial que declara la obtención de lo solicitado por silencio administrativo: «el efecto estimatorio vinculado al silencio positivo se produce automáticamente en virtud de la Ley, sin perjuicio de que, si la Administración se resiste a reconocerlo e incluso adopta decisiones incompatibles con dicho efecto estimatorio, el interesado deba acudir a los tribunales para que se reconozca esos efectos y/o, en su caso, para que se anule el acto administrativo que impida su efectividad» (28).

La sentencia, por tanto, incluso aunque reconozca expresamente el derecho del particular a lo solicitado (en el caso del FOGASA, la prestación económica) y condene a la Administración al cumplimiento de la prestación, en realidad se limita a declarar el efecto producido por el silencio, es decir, a declarar la existencia de un acto presunto, pero en modo alguno entra a analizar si el particular tiene o no derecho desde una perspectiva de fondo, es decir, por reunir los requisitos legales para ello.

(28) Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X., *op. cit.*, pág. 293.

Por ello, realmente en estos casos hay que redactar con sumo cuidado —para no generar confusiones sobre el alcance de la sentencia y la operatividad de la cosa juzgada— el fallo de la sentencia. En numerosas sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa el fallo se limita a afirmar que se estima la demanda al entenderse producido el efecto del silencio positivo o se declara el derecho del particular pero aclarando que ese reconocimiento se hace sobre la base del silencio positivo. Así, por ejemplo, en el fallo de la STS (3.ª) de 14 de julio de 2020 se «reconoce el derecho (obtenido por la vía del doble silencio) a ser incluida en la relación de concesionarias»; en el fallo de la STS (3.ª) de 17 de febrero de 2003 se afirma que «declaramos que la solicitud de rehabilitación ha sido estimada por silencio positivo»; y en la STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 1998 se «confirma el carácter estimatorio en vía administrativa de la petición deducida, al haber transcurrido el plazo legalmente establecido para dictar resolución expresa sin haberse efectuado».

Es más, sería conveniente que se recogiera también en el fallo que quedan a salvo las acciones de revisión que corresponden a la Administración en caso de que el acto presunto resulte ser contrario a Derecho. De esta forma, quedaría clara la situación precaria o condicionada del reconocimiento del derecho o la condena a la Administración.

Pero incluso si estas precisiones —de todo punto convenientes— no se realizaran, es preciso llevar a cabo una interpretación del alcance del fallo a la luz de la fundamentación jurídica de la sentencia y concluir que, al no haberse adentrado la sentencia en el fondo del asunto, las facultades y acciones de revisión y la defensa de la legalidad y el interés general quedan intactas.

Es cierto que, en la sentencia de 16 de marzo de 2020, se refuerza el argumento de que el derecho a la prestación procede de la sentencia afirmando que en la misma el tribunal ha entrado en el fondo de la cuestión y, concretamente, en el alcance del derecho del particular fijando la cuantía a la que tiene derecho en función de los límites establecidos en el art. 33 ET, pero este argumento adicional presenta problemas, ante todo porque el silencio positivo solo puede implicar la estimación de lo solicitado por el particular (sin perjuicio de su posterior revisión en caso de ser ilegal lo estimado), sin que ni la Administración ni los tribunales puedan configurar el contenido del acto presunto (29). Los tribunales no deberían,

(29) Como afirma García Pérez, «la necesaria «congruencia» que se predica de la resolución respecto a las peticiones formuladas por el interesado (art. 89.2) permite afirmar que el «acto presunto» tiene un contenido claro y predeterminado: el integrado por las peticiones realizadas por el iniciador del procedimiento», por lo que «cuando la Administración calla y otorga, lo hace respecto a todas y cada una de las pretensiones no atendidas, que constituirán a la postre el contenido del acto nacido de la inactividad formal». GARCÍA PÉREZ, M., «El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 14, 2010, pág. 431.

por tanto, en mi opinión, haber moderado la cuantía de la prestación del FOGASA, pues ello desvirtúa y genera confusión sobre el alcance del proceso y de la sentencia. Pero, en todo caso, la modulación de la cuantía sobre la base de los límites legales tampoco implica que la sentencia se adentrara en el fondo del asunto, porque el órgano judicial no entró a resolver si realmente el particular reunía o no derecho a la prestación económica; se ha limitado a hacer una interpretación —discutible— sobre el alcance del efecto del silencio reduciéndolo a los topes legales por considerar que por silencio no se puede obtener más de lo que la ley permite a la Administración reconocer de forma expresa.

En cualquier caso, si las sentencias en estos procesos han de limitarse a declarar que se ha producido un silencio o a reconocer el derecho del particular a lo solicitado por efecto exclusivamente del silencio y no por haberse constatado que concurrían los requisitos legales, entonces la cosa juzgada en modo alguno impide el ejercicio posterior de las potestades o acciones de revisión por parte de la Administración. La Administración cumple la sentencia siempre que acepte y acate la existencia del acto presunto procediendo en consecuencia, pero las posibilidades de revisión del acto presunto declarado existente por sentencia firme permanecen incólumes y son las mismas que las de cualquier acto presunto.

El acto presunto, aunque su existencia haya sido controvertida y declarada por sentencia firme, cuenta con los mismos límites de la nulidad y la anulabilidad que cualquier otro acto presunto. Sería, además, de todo punto ilógico que la posición del particular afectado por un silencio positivo no discutido por la Administración, fuera peor que aquel afectado por un silencio positivo discutido ante los tribunales.

Es más, concluir que la Administración no puede revisar los actos presuntos ilegales cuando su existencia se ha declarado por sentencia firme, puede producir el efecto adverso de que la Administración opte por poner fin a la situación anticipadamente. En efecto, téngase en cuenta que la Administración sí puede resolver extemporáneamente de forma favorable al particular reconociéndole lo que ha solicitado (art. 24 LPACAP *contrario sensu*; y art. 76.1 LJCA) y, a continuación, activar las acciones de revisión de ese acto presunto si considera que presenta problemas de ilegalidad. Pero, si la Administración tuviera que actuar de esta forma, nos veríamos privados del efecto profiláctico del proceso que no sólo produce el efecto positivo de resolver sobre las pretensiones del particular, sino también de aclarar la aplicación de las reglas sobre el silencio en un determinado tipo de procedimientos, evitando ulteriores conflictos.

En definitiva, el hecho de que recaigan sentencias firmes afirmando que se ha producido un efecto de silencio positivo, en lugar del efecto del silencio negativo que entendía producido la Administración, y la consiguiente anulación del acto desestimatorio expreso posterior por razones

procedimentales o formales, no puede ni debe impedir que la Administración proceda a la revisión, sin límite temporal alguno, esos actos presuntos si incurren en vicios de nulidad de pleno Derecho, ni constituye tampoco obstáculo para interponer recurso de lesividad si fueran meramente anulables y se estuviera aún en el plazo de los cuatro años legalmente previstos. Y a la misma conclusión habría que llegar respecto a la vía especial (art. 146 LJS) que el legislador prevé para la revisión de actos del FOGASA. No obstante, para ello resulta imprescindible admitir los límites del alcance del fallo de las sentencias en este tipo de procesos o realizar una interpretación restrictiva de lo dispuesto en los mismos. De lo contrario, en mi opinión, se produce un exceso de jurisdicción, como consecuencia de la cual el juez o tribunal invade la función propia de la Administración y lo hace, además, no «administrando» él(30), puesto que no entra a valorar la conformidad al Derecho de la solicitud del particular, sino privando a la Administración de sus funciones y dejando, sin protección alguna, la legalidad y el interés general.

4. Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales como límite a la revisión y la ausencia de imposibilidad jurídica de ejecutar la sentencia ¿Quid de la defensa del interés general y del derecho de acceso a la jurisdicción de la Administración?

4.1. SOBRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN SU VERTIENTE DE DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO LÍMITE A LA REVISIÓN Y LA AUSENCIA DE IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE EJECUTAR LA SENTENCIA

Como hemos visto, en su sentencia de 27 de febrero de 2019, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo considera que no cabe la revisión del acto presunto que se ha declarado existente por sentencia firme porque ello supondría dejar sin efectos la sentencia, vulnerando el derecho del particular a la ejecución de la misma en sus propios términos. Y a ello añade que no concurre además ninguna causa de imposibilidad jurídica de ejecutar la resolución judicial que justifique semejante resultado.

(30) Parejo Alfonso ha señalado que el silencio positivo hace de mejor condición el interés particular que el interés general en perjuicio de la coherencia del sistema jurídico y, en definitiva, de la ciudadanía», operando, además, una transformación de la posición y función del gestor del interés general» que pasa «de controlador de la conformidad del interés particular con el general y, por tanto, decisor sobre tal extremo, en revisor, cuando no impugnador (en sede judicial) de la situación generada en contra del interés general», lo que considera inconstitucional. PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, pág. 24. Pero si se eliminan las posibilidades de reacción de la Administración contra el silencio positivo, no se produce ya una simple alteración de la posición del gestor del interés público, sino un efecto mucho más grave: la sustracción de las facultades otorgadas a la Administración para preservar la legalidad y el interés general; la privación de las funciones propias de la Administración.

Esta afirmación es una conclusión lógica de la consideración de que el derecho incontestable a la prestación económica del FOGASA deriva directamente de la sentencia. En efecto, si ello es así, la ejecución íntegra de la sentencia solo se produce cuando la Administración le paga la cuantía correspondiente al particular y, por tanto, no cabe, efectivamente revisión alguna del acto presunto por muy ilegal que este sea, ni concurre causa atendible de inexecución de sentencia por mucho que el acto presunto sea ilegal por no reunir el particular los requisitos para acceder a la prestación.

Sin embargo, por las razones que antes hemos expuesto, tal conclusión no puede ser compartida: el alcance de la sentencia es más limitado y se circunscribe a establecer que, en ese procedimiento administrativo, el sentido del silencio ha sido positivo, siendo esto lo que la Administración debe acatar y respetar. Desde esta perspectiva, la sentencia se cumple íntegramente desde el momento en que la Administración acate la existencia del acto presunto y actúe en consecuencia.

Es cierto que ese acto presunto produce los mismos efectos que un acto expreso y que, por tanto, en principio, el particular tiene derecho a la prestación y a que la Administración proceda al pago de la misma. Ahora bien, el reconocimiento del derecho emana del silencio, del acto presunto, no de la sentencia, y puede proceder, además, de un acto presunto ilegal, cuya legalidad no ha podido ser analizada en el curso del proceso y sobre la que, por tanto, no se ha pronunciado la sentencia.

Por ello, en mi opinión, incluso aunque el fallo de la sentencia reconozca el derecho a la prestación y condene a la Administración al cumplimiento de la misma, en la medida en que ese pronunciamiento responde a la mera constatación de que se ha producido un silencio positivo, pero sin análisis de legalidad sobre el acto presunto existente, no puede impedir el ejercicio de las potestades o acciones para la eliminación del mismo y el restablecimiento de la legalidad.

En una línea similar se han pronunciado otros autores en relación con un problema que guarda paralelismo con el que ahora nos ocupa, y que se refiere a qué ocurre cuando un particular, ante la existencia de un acto presunto y la inexecución del mismo acude a la vía del art. 29.2 LJCA, siendo el acto presunto ilegal. Narbón Láinez y Alonso Mas rechazan que la Administración pueda plantear una excepción de ilegalidad frente a la ejecución del acto al no estar prevista la reconvencción en el proceso contencioso-administrativo, pero consideran que si en el proceso del art. 29.2 LJCA no se puede proceder al examen de la legalidad del acto, deberá estimarse el recurso y obligarse a la ejecución del acto, sin que ello impida, sin embargo, que la Administración suspenda y re-

visé de oficio el acto presunto nulo, dado el carácter limitado del objeto del proceso en estos casos (31).

La Administración se encuentra, por tanto, en la tesitura de acatar la sentencia, aceptar que su tesis del silencio negativo ha fracasado y existe un acto presunto eficaz que, en principio, ha de cumplir, pero que puede y debe —en aras de la adecuada defensa de los intereses generales— eliminarlo utilizando los cauces pertinentes para ello. A esos efectos, debe iniciar los procedimientos correspondientes y en esos procedimientos acordar la suspensión del acto.

El problema radica en que, en paralelo, el particular puede pretender la ejecución del acto presunto reconocido por sentencia firme. ¿Se trata entonces de un problema de ejecución de la sentencia? ¿O el particular tiene que ir como cualquier otro ciudadano favorecido por un acto presunto a la vía del art. 29.2 LJCA (32) ante la eventual inactividad de la Administración?

Cabría entender que si el reconocimiento del derecho no procede de la sentencia sino del acto presunto, obtenida sentencia favorable que declara la existencia del acto presunto, el particular se encuentra en la misma situación que cualquier otro particular favorecido por un silencio positivo no controvertido y tendrá que acudir a la vía del art. 29.2 LJCA en caso de inejecución del acto presunto.

Así lo entiende también Roqueta Buj (33) en relación con las sentencias relativas a las prestaciones del FOGASA y afirma que la jurisdicción social es incompetente para resolver los problemas derivados de la ejecución de los actos administrativos, citando, en este sentido, varias sentencias del orden social.

La cuestión, sin embargo, es discutible, sobre todo en aquellos casos en los que la sentencia cuenta con un fallo que no se limita a declarar la existencia del silencio positivo, sino que declara el derecho del particular derivado del acto presunto y/o condena a la Administración a la prestación, aunque sea sobre la base del silencio. En tales casos, resulta complicado afirmar que el particular tendría que acudir a la vía del art. 29.2 LJCA, lo cual le avocaría a dos procesos, cuando cuenta con una sentencia que declara su derecho y condena a la Administración, aunque sea sobre la base de un acto presunto. Por ello, es lógico que el particular

(31) ALONSO MAS, M.J. y NARBÓN LÁINEZ, E., *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 150-151.

(32) El art. 29.2 LJCA dispone que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78».

(33) ROQUETA BUJ, R., «El silencio administrativo...», *cit.*, pág. 19.

plantee la ejecución del acto presunto como un problema de ejecución de sentencia. En tal caso, ¿qué puede hacer la Administración respecto al acto presunto ilegal?

Si la Administración ejercita las acciones de revisión y suspende la eficacia del acto presunto, en la jurisdicción contencioso-administrativa ello se encontraría con el problema de lo dispuesto en los arts. 103.4 y 105 de la LJCA. El art. 103.4 establece que «*serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*».

¿Cabría entender que las decisiones de iniciar las vías de revisión del acto presunto y la suspensión de su eficacia constituyen un intento de eludir el cumplimiento de la sentencia?

En mi opinión, la respuesta a este interrogante ha de ser negativa. La Administración cumple y acata la sentencia, pues acepta que su tesis del silencio negativo ha fracasado y admite que se ha producido un acto presunto, pero ante la posible ilegalidad del mismo y en preservación de la legalidad y el interés general ejerce las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico para eliminar ese acto en defensa de los intereses colectivos. Coincido, por tanto, con Alonso Mas y Narbón Láinez, en que, en estos casos, las decisiones de revisión y suspensión no se adoptan para eludir el cumplimiento de la sentencia, sino en aras de un interés público atendible y legítimo y que, por tanto, están justificadas por una causa objetiva, sin que se vean, por tanto, afectadas por la nulidad de pleno Derecho a la que hace referencia el art. 103.4 LJCA (34).

Por su parte, el art. 105 LJCA, como es sabido, prohíbe la suspensión del cumplimiento de las sentencias. Y en la jurisdicción social (art. 224.1 LRJS) está fuertemente limitada pues solo se admite la suspensión «cuando así lo establezca la ley» o «a petición del ejecutante o de ambas partes por un máximo de tres meses, salvo que la ejecución derive de un procedimiento de oficio» y no existe una disposición legal expresa que contemple este supuesto de suspensión.

Hay que plantearse, por tanto, si el inicio de los procedimientos o procesos de revisión y la suspensión de la eficacia del acto presunto constituyen realmente un supuesto de suspensión de la ejecución de la sentencia.

Si se entiende que la Administración cuando inicia la vía de revisión del acto presunto y suspende su eficacia, lo que pretende es la suspensión de la ejecución de la sentencia, nos encontramos con el obstáculo del artículo 105 LJCA, pero, una vez tramitado el procedimiento de revisión y anulado el acto, lo que sí que cabría sería aducir la concurrencia

(34) ALONSO MAS, M.ªJ. y NARBÓN LÁINEZ, E., *op. cit.*, pág. 151.

de una causa de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia⁽³⁵⁾. No obstante, esta solución se encuentra con la dificultad del tiempo. La revisión y anulación del acto presunto ilegal tendrían que ir con la suficiente celeridad como para anticiparse a la ejecución de la sentencia. Esto será posible, si acaso, en los supuestos de nulidad, pero no lo será en los supuestos de anulabilidad en los que, tras la declaración de lesividad, es necesario tramitar un proceso para eliminar el acto.

Por otro lado, incluso en el caso de la revisión de oficio, ante la imposibilidad de suspensión de la ejecución de la sentencia, podría surgir una situación de tensión continua e irresoluble entre el órgano judicial (conminando a la ejecución y, eventualmente, imponiendo multas coercitivas e incluso deduciendo el correspondiente testimonio para exigir responsabilidad penal) y la Administración (tramitando la revisión de oficio). No es, pues, una solución satisfactoria.

La clave, por tanto, en mi opinión, está en el alcance de las sentencias de estos procesos y si, como hemos argumentado anteriormente, consideramos que se circunscribe o debe circunscribirse a la declaración de la existencia de un acto presunto favorable al particular que la Administración ha de cumplir en tanto en cuanto no concurran causas de invalidez que la habiliten para iniciar las correspondientes acciones de revisión, el ejercicio de estas acciones y la suspensión de la eficacia del acto presunto no deberían considerarse un supuesto de suspensión de la ejecución de la sentencia, ni tampoco de imposibilidad de cumplimiento, sino una vicisitud posible en la ejecución de la sentencia.

4.2. ¿QUID DE LA DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL Y DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN?

La doctrina establecida en las sentencias que estamos comentando no solo suscitan las dudas que acabamos de exponer, sino que además pro-

(35) Así lo ha admitido la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2015 en la que se confirma auto de inejecución dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 6 de Barcelona declarando la imposibilidad de ejecutar la sentencia debido a la revisión y anulación del acto presunto cuya ejecución pretendían los actores. La Sala del TSJ de Cataluña considera que tal revisión y anulación es un supuesto de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia y que la «Administración en su proceder se ha ajustado a derecho, sin que se aprecie que por utilizar un procedimiento legalmente establecido para la defensa de la legalidad y de los intereses generales que debe proteger, como es la revisión de oficio, haya actuado en fraude de ley, ni con desviación de poder». Y añade que «es más la Administración tiene el deber de acudir a la revisión de oficio, si se dan en el supuesto concreto las condiciones legales requeridas». Sin embargo, Alenza cita otro asunto en el que la decisión sobre un supuesto similar es justamente la contraria: no se admitió la revisión y se ordenó la ejecución de la sentencia advirtiendo de la responsabilidad de las autoridades administrativas competentes en caso de cumplir la misma. Vid. ALENZA, J.F., *op. cit.*, pág. 60 (nota 29).

duce, por un lado, un efecto claramente desfavorable para el interés general y, por otro, una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración (art. 24 CE).

En efecto, la doctrina implica obviar la necesaria preservación de la legalidad y del interés general que queda sin cauces posibles de defensa por parte de la Administración, a la que se priva de los poderes que le ha conferido el ordenamiento jurídico para que desarrolle esa importante función. Hay que tener en cuenta, que como se ha señalado en el voto particular a la STS (4.^a) de 27 de febrero de 2019, la ilegalidad del acto presunto será una cuestión que la Administración ni podrá resolver por sí misma mediante el ejercicio de las potestades de revisión, ni podrá defender, en ningún momento, ante los tribunales, viéndose así privada del acceso a la jurisdicción en todos los casos en los que el particular logre una sentencia que confirme que se ha producido un silencio positivo y vulnerándose, en consecuencia, su derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Precisamente, el FOGASA ha presentado un recurso de amparo (RA 6650-2019) sobre la base de la vulneración del art. 24 CE, pero el Tribunal Constitucional ha inadmitido la demanda mediante providencia de 4 de junio de 2020 por falta de especial trascendencia constitucional.

Por otra parte, como ya hemos apuntado más arriba, la tesis de que las sentencias que declaran el silencio positivo y el derecho a la prestación que emana de ese silencio a favor del particular impide el ejercicio de las acciones de revisión da lugar también a un exceso de jurisdicción, a una invasión de la función administrativa, privando a la Administración del ejercicio de sus competencias para preservar la legalidad y la satisfacción del interés general.

IV. La reacción del legislador en el caso de las prestaciones del FOGASA: del silencio positivo a la cláusula de prohibición de la adquisición de derechos *contra legem*

Las controvertidas sentencias del orden social comentadas y los efectos negativos de su doctrina, en especial, los elevados costes que puede representar para el erario público (36), el injusto enriquecimiento de particulares que no reúnen los requisitos legales para acceder a la prestación han llevado al legislador a reaccionar y lo ha hecho regulando el sentido del silencio en las solicitudes de prestaciones al FOGASA. Sin embargo,

(36) Como ha señalado Roqueta Buj, «si el FOGASA tiene que asumir las solicitudes de prestaciones de garantía salarial sin comprobar su procedencia, ello puede afectar muy negativamente a su maltrecha situación financiera y determinar a la postre la necesidad de incrementar las cotizaciones empresariales por esta contingencia y/o reducir las prestaciones de garantía salarial». *Vid.* ROQUETA BUJ, R., «El silencio administrativo...», *cit.*, pág. 10.

en contra de lo que quizás era de esperar, no lo ha hecho previendo la misma regla del silencio negativo que ha establecido en relación con las prestaciones de la Seguridad Social, sino estableciendo una regulación más compleja que mantiene la regla del silencio positivo, pero limita su alcance.

La disposición final 5 del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, ha añadido un apartado 11 al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores en el que se dispone que transcurrido el plazo de tres meses previsto para notificar resolución expresa, «el solicitante podrá entender estimada por silencio administrativo la solicitud de reconocimiento de las obligaciones con cargo al Fondo, sin que en ningún caso pueda obtenerse por silencio el reconocimiento de obligaciones en favor de personas que no puedan ser legalmente beneficiarias o por cuantía superior a la que resulte por aplicación de los límites previstos en los apartados anteriores». Por tanto, añade, «la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo solo podrá dictarse de ser confirmatoria del reconocimiento de la obligación, en favor de personas que puedan ser legalmente beneficiarias y dentro de los límites previstos en los apartados anteriores». A efectos probatorios «se podrá solicitar un certificado acreditativo del silencio producido, en el que se incluirán las obligaciones con cargo al Fondo que, dentro de los límites previstos en los apartados anteriores, deben entenderse reconocidas».

La regulación, en lo que ahora interesa, resulta un tanto confusa. Se mantiene, como decíamos, la regla del silencio positivo, pero se limita su alcance introduciendo dos restricciones: a) no puede obtenerse por silencio el reconocimiento de obligaciones en favor de personas que no puedan ser legalmente beneficiarias, b) no puede obtenerse por silencio una cuantía superior a la que corresponda legalmente.

Estas restricciones suscitan algunas dudas relevantes. Por lo que se refiere a la segunda restricción relativa a la cuantía, ello implica que si la cantidad solicitada por el particular es superior a la prevista legalmente, el acto presunto no podrá reconocer la cuantía pedida por el particular, sino la cuantía que corresponde según los límites establecidos en la legislación. Por otro lado, cuando la Administración expida el certificado acreditativo del silencio deberá fijar en el mismo la cuantía a la que asciende la prestación a favor del particular dentro de los límites legales y si el particular no está de acuerdo con esa determinación tendrá que acudir a la vía judicial impugnando la resolución.

La primera restricción plantea más dudas interpretativas, pues caben dos interpretaciones distintas de la misma: a) de una interpretación estricta y restrictiva de la misma, podría entenderse que el límite al efecto del silencio positivo no opera cuando falta cualquier requisito legal para acceder a la prestación, sino únicamente cuando no concu-

re el requisito subjetivo, es decir, la condición de posible beneficiario, lo que ocurriría cuando, por ejemplo, el solicitante no fuera realmente un trabajador por cuenta ajena; b) una lectura e interpretación más amplia del precepto podría, por el contrario, apuntar a que la finalidad de la regulación es excluir el silencio positivo en cualquier caso en que no se reúnan los requisitos legales para tener derecho a la prestación (37).

Esta interpretación amplia parece más plausible, por lo que, en definitiva, el nuevo apartado 11 del art. 33 ET lo que estaría estableciendo es una cláusula de proscripción del silencio positivo *contra legem*, del mismo tenor que la regla que ha operado y sigue operando tradicionalmente en el ámbito del urbanismo.

Se trata, como es conocido por todos los administrativistas, de una regla controvertida (38). Parte de la doctrina administrativista ha querido reconducir esta cláusula interpretando que aunque el silencio positivo fuera *contra legem* produciría sus efectos dando lugar a un acto presunto que, no obstante, sería susceptible de revisión por incurrir en nulidad o anulabilidad. Sin embargo, en el ámbito del urbanismo, el Tribunal Supremo, en su conocida STS (3.^a) de 28 de enero de 2009 (dictada en recurso de casación en interés de ley (39)), ha rechazado esta interpretación de la regla para continuar con la tesis clásica de que la misma ha de entenderse en el sentido de que la conformidad a Derecho de lo solicitado es un requisito imprescindible para que surja el silencio positivo. Y esta tesis es la que, sin duda, pretende también recoger el Real Decreto-Ley, pues de lo contrario, la regulación que indudablemente pretende salir al paso de la situación generada por el reconocimiento de prestaciones del FOGASA por acto presunto, carecería de sentido.

Pues bien, así entendida la cláusula de proscripción del silencio positivo *contra legem* introducida en el apartado 11 del art. 33 ET, si bien parece beneficiar al particular en la medida en que elude acudir a la regla supuestamente menos favorable del silencio negativo, lo cierto es que deja a aquel en una clara situación de inseguridad jurídica e incertidumbre, puesto que el ciudadano no tiene, ni tiene por qué tener, los conoci-

(37) Sobre el concepto de beneficiario de las prestaciones del FOGASA, *vid.* ROQUETA BUJ, R., *Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

(38) Sobre el tema, *vid.*, por todos, SANZ RUBIALES, I., «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», *RAP*, núm. 171, 2006.

(39) La Sala de lo Contencioso-administrativo afirma que la interpretación que reconduce la cláusula a las reglas generales de la emanación de un acto presunto eficaz aunque sea ilegal y revisable «es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística» (el subrayado es mío). Sobre esta sentencia, *vid.* GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 421-439.

mientos para saber si realmente en su caso el silencio es o no *contra legem*(40). Lo normal será que entienda que se ha producido un silencio positivo a su favor, pues por ello precisamente realizó la solicitud, sin embargo, a la postre puede encontrarse con que la Administración considera que tal efecto no se ha producido por ser contrario a la legalidad, viéndose, entonces, en la obligación de recurrir en vía judicial.

Es preciso reconocer que en el ámbito referido al reconocimiento de prestaciones económicas (como es el caso que nos ocupa del FOGASA), la regla de la proscripción del silencio *contra legem* tiene menos inconvenientes que en materia de urbanismo, pues si bien en materia de urbanismo la incertidumbre surge porque el particular puede entender que tiene derecho a iniciar una actuación o construcción cuya demolición o reposición posterior traerá consigo daños y costes, en el presente caso, se trata de la obtención de una cuantía económica y la única actuación a realizar, en su caso, es la de pago por parte de la Administración, con lo que no se plantean las mismas dificultades. Es más, produce el efecto positivo de que no salgan del erario público cuantías a favor de un particular que no reúne los requisitos con las dificultades de la retroacción de una eventual anulación posterior del silencio positivo y la obligación de devolución de las cantidades, siempre que ello no sea contrario a la buena fe atendiendo al tiempo transcurrido.

Sin embargo, la incertidumbre para el particular no desaparece, pues no puede conocer a ciencia cierta si se ha producido o no un silencio positivo a su favor y, por tanto, también se encontrará ante el dilema de qué cauce de acción seguir en defensa de su situación jurídica. El nuevo apartado 11 del art. 33 ET le indica que puede pedir la certificación del acto presunto, pero como la Administración, en aplicación de la cláusula de prohibición del silencio *contra legem*, deberá valorar si la solicitud era o no conforme a la legalidad, le podrá denegar la certificación por entender que el silencio no se ha producido, o podrá reconocer la producción del

(40) Como ya he tenido ocasión de señalar, no parece razonable y conforme al principio de seguridad jurídica arrojar sobre el ciudadano la carga de dilucidar si su solicitud es o no «contra legem». DESDENTADO DAROCA, E., «El control de la legalidad urbanística ¿Qué legalidad?», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R.; DESDENTADO DAROCA, E.; ORTEGA, L. y CASTILLO BLANCO, F.A., *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público, III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 8-9 de febrero de 2008*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pág. 93. En la misma línea, García Pérez denuncia que hacer depender el carácter estimatorio o desestimatorio del silencio de la concordancia de lo solicitado con el ordenamiento jurídico «quiebra... importantes principios de actuación de las Administraciones públicas, como la razonabilidad, la seguridad jurídica, la protección de la confianza legítima y, en última instancia, la legalidad de la actuación administrativa». Y, en particular, añade que «queda en entredicho la confianza que legítimamente el ciudadano deposita en la Administración, a la que solicita el ejercicio de una facultad o derecho que cree que le corresponde y de la que seguramente espera obtener una resolución denegatoria en tiempo y forma si realmente lo solicitado contraviene el ordenamiento jurídico». Vid. GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, págs. 437-438.

silencio pero moderando en su caso la cuantía si la solicitada es superior a la admitida legalmente.

En estos casos, lo cierto es que la certificación no es tal, sino que incorpora una resolución administrativa sobre el fondo del asunto, operando, realmente, la cláusula *contra legem* como un cauce para que la Administración tenga una segunda oportunidad para pronunciarse o lo que es lo mismo como una vía que realmente elimina el plazo para resolver y los procedimientos, procesos y garantías propias de la revisión de actos favorables (41).

El particular podrá, no obstante, acudir a la vía judicial para sostener que, en contra de la valoración expresada por la Administración, sí se ha producido un silencio positivo o, en su caso, para discutir la cuantía de la prestación a la que tiene derecho. De esta forma, el proceso sobre el silencio se convierte, como ha venido ocurriendo en materia de urbanismo, en un proceso sobre el fondo del asunto, esto es, sobre si realmente tiene o no derecho el particular a la prestación, lo que tiene la indudable ventaja de evitar que la solución del problema requiera dos pleitos como ocurre cuando opera, sin modulaciones, la regla del silencio positivo y posteriormente resulta que el acto presunto es nulo o anulable.

Sin embargo, la redacción del apartado 11 del art. 33 ET dista de ser clara, pues si bien guarda similitudes con la configuración típica de la regla de la proscripción *contra legem* en diversos ámbitos del Derecho Administrativo (entre ellos, como ya hemos dicho, el más conocido y de mayor tradición el del urbanismo), también introduce algunas matizaciones similares a la regla general del art. 24 LPACAP que, por el contrario, se ha interpretado en el sentido opuesto, esto es, en el sentido de que aunque el silencio sea *contra legem*, cuando la regla es el silencio positivo, implica la generación de un acto presunto eficaz que solo puede eliminarse por los cauces o vías de la revisión.

En realidad, lo previsto en el artículo 11 del artículo 33 ET es más limitado que lo dispuesto en el artículo 24 LPACAP pues la prohibición de dictar resolución denegatoria posterior sólo se refiere a los supuestos en los que se haya producido efectivamente un silencio positivo por ser este conforme a la legalidad. El problema surgirá, entonces, cuando la Administración se equivoque en la valoración de la conformidad o disconformidad de la solicitud a Derecho y dicte indebidamente una resolución denegatoria extemporánea habiéndose producido un silencio positivo a favor del particular. Esta resolución denegatoria extemporánea será nula de pleno Derecho por equivaler a una revisión del acto sin haber seguido el procedimiento debido, pero, para llegar a esa conclusión en el proceso

(41) Así lo ha señalado la doctrina. *Vid.*, por todos, SANZ RUBIALES, I., *op. cit.*, págs. 206 y ss.

deberá analizarse el fondo del asunto, ya que el silencio positivo solo se produce si es conforme a Derecho. Por tanto, también en estos casos el proceso se convierte en un proceso sustantivo sobre la concurrencia o no de los requisitos legales por parte del solicitante, con la consiguiente ventaja que ya hemos señalado de evitar dos procedimientos.

Por otro lado, hay que tener presente que el certificado no es de petición obligada por el particular que «podrá» simplemente pedirlo a efectos probatorios, sin que sea el único medio posible de prueba, pues la prueba de la presentación de la solicitud y del transcurso del plazo son suficientes para entender producido el acto presunto, encontrándose, por tanto, el particular en condiciones de exigir su cumplimiento. El problema se planteará entonces en relación con la ejecución del acto presunto, si la Administración no lo cumple voluntariamente por entender que el acto presunto es *contra legem*.

Si se tratara de una cuestión regulada por el Derecho Administrativo cuya competencia correspondiera a la jurisdicción contencioso-administrativa, el particular podría acudir a la vía del art. 29.2 de la LJCA, en el que ineludiblemente deberá analizarse la legalidad de la solicitud presentada por el particular (42).

Ahora bien, en el caso de las prestaciones del FOGASA el cauce no está tan claro. Ya hemos señalado que Roqueta Buj consideraba —si bien antes de la reforma del art. 33 ET— que, en estos supuestos, el particular tendría que acudir igualmente a la vía del art. 29.2 de la LJCA, por carecer la jurisdicción social de competencia para resolver los problemas derivados de la ejecución de los actos administrativos. Sin embargo, parece que, tras la reforma, la respuesta es necesariamente distinta, pues, al operar la cláusula de proscripción del silencio positivo, el pleito necesariamente versará sobre si la petición del particular era o no conforme a Derecho y, por tanto, sobre una pretensión relativa a las «prestaciones del FOGASA», materia para la que es competente la jurisdicción social y no la contencioso-administrativa (art. 2.º LRJS).

V. Reflexiones finales: la necesaria reconsideración de las reglas del silencio y regulación de los procesos en los que se discute la producción de un silencio positivo

La lectura de las sentencias sobre el caso FOGASA pone de manifiesto la existencia de importantes problemas en relación con instituciones claves como el silencio administrativo, la revisión de actos presuntos ilegales y la cosa juzgada.

(42) En el mismo sentido. ALONSO MAS, M.J. y NARBÓN LÁINEZ, E., *op. cit.*, pág. 148.

El silencio administrativo es una ficción ineludible que tiende a eliminar la situación de incertidumbre que genera la ausencia de respuesta expresa y notificación en plazo de la Administración. Sin embargo, la tendencia que se inició con la Ley 30/92 de establecer el silencio positivo como regla general, aunque en principio pueda parecer más garantista, resulta, con frecuencia y por diversos motivos, disfuncional.

Carece de sentido que, en los supuestos en los que el legislador no establezca regla especial, haya que aplicar una regla general de silencio positivo que —en numerosas ocasiones y claramente en los procedimientos de reconocimiento de prestaciones económicas o que se traduce en una obligación de hacer de la Administración— resulta inasumible en sus consecuencias y plantea serios problemas. Por otro lado, como se ha visto en este trabajo, el silencio positivo ni siquiera es, con frecuencia, tan positivo para el particular, que puede terminar viéndose inmerso en una situación peor que si rigiera la regla del silencio negativo (43).

Urge, por tanto, reflexionar sobre la bondad de las actuales reglas del silencio y proceder a su reconsideración y reforma.

Como dicen Aguado y Nettel, «no es difícil reconocer que los límites que la ley de procedimiento prevé en la estimación no son suficientes en ciertos temas delicados» y que «los límites que el legislador previó han dejado un espacio de incertidumbre» (44). Los casos analizados en este trabajo evidencian la corrección de esta conclusión.

Es cierto que, como ha señalado la doctrina, uno de esos supuestos típicos en los que se suele prever un silencio negativo es el de los procedimientos relativos al reconocimiento de un derecho a prestaciones económicas (45). Y ello es lógico, pues, en efecto, en cualesquiera procedimientos que puedan llevar al otorgamiento de determinadas cantidades a favor de los particulares, resulta necesario asegurar el adecuado destino de los recursos públicos, la igualdad de los ciudadanos ante los mismos, la legalidad y la ausencia de enriquecimiento indebido de determinados particulares en detrimento de la colectividad. Y todo ello hace conveniente eliminar la operatividad del silencio positivo y establecer la regla del silencio negativo.

Sin embargo, no se trata de un supuesto contemplado como excepción al silencio positivo en el art. 24 de la LPACAP, aunque sí hay alguna previsión autonómica en ese sentido. Así, el art. 54.2.e) de la Ley cata-

(43) Como ha dicho Santamaría Pastor, «lo que se concibió, quizá, como una técnica “suave” de intervención administrativa... se convierte en una trampa gigantesca, que convierte al ciudadano sometido a ella en un ser de bastante peor condición que los restantes, sujetos a la fórmula del silencio negativo». SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *op. cit.*, pág. 112.

(44) AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A.C., *op. cit.*, pág. 442.

(45) *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, pág. 525.

lana 26/2010, de 3 de agosto, establece que el silencio tiene efecto desestimatorio en «los procedimientos que tienen por objeto o se refieren a la reclamación de cantidades que implican el pago a cargo de las administraciones públicas».

De igual forma, tampoco están contemplados como excepción los procedimientos que tienen por objeto el reconocimiento de una obligación de hacer material, jurídica o técnica de la Administración.

Por tanto, podría plantearse la conveniencia de añadir estos supuestos a las excepciones previstas en el art. 24 LPACAP. O, incluso —siendo esta probablemente la opción más razonable, como ha señalado una parte importante de la doctrina científica administrativista— la pertinencia de volver a la regla del silencio negativo como regla general.

Con todo, y en la medida en que hoy por hoy la regla general es la del silencio positivo, es preciso ser conscientes de los graves problemas que se plantean cuando un particular acude a la vía judicial para que se reconozca que se ha producido un silencio positivo y se anule, en su caso, la denegación expresa desestimatoria fuera de plazo. Se trata, en estos casos, de un proceso en el que las partes discuten sobre las reglas del silencio, esto es, sobre si rige en el procedimiento en cuestión un silencio positivo o negativo.

Ello implica que en el proceso no se entra en el fondo del asunto, es decir, en si realmente el particular tiene o no derecho a lo solicitado por reunir los requisitos legales para ello, sino que se limita a establecer cuál es el sentido del silencio (positivo o negativo) en ese procedimiento y en caso de declarar que es positivo anular el acto expreso posterior extemporáneo que se hubiese producido.

El problema radica, por tanto, en que tras un largo proceso nos podemos encontrar con que se ha establecido la existencia de un acto presunto que es ilegal por no reunir el particular los requisitos legales para obtener lo pedido. Y entonces, efectivamente, la cuestión es si cabe que la Administración ejerza las acciones de revisión del acto presunto o si el hecho de que la existencia de ese acto presunto favorable al particular se haya establecido por sentencia firme cierra la vía a toda revisión.

Como hemos visto, las sentencias de la jurisdicción social sobre el caso FOGASA se han inclinado por esta segunda interpretación, al entender que el derecho del particular procede de la sentencia y esta no puede ser ni desconocida ni eliminada mediante los procedimientos o procesos previstos para la revisión de los actos administrativos.

Esta tesis tiene la ventaja de que con un único proceso se pone fin a la cuestión, pues la Administración se ve obligada a cumplir entonces el contenido del acto presunto aunque sea ilegal, sin posibilidad de ejercer acción alguna adicional para su eliminación. Sin embargo, las consecuencias (enriquecimiento indebido del particular en detrimento de la legali-

dad y del interés general) son inasumibles y además la doctrina establecida no puede compartirse desde un punto de vista conceptual o teórico. Se basa en la idea de que la sentencia, en estos procesos, ha reconocido de forma irrevocable el derecho del particular a lo solicitado.

Como hemos argumentado más extensamente en este trabajo, dado el objeto del proceso, el alcance de las sentencias que se dictan en este tipo de casos debe ser necesariamente más limitado. En efecto, en el proceso sólo se ha discutido sobre las reglas del silencio en un determinado procedimiento y no sobre si el particular tiene o no realmente derecho a lo que pide por reunir los requisitos para ello. Por ello, la sentencia en realidad se debe limitar a declarar que se ha producido un silencio positivo con un efecto de reconocimiento de lo solicitado y debe entenderse que su alcance no elimina las posibilidades de revisión del acto presunto ilegal.

La sentencia de ese primer proceso no puede producir efecto de cosa juzgada respecto a los procedimientos o procesos de revisión del acto presunto ilegal porque la conformidad a Derecho del acto no ha sido analizada y, por tanto, no existe al respecto ningún «elemento resuelto» —como dice la LEC— sobre esa cuestión que condicione los procedimientos o procesos de revisión.

Siendo esto así hay que reconocer que, como ha señalado Talens, la regla del silencio positivo se convierte, entonces, en «una solución doblemente disfuncional, un camino laberíntico, con un largo recorrido en términos de tiempo y de costes procesales» (46), lo que obliga a considerar la posibilidad de reformar, en algún punto, su régimen jurídico.

La reforma podría ser tanto de orden sustantivo como de orden procesal. Como ha señalado Arzo, es cuestionable que al silencio positivo deba aplicársele el mismo régimen de revisión que opera para los actos favorables expresos puesto que no se ha contrastado la legalidad de la solicitud (47). Podría, por tanto, establecerse un régimen de revisión específico más ágil, ampliando la autotutela de la Administración y reduciendo las garantías (por ejemplo, eliminando el dictamen del Consejo de Estado para la revisión de actos nulos o la necesidad de acudir a la vía judicial en el caso de los actos anulables; pero fijando, en contrapartida, unos límites temporales para poder acudir a estos cauces simplificados de revisión y remitiendo a partir de los mismos al régimen general de revisión).

Otros autores, como Narbón Láinez y Alonso Mas, sin proponer una reforma normativa, han señalado que las sentencias dictadas en este tipo

(46) TALENS VISCONTI, E.E., *op. cit.*, pág. 12.

(47) ARZO, X., *op. cit.*, pág. 320.

de casos deberían dejar a salvo expresamente las acciones de revisión del acto de que dispone la Administración en aras de la defensa de la legalidad y el interés general (48). Quizás no estaría de más que este límite del alcance de las sentencias en estos procesos se previera expresamente en el artículo 71 LJCA.

Por otra parte, como hemos visto en el trabajo, la jurisprudencia ha rechazado que, en los procesos en los que se discute la existencia de un acto presunto favorable al particular, la Administración pueda plantear la ilegalidad del acto presunto en caso de que se entienda que se ha producido un silencio positivo. Y ciertamente, como ha tenido ocasión de señalar la doctrina científica y jurisprudencial (49), la reconvencción (50) ni está prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ni encaja en la estructura de este proceso contencioso-administrativo. No obstante, quizás sería conveniente plantearse, de *lege ferenda*, la introducción de la reconvencción en los procesos que tienen este particular objeto, para evitar la situación laberíntica de tener que pasar por dos o más procedimientos (uno sobre la existencia del silencio, otro de revisión y, eventualmente, un tercero sobre la propia legalidad de la revisión y anulación) y permitir que el proceso verse sobre el fondo y resuelva la cuestión realmente relevante: si el particular tiene o no derecho a lo solicitado por reunir los requisitos legales para ello.

Ahora bien, mientras no se produzca cambio alguno en el régimen jurídico del silencio positivo, es preciso regular con sumo cuidado la regla de silencio aplicable en cada procedimiento atendiendo a su objeto y a las consecuencias de la aplicación de la regla general hoy por hoy vigente. En procedimientos en los que el particular solicita una prestación económica o un hacer jurídico, técnico o material de la Administración, sería preferible inclinarse por el silencio negativo o, en su caso (si existen razones sociales para tratar de evitar al particular acudir a la vía judicial), por un silencio positivo condicionado por la cláusula de prohibición de adquisición de derechos «contra legem» que, aunque tiene sus proble-

(48) ALONSO MAS, M.J. y NARBÓN LÁINEZ, E., *op. cit.*, págs. 150-151.

(49) Vid. por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Comentario al artículo 54», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 2016.

(50) Puede plantearse la duda de si la introducción por la Administración de la argumentación sobre la ilegalidad del acto presunto es un supuesto de reconvencción o el planteamiento de una excepción por parte de la Administración. En mi opinión, si se trata de un régimen de silencio positivo sin cláusula de proscripción del silencio *contra legem* no se trata de una simple excepción, sino de una auténtica reconvencción puesto que al alegar la ilegalidad, la Administración en realidad está introduciendo una nueva pretensión y un nuevo objeto en el proceso: la anulación del acto presunto y del derecho que este reconoce al particular. Una cuestión sobre la que, además, el particular recurrente no se ha pronunciado en su demanda, resultando imprescindible abrir un cauce adicional para que pueda defenderse, a lo que atiende, precisamente, la institución de la reconvencción. Vid. arts. 406 y 407 LEC.

mas como hemos visto, al menos despliega la virtualidad de convertir el proceso en una vía para dilucidar la cuestión de fondo, es decir, para entrar a examinar si el particular tiene o no derecho realmente a lo pedido, evitando la situación kafkiana de tener que pasar por varios procedimientos sucesivos para llegar a la solución definitiva de la cuestión.

Pero si el legislador no estableciera regla singular y, finalmente, resultara de aplicación la regla general del silencio positivo, resulta imprescindible entender debidamente el alcance, necesariamente limitado, de las sentencias que declaran la existencia de un acto presunto favorable para el particular, así como aplicar la institución de la cosa juzgada en sus justos términos y preservar las acciones de revisión de la Administración; la legalidad, la justicia, la igualdad de la ciudadanía y la satisfacción de los intereses públicos así lo exigen.

VI. Bibliografía

- AGUADO I CUDOLÀ, V. «La evolución histórica del silencio administrativo: de los Estatutos de Calvo Sotelo hasta la Ley 30/1992», *REALA*, núm. 279, 1997.
- «Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado Constitucional», *RAP*, núm. 145, 1998.
- AGUADO I CUDOLÀ, V. y NETTEL BARRERA, A.C., «Silencio administrativo positivo, reclamaciones extemporáneas y revisión de oficio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo. Sección 3.ª) 6596/2010, de 9 de diciembre» en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol.1, Civitas, Madrid, 2012.
- ALENZA GARCÍA, J.F., *Revisión, revocación y rectificación de actos administrativos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- ALONSO MAS, M., y NARBÓN LÁINEZ, E., *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ARZOZ SANTIESTEBAN, X., *El silencio administrativo. Análisis constitucional y administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- BOLADO ALONSO, J., «Diez razones para proponer la reforma jurídica del silencio administrativo», *Revista de Derecho. UNED*, núm. 25, 2019.
- BUENO ARMIJO, A., «La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno Derecho en España», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2018.
- DE LA OLIVA, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- DESDENTADO DAROCA, E., «El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?» en R. GÓMEZ-FERRER MORANT, E. DESDENTADO DAROCA,

- L. ORTEGA y F.A. CASTILLO BLANCO, *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público. III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Granada, 8-9 de febrero de 2008*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.
- GARCÍA PÉREZ, M., «El silencio administrativo tras la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 14, 2010.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El silencio administrativo: ficción, trampa y caos», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Comentario al artículo 54» en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L., «El silencio administrativo, especialmente en sentido positivo, como aporía. Apunta de una posible vía de superación», en L. PAREJO ALFONSO (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ROQUETA BUJ, R., «El silencio administrativo y el Fondo de Garantía Salarial», *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015.
- «El FOGASA en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Trabajo y Derecho*, núm. 38, 2018.
- *Los beneficiarios de las prestaciones del FOGASA*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- TALENS VISCONTI, E.E., «El Fondo de Garantía Salarial y el silencio administrativo: la interpretación del orden jurisdiccional social», *Trabajo y Derecho*, núm. 58, 2019.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2020.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», en *Documentación Administrativa*, núm. 208, 1986.
- SANZ RUBIALES, I., «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento jurídico», *RAP*, núm. 171, 2006.
- VALENCIANO SAL, A., «Criterios jurisprudenciales en relación al silencio administrativo del FOGASA», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015.



Los derechos fundamentales en estado de alarma: una suspensión inconstitucional

Fundamental rights under the State of Alarm:
an unconstitutional suspension

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO*

Universidad Rey Juan Carlos
pablo.fernandezdecasadevante@urjc.es
ORCID: 0000-0003-1807-6583

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.02>

LABURPENA: 2020ko martxoaren 14a, larunbata. COVID-19aren pandemiari aurre egiteko, Espainiako Gobernuak alarma-egoera erabiltzea erabaki du. Neurri murriztaile batzuk orokortzea dakar, denetan garrantzitsuenak, etxeko konfinamendu zorrotza. Ikusi egin beharko da ea konstituzio-ordenak nola eusten dion. Alarma-egoerak muga guztiak gainditu eta apurtu izanik, konstituzioaren kontra gertatu diren okerkeriak erakusten ditu artikulu honek, horixe jazo baita, oinarrizko eskubideak orokorrean etenda utzi zirenetik Konstituzioak horretarako eskatzen duen bermerik gabe.

HITZ GAKOAK: COVID-19. Alarma-egoera. Oinarrizko eskubideak. Suspentsioa edo etena. Salbuespen-egoera.

ABSTRACT: Saturday, March 14, 2020. The Spanish government has decided to use the state of alert to tackle the pandemic caused by COVID-19, which involves the generalisation of a series of restrictive measures that will test out the strength of the established constitutional order. With strict home confinement as the most important of these actions, this article shows the unconstitutionality of a state of alarm that has gone completely beyond its limits, since it imposes a general suspension of fundamental rights without the corresponding constitutional guarantees required for this purpose.

KEYWORDS: COVID-19. State of alarm. Fundamental rights. Suspension. State of exception.

(*) Este artículo se encuentra vinculado al proyecto de investigación con referencia DER2016-76312-P.

RESUMEN: Sábado, 14 de marzo de 2020. El Gobierno de España decide recurrir al estado de alarma para hacer frente a la pandemia provocada por el COVID-19, en lo que supone la generalización de una serie de medidas restrictivas que pondrán a prueba la fortaleza del orden constitucional establecido. Siendo el estricto confinamiento domiciliario la más importante de todas ellas, este artículo pone de manifiesto los vicios de inconstitucionalidad en que ha incurrido un estado de alarma claramente extralimitado, ello desde el momento en que impone la suspensión general de derechos fundamentales sin las correspondientes garantías constitucionales exigidas para ello.

PALABRAS CLAVE: COVID-19. Estado de alarma. Derechos fundamentales. Suspensión. Estado de excepción.

Trabajo recibido el 5 de octubre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. Limitación, suspensión y derogación de derechos fundamentales. 1. El respeto al contenido esencial del derecho como frontera entre la ordinaria limitación y la suspensión. 2. La diferencia entre suspender y derogar derechos fundamentales.—III. El Tribunal Constitucional ante el estado de alarma. 1. Lo adecuado sería determinar primero la naturaleza jurídica de las injerencias llevadas a cabo. El juicio de proporcionalidad vendría después. 2. El ATC 40/2020, de 30 de abril, hace presagiar lo contrario.—IV. El estado de excepción como respuesta más adecuada. 1. Por el supuesto de hecho habilitante. 2. Por las medidas adoptadas.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

«El mayor peligro inherente a cualquier gobierno de crisis es que hombres egoístas puedan pervertirlo para sus fines» (1), afirmaba Karl Loewenstein tras la caída de la República de Weimar a manos del nacionalsocialismo. Esta cita del célebre pensador alemán ilustra a la perfección por qué, ante la emergencia constitucional, no puede valer todo. Y, es que, si lo que se pretende es la salvaguarda del orden democrático establecido, la respuesta a la amenaza surgida no debe caer nunca en la tentación de dar la espalda a los mismos principios que se dice querer proteger. Por eso, incluso en las situaciones más excepcionales, la acción del Estado en respuesta al peligro concreto debe estar sujeta a unas reglas jurídicas cuyo grado de indeterminación es probable que aumente a medida que también lo haga la singularidad del fenómeno contra el que aquellas se dirigen.

En efecto, no será lo mismo responder a una situación extraordinaria pero prevista por el ordenamiento jurídico, que hacer frente a un hecho en absoluto anticipado, por inverosímil. En el primer caso, las medidas susceptibles de imposición habrán sido suficientemente reguladas, mientras que, en el segundo, el margen de maniobra de las autoridades alcanza cotas inusuales, con las implicaciones que ello tiene para la normal estructuración del sistema constitucional (2).

Pues bien, partiendo de la eficacia de los derechos fundamentales (3) como pilar básico sobre el que se asienta todo orden democrático, lo

(1) LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2.^a edición, Ariel, Barcelona, 1986, pág. 286 —en realidad, la obra original citada vio la luz en inglés y con otro título, en el año 1957—.

(2) Por descontado, cabe también la posibilidad de que la situación excepcional, aun reglada en términos generales, contenga ciertos elementos no regulados, lo cual supone ampliar lógicamente la discrecionalidad de los poderes públicos en ese punto concreto.

(3) Siendo compartido por todos, CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pág. 41, recuerda que son derechos fundamentales los derechos subjetivos consagrados en el Capítulo II del Título I.

cierto es que estos suelen ser también los primeros afectados por la adopción de medidas de emergencia constitucional. Y, es que, si en tiempos de normalidad, los derechos permiten al individuo desarrollarse en un espacio de libertad y seguridad frente a la acción de terceros —incluidos los poderes públicos—, en situaciones excepcionales esos mismos derechos «pueden llegar a constituir un obstáculo para la defensa del Estado de derecho» (4).

Muestra de ello es lo sucedido en España con las principales medidas adoptadas para atajar la crisis generada por el COVID-19 hasta la fecha, las cuales han supuesto una extraordinaria invasión sobre ciertos derechos fundamentales. Una afectación que nada tiene que ver, por tanto, con las habituales limitaciones a las que se ven sometidos los derechos de los ciudadanos como consecuencia de la vida en sociedad y la cotidiana colisión de intereses. Se pasa así de la mera limitación a la suspensión en materia de derechos fundamentales. Del «derecho constitucional normal» (5) a la aplicación del derecho de emergencia constitucional (6), compuesto por una serie de reglas jurídicas, tanto formales como materiales, cuyo objetivo principal es impedir desviaciones o tentaciones autoritarias por parte del poder directivo del Estado (7).

Partiendo de dicha premisa, lo que se pretende con este artículo es determinar hasta qué punto la declaración del estado de alarma vía Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo —incluidas sus posteriores modificaciones y prórrogas(8)—, ha dado lugar al quebranto del artículo 55.1 CE, precepto que reserva a los estados de excepción y de sitio la posibilidad de suspender de manera general ciertos derechos fundamentales. Unos

(4) DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pág. 452.

(5) PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 15.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 843.

(6) Nos hemos referido a esta cuestión, realizando una explicación exhaustiva del concepto, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», en *Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020, págs. 111-145.

(7) Como se nos recuerda en DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional II*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, pág. 470, resulta crucial que la situación de anomalía «sea lo más corta posible, poniéndose todos los medios para restablecer la primitiva normalidad, base de funcionamiento del Estado de Derecho». En la misma línea, PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional, op. cit.*, pág. 845, alerta de la importancia de evitar incorporar «al Derecho normal de forma subrepticia institutos propios de la protección extraordinaria del Estado, aunque sea de una forma *ligh*t».

(8) Al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19, le siguieron los Reales Decretos 465/2020, de 17 de marzo; 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; 492/2020, de 24 de abril; 514/2020, de 8 de mayo; 537/2020, de 22 de mayo; y 555/2020, de 5 de junio. En virtud de todo ello, el estado de alarma estuvo vigente desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020, ello sin perjuicio de que en algunas Comunidades Autónomas las medidas a él asociadas decayeran unos días antes.

derechos cuya protección en caso de violación, por cierto, se ha visto mermada desde la STC 83/2016, de 28 de abril, que atribuye al decreto de declaración —también al de prórroga— del estado de alarma un rango o valor de ley que lleva a que su fiscalización solo pueda tener lugar por la vía del control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley, tal y como establecen los artículos 161 y 163 CE, y 27.2 b) LOTC(9).

A la discusión en torno a la vulneración del artículo 55.1 CE dedicamos nuestra atención desde ahora, no sin antes aludir a otras disfuncionalidades jurídicas detectadas en la lucha contra la pandemia. Siendo razones de espacio las que nos impiden detenernos en cada una de ellas, es de denunciar, por ejemplo: la situación de parálisis casi total producida en el Congreso de los Diputados durante las tres primeras semanas del estado de alarma, a pesar de lo dispuesto en el artículo 116.5 CE (10); los aislamientos y/o confinamientos generales decretados por los Ejecutivos autonómicos —incluso por alcaldes mediante simples bandos—, ello a través de normativa infraconstitucional (11); el abuso de las órdenes ministeriales sanitarias a la hora de regular derechos fundamen-

(9) STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 11. Para mayor precisión y según dicha sentencia, revisten valor o rango de ley: 1) Los actos del Congreso de los Diputados consistentes en: a) la autorización para que el Gobierno pueda proceder, no solo a la prórroga del estado de alarma sino a la declaración y prórroga del estado de excepción; b) la declaración y prórroga del estado de sitio por la propia Cámara Baja, a propuesta del Ejecutivo. 2) Los decretos gubernamentales de declaración y prórroga de los estados de alarma y de excepción. Como denuncia VERA SANTOS, J.M., «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», en *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 471, «la consideración errónea de que cualquier contenido que se incluya en el decreto de declaración del estado de alarma se acoge a una más que negativa “congelación de rango”» ha llevado a la imposibilidad práctica de defensa de los derechos fundamentales... «[salvo que previamente conculques la normativa!]. Para más sobre el rango o valor de ley que la STC 83/2016, de 28 de abril, concede a las principales decisiones y actos adoptados en relación con los estados de alarma, excepción y sitio, ver GARRIDO LÓPEZ, C., «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, mayo-agosto (2017), págs. 43-73.

(10) De la misma opinión, VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 477 y ss.; y VIDAL PRADO, C., «El Congreso no puede hibernar», en *El Mundo*, 6 de abril de 2020.

(11) Básicamente, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pensada además para aplicarse sobre grupos de individuos y espacios muy concretos. En la misma línea, RUIZ ROBLEDO, A., «Respuestas legales al coronavirus», en *El País*, 14 de marzo de 2020; TAJADURA TEJADA, J., «Confinamientos inconstitucionales», en *El Correo*, 16 de julio de 2020; y DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «Rompiendo el espejo», en *El País*, 14 de agosto de 2020. De opinión contraria, por ejemplo, NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 22-31; y DOMÉNECH PASCUAL, G., «Competencia autonómica para adoptar medidas de contención», en *Derecho público del coronavirus (i)*, 14 de marzo de 2020, acceso el 30 de agosto de 2020, <https://almacende-derecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>.

tales (12); la suspensión de las actuaciones judiciales no esenciales y la ausencia de plenos en el Tribunal Constitucional durante más de dos meses, justo cuando más necesaria se hacía esa fiscalización jurisdiccional (13); la inacción del Defensor del Pueblo pese a las funciones que le atribuye el artículo 54 CE (14); la no comunicación al Secretario General del Consejo de Europa sobre las suspensiones impuestas a los ciudadanos, tal y como exige el artículo 15.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— (15); o la denegación del ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones gallegas y vascas a aquellas personas que estuvieran infectadas por el virus (16). El abanico de disfuncionalidades es, en fin, abrumador y los perjudicados, como siempre, los ciudadanos.

II. Limitación, suspensión y derogación de derechos fundamentales

Volviendo al objeto central de este artículo, probar la inconstitucionalidad del estado de alarma pasa necesariamente por una serie de fases argumentativas, la primera de las cuales es objeto de abordaje en

(12) Práctica contraria, no solo al principio de reserva de ley orgánica —artículo 81.1 CE—, sino al propio principio de constitucionalidad, por suspender derechos fundamentales en contra de lo dispuesto en el artículo 55.1 CE. Sobre el abuso de la técnica de la auto remisión al Real Decreto 463/2020, VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 480 y ss.

(13) Destacando el importante papel que deben jugar los tribunales «en la legalidad de la declaración de los estados de excepción y en la revisión de la legalidad de las medidas de excepción específicas», GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales. (II) Un estudio de Derecho constitucional comparado», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009, pág. 215.

(14) No fue hasta el 3 de septiembre que se pronunció en relación con distintas solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad y de amparo que le fueron dirigidas a partir del 16 de marzo. Y, cuando por fin lo hizo, fue en sentido negativo y a través de una argumentación ciertamente criticable —mención especial merece el argumento dirigido a descartar la existencia de suspensiones de derechos fundamentales, alegando que «ni el Gobierno, declarando el estado de alarma, ni el Congreso de los Diputados, prorrogándolo, quisieron —la cursiva es nuestra— suspender derechos fundamentales»—. La labor que le es constitucionalmente encomendada, unida a la extraordinaria trascendencia y variedad de las restricciones impuestas, hacen injustificable la pasividad protagonizada por el Defensor del Pueblo. Para un análisis de la argumentación completa realizada por la institución, DEFENSOR DEL PUEBLO, 3 de septiembre de 2020, acceso el 14 de septiembre de 2020, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/09/resolucion_estado_alarma.pdf

(15) Artículo 15.3 CEDH: «Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación —se refiere a la posibilidad que el artículo 13.1 CEDH concede a los Estados Parte para derogar las obligaciones del Convenio en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación— tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación».

(16) Sobre la cuestión, PÉREZ ROYO, J., «Las elecciones vascas y gallegas deben ser anuladas», en *Eldiario.es*, 12 de julio de 2020, acceso el 25 de agosto de 2020, https://www.eldiario.es/contracorriente/elecciones-vascas-gallegas-deben-anuladas_132_6099631.html.

este punto. Nos referimos a la diferenciación que nuestro ordenamiento jurídico establece entre lo que son las ordinarias limitaciones de derechos fundamentales, la suspensión de los mismos y su derogación temporal (17), cuestión de todo menos pacífica toda vez que no existe en España una teoría general de los derechos comúnmente aceptada (18).

Sin embargo, hay algo que sí está claro porque así se señala expresamente en el Texto constitucional: trascienden la ordinaria limitación de derechos fundamentales todas aquellas restricciones que impliquen la afectación al contenido esencial de los mismos, en cuanto que frontera infranqueable consagrada a esos efectos en el artículo 53.1 CE. De producirse una restricción de tal entidad, es de entender que el régimen jurídico aplicable sea el previsto en el artículo 55 CE para los supuestos de suspensión de determinados derechos fundamentales, no siendo necesaria, a la hora de apreciar esa naturaleza suspensiva, la total derogación temporal de los mismos.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la restricción impuesta y su adecuación o no a los artículos 53.1 y 55 CE, y solamente entonces, procederá ya el análisis sobre su justificación, recurriéndose para ello al juicio de la proporcionalidad que, en palabras del Tribunal Constitucional, exige la verificación de tres condiciones: «(i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (19). Porque, como repetiremos a

(17) A efectos terminológicos, indíquese, primero, que aunque autores como DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Tratado de Derecho Constitucional II, op. cit.*, págs. 470 y ss.; o AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, pág. 16, emplean el concepto de «restricción» como sinónimo de «suspensión», el Tribunal Constitucional es muy claro cuando circunscribe el primero a la ordinaria limitación de derechos, al afirmar que «los efectos de la declaración del estado de alarma se proyectan en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas y en el establecimiento de determinadas *limitaciones o restricciones*» —STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8—. Y por otro lado, que el hecho de que utilicemos con asiduidad el término «derogación» de los derechos fundamentales no obsta para que podamos hablar también de «supresión» o «desaparición» de los mismos, ello a modo de términos sinónimos de aquel.

(18) Tal y como se nos recuerda en GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «La suspensión general de derechos», en López Guerra, L. y Espín Templado, L. (coords.) *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 267.

(19) STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5. En la misma línea, por ejemplo, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e); 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8; y 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5. Como veremos en el apartado 3.2, esas tres condiciones son las directamente aplicadas por el Tribunal Constitucional en su Auto 40/2020, de 30 de abril —relativo a la prohibición de una manifestación en vigencia del estado de alarma—, en lugar de proceder a valorar la naturaleza jurídica de la restricción impuesta, cuestión esencial y previa.

lo largo del trabajo, toda medida de suspensión establecida bajo el estado de alarma, por muy proporcional que sea, incurrirá en un insalvable vicio de inconstitucionalidad *ex artículo 55.1 CE*. Veamos, a continuación, todas estas cuestiones con más detenimiento.

1. El respeto al contenido esencial del derecho como frontera entre la ordinaria limitación y la suspensión

Aunque lo habitual es afirmar el carácter limitado y/o limitable de todo derecho fundamental (20), lo cierto es que se trata de una regla general con sus matices, tal y como cabe deducir: primero, de nuestra jurisprudencia constitucional, que advierte de la naturaleza absoluta del derecho a no sufrir torturas —artículo 15 CE (21)—; segundo, de la principal academia patria, cuando afirma que la Constitución consagra «algunas garantías con tal rotundidad y ausencia de distinciones y de excepciones que se impone su concepción como absolutas» (22); y tercero, del CEDH, cuyo artículo 15.2 excluye la posibilidad de proceder a la derogación de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en relación con ciertos derechos que se configuran, de esa manera, como intangibles (23).

(20) El Tribunal Constitucional ha afirmado repetidamente que «(...) no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites (...)» —SSTC 5/1981, de 29 de enero, FJ 5; 1/1982, de 29 de enero, FJ 5; y 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5—. En este sentido, TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I*, 5.ª edición, Universidad Complutense Madrid, 2004, pág. 315, recuerda que «los límites de los derechos están previstos por la propia Constitución. Son la ley y los derechos de los demás, a los que el Tribunal Constitucional añade otros bienes constitucionalmente protegidos». Y, a mayor abundamiento, el Alto Tribunal afirma que los derechos «se mueven siempre dentro de un perímetro cuyos límites conforman los demás derechos y el derecho de los demás, así como el interés general y, en suma, las normas penales». Más al respecto, en DE ESTEBAN, J., *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pág. 314 y ss.; y LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 123 y 124.

(21) STC 153/2013, de 9 de septiembre, FJ 2.

(22) TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I, op. cit.*, págs. 314 y 315, citando, por ejemplo, además del derecho de todas las personas a la integridad física y psíquica «sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» —artículo 15 CE—; la no obligación de declarar sobre la propia ideología, religión o creencias —artículo 16.2 CE—. En ambos casos, el autor puntualiza que «acaso la calificación jurídica mas precisa (...) sea la de garantías de sus respectivos derechos».

(23) Esta cualidad es predicable de la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes —artículo 3 CEDH—, de la interdicción de sometimiento a esclavitud o servidumbre —artículo 4.1 CEDH—, o de la prohibición de toda pena sin ley —artículo 7 CEDH—. Respecto al derecho a la vida —artículo 2 CEDH—, y aunque el propio precepto dispone como excepción la aplicación de la pena de muerte por actos ilícitos de guerra, el hecho de que la práctica totalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa hayan ratificado el Protocolo número trece al CEDH, unido a la reiterada práctica de los mismos en el sentido de respetar esa postura, permite hablar de una modificación del artículo 2 para prohibir la pena de muerte en todos los casos —SSTEDH *Asunto Al-Sa-*

Pero dejemos a un lado estas excepciones para fijarnos en el ámbito de las intervenciones normativas practicadas sobre los mismos, toda vez que el centro de la discusión lo constituye aquí el Real Decreto 463/2020 y las medidas impuestas en su aplicación. Nos adentramos pues en la esfera de los límites externos(24), entendidos como aquellos que son «creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución», siendo el legislador el principal protagonista de ello(25).

A tal respecto, y aunque la limitación legislativa de los derechos no es objeto de un tratamiento general por parte de nuestra Constitución(26), es una facultad que queda evidenciada con motivo de la reserva de ley ordinaria consagrada en el artículo 53.1 CE, precepto en virtud del cual «Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial», podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades consagrados en el Capítulo II del Título I de la Carta Magna. De la literalidad del precepto se desprende, por lo tanto, el reconocimiento implícito de la facultad de toda ley para limitar los derechos fundamentales. En efecto, desde el momento en el que el constituyente impone al legislador el respeto al contenido esencial del derecho objeto de regulación, está admitiendo la posibilidad de que dicha intervención normativa se produzca en forma de restricción(27).

doon y Mufdhi contra Reino Unido, de 2 de marzo de 2010, párrafos 115-127; y *Asunto Rrapo contra Albania*, de 25 de septiembre de 2012, párrafo 69—.

(24) En contraposición con los denominados «límites internos» que son aquellos que, siguiendo a VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en VV.AA., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 120 y 121, «o bien vienen dispuestos explícitamente por la Constitución (los «límites positivos», caso, por ejemplo, del art. 22.5 CE), o bien derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional («límites inmanentes» o («lógicos»). En rigor los límites internos son criterios de delimitación del objeto del derecho fundamental en cuestión». Sobre la cuestión, igualmente, ABA CATOIRA, A., «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», en *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 2, 1998, págs. 17 y ss.

(25) VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Los límites a los derechos fundamentales», *op. cit.*, 120. Aunque volveremos a indicarlo más adelante, AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.* pág. 26, alude como protagonistas de dicha limitación, tanto a las distintas administraciones como a la jurisdicción ordinaria.

(26) «Toda vez que esta tampoco es su misión», como señala ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 17, aunque bien podría, por lo menos, haberse hecho alusión expresa a la acción del legislador en ese sentido, tal y como hace la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

(27) AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 20. Véase igualmente PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, 1981, págs. 171 y 171. Para evitar confusiones, volvemos a insistir en que, al hablar de «restricción» en sentido estricto, lo hacemos para referirnos a la ordinaria limitación de derechos, ello en coherencia con la jurisprudencia constitucional. Otra cosa es que, en ocasiones, empleemos el primer término con carácter más amplio, de cara a aludir a cualesquiera injerencias en los derechos fundamentales, independientemente de su intensidad.

Sentado lo cual, y partiendo de la pluralidad de legisladores que nuestra Constitución reconoce (28), lo crucial a los efectos de este artículo es volver a resaltar que todos y cada uno de ellos estarán sujetos, en el ejercicio de su actividad normativa, al deber absoluto de respeto al contenido esencial del derecho (29), auténtico límite de los límites (30) cuyo acotamiento hace ya tiempo que el Tribunal Constitucional abordó «frontalmente y con decisión (31). Lo hizo, en concreto, en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril (32), mediante la aplicación de dos criterios «que no son ni alternativos ni antitéticos, sino complementarios, pudiendo utilizarse conjuntamente» (33).

(28) En este sentido, AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.*, págs. 15 y 16.

(29) En la Sentencia 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7, el Tribunal Constitucional afirma que «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de (...) atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7) y, en todo caso, respetar su contenido esencial —la cursiva es nuestra— (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FF JJ 4 a 6; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 137/1999, de 19 de julio, FJ 6; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6)».

(30) Si bien no el único. Junto a él, actúan también como tales, siguiendo la clasificación que establece ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, págs. 24 y ss.; las reservas de ley ordinaria —artículo 53.1 CE— y orgánica —artículo 81.1 CE—, así como el principio de proporcionalidad antes mencionado. Un instrumento jurídico, este último, que como apunta ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M. A., «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», en *XV Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, celebrada del 24 al 27 de octubre de 2013 en Roma, acceso el 29 de junio de 2020, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>, pág. 2, está «orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia (...) sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y por tanto, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas». Un control de proporcionalidad que, como se nos recuerda en la página 15, ha ido restando espacio a la «ponderación a secas». Para una perspectiva algo distinta respecto de los instrumentos jurídicos susceptibles de ser considerados como límites a los límites, véase DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, *op. cit.*, págs. 317 y ss.

(31) PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *op. cit.*, pág. 171.

(32) Aunque ya en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 12, el Alto Tribunal realizaba una primera aproximación al concepto, señalando algo que resulta evidente a la luz de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, y es que el contenido esencial actúa como un límite a la potestad legislativa del Estado.

(33) ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2018, pág. 537, afirmación llevada a cabo a partir de lo establecido en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10. Se trata además de dos fórmulas que, como afirma BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las garantías de los derechos», en Balaguer Callejón, F. (coord.) *VV.AA., Manual de Derecho Constitucional (III)*, 11.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 407, «deben ser completadas (...) con la necesaria referencia a los principios y valores constitucionales que determinan el marco jurídico global de interpretación de los preceptos relativos a los derechos fundamentales, así como con la referencia a los tratados y convenios internacionales sobre esta materia, de acuerdo con el artículo 10.2 CE».

Así, y respecto al primero de los criterios indicativos de lo que debe entenderse por contenido esencial, consiste en «tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho» (34). El Alto Tribunal parte así de la conexión existente entre el lenguaje empleado por las normas «y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta» (35).

Por lo tanto, ante la regulación concreta llevada a cabo por el legislador, los juristas podrán determinar si dicha normación se ajusta a lo que la generalidad entiende por un derecho de ese tipo. Es decir, si las facultades o posibilidades de ejercicio que conserva un derecho subjetivo son tales que este sigue siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito o, por el contrario, queda desnaturalizado, convirtiéndose con ello en un derecho diferente. Todo ello, por supuesto, condicionado por el contexto histórico y político de las sociedades democráticas, cuando ello se refiera a derechos constitucionales (36).

En cuanto al segundo camino posible para determinar cuál es el contenido esencial de un derecho, «consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos» (37). En este caso, la esencialidad del contenido del derecho estará constituida por aquella parte del mismo «que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (38). De esta forma, el contenido esencial del derecho quedará rebasado cuando este último se encuentre sujeto a tamañas limitaciones «que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (39).

(34) STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

(35) *Ibidem*.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*. También descrito como «núcleo irreductible del derecho» en la STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 2.

(38) STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

(39) *Ibidem*.

Importado de la Constitución alemana (40) —a la vista del carácter abusivo con el que el nacionalsocialismo legisló durante la República de Weimar (41)—, el contenido esencial representa así un límite de primer orden frente «a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado» (42). Pero no solo ante ella, pues «modula también la aplicación concreta de los límites en las intervenciones administrativas de los derechos o en la labor de la jurisdicción ordinaria» (43). Por eso, el contenido esencial del derecho es un instituto jurídico plenamente operativo a la hora de dirimir la constitucionalidad o no, tanto del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19 —incluidas sus posteriores modificaciones y prórrogas—, como de las medidas impuestas en aplicación del mismo.

A tal efecto, y anticipando nosotros ya la efectiva injerencia sobre el contenido esencial del derecho en ciertos casos (44), lo que corresponde aquí es determinar las implicaciones jurídicas resultantes de dicha invasión. Pues bien, dado que ya hemos visto que el contenido esencial es indisponible para los poderes públicos de cara a la ordinaria restricción de derechos fundamentales, es lógico deducir que la invasión en ese reducto básico del derecho, si se lleva a cabo por las vías del artículo 53.1 CE, provocará la inconstitucionalidad de la actuación (45).

(40) Cuyo artículo 19.2 dispone que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial». Aprovechamos en este punto para recomendar la brillante obra de un clásico del derecho constitucional alemán como es HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19. Abs. 2*, CF Müller, Karlsruhe, 1962, traducida al castellano por BRAGE CAMAZANO, J., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003.

(41) Hasta el punto de que, como recuerda BALAGUER CALLEJÓN, «Las garantías de los derechos», *op. cit.*, pág. 401, «el legislador podía disponer libremente de la institución o el derecho, con consecuencias claramente contrarias a la Constitución, bien porque no desarrollara el precepto constitucional, bien porque lo hiciera de manera disconforme con los principios constitucionales».

(42) ÁLVAREZ CONDE y TUR AUSINA, *Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 529. En esa línea, la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, recuerda que el legislador goza de libertad para confeccionar las condiciones de regulación del derecho, eso sí, «siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53».

(43) AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 26.

(44) Ver apartado 4.2.

(45) DE ESTEBAN, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, *op. cit.*, pág. 318; o ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 26. A este respecto, aclarar que las dudas de constitucionalidad relativas al estado de alarma declarado no se refieren solo al Real Decreto 463/2020, sino también a las medidas establecidas en su aplicación, recordando DÍAZ REVORIO, F.J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», en *Almacén de derecho*, pág. 2, 9 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://almacende-derecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales/>, que «nunca es descartable (...) una sentencia interpretativa, que condicione su constitucionalidad —la constitucionalidad del Real Decreto, se entiende— a una interpretación conforme».

¿Significa eso que toda medida no respetuosa con el contenido esencial del derecho restringido deba ser considerada inválida? ¿Incluso si es proporcional? No, simplemente que esa actuación, pese a estar justificada, nunca podrá tener lugar al amparo del artículo 53.1 CE, lo que obliga a buscar otro instituto constitucional —que no sea, por tanto, el de la simple limitación de derechos— que articule las condiciones específicas para ello.

No hay que avanzar mucho en el Texto constitucional para dar con la respuesta adecuada, contemplada como está en el artículo 55 CE. En este sentido, partimos de la evidencia de que la suspensión constitucional de derechos fundamentales, tal y como se encuentra configurada por el legislador, suele situarse en una posición intermedia entre la habitual limitación de derechos fundamentales y su derogación total (46). Si a ello le añadimos, primero, que ese es justo el mismo espacio jurídico que el Tribunal Constitucional atribuye a las afectaciones al contenido esencial del derecho (47); y segundo, que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una figura intermedia entre las restricciones vía reserva de ley —ya sea ordinaria u orgánica— y las producidas en aplicación del artículo 55 CE, la solución parece evidente. La afectación al contenido esencial debe constituir siempre la frontera delimitadora de lo que son, por un lado, las simples limitaciones de derechos fundamentales, con las garantías que le son propias y, por otro, lado, las suspensiones de derechos fundamentales, sujetas a unos controles reforzados (48).

2. La diferencia entre suspender y derogar derechos fundamentales

Analizada la suspensión en materia de derechos fundamentales como instrumento jurídico diferenciado de la ordinaria limitación de los mismos, la cuestión que cabe plantearse a continuación es si aquella intrusión agravada da «cobertura lisa y llanamente a una supresión temporal de la vigencia de las normas iusfundamentales» (49), extremo que ya

(46) *Vid.* apartado 2.2.

(47) Ya hemos visto que, para el Tribunal Constitucional, la afectación al contenido esencial del derecho supone la desnaturalización del derecho fundamental objeto de injerencia, ello por irreconocible, impracticable, por dificultar su ejercicio más allá de lo razonable o por despojarse de la necesaria protección —STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8—. No es necesaria, por ende, la completa desaparición del derecho invadido.

(48) Vinculando igualmente afectación al contenido esencial del derecho con suspensión y estableciendo también esa triple diferenciación entre simple limitación, suspensión y derogación total, REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Artículo 55», en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER (dirs.) *Comentarios a la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pág. 1523.

(49) Lo que, según REQUEJO RODRÍGUEZ, «Artículo 55», *op. cit.*, pág. 1522, supondría «tener que admitir cualquier nueva regulación de los derechos susceptibles de suspensión, tanto si no respeta su contenido esencial como si incluso llega a eliminar el derecho por completo».

se ha advertido, ha de quedar descartado (50) a la vista de la manera en la que el legislador ha abordado el asunto. Esto es básico de cara a analizar lo sucedido en vigencia del estado de alarma declarado en marzo de 2020, siendo más adelante cuando comprobemos cómo, desde parte de la doctrina, se incurre en el error de descartar la existencia de suspensiones sobre la base de la no desaparición total de los derechos afectados por las medidas contra la pandemia.

En efecto, una lectura detenida de la normativa de desarrollo existente en relación con las denominadas suspensión general — artículo 55.1 CE— e individual — artículo 55.2 CE (51)— de derechos fundamentales permite afirmar, con carácter general, la pervivencia de parte del derecho objeto de suspensión (52). En ese sentido, y aunque razones de espacio nos impiden realizar una descripción más detallada de la cuestión (53), apúntese al menos que, cuando la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio —LOEAES, en adelante—, desarrolla las previsiones del artículo 55.1 CE para modificar las condiciones bajo las cuales la autoridad gubernativa puede restringir derechos, lo hace de tal manera que la actuación de esta última «no es absolutamente libre, pues en muchos casos la propia ley establecerá las facultades que concede para actuar de manera más amplia o más estricta, según la situación planteada sea más o menos grave» (54).

(50) Con FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, págs. 39 y 40; DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *op. cit.*, pág. 459; y REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 105-137.

(51) Sobre la necesidad de matizar el carácter general y/o individual de ambos institutos hemos hablado ya FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., *La defensa de la Constitución. El derecho de emergencia constitucional y el artículo 55 CE*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 112 y ss.

(52) Para mayor precisión terminológica, habrá que estar al caso concreto a la hora de determinar si la medida de suspensión en concreto afecta a los derechos y/o a las garantías. Más sobre la cuestión, en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *op. cit.*, págs. 452 y ss.

(53) Para eso están los trabajos de clásicos como FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 107 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 92 y ss.; y LAFUENTE BALLE, J.M., «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990, págs. 43 y ss.

(54) FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *op. cit.*, pág. 107. Una excepción podría ser la suspensión del *habeas corpus* — artículo 17.4 CE— dirigido a denunciar detenciones ilegales, dado que la LOEAES no regula las condiciones para su suspensión. Pero es que para nosotros no tiene sentido, ni estará justificada en ningún caso, la suspensión de dicha garantía pues, como bien afirma DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», *op. cit.*, págs. 441 y 442, «no se ve en qué perjudica a la defensa del orden constitucional el mantenimiento de un recurso que no pretende discutir las detenciones legalizadas por el alargamiento de los supuestos previstos en la normativa de excepción, sino justamente controlar los excesos sobre esa normativa».

No creemos, por lo tanto, que la suspensión de derechos fundamentales pueda ser automáticamente entendida en el sentido de «temporal supresión de la vigencia de las normas constitucionales sobre determinados derechos fundamentales» (55), y así lo volvió a confirmar el Tribunal Constitucional, al pronunciarse —aunque sin entrar en el fondo del asunto— sobre los recursos de amparo interpuestos por los controladores aéreos a propósito del estado de alarma declarado en diciembre del año 2010.

En concreto, para el Alto Tribunal, «todos los estados que cabe denominar de emergencia *ex art. 116 CE* y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen, como es evidente y así resulta de su regulación en la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales (56), que *sin ser derogadas* —esta segunda cursiva es nuestra— o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio), ...» (57).

Por lo tanto, y centrando el asunto ya exclusivamente en los estados de excepción y de sitio —pues ya sabemos que el artículo 55.1 CE descarta las medidas de suspensión en vigencia del estado de alarma—, es evidente que su vigencia no implica automáticamente la supresión temporal de derechos fundamentales. Eso con respecto a la institución de la suspensión prevista en el artículo 55.1 CE.

Pero es que desbaratar la tesis derogatoria en relación con el instituto consagrado en el artículo 55.2 CE es aún más sencillo, ello a la luz de la jurisprudencia constitucional resultante de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en relación con la hoy desaparecida Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitu-

(55) Expresión de ALÁEZ CORRAL, B., «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en López Guerra, L. y Espín Templado, L. (coords.) *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 243, para hablar de una «desconstitucionalización» del derecho fundamental afectado, ello en contraposición con la «desfundamentalización», en virtud de la cual la norma constitucional seguiría vigente durante el tiempo que dure la suspensión, no siendo ya obligatorio el respeto a su contenido esencial.

(56) Coincidimos con VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 446 y 447, cuando sostiene que «las «excepciones o modificaciones» predicables del estado de alarma solo son asimilables a las contempladas para los estados de excepción y de sitio si analizamos el término excepcional desde un punto de vista más amplio y a través de una óptica eminentemente temporal. (...) principalmente porque (...) no cabe la posibilidad de proceder a la suspensión de ningún derecho fundamental».

(57) STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 9, reproducida a partir del ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4.

ción(58). Y, es que, por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional tachó de «excesivo» el plazo de diez días de duración máxima de la detención preventiva contemplado por aquella —artículo 13— (59), criterio que coincide además con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, ya en el asunto Irlanda c. Reino Unido, estableció la necesidad de imponer límites a la posibilidad de la detención preventiva en la lucha contra el terrorismo(60).

Todo lo anterior demuestra, en resumidas cuentas, la improcedencia de establecer en nuestro ordenamiento jurídico una asociación automática entre suspensión de derechos fundamentales y total desaparición transitoria de los mismos en tiempos de emergencia constitucional(61). Y, por extensión, lo erróneo de negar la existencia de suspensiones generales de determinados derechos fundamentales durante la pandemia, ello bajo el argumento de que estos no llegaron desaparecer del todo.

III. El Tribunal Constitucional ante el estado de alarma

1. Lo adecuado sería determinar primero la naturaleza jurídica de las injerencias llevadas a cabo. El juicio de proporcionalidad vendría después

Una vez establecidas las diferencias básicas entre la simple limitación de derechos fundamentales, su suspensión y la derogación temporal de los mismos(62), es momento ya de analizar lo sucedido entre el 14 de marzo y el 21 de junio de 2020, fechas de inicio y decaimiento del estado de alarma declarado en la lucha contra el COVID-19, respectivamente. Un

(58) Recursos de inconstitucionalidad 285 y 292/1985, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

(59) STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8.

(60) STEDH *Asunto Irlanda contra Reino Unido*, de 18 de enero de 1978.

(61) En contra, y al margen de lo ya dicho en relación con ALÁEZ CORRAL, «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 243; GOIG MARTÍNEZ, «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales. (II) Un estudio de Derecho constitucional comparado», *op. cit.*, pág. 235, al afirmar que en «los sistemas excepcionales europeos, (...) el derecho de excepción supone una verdadera derogación del régimen constitucional». Asimismo, el DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, págs. 19, 21 y 22.

(62) En síntesis, hablamos de ordinaria limitación cuando la invasión en los derechos es respetuosa con el contenido esencial, límite a los límites consagrado en el artículo 53.1 CE. En el momento en el que dicha frontera es rebasada, entramos en el terreno de la suspensión —artículo 55 CE—, cabiendo solo hablar de derogación total del derecho cuando la injerencia en él fuera de tal intensidad que provocase su completa desaparición —entonces sí podría hablarse de una suspensión con efectos derogatorios—.

tiempo en el que las medidas contra la pandemia generaron importantes controversias, hasta el punto de que, por Providencia de 6 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra distintos preceptos del Real Decreto 463/2020, incluidas sus posteriores modificaciones y prórrogas (63).

Pues bien, a la hora de determinar la constitucionalidad o no de las actuaciones llevadas a cabo, y en la línea de lo ya explicado en el apartado 2, lo primero que entendemos debería hacer el Tribunal Constitucional es fijarse en la naturaleza jurídica de las restricciones impuestas sobre ciertos derechos fundamentales, libre circulación de personas a la cabeza (64). En otras palabras, aclarar si dichas medidas se circunscriben a la ordinaria limitación de derechos —artículo 53.1 CE— o, por el contrario, constituyen ejemplo de suspensión —artículo 55 CE— por afectación a un contenido esencial que, como ya se ha dicho, se erige en verdadera Línea Maginot que separa ambos tipos de restricciones. Solo después procederá aplicar el juicio de proporcionalidad (65).

Recordada esa premisa, fijémonos ahora en la manera en que el Tribunal Constitucional suele poner en práctica dicha proporcionalidad, pues esta tiene importantes implicaciones en relación con la cuestión que aquí se discute. En este sentido, hay que comenzar señalando que, cuando el Alto Tribunal estudia la constitucionalidad o no de las afectaciones en materia de derechos fundamentales, es habitual que acabe fiando su diagnóstico al juicio de proporcionalidad exclusivamente. Lo

(63) En concreto, recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso, en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el art. 7 del Real Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al art. 7 del Real Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

(64) Como bien señala DÍAZ REVORIO, «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 3, la afectación a otros derechos fundamentales no será más que una «consecuencia ineludible de las medidas adoptadas respecto a la libertad de circulación».

(65) Como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, discrepan de esta aproximación, entre otros, CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», en *El País*, 17 de abril de 2020; DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Límite y restricción, no suspensión», en *El País*, 8 de abril de 2020; LÓPEZ GARRIDO, D., «Un estado de excepción sería inconstitucional», en *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, https://www.eldiario.es/tribunaabierta/excepcion-inconstitucional_6_1015658433.html; CASTELLÀ ANDREU, J.M., «Incidencia de la COVID-19 sobre la democracia constitucional: reflexiones desde España», en *Letras Libres*, 15 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/incidencia-la-covid-19-sobre-la-democracia-constitucional-reflexiones-desde-espana>; y DE MIGUEL BARCENA, J., «La libertad en tiempos víricos», en *TheObjective*, 18 de mayo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, https://theobjective.com/elsubjetivo/la-libertad-en-tiempos-viricos/?fbclid=IwAR0N-saYuyrJGKxTNmahy95enmemi7EuuD7_R3ek2bXS_vdNtboJgaSjRQ.

hace, de hecho, ya en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril, en la que con tanta solvencia estableció las bases para determinar cuál es el contenido esencial del derecho afectado en cada caso, tal y como ya se ha visto antes (66). En concreto, a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la restricción entonces producida —se trataba del derecho a la huelga—, antepuso el principio de proporcionalidad a la previa determinación de la posible afectación al contenido esencial del derecho, provocando que este último pasase a considerarse «como la parte del derecho que queda tras la limitación justificada constitucionalmente, que (...) supone un contenido esencial más reducido que aquel otro que resultaría de un establecimiento del mismo previo a la intervención» (67).

Que esto es así quedó perfectamente ejemplificado en la referida Sentencia cuando, tras sostener que «el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones», el Tribunal Constitucional añadió que dicha afirmación «no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo pueden resultar abusivas» (68) —con lo que estaría justificada su restricción—. Nos encontramos ante una evidente contradicción pues, «si cualquiera de las formas o modalidades de cesación de trabajo entran dentro del contenido esencial del derecho de huelga ¿cómo puede el legislador considerarlas abusivas?» (69). Sea como fuere, y partiendo de que el artículo 53.1 CE impide, como sabemos, entrar a regular el contenido esencial del derecho, lo que el Alto Tribunal acabó haciendo fue identificar dicho núcleo intangible con la necesidad de justificación —por proporcional— de la injerencia llevada a cabo (70). De esa forma, una

(66) Concretamente, en el apartado 2.1.

(67) ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 25. Una inferencia, la realizada por el Tribunal Constitucional, propia de lo que DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I. (autores) *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 128 y ss., califica como «teoría relativa» y que implica que «la garantía del contenido esencial no alude en realidad a ningún contenido en el sentido usual de este término y se reduce a soporte de un juicio de razonabilidad. (...) En la teoría relativa el examen de la constitucionalidad del límite requiere un juicio meramente económico, por decirlo así, en el cual el objeto es la relación coste-beneficios y el sacrificio del derecho fundamental es perfectamente posible si lo requiere el bien que se trata de proteger».

(68) STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10.

(69) Se pregunta ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 27, para confirmar que «el contenido esencial del derecho será lo que queda tras la ponderación y no lo que estaba o debía de estar determinado con carácter previo a la intervención».

(70) Se trata esta, además, de una práctica reiterada por el máximo intérprete de la Constitución, por ejemplo, cuando en relación con el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos representativos —artículo 23.2 CE—, ha sostenido que «el legislador no podrá imponer restricciones a la

injerencia justificada conllevará indefectiblemente el respeto al contenido esencial del derecho y viceversa.

El problema es que, si damos por válido ese enfoque, la existencia del Capítulo Quinto del Título I carecerá de sentido. Y, es que, si el contenido esencial fuera simplemente el reducto del derecho que subsiste tras cualquier restricción proporcional ¿qué espacio le queda al instituto de la suspensión constitucional de derechos fundamentales para poder manifestarse? Toda limitación proporcional en materia de derechos fundamentales sería justo eso (71), mientras que la figura de la suspensión quedaría inevitablemente asociada a la restricción desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional. Vamos, justo lo contrario a lo buscado por el constituyente de 1978, que concibió el artículo 55 CE precisamente para situaciones en las que las circunstancias justificasen una mayor invasión en los derechos fundamentales.

Centrándonos nosotros en el artículo 55.1 CE, y si nos fijamos solo en los derechos no susceptibles de suspensión —la gran mayoría—, es cierto que, a la hora de resolver controversias en materia de derechos fundamentales, la aplicación preferente del principio de proporcionalidad sobre el contenido esencial no plantea mayores problemas prácticos —que sí teóricos(72)—. De hecho, facilita mucho el enjuicia-

permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo, en términos proporcionados a dicha válida finalidad» —STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 5—.

(71) Lo cual supone, como bien apunta DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *op. cit.*, pág. 131, «la relativización del contenido de los derechos fundamentales». Y, es que, dentro de esa lógica, «la relación de equilibrio entre las normas constitucionales se subvierte por entero en perjuicio de los derechos fundamentales, porque *el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo*». En esa línea, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El contenido esencial del derecho a la huelga», en *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, págs. 128 y 129, al alertar de que «la relativización del contenido esencial (...) plantea de inmediato el problema de cuáles son los mínimos inatacables para el legislador o por la Administración, sin los cuales el Derecho Fundamental es ilusorio. Dicho de otra forma, la delimitación del contenido esencial parece apuntar a un criterio histórico espacial, el aquí y el ahora, sobre los cuales se formulan posiciones de transitoria vigencia».

(72) Tal y como denuncia con agudeza ABA CATOIRA, «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 27, al señalar que «el carácter dinámico del que se dota al contenido esencial de los derechos supone que esta garantía no se aprovecha para establecer de antemano una parte del contenido del derecho intangible o absolutamente intocable para el legislador sino que, al contrario, poco o nada añade al requisito constitucional de la justificación de la medida limitadora, pues, cómo se le exige el legislador que respete el contenido esencial del derecho si no lo conoce». Del mismo modo, LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996, pág. 173, sostiene la necesidad absoluta de concretar el contenido esencial, entendiendo que «sería grave que la norma constitucional estableciese la reserva legal sometida al respeto del contenido esencial sin que exista la posibilidad de respetarlo, porque se desconoce qué sea su contenido. Estaríamos afirmando que el art. 53.1 C.E. es un artículo inútil».

miento (73) desde el momento en el que el contenido esencial del derecho es muy fácilmente identificable: será, como decimos, aquella parte del derecho que subsiste tras la imposición de una restricción proporcionada. Desde esa lógica, las injerencias justificadas serán siempre supuestos de mera limitación ordinaria de los derechos, pues implicará siempre el respeto al contenido esencial de los mismos, mientras que las injustificadas supondrán asociar inevitablemente suspensión con inconstitucionalidad. Pero entonces, de nuevo ¿cuál sería el sentido del artículo 55 CE?

Para evitar el vaciamiento del contenido de dicho precepto, es más necesario si cabe que, en los supuestos en que deba entrar en juego, el canon de constitucionalidad comience por establecer cuál es el contenido esencial del derecho restringido. Es así como podrá identificarse la naturaleza jurídica de la injerencia llevada a cabo —¿ordinaria limitación o suspensión?—. Solo después procederá la aplicación del principio de proporcionalidad (74).

En definitiva, y para asentar las ideas. A la hora de calibrar la naturaleza jurídica de la restricción obrada sobre los derechos fundamentales —y comprobar, por tanto, si se cumplen las reglas constitucionales sobre limitación o suspensión de derechos fundamentales—, la aplicación del principio de proporcionalidad no nos aclara nada. Habrá que fijarse previamente en si la medida en cuestión afecta al contenido esencial del derecho restringido, circunstancia que, como ya se ha dicho antes, se producirá cuando: 1) la norma encargada de regularlo lo convierta en irreconocible o lo desnaturalice; 2) se le someta a semejantes restricciones que su ejercicio sea imposible, o más difícil de lo razonable, o se le proteja de manera insuficiente (75). Solo una vez lle-

(73) Y así lo vienen a reconocer ROCA TRÍAS y AHUMADA RUIZ, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *op. cit.*, pág. 14, al afirmar que, «en ausencia de una «gran» teoría de los derechos fundamentales, el control de proporcionalidad ha posibilitado el establecimiento de criterios y reglas de alcance relativo, válidos para el caso, sin necesidad de previa delimitación a priori o en abstracto del contenido constitucional del derecho».

(74) Y, es que, como apunta, DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *op. cit.*, pág. 132, fiarlo todo al respeto al contenido esencial —la denominada «teoría absoluta»— puede conducir también a una relativización del contenido de los derechos fundamentales. Y, es que, podría pensarse que, al margen del «núcleo duro, el círculo interior» del derecho, intangible por definición, el resto de ámbitos del derecho puede ser objeto de cualquier límite. Para evitarlo, «el contenido esencial se concibe no como el único límite de los límites, sino como un límite que opera en *yuxtaposición* con el que consiste en la exigencia de que la limitación del derecho esté justificada: una limitación del derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y *además* no afecta al contenido esencial del derecho».

(75) STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.

vada a cabo tal inferencia y constatado, en caso de suspensión, que la misma tuvo lugar a través del mecanismo adecuado —estado de excepción o de sitio, en el caso del artículo 55.1 CE—, procederá determinar si el sacrificio realizado guarda un equilibrio con el derecho o interés protegido. Esa es la técnica que entendemos debería emplear el Tribunal Constitucional al resolver sobre la constitucionalidad de las restricciones impuestas al amparo del estado de alarma declarado en marzo de 2020.

2. El ATC 40/2020, de 30 de abril, hace presagiar lo contrario

A pesar de lo anterior, no faltan razones para pensar que la discusión del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del estado de alarma pueda discurrir por distintos derroteros. Al menos, es lo que cabe deducir del ATC 40/2020, de 30 de abril (76), de inadmisión del recurso de amparo constitucional interpuesto por un sindicato de trabajadores gallegos —Central Unitaria de Trabajadores/as— contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de permitir la prohibición de concentraciones durante el estado de alarma (77).

Para conocer mejor lo sucedido, fijémonos en el canon de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional respecto de la restricción denunciada, una vez descartó la pertinencia procesal de determinar si el Real Decreto 463/2020 supone «o no, de facto, y por derivación de la limitación de la libertad deambulatoria del art. 19 CE, una limitación excesiva o incluso una suspensión del derecho de manifestación» (78).

Pues bien, si la renuncia a analizar la constitucionalidad o no de la norma es ciertamente discutible —pues es evidente que las restricciones de derechos adoptadas al amparo del estado de alarma encuentran su origen en el Real Decreto 463/2020 (79)—, no digamos ya la decisión del máximo intérprete de la Constitución de fiar su diagnóstico a la apli-

(76) Dictado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional en lugar de por el Pleno, ello pese a la trascendencia del asunto.

(77) Sentencia de 28 de abril de 2020, dictada por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el sentido de avalar la posibilidad de prohibir concentraciones de vehículos con la finalidad de celebrar una manifestación del 1 de mayo en la ciudad de Vigo.

(78) ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4.

(79) Así lo reconoce el propio Tribunal al aludir —lo resaltamos con cursiva— a «las apreciaciones en contrario de las autoridades sanitarias que desaconsejan las aglomeraciones, sean estas a pie o en vehículo, porque no se puede entender de otro modo *el contenido del decreto de alarma*» —ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4—.

cación exclusiva del juicio de proporcionalidad. Porque, de nuevo aquí, lo procedente habría sido determinar primero la naturaleza jurídica de las restricciones llevadas a cabo y, por consiguiente, su adecuación o no a lo dispuesto en el artículo 55.1 CE. Solo después procederían las averiguaciones sobre la proporcionalidad de las medidas concretas adoptadas. En otras palabras, primero debe decidirse si nos encontramos ante una limitación o una suspensión de derechos y luego atender a la proporcionalidad o no de las injerencias en cuestión.

No fue así, decíamos, y el Tribunal Constitucional se limitó a avallar la constitucionalidad, por proporcionada, de la prohibición del derecho de manifestación —artículo 21 CE— en el caso concreto. Para llegar a tal conclusión, y tras recordar la necesidad de respeto al contenido esencial del derecho (80), defendió la eficacia general de las medidas de restricción de la libertad de circulación adoptadas por las autoridades para combatir la pandemia —juicio de idoneidad— (81); la adecuación entre la finalidad perseguida por las restricciones y los instrumentos jurídicos empleados —juicio de necesidad— (82); así como la estricta proporcionalidad entre la prohibición del derecho de manifestación, de un lado, y la libre circulación de los servicios de ambu-

(80) Al afirmar que los límites al derecho recogido en el artículo 21 CE «han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone [...] y, en todo caso, respetar su contenido esencial” —ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4—.

(81) Ello a través de una argumentación que permite anticipar, dicho sea de paso, un juicio final positivo sobre la constitucionalidad del estado de alarma declarado. Que esto es así quedó patente al proceder con el examen de los límites legítimos al ejercicio de los derechos fundamentales, por ejemplo, al afirmar que la limitación del ejercicio del derecho de manifestación «tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho *confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma —la cursiva la ponemos nosotros—*». Y también cuando, tras constatar el estado de incertidumbre científica imperante en relación con los efectos del virus sobre la salud de las personas, conectó dicha situación con el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE para afirmar que «las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles —¿supone esto la justificación de un estado de alarma materialmente exorbitado?— cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981» —aTC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4—.

(82) Alertando de que «no se trata aquí de garantizar el orden público o de asegurar la no alteración del orden público. Tampoco la declaración del estado de alarma se ha basado en la preservación del orden público, sino en la garantía del derecho a la integridad física y la salud de las personas. Por eso nos encontramos en un escenario en que los límites al ejercicio de los derechos, que indudablemente se dan, se imponen por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC42/2020, de 14 de febrero, FJ 2). En este caso los valores de la vida, la salud y la defensa de un sistema de asistencia sanitaria cuyos limitados recursos es necesario garantizar adecuadamente» —aTC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4—.

lancias o urgencias médicas y el libre acceso a los hospitales —juicio de proporcionalidad en sentido estricto—, de otro (83). Ni rastro, por tanto, de verdaderas averiguaciones en torno a la naturaleza jurídica de la restricción llevada a cabo ¿Limitación o suspensión? La aparente asimilación entre proporcionalidad y respeto al contenido esencial del derecho le llevó a no entrar en ninguna consideración al respecto (84).

En definitiva, con la técnica empleada, el Alto Tribunal no solo ha demorado hasta nuevo aviso algo tan urgente como es la decisión final acerca de la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020 y de las medidas a él asociadas. Lo que ha hecho es sentar unas peligrosas bases de cara al futuro, pues fiar la constitucionalidad del estado de alarma al juicio de proporcionalidad supondría dar por válida la suspensión de derechos fundamentales al margen de los cauces previstos en los artículos 55.1 y 116 CE. Unos preceptos que, si para algo los configuró el constituyente de 1978, fue precisamente para reforzar las garantías de los ciudadanos ante situaciones de emergencia constitucional. Y, es que, o la determinación del contenido esencial se antepone a la ponderación —primero identificar la naturaleza jurídica de la injerencia para, a continuación, comprobar si estaba justificada dadas las circunstancias—, o prima esta última y se acepta que nunca existirá un caso de suspensión constitucional, por proporcionada, de los derechos fundamentales, con lo cual el artículo 55 CE sobra. Para nosotros está muy claro y así lo venimos defendiendo. Si la Constitución diferencia entre situaciones en las que estará justificado limitar derechos y otras en las que también lo estará el suspenderlos —con las implicaciones formales y materiales que cada una de esas opciones conlleva—, así debería seguir siendo.

(83) Argumentando, por ejemplo, que «no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria. (...) No puede perderse de vista que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa. (...) En suma, en el análisis de proporcionalidad de la medida, no puede obviarse el hecho de que la modalidad de manifestación elegida por los recurrentes, y que ellos entienden suficiente para conjurar el riesgo sanitario a pesar de las apreciaciones en contrario de las autoridades sanitarias que desaconsejan las aglomeraciones, sean estas a pie o en vehículo, porque no se puede entender de otro modo el contenido del decreto de alarma, genera otros problemas que pueden impactar en la preservación de la seguridad de las personas con las que los recurrentes no han contado» —ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4—.

(84) Lo cual vuelve a demostrar, siguiendo a BALAGUER CALLEJÓN, «El contenido esencial del derecho a la huelga», *op. cit.*, pág. 128, que en nuestra jurisprudencia, la determinación del contenido esencial de los derechos ha «adoptado formalmente la teoría absoluta de los contenidos esenciales, pero en la práctica estamos ante el desarrollo de la teoría relativa».

IV. El estado de excepción como respuesta más adecuada

A la espera de lo que finalmente determine el Tribunal Constitucional en relación con el estado de alarma declarado, y salvo mejor opinión en contrario, lo visto hasta ahora lleva a pensar que la respuesta jurisdiccional más acorde al Texto constitucional habría sido la declaración del estado de excepción consagrado en el artículo 116.3 CE —el estado de sitio del artículo 116.4 CE está pensado para otro tipo de amenazas— (85). Veamos a continuación por qué.

1. Por el supuesto de hecho habilitante

Respecto al presupuesto habilitante para la declaración del estado de excepción, no debe cegarnos el hecho de que el artículo 4 b) LOEAS prevea la activación del estado de alarma para hacer frente, por ejemplo, a situaciones extraordinarias de «crisis sanitarias, tales como epidemias» (86). Y, es que, como sabemos, la simple constatación de alguna de las circunstancias que justifican dicha declaración no avala por sí sola la adopción de cualesquiera medidas.

Eso no significa que la declaración del estado de alarma no fuera pertinente en un primer instante, cuando la crisis sanitaria aún podía haber sido resuelta a través de los medios contemplados en los artículos 11 (87)

(85) Igualmente favorables a la declaración del estado de excepción, VERA SANTOS, J.M., «Estado de alarma: tarde y mal», en *El Independiente*, 19 de marzo de 2020, acceso el 29 de junio de 2020, <https://www.elindependiente.com/opinion/2020/03/19/estado-de-alarma-tarde-y-mal/>; DÍAZ REVORIO, F. J., *Cosas de juristas*, 19 de marzo de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, <http://revorio.blogspot.com/2020/03/cosas-de-juristas.html>; FLORES JUBERÍAS, C., en la entrevista publicada por *El Confidencial* el 14 de abril de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, www.elconfidencial.com/espana/2020-04-14/entrevista-carlos-flores-estado-alarma-coronavirus-libertad-limites_2544576/; FUERTES LÓPEZ, M., «Estado de excepción, no de alarma», en *El Mundo*, 20 de abril de 2020; CUENCA MIRANDA, A., «Alarma “excepcional”», en *Papeles FAES*, núm. 236, 2020, pág. 5; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El estado de derecho, a prueba», en Blanquer, D. (Coord.) *COVID-19 Y DERECHO PÚBLICO (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 24; y ARAGÓN REYES, M., «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País*, 13 de abril de 2020. Nosotros ya tuvimos ocasión de defender esa misma postura en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, *La defensa de la Constitución. El derecho de emergencia constitucional y el artículo 55 CE*, op. cit., págs. 235-238; y en «Un estado de alarma inconstitucional», en *Aranzadi digital*, 1/2020, págs. 1-10.

(86) La locución adverbial «tales como» permite incluir perfectamente las pandemias dentro de las situaciones susceptibles de constituir crisis sanitarias.

(87) En virtud del cual, se podrá limitar o condicionar la circulación o permanencia de personas o vehículos en determinadas horas y lugares; requisar temporalmente cualesquiera bienes o imponer prestaciones personales obligatorias; intervenir y ocupar industrias, locales o explotaciones; limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; o impartir las órdenes que sean necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y centros de producción afectados por el artículo 4 d) LOEAS.

y 12(88) LOEAES. Pero una vez que estos se antojaron claramente insuficientes, la solución debería haber pasado por activar el estado de excepción, previsto para «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo» — artículo 13.1 LOEAES—.

No resulta decisivo, por lo tanto, que el estado de alarma esté eminentemente pensado para hacer frente a grandes catástrofes naturales, tecnológicas o sanitarias, pues nada impide que cualquiera de esas calamidades pueda derivar en alguna de las situaciones que justifican la declaración del estado de excepción ¿Y acaso no se produjo un anormal funcionamiento de un servicio público esencial para la comunidad como es el sanitario? Que ello era así fue reconocido incluso por el propio Gobierno, por ejemplo, cuando en el preámbulo del Real Decreto 463/2020 admitía la necesidad de adoptar medidas extraordinarias a nivel nacional para reforzar el sistema de salud pública, ello a la vista de la intensidad con la que se expandía el virus (89).

No obstante lo anterior, una gran parte de la doctrina considera que el estado de excepción no supera este «test de causalidad», alegando que la crisis vivida en los hospitales públicos no es calificable como de orden público, al no revestir naturaleza política (90). El caso es que, para alcanzar tal conclusión, se está pasando por alto algo tan relevante como que «el significado jurídico del término «orden público» no se identifica solo con el orden público político o institucional, sino que engloba también el

(88) Que habilita a aplicar asimismo las normas en materia de lucha contra enfermedades infecciosas, de protección medioambiental, en materia de aguas o sobre incendios forestales, ello cuando concurren los supuestos de los artículos 4 a) y b) LOEAES. De igual modo, y para los supuestos de los artículos 4 c) y d) LOEAES, se podrán intervenir empresas o servicios, así como movilizar a su personal para asegurar su funcionamiento.

(89) En efecto, en el párrafo tercero del mencionado preámbulo se indica que las medidas previstas en el Real Decreto 463/2020 «se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico».

(90) Destacamos a CRUZ VILLALÓN, «La Constitución bajo el estado de alarma», *op. cit.*, DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «La aversión europea al estado de excepción», en *El País*, 28 de abril de 2020; LÓPEZ GARRIDO, «Un estado de excepción sería inconstitucional», *op. cit.*, y PRESNO LINERA, M.A., «¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus?», en *El Diario Montañés*, 27 de marzo de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, <https://www.eldiariomontanes.es/nacional/decreta-estado-alarma-20200327093825-ntrc.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.es%2F>. Y en el mismo sentido, el DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, pág. 18.

orden público social y económico» (91). Pues bien, justo a esos dos últimos elementos —el social y el económico— alude el propio Gobierno en el preámbulo citado, lo cual no hace sino reforzar nuestra opinión favorable al encaje del estado de excepción en relación con una situación que, como veremos, supuso una suspensión de derechos fundamentales que le está vetada al estado de alarma.

Finalmente, y pese a todo lo anterior, podrá afirmarse que, al margen de la redacción dada al artículo 13.1 LOEAES, no estaba en la idea del constituyente el emplear el estado de excepción para abordar problemas cuyo origen inicial fuera una pandemia. La cuestión es que, incluso siendo así (92), y si de teleología hablamos, lo verdaderamente determinante aquí es la voluntad última del constituyente de establecer unas pautas y garantías básicas frente a las situaciones de emergencia constitucional, artículos 55 y 116 CE a la cabeza (93). A partir de ahí, y habida cuenta de que el estado de alarma implicó, como demostraremos a continuación, la suspensión en materia de derechos fundamentales, qué opción resultaba más ajustada a la finalidad última del poder constituyente ¿declarar un estado de excepción que asegura el control parlamentario de dichas medidas desde el primer instante o, por el contrario, dar por bueno un estado de alarma que, no permitiendo la suspensión de derechos, ha implicado conceder al Gobierno poderes omnímodos durante quince días? Para nosotros la respuesta es evidente. Debería haberse declarado el estado de excepción.

(91) «Y así se ha entendido siempre por la más autorizada doctrina del Derecho Público desde hace más de un siglo», tal y como subraya ARAGÓN REYES, M., «Dos precisiones», en *El País*, 18 de abril de 2020. Por eso, para el profesor resulta «razonable sostener que la gravísima y profunda afectación de las condiciones de vida de la comunidad, que es lo que ha producido la insólita pandemia que hoy asola a España y al mundo, es algo bien distinto de las crisis sanitarias, tales como las epidemias, a las que se refiere el artículo 4.b de la Ley Orgánica 4/1981 dedicado al estado de alarma, y entra de lleno en el supuesto de hecho previsto para los estados de excepción en el artículo 13.1 de esa ley, cuyo texto me parece que no plantea grandes dudas para llegar a esta conclusión». Igualmente favorable a interpretar el concepto de «orden público» más allá de la dimensión política, SERRANO ALBERCA, J.M., «Artículo 116», en GARRIDO FALLA, F. (dir.) *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 1787, cuando afirma que los supuestos de alteración del orden público previstos en relación con el estado de excepción han de tener «un origen político o social normalmente de carácter interno». También, VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, pág. 478, cuando habla de una situación de «auténtica crisis social». Y aunque incomprensiblemente no lo aplica a la crisis del COVID-19, CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, *op. cit.*, pág. 86, señala que la alusión del artículo 13.1 LOEAES a la grave alteración en el normal funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad «pone de manifiesto que una situación de ese tipo tiene el carácter de alteración del orden público». Es decir, justo lo que exige el estado de excepción.

(92) *Vid.* debates constituyentes al respecto.

(93) En esa línea, SERRANO ALBERCA, «Artículo 116», *op. cit.*, pág. 1771, al recordar que «eliminada expresamente la previsión del “estado de necesidad”, los constituyentes consideraron que sólo un sistema de poderes tasados era aceptable».

2. Por las medidas adoptadas

Como venimos defendiendo a lo largo de este trabajo, algunas de las medidas impuestas al abrigo del estado de alarma traspasan el espacio jurídico propio de la ordinaria limitación en materia de derechos fundamentales, adentrándose en terreno suspensivo. Pues bien, siendo este el momento de ver algún ejemplo, nosotros nos centraremos exclusivamente en la libertad de circulación y residencia del artículo 19 CE, por cuanto la afectación adicional de otros derechos (94) vendrá automáticamente dada, como ya se ha dicho antes, por las injerencias decretadas sobre aquella.

Indicado lo cual, y si nos fijamos en la manera en la que el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 (95) aborda —según la literalidad de su propio encabezamiento— la «limitación de la libertad de circulación de las personas», comprobamos que, en lugar de establecer una relación de límites concretos aplicables a la libertad de circulación —lo propio del artículo 11 a) LOEAES—, hace exactamente lo contrario: su apartado primero (96) determina cuáles son las excepciones a la prohibición general de circular por las vías de uso público durante la vigencia del estado de alarma (97).

(94) Uno de los documentos de referencia, en este sentido, es el escrito —fechado a 19 de abril de 2020— dirigido al Defensor del Pueblo por distintos ciudadanos —entre los cuales se encuentran los catedráticos de Derecho Constitucional, CARLOS FLORES JUBERÍAS y CARLOS RUIZ MIGUEL— para que, en su condición de alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de derechos consagrados en el Título I, interponga recurso de inconstitucionalidad por la vulneración de derechos como la negociación colectiva y la libertad de empresa —artículos 37 y 38 CE—, los de reunión y manifestación —artículo 21 CE—, o la libertad de culto —artículo 16 CE—. Texto disponible en <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2020/04/QUEJA-ANTE-EL-DEFENSOR-DEL-PUEBLO.pdf>. Coincide en la denuncia de la vulneración de esos mismos derechos, el recurso de inconstitucionalidad —fechado a 28 de abril de 2020— interpuesto por los parlamentarios de VOX en el Congreso de los Diputados, disponible en <https://www.voxespana.es/wp-content/uploads/2020/04/recurso-inconstitucionalidad-estado-alarma-VOX.pdf>.

(95) Incluidas sus posteriores modificaciones vía Reales Decretos 465/2020, de 17 de marzo; y 514/2020, de 8 de mayo.

(96) Artículo 7.1 Real Decreto 463/2020: «Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada: a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad. b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitario. c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial. d) Retorno al lugar de residencia habitual. e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables. f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros. g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad. h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza».

(97) En esa misma línea se expresan VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 469 y 470; DÍAZ REVORIO, *Cosas de juristas*, *op. cit.*; RUIZ MIGUEL, C., «COVID-19: ¿Está en riesgo el Estado de Derecho?», en *El País*, 28 de abril de 2020, acceso el 30 de junio de 2020, <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/27/>

Con esa prohibición global se ataca, por definición, el contenido esencial del derecho a la libre circulación, frontera natural, insistimos, entre la simple limitación y la suspensión de derechos fundamentales. La libre circulación, tal y como quedó regulada en el Real Decreto 463/2020, devino irreconocible si tenemos en cuenta lo que la generalidad de los juristas entienden por un derecho de tal tipo. Se le sometió a semejantes restricciones que la convirtieron en impracticable o, como poco, dificultaron su ejercicio real más allá de lo que es razonable para considerar intacto el núcleo y médula de tal derecho —si incluso se prohibieron los simples paseos por vías o espacios públicos...—, incluso despojándosele de la necesaria protección(98). Recordemos que esta es justo la terminología empleada por el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8, a la hora de determinar el momento exacto en que se produce la afectación al contenido esencial de un derecho. Y para suspender un derecho fundamental no hace falta que este desaparezca por completo(99), como ya sabemos.

opinion/1588000454_314606.html; y CUENCA MIRANDA, «Alarma “excepcional”», *op. cit.*; pág. 4. En contra, por ejemplo, PRESNO LINERA, M., en declaraciones a *El País*, 18 de marzo de 2020, acceso el 1 de septiembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-03-17/derecho-de-excepcion-para-el-estado-de-emergencia.html>, para quien las «cláusulas abiertas» dejadas por el Real Decreto para las excepciones hacen desaparecer las dudas de constitucionalidad. En esa misma dirección se pronuncian GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», en *Almacén del Derecho*, 8 de abril de 2020, acceso el 17 de agosto de 2020, <https://almacende.derecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/>; y BACIGALUPO, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí es lícito», en *Fundación Fide*, 26 de marzo de 2020, acceso el 20 de agosto de 2020, https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html.

(98) Como afirma VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, pág. 471, con la interpretación —asumida por el Tribunal Supremo para inadmitir el recurso preferente y sumario interpuesto por un particular contra el Real Decreto 463/2020, incluidas sus primeras tres prórrogas— de que todo contenido incluido en el decreto de declaración del estado de alarma reviste rango o valor de ley, se llega a la situación absurda de que, para poder optar al amparo constitucional, primero hay que infringir la normativa.

(99) Amén de que, como afirma DÍAZ REVORIO, «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *op. cit.*, pág. 4, en relación con el estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020, «resulta difícil imaginar una suspensión absolutamente global: siempre habría ejemplos y formas no suprimidos». Pese a todo, y refiriéndose al caso que nos ocupa, son partidarios de identificar suspensión con derogación, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pág. 17, cuando sostiene que, mediante el Real Decreto 463/2020, «no puede suspenderse de manera total esta libertad fundamental establecida por el art. 19 CE, puesto que esta drástica medida únicamente está constitucionalmente contemplada para los estados de excepción y de sitio ex art. 55.1 CE»; LEIVA ESCUDERO, G., «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», en *Diario La Ley*, núm. 9642, 11 de mayo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://diariolaley.laleynext.es/dl/2020/05/20/constitucionalidad-de-las-restricciones-a-la-libertad-de-circulacion-en-el-estado-de-alarma-por-el-coronavirus-covid-19>, entendiendo que «la suspensión del derecho no conlleva únicamente el establecimiento de restricciones al contenido esencial del derecho, sino que supone una auténtica extinción (temporal) del derecho. Supone la pérdida de vigencia de la norma que establece el derecho en el plano objetivo, y en el plano subjetivo supone la pérdida

Por si hubiera alguna duda de que la restricción sobre la libertad de circulación fue más allá de lo que es una ordinaria limitación, fijémos en las palabras del propio Presidente del Gobierno al reconocer el profundo y excepcional alcance de las medidas impuestas, afirmando en comparecencia pública que, lejos de tratarse de decisiones cotidianas, «confinar a la ciudadanía es una medida de extraordinaria gravedad en nuestra cultura» (100). O, en otro momento posterior, declarando que «en una sociedad de hombres y mujeres libres, como es la española, la decisión de encerrarnos en nuestras casas no puede ser decretada o impuesta, sino aprobada por los propios ciudadanos a través de sus legítimos representantes, y así es lo que establece nuestra democracia y nuestra Constitución» (101). En efecto, eso es precisamente lo dispuesto por nuestra Carta Magna cuando exige que la suspensión general de derechos fundamentales tenga lugar previa autorización del Congreso de los Diputados —artículos 55.1 y 116 CE—. Y eso es justo lo que no ocurrió tras la decisión gubernamental de confinar a la ciudadanía previa declaración del estado de alarma, debiéndose haber optado por el estado de excepción como solución más garantista (102).

Sea como fuere, y ya para concluir, justo es reconocer que defendemos una visión minoritaria, no solo frente a quienes, al analizar la naturaleza jurídica de las restricciones, niegan que se suspendieran derechos fundamentales durante el estado de alarma. En efecto, desde la academia patria se rechaza incluso la procedencia de analizar la cuestión a partir de la dicotomía limitación-suspensión. En cuanto al motivo principal para mantener esa posición, pasa por entender que la pandemia habría provocado una «afectación drástica del principio general de libertad»

del derecho del patrimonio jurídico de sus titulares»; y LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», en *Análisis*, 17 de marzo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/Ana%CC%81lisis-de-urgencia-de-las-medidas.pdf>, pág. 3, cuando afirma que, «la libertad de circulación de las personas, sin llegar a suspenderse del todo, sí se limita en gran medida, restringiéndose el movimiento de ciudadanos y de vehículos por las vías públicas para la realización únicamente de determinadas actividades (art. 7)».

(100) Comparecencia del Presidente del Gobierno desde el Palacio de la Moncloa, de 21 de marzo de 2020, acceso el 2 de septiembre de 2020, <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/intervenciones/paginas/2020/prsp21032020.aspx>.

(101) Palabras pronunciadas en el Congreso de los Diputados, en sesión parlamentaria de 25 de marzo de 2020 —para la petición de la primera prórroga—, disponibles en http://www.congreso.es/wc/htdocs/web/jsp/canalParlamento/reproductorDirectoAkamaiHLS/p/player_diferidomp4.jsp?codSesion=74&codOrgano=499&fechaSesion=25/03/2020&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=14.

(102) Además, y teniendo siempre presente que las medidas han de ser las estrictamente imprescindibles para asegurar la vuelta a la normalidad, y que su aplicación ha de ser proporcionada a las circunstancias —artículo 1.2 LOEAE—, una ventaja adicional del estado de excepción es que permite acumular las actuaciones susceptibles de llevarse a cabo en vigencia del estado de alarma —artículo 28 LOEAE—, lo que refuerza su idoneidad frente a la opción finalmente elegida por el Gobierno.

consagrado en el artículo 1.1 CE(103). Desbordado el marco constitucional(104), el estado de necesidad se abriría paso(105), no estando la respuesta estatal sujeta a más parámetros constitucionales —ni a menos, claro está— que el respeto al principio de proporcionalidad y a los principios generales del derecho(106).

Pues bien, nosotros discrepamos de esa postura y ello por dos razones principales. La primera, que atribuir al coronavirus la responsabilidad exclusiva de las más graves afectaciones sobre los derechos fundamentales de nuestra historia moderna esconde una trampa: se hace automáticamente tabla rasa de los errores que se hubieran podido cometer a la hora de hacerle frente, ignorando que la mayoría de países de nuestro entorno lograron lidiar con la expansión del virus —con sus lógicos problemas y posteriores repuntes, sí— sin necesidad de recurrir a medidas tan intensas como fue, sobre todo, el confinamiento domiciliario casi absoluto de la población(107). Como si, por ejemplo, el tiempo de respuesta inicial ante la pandemia(108), la estrategia adoptada ante la misma, la mejor o peor

(103) CRUZ VILLALÓN, «La Constitución bajo el estado de alarma», *op. cit.* De la misma opinión, DE LA QUADRA-SALCEDO, «Límite y restricción, no suspensión», *op. cit.*; y DE MIGUEL BÁRCENA, «La libertad en tiempos víricos», *op. cit.* También el Defensor del Pueblo, de cara a rechazar la interposición de recurso de inconstitucionalidad o de amparo contra el Real Decreto 463/2020, entre otras normas —<https://www.defensordelpueblo.es/recurso-tc/real-decreto-463-2020-14-marzo-se-declara-estado-alarma-la-gestion-la-situacion-crisis-sanitaria-ocasionada-covid-19-boletin-oficial-del-estado-numero-67/>—, pág. 21.

(104) PÉREZ ROYO, J., «Estado de excepción material», en *Eldiario.es*, 12 de marzo de 2020, https://www.eldiario.es/contracorriente/excepcion-material_132_1001921.html

(105) CRUZ VILLALÓN, «La Constitución bajo el estado de alarma», *op. cit.*

(106) DE LA QUADRA-SALCEDO, «Límite y restricción, no suspensión», *op. cit.*; LÓPEZ GARRIDO, «Un estado de excepción sería inconstitucional», *op. cit.*; y CRUZ VILLALÓN, «La Constitución bajo el estado de alarma», *op. cit.* Por su parte, el ATC 40/2020, de 30 de abril, FJ 4, habla de una situación de «incertidumbre (...) acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos», lo que hace pensar en un posicionamiento similar a los que acabamos de describir.

(107) Dentro de la Unión Europea, resulta evidente que España fue uno de los países que mayores restricciones impuso sobre la libertad de circulación de las personas. Al margen de que impuso, como ya se ha dicho, una prohibición general de circular solo comparable con el caso italiano, constituyó, por ejemplo, una *rara avis* a la hora de prohibir inicialmente la salida de los niños —https://www.eldiario.es/internacional/comparativa-paises-europeos-empiezan-colegio_1_2719899.html— cuando, por cierto, sí podían hacerlo las mascotas. O, por poner otro ejemplo, mientras en España se prohibía incluso la posibilidad de salir a hacer deporte al aire libre, en Bélgica es algo que hasta se llegó a recomendar —<https://elpais.com/sociedad/2020-03-19/belgica-anima-a-hacer-deporte-al-aire-libre-durante-el-confinamiento.html>—. Hasta el propio Gobierno, a través de su Ministro de Sanidad, reconoció —en comparecencia de 2 de junio de 2020—, que «España ha tenido el confinamiento más duro de los países de la Unión Europea» —<https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/videosPrensa.htm>—.

(108) Excesivo, por ejemplo, para DE ESTEBAN, J., «El estado de alarma y el coronavirus», en *El Mundo*, 18 de marzo; VERA SANTOS, «Estado de alarma: tarde y mal», *op. cit.*, RUIZ MIGUEL, C., en *El Confidencial*, 13 de marzo de 2020, acceso el 15 de junio de 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-13/coronavirus-estado-alarma-miedo-cataluna_2496812/;

coordinación entre las distintas administraciones públicas, el previo estado del sistema sanitario, o el comportamiento más o menos responsable de la población a la hora de respetar las medidas, no fueran elementos a tener en cuenta en un contexto de pandemia, pasada, presente o futura.

En cuanto al segundo motivo de nuestra discrepancia, parte de algo que ya se ha apuntado con anterioridad y es que la LOEAS contempla, tanto la situación de calamidad inicial provocada por el coronavirus —estado de alarma—, como la posteriormente generada a raíz del peligro de colapso de los hospitales públicos —estado de excepción—. En otras palabras, es el propio ordenamiento jurídico el que décadas atrás decidió anticiparse a los hechos, previendo la posibilidad de que una pandemia —por fijarnos en el caso que nos ocupa— y sus efectos derivados afectasen al normal disfrute de los derechos fundamentales constitucionalizados.

¿Que la regulación podía haber sido más precisa y completa en lo que a las medidas a adoptar se refiere? A la vista está que sí pues es evidente que, habiéndose quedado muy corta la regulación asociada al estado de alarma, tampoco el artículo 55.1 CE —incluida su legislación de desarrollo— logró dar respuesta adecuada a la totalidad de los desafíos planteados. Y, es que, incluso la redacción dada por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 (109) rebasaría con toda probabilidad el ámbito material reservado al estado de excepción, que no prevé los aislamientos y/o confinamientos generalizados (110). Como tampoco contempla, fuera ya del

y VÍRGALA FORURIA, E., 14 de marzo, acceso el 15 de junio de 2020, <https://www.elindependiente.com/politica/2020/03/14/las-autonomias-tomaron-medidas-inconstitucionales-por-la-tardanza-de-sanchez-segun-expertos/>.

(109) Para comprobar el exceso en que incurren las medidas del artículo 7 Real Decreto 463/2020, incluso para el estado de excepción, véase —puesto en cursiva por nosotros—, lo establecido en el artículo 20 LOEAS: Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos *en las horas y lugares que se determine*, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, *señalándoles el itinerario a seguir*. Dos. Igualmente podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar *las condiciones de permanencia en las mismas* y prohibir en lugares determinados la presencia de persona que puedan dificultar la acción de la fuerza pública. Tres. Cuando ello resulte necesario, la Autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que *comuniquen, con una antelación de dos días, todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual*. Cuatro. Igualmente podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad cuando lo estime necesario. Cinco. Podrá también fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuados a sus condiciones personales. Seis. Corresponde a la Autoridad gubernativa proveer de los recursos necesarios para el cumplimiento de las medidas previstas en este artículo y, particularmente, de las referidas a viajes, alojamiento y manutención de la persona afectada. Siete. Para acordar las medidas a que se refieren los apartados tres, cuatro y cinco de este artículo, *la Autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público suponga la persona afectada por tales medidas*.

(110) Como bien apunta VERA SANTOS, «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», *op. cit.*, pág. 472, «si ello es así en el estado de excepción, que sí que permite la suspensión de derechos, en el caso de este estado de alarma falso, se hace aún más palpable el absurdo constitucional con el que nos encontramos».

Real Decreto en cuestión, la posibilidad de la suspensión *sine die* de las elecciones autonómicas vascas y gallegas, inicialmente convocadas para el 5 de abril de 2020.

Estamos, en efecto, ante medidas —representativas, por justificadas, de lo que para nosotros es el auténtico derecho constitucional de excepción(111)— que vuelven a poner de manifiesto cómo, a pesar de los esfuerzos realizados por el constituyente español, resulta imposible anticipar todos los peligros y situaciones susceptibles de producirse a lo largo de la vida de un Estado. Por eso, ante la emergencia constitucional no reglada en su totalidad, y partiendo siempre de las reglas básicas positivadas —en este caso, la clave reside en la garantía de la autorización parlamentaria previa a la suspensión general de derechos fundamentales por afectación al contenido esencial de los mismos—, es lógico que quepa la igual apreciación de ciertas situaciones de necesidad (112) cuya solución pasará fundamentalmente por el respeto al principio de proporcionalidad.

Pero insistimos. Resulta crucial que el salto al vacío de la no regulación tenga lugar a partir del instrumento más tuitivo, en este caso, el estado de excepción. Porque, de nuevo, no es lo mismo apreciar el estado de necesidad solo respecto de ciertas situaciones concretas no contem-

(111) En FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», *op. cit.*, págs. 122 y ss., exponemos nuestra visión contraria a la que predomina entre la doctrina española, la cual asocia «estado excepcional/estado de excepción» —FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Edersa, 1977—, o «derecho de excepción» —CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, *op. cit.*—, con supuestos de anormalidad constitucional —normalmente, los del artículo 116 CE— cuya respuesta sí está prevista en el ordenamiento jurídico. Para nosotros, en cambio, el verdadero derecho constitucional de excepción hace acto de presencia cuando, ante el estado de necesidad surgido por la existencia de una emergencia constitucional no reglada o insuficientemente reglada, la respuesta del poder directivo del Estado es respetuosa con las reglas, principios y valores constitucionales básicos, incluida la —correcta— aplicación del principio de proporcionalidad en las tres dimensiones ya estudiadas —juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto— (STC 89/2019, de 2 de julio, FJ 11). Cosa muy distinta cabe predicar, en cambio, en relación con lo sucedido de cara a las elecciones gallegas y vascas, finalmente celebradas el 12 de julio de 2020. En concreto, la decisión de denegar el ejercicio del derecho de sufragio a aquellas personas que estuvieran infectadas por el virus, representa un claro ejemplo de actuación *contra constitutionem* en situaciones de emergencia constitucional no reglada, por carecer de toda justificación. Igualmente críticos con la decisión adoptada —a través de simples decretos autonómicos, para más inri—, PÉREZ ROYO, «Las elecciones vascas y gallegas deben ser anuladas», *op. cit.*; CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020; y TAJADURA TEJADA, J., «Uso de mascarilla y “reserva de ley”», en *El País*, 22 de julio de 2020.

(112) Y, es que, negar esta última posibilidad supondría aceptar la indefensión y derrota del Estado de derecho cuando las normas extraordinarias prestablecidas se revelasen insuficientes para asegurar la pervivencia del orden democrático establecido. Discrepamos, por tanto, de CARRO MARTÍNEZ, A., «Artículo 116 CE: situaciones de anormalidad constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, Edersa, Madrid, 1998, pág. 254, cuando niega la posibilidad de suspender otros derechos que no sean los citados por el artículo 55 CE, «por muy enrarecida y dificultosa que sea la emergencia surgida». Para un detenido estudio sobre el derecho de necesidad, ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.

pladas para el estado de excepción que valerse de aquel para justificar lo injustificable: la declaración de un estado de alarma —ni qué decir ya de la aplicación de legislación ordinaria(113)— que, extralimitado desde el primer momento por su incapacidad para suspender derechos fundamentales, adopta medidas de tan hondo calado sin el permiso previo de las Cortes Generales(114), legítimas representantes del pueblo español —artículo 66.1 CE— y contrapeso natural también en tiempos excepcionales. No discutimos aquí, por tanto, la proporcionalidad de las decisiones adoptadas, sino la vía escogida para ello —el estado de alarma—, por incompatible con las garantías básicas establecidas para tiempos de anormalidad constitucional, artículos 55.1 y 116.3 CE a la cabeza. Esta actuación, a medio camino entre el «caso excepcional» schmittiano(115) y la «dictadura constitucional» francesa(116), es difícilmente compatible con la letra y el espíritu de la Constitución.

V. Conclusiones

I. Juridicidad en la anormalidad. Derecho frente al supuesto jurídico-político extraordinario. A grandes rasgos, en eso puede decirse que consiste el derecho de emergencia constitucional. Una figura que, como consecuencia de la naturaleza de las amenazas a las que pretende hacer frente, deja a un lado la aplicación de las reglas jurídicas habituales para adentrarse en un terreno jurídico potencialmente más incierto.

(113) Pues, en coherencia con el artículo 55 CE, tampoco la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, goza de capacidad para decretar suspensiones de derechos fundamentales. Así se desprende de la literalidad del precepto constitucional amén de que, si el constituyente optó por incluir la previsión excepcional de la suspensión, resulta razonable pensar que lo hizo con ánimo de exhaustividad al objeto de asegurar la aplicación de ciertas garantías y evitar interpretaciones torticeras. Poco importa, por lo tanto, que el artículo 3 de aquella ley permita «...adoptar *las medidas oportunas* para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos...» pues, además de no haber sido pensada para ser aplicada sobre grupos tan amplios de población y de estar redactada en términos demasiado amplios, tiene rango infraconstitucional.

(114) Como señala el DÍAZ REVORIO, *Cosas de juristas, op. cit.*, podría decirse que el consenso político en relación con la procedencia de las medidas de suspensión era tal que la autorización parlamentaria habría tenido lugar en cualquier caso. «Razón de más» para haber respetado las reglas, tal y como acertadamente añade el profesor.

(115) Término empleado por Carl Schmitt para hacer referencia a aquellas situaciones de emergencia constitucional no previstas en absoluto por el ordenamiento jurídico, tal y como lo explica en SCHMITT, C., *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker und Humblot, 2004, págs. 13 y 14.

(116) El artículo 16 de la Constitución de 1958 concede al Presidente de la República plenos poderes para tomar las medidas que sean necesarias para hacer frente a una serie de emergencias que aparecen genéricamente descritas. Sobre la cuestión, CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías, op. cit.*, págs. 33 y 34.

I.I. Ahora bien, si lo que se busca es la salvaguarda del sistema constitucional establecido, la respuesta estatal frente a la amenaza no debe caer nunca en la tentación de dar la espalda a los mismos principios que se dice querer proteger. Por eso, y habiendo optado el ordenamiento español por tasar al máximo las situaciones de emergencia constitucional, resulta fundamental que la acción del Estado se ajuste todo lo posible al marco constitucional establecido para ellas, artículos 55 y 116 CE a la cabeza.

I.II. Consagrando el artículo 116 CE los estados de alarma, excepción y sitio, el artículo 55.1 CE circunscribe a los dos últimos la posibilidad exclusiva de suspender de manera general ciertos derechos fundamentales. Y, en cuanto a la diferencia existente entre la simple limitación de los mismos y su suspensión, la lectura conjunta de los artículos 53.1 y 55 CE, incluido el desarrollo legislativo obrado sobre el último, permite situarla en la afectación al contenido esencial del derecho objeto de injerencia.

La pregunta es ¿en qué momento puede considerarse que se produce dicha invasión en el contenido esencial? Para el Tribunal Constitucional, eso ocurre, bien cuando la norma reguladora del derecho lo convierta en irreconocible, o bien cuando este quede sometido a semejantes restricciones que su ejercicio sea imposible o más difícil de lo razonable, o se le proteja de manera insuficiente —STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8—. No es necesario, por lo tanto, que el derecho restringido desaparezca en su totalidad, todo lo cual resulta fundamental a la hora de determinar la constitucionalidad o no de las medidas impuestas al amparo del estado de alarma declarado en virtud de Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

II. Admitido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra distintos preceptos de dicha norma —incluidas sus posteriores modificaciones y prórrogas—, será el Tribunal Constitucional quien finalmente determine la conformidad a derecho de las medidas impuestas al abrigo del estado de alarma declarado.

II.I. La cuestión es que, cuando el Alto Tribunal aborda las afectaciones en materia de derechos fundamentales, suele fiar su diagnóstico al juicio de proporcionalidad exclusivamente, posponiendo la identificación del contenido esencial del derecho a la previa conclusión acerca de la justificación o no de la injerencia llevada a cabo. De esa manera, el contenido esencial acaba siendo la parte del derecho que pervive tras la limitación proporcional del mismo, lo que deja al artículo 55 CE vacío de contenido. Y, es que, dicha aproximación supone que toda limitación proporcional en materia de derechos fundamentales sea justo eso, mientras

que la figura de la suspensión quedará inevitablemente vinculada a la injerencia inconstitucional, por desproporcionada.

Por eso, a la hora de avalar o no las medidas impuestas al abrigo del estado de alarma, el canon de constitucionalidad debería comenzar por identificar cuál es el contenido esencial del derecho restringido, para así poder conocer la naturaleza jurídica de la injerencia llevada a cabo sobre el mismo —¿ordinaria limitación o suspensión?—. Solo de esa manera podrá asegurarse que las afectaciones sobre los derechos fundamentales se producen con pleno respeto a las garantías establecidas a modo de contrapeso por el constituyente para situaciones de emergencia constitucional.

II.II. No está claro, sin embargo, que ese vaya a ser el camino a seguir por el Tribunal Constitucional cuando se pronuncie sobre el estado de alarma declarado. Por lo anterior y porque así se deduce también del Auto 40/2020, de 30 de abril, que, tras renunciar a analizar la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020, de declaración del estado de alarma —decisión ciertamente discutible—, se ciñe al caso concreto, avalando la constitucionalidad de la prohibición del derecho de manifestación, por proporcionada. En ningún momento entra a analizar, por tanto, la naturaleza jurídica de las limitaciones producidas, recordando simplemente que «la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*)» —FJ 2—. Y la cuestión es que, como resultado de ese enfoque, tampoco se dilucida si el Gobierno se atuvo a las garantías establecidas en la Constitución para situaciones de emergencia constitucional, comenzando por la autorización parlamentaria previa a la suspensión general de derechos fundamentales —artículos 55.1 y 116 CE—.

III. En coherencia con todo ello, este trabajo sostiene la inconstitucionalidad de las principales invasiones en materia de derechos fundamentales impuestas al amparo del estado de alarma, defendiendo el estado de excepción como la respuesta más adecuada desde un punto de vista constitucional. Como elemento clave de fondo, la falta de autorización parlamentaria previa para la adopción de unas medidas que trascienden la simple limitación de derechos fundamentales para adentrarse en terreno suspensivo, pues implican la afectación al contenido esencial de los mismos, auténtica frontera entre ambos tipos de restricciones —artículo 53.1 CE—.

III.I. Respecto al presupuesto de hecho habilitante para su declaración, y a la vista de la insuficiencia de las medidas propias del estado de alarma, procede la declaración del estado de excepción desde el mo-

mento en el que se contempla para alteraciones del orden público que afecten, por ejemplo, al normal funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad —artículo 13.1 LOEAES—. Esto es justo lo sucedido con unos hospitales públicos en claro riesgo de colapso, tal y como llegó a reconocer el propio Gobierno. Y en contra de quienes niegan ese encaje del estado de excepción, por entender que el concepto de «orden público» mencionado se circunscribe exclusivamente a alteraciones de naturaleza política, la doctrina principal recuerda convenientemente que aquel término entrecomillado abarca igualmente al orden público social y económico. Además, y frente a quienes afirman que no estaba en el espíritu del constituyente el emplear el estado de excepción para abordar problemas cuyo origen inicial fuera una pandemia, lo cierto es que hay algo aún más importante si de teleología hablamos: el asegurar que medidas de emergencia constitucional como son las suspensiones de derechos fundamentales tengan lugar previa autorización del Congreso de los Diputados, garantía básica e irrenunciable consagrada en los artículos 55.1 y 116 CE. Esa fue la indiscutible voluntad del constituyente de 1978 para tiempos excepcionales y es justo lo que no sucedió con el estado de alarma declarado en marzo de 2020.

III.II. En cuanto a las medidas impuestas en la lucha contra la pandemia, procede el estado de excepción desde el momento en el que algunas de ellas consisten, como se ha dicho, en auténticas suspensiones de derechos fundamentales. Claro ejemplo de ello es lo sucedido con un artículo 7.1 del Real Decreto 463/2020, que impuso un principio general de prohibición de la libre circulación —afectando por extensión a otros derechos fundamentales—, en vez de establecer limitaciones puntuales como exige el artículo 11 a) LOEAES. La consecuencia de ello, la afectación al contenido esencial del derecho tal y como lo concibe el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 8. Y, es que, dicha libertad quedó sometida a semejantes restricciones que la convirtieron en impracticable o, como poco, dificultaron su ejercicio real más allá de lo que es razonable para considerar intacto su núcleo y médula, incluso despojándosele de la necesaria protección.

Y no es que el estado de excepción no presente igualmente dificultades a la hora de dar cobertura jurídica a todas y cada una de las situaciones producidas a raíz de la pandemia. De hecho, no contempla ni la imposición de aislamientos y/o confinamientos generalizados, ni la posibilidad de suspender unas elecciones ya convocadas, entre otras medidas propias —por justificadas pese a no estar reguladas— de lo que para nosotros es el auténtico derecho constitucional de excepción, aplicable cuando el derecho escrito es insuficiente para conjurar una emergencia constitucional. Porque frente al hecho excepcional no regulado comple-

tamente, y partiendo siempre de las reglas básicas positivadas, es lógico que quepa la igual apreciación de ciertas situaciones de necesidad ajustadas a la —correcta— aplicación del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, resulta vital que el salto al vacío de la no regulación se produzca desde el instrumento más tuitivo. En el caso que nos ocupa, el estado de excepción, con la garantía del permiso previo de las Cortes Generales para la suspensión general de derechos fundamentales por afectación al contenido esencial de los mismos. Ello convierte en inaceptable un estado de alarma que, extralimitado de principio a fin, y en el caso de ser finalmente avalado, sentaría un peligroso precedente al conferir a cualquier Gobierno futuro quince días de poderes omnímodos por carentes del necesario control parlamentario —el jurisdiccional vendría ya demasiado tarde—.

VI. Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., «El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales», en *Anuario da Facultade de Dereito*, núm. 2, 1998, págs. 13-31.
- AGUIAR DE LUQUE, L., «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, págs. 9-34.
- ALÁEZ CORRAL, B., «El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales», en López Guerra, L. y Espín Templado, L. (coords.) *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 233-245.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, 8.ª edición, Tecnos, Madrid, 2018.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
- «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 6-21.
- ARAGÓN REYES, M., «Hay que tomarse la Constitución en serio», en *El País*, 13 de abril de 2020.
- «Dos precisiones», en *El País*, 18 de abril de 2020.
- BACIGALUPO, M., «Estado de alarma y confinamiento domiciliario: sí es lícito», en *Fundación Fide*, 26 de marzo de 2020, acceso el 20 de agosto de 2020, https://www.fidefundacion.es/Estado-de-alarma-y-confinamiento-domiciliario-si-es-licito_a1232.html.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las garantías de los derechos», en Balaguer Callejón, F. (coord.) *VVAA Manual de Derecho Constitucional (II)*, 11.ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El contenido esencial del derecho a la huelga», en *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, págs. 123-141.
- BRAGE CAMAZANO, J., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003.

- CARMONA, A., «El fin no justifica los medios», en *El País*, 16 de julio de 2020.
- CARRO MARTÍNEZ, A., «Artículo 116 CE: situaciones de anormalidad constitucional», en Alzaga Villaamil, Ó. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IX, Edersa, Madrid, 1998, págs. 210-262.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M., «Incidencia de la COVID-19 sobre la democracia constitucional: reflexiones desde España», en *Letras Libres*, 15 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/incidencia-la-covid-19-sobre-la-democracia-constitucional-reflexiones-desde-espana>.
- CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, 1989, págs. 35-62.
 - «La Constitución bajo el estado de alarma», en *El País*, 17 de abril de 2020.
- CUENCA MIRANDA, A., «Estado de alarma "excepcional"», en *Cuadernos FAES*, núm. 236, 2020, págs. 1-8.
- DE ESTEBAN, J., *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- «El estado de alarma y el coronavirus», en *El Mundo*, 18 de marzo.
- DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *Tratado de Derecho Constitucional II*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, 3 de septiembre de 2020, acceso el 14 de septiembre de 2020, https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/09/resolucion_estado_alarma.pdf.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., «La naturaleza de los derechos fundamentales en situaciones de suspensión», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, págs. 427-472.
- «Límite y restricción, no suspensión», en *El País*, 8 de abril de 2020.
 - «La aversión europea al estado de excepción», en *El País*, 28 de abril de 2020.
 - «Rompiendo el espejo», en *El País*, 14 de agosto de 2020.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., «La libertad en tiempos víricos», en *TheObjective*, 18 de mayo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, https://theobjective.com/elsubjetivo/la-libertad-en-tiempos-viricos/?fbclid=IwAR0N-saYuyrJGKxTNmahy95enmemiT7euuD7_R3ek2bXS_vdNtboJgaSjrQ.
- DE OTTO Y PARDO, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I. (autores), *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Cosas de juristas*, 19 de marzo de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, <http://revorio.blogspot.com/2020/03/cosas-de-juristas.html>.
- «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», en *Almacén de derecho*, 9 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales/>.

- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Competencia autonómica para adoptar medidas de contención», en *Derecho público del coronavirus (i)*, 14 de marzo de 2020, acceso el 30 de agosto de 2020, <https://almacenederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion>.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», en *Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020, págs. 111-145.
- *La defensa de la Constitución. El derecho de emergencia constitucional y el artículo 55 CE*, Aranzadi, Navarra, 2020.
 - «Un estado de alarma inconstitucional», en *Aranzadi digital*, 1/2020, págs. 1-10.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «El estado de derecho, a prueba», en Blanquer, D. (coord.), *COVID-19 Y DERECHO PÚBLICO (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 19-24.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el Derecho constitucional español*, Edersa, 1977.
- «La Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 83-116.
 - «Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Político*, núm. 18-19, 1983, págs. 31-58.
- FLORES JUBERÍAS, C., en la entrevista publicada por El Confidencial el 14 de abril de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, www.elconfidencial.com/espana/2020-04-14/entrevista-carlos-flores-estado-alarma-coronavirus-libertad-limites_2544576/.
- FUERTES LÓPEZ, M., «Estado de excepción, no de alarma», en *El Mundo*, 20 de abril de 2020.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», en *Almacén del Derecho*, 8 de abril de 2020, acceso el 17 de agosto de 2020, <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/>.
- GARRIDO LOPEZ, C., «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, mayo-agosto (2017), págs. 43-73.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M., «La defensa política de la Constitución. Constitución y estados excepcionales. (II) Un estudio de Derecho constitucional comparado», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 5, 2009, págs. 211-251.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «La suspensión general de derechos», en López Guerra, L. y Espín Templado, L. (coords.) *La defensa del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 261-274.
- HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19. Abs. 2*, CF Müller, Karlsruhe, 1962.
- LAFUENTE BALLE, J.M., «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)», en *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990, págs. 27-67.

- LEIVA ESCUDERO, G., «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», en *Diario La Ley*, núm. 9642, 11 de mayo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/05/20/constitucionalidad-de-las-restricciones-a-la-libertad-de-circulacion-en-el-estado-de-alarma-por-el-coronavirus-covid-19>.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2.^a edición, Ariel, Barcelona, 1986.
- LÓPEZ GARRIDO, D., «Un estado de excepción sería inconstitucional», en *Eldiario.es*, 11 de abril de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, https://www.eldiario.es/tribunaabierta/excepcion-inconstitucional_6_1015658433.html.
- LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.
- LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», en *Análisis*, 17 de marzo de 2020, acceso el 1 de julio de 2020, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/03/Ana%CC%81lisis-de-urgencia-de-las-medidas.pdf>, págs. 1-11.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 22-31.
- PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 3, 1981, págs. 169-190.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 15.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- «Estado de excepción material», en *Eldiario.es*, 12 de marzo de 2020, https://www.eldiario.es/contracorriente/excepcion-material_132_1001921.html.
 - «Las elecciones vascas y gallegas deben ser anuladas», en *Eldiario.es*, 12 de julio de 2020, https://www.eldiario.es/contracorriente/elecciones-vascas-gallegas-deben-anuladas_132_6099631.html.
- PRESNO LINERA, M., en declaraciones a *El País*, 18 de marzo de 2020, acceso el 1 de septiembre de 2020, <https://elpais.com/espana/2020-03-17/derecho-de-excepcion-para-el-estado-de-emergencia.html>.
- «¿Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus?», en *El Diario Montañés*, 27 de marzo de 2020, acceso el 16 de julio de 2020, <https://www.eldiariomontanes.es/nacional/decreta-estado-alarma-20200327093825-ntrc.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.es%2F>
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?», en *Revista de Derecho Político*, núm. 51, 2001, págs. 105-137.
- «Artículo 55», en Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.) *Comentarios a la Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, págs. 1520-1545.

- ROCA TRÍAS, E. y AHUMADA RUIZ, M. A., «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», en *XV Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, celebrada del 24 al 27 de octubre de 2013 en Roma, acceso el 29 de junio de 2020, https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentos_reuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf.
- RUIZ MIGUEL, C., en *El Confidencial*, 13 de marzo de 2020, https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-13/coronavirus-estado-alarma-miedo-cataluna_2496812/.
- «COVID-19: ¿Está en riesgo el Estado de Derecho?», en *El País*, 28 de abril de 2020, acceso el 30 de junio de 2020, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/04/27/opinion/1588000454_314606.html.
- RUIZ ROBLEDO, A., «Respuestas legales al coronavirus», en *El País*, 14 de marzo de 2020.
- SCHMITT, C., *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker und Humblot, 2004.
- SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 116», en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 1764-1817.
- TAJADURA TEJADA, J., «Confinamientos inconstitucionales», en *El Correo*, 16 de julio de 2020.
- «Uso de mascarilla y “reserva de ley”», en *El País*, 22 de julio de 2020.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español. Tomo I*, 5.ª edición, Universidad Complutense Madrid, 2004.
- VERA SANTOS, J.M., «Estado de alarma: tarde y mal», en *El Independiente*, 19 de marzo de 2020, acceso el 30 de junio de 2020, <https://www.elindependiente.com/opinion/2020/03/19/estado-de-alarma-tarde-y-mal/>.
- «Secesión y derecho de excepción. A vueltas con el estado de alarma en España», en *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 433-486.
- VIDAL PRADO, C., «El Congreso no puede hibernar», en *El Mundo*, 6 de abril de 2020.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en *VVAA Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 120-150.
- VÍRGALA FORURIA, E., 14 de marzo de 2020, <https://www.elindependiente.com/politica/2020/03/14/las-autonomias-tomaron-medidas-inconstitucionales-por-la-tardanza-de-sanchez-segun-expertos/>.



Estereotipos de género e interseccionalidad: una referencia a la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Gender stereotypes and intersectionality:
a reference to the law and case law of the Basque Country

ALAZNE IRIGOIEN DOMÍNGUEZ

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
alazne.irigoyen@ehu.eus
ORCID: 0000-0003-4723-9214

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.03>

LABURPENA: Badira hamarkada batzuk Zuzenbidean ere aitorturik dagoela genero-estereotipoak kaltegarriak direla gizon-emakumeen berdintasunerako. Genero-estereotipoak ezabatzeko betebeharrak juridikoa Emakumearen aurkako bereizkeria mota guztiak ezabatzeko Konbentziotik dator (CEDAW), eta gizon-emakumeen berdintasunari buruzko legeriak eta jurisprudentziak betebeharrak hori berera ekarri eta dauka Europan, Estatuan eta autonomia-erkidegoan. Artikulu honek genero-estereotipoen lege- eta jurisprudentzia-tratamenduaren formulazioa eta irismena aztertzen ditu, ikuspegi intersektionaletik, arreta berezia eskainiz Euskal Autonomia Erkidegoko (EAE) errealitate juridikoari.

HITZ GAKOAK: Genero-estereotipoa. Intersektionalitatea. Gizon-emakumeen berdintasuna. Berdintasunerako Euskal Legea. Berdintasunerako foru-araua.

ABSTRACT: The negative effects of gender stereotypes on gender equality have been acknowledged in Law for decades. The legal obligation to eliminate gender stereotypes derives from the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), and it has been echoed in the legislation and case law regarding equality between women and men at the European, Spanish state and regional/autonomic level. This article explores the formulation and scope of the legislative and jurisprudential treatment of gender stereotypes from an intersectional perspective, focusing on the legal reality of the Basque Country.

KEYWORDS: Gender stereotype. Intersectionality. Gender equality. Gender equality Basque Law.

RESUMEN: El efecto negativo de los estereotipos de género para la igualdad de mujeres y hombres ha sido reconocido desde hace décadas en el Derecho. El

deber jurídico de eliminar estereotipos de género deriva de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y de ese deber se ha hecho eco la legislación y la jurisprudencia relativa a la igualdad de mujeres y hombres a nivel europeo, estatal y autonómico. Este artículo explora la formulación y alcance del tratamiento legislativo y jurisprudencial de los estereotipos de género desde un enfoque interseccional, prestando una atención especial a la realidad jurídica de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV).

PALABRAS CLAVE: Estereotipo de género. Interseccionalidad. Igualdad de mujeres y hombres. Ley vasca de igualdad. Norma foral de igualdad.

Trabajo recibido el 23 de noviembre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. Delimitación conceptual y proyección jurídica: 1. Los estereotipos de género. 2. La interseccionalidad. 3. Los estereotipos compuestos o interseccionales. 4. Proyección jurídica de los estereotipos de género. 5. Proyección jurídica de la interseccionalidad.—III. El deber jurídico de eliminar los estereotipos de género: 1. Normativa y jurisprudencia supraestatal. 2. Normativa y jurisprudencia estatal.—IV. Los estereotipos de género en el Derecho de la CAPV: 1. Nivel normativo. 2. Nivel jurisprudencial.—V. Bibliografía.

I. Introducción

Es indudable que la promulgación de leyes y el desarrollo de políticas públicas en materia de igualdad de mujeres y hombres en las últimas décadas ha contribuido a mejorar el estado de la igualdad de género(1). Sin embargo, las desigualdades de género persisten en la mayoría de los ámbitos de la sociedad (económico, político, social, etc.). La lucha por la igualdad de género es una tarea ardua porque requiere no sólo cambiar las leyes, sino también modificar patrones socioculturales e ideas profundamente arraigadas en nuestro imaginario colectivo. Los estereotipos forman parte de ese imaginario colectivo. Estos hacen referencia a aquellas imágenes o ideas sobre diferentes colectivos que se aceptan comúnmente por un grupo o sociedad(2).

Concretamente, los estereotipos de género son aquellos que se asignan, por un lado, al grupo de las mujeres, y por otro, al de los hombres. Estos han sido identificados como «auténticos instrumentos de desigualdad» (MACKINNON, 2013, pág. 1023). De hecho, el efecto negativo que tienen en el estado de la igualdad de mujeres y hombres se ha reconocido desde hace décadas en diversos ámbitos de conocimiento. También existen estereotipos de género referidos a grupos concretos de mujeres; por ejemplo, al colectivo de mujeres migrantes, de mujeres mayores, etc., que se denominan compuestos o interseccionales(3).

En el ámbito del Derecho, el menoscabo que generan los estereotipos en la igualdad de género ha sido reconocido particularmente desde la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discrimina-

(1) En este artículo se utiliza la expresión igualdad de mujeres y hombres e igualdad de género como sinónimos y de manera intercambiable.

(2) Definición que parte de la otorgada por la Real Academia Española. No obstante, existen otras definiciones más concretas del término «estereotipo» que se exponen más adelante.

(3) COOK y CUSACK (2010) los denominan estereotipos compuestos, tal y como se explica más adelante.

ción contra la Mujer (en adelante, CEDAW) de 1979. Esta Convención establece el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género de los Estados parte y sus respectivos poderes públicos(4). España ratificó la CEDAW en 1983(5) y ésta forma parte del ordenamiento interno(6). Asimismo, los derechos y libertades fundamentales deben interpretarse según este tratado internacional(7). En este sentido, los poderes públicos estatales y vascos tienen el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género derivado de la normativa internacional, pero también de su propia normativa y jurisprudencia, tal y como se expone y analiza en este artículo.

A pesar de que la CEDAW identificó a los estereotipos de género como elementos fundamentales de la perpetuación de la desigualdad de género hace décadas, la atención a los estereotipos de género desde el ámbito jurídico se está consolidando tan solo en los últimos años. El deber jurídico de eliminar los estereotipos de género ha sido poco explorado en el ámbito jurídico nacional español y en menor medida aún en el autonómico y foral, tal y como se intentará demostrar a través del análisis de la normativa vasca de igualdad y de la identificación de los estereotipos de género, incluidos los estereotipos compuestos o interseccionales, en las resoluciones judiciales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres.

Con este fin, a esta introducción le sigue un segundo apartado en donde se abordan los principales conceptos sobre los que versa el desarrollo del trabajo, como el de estereotipo de género e interseccionalidad, así como su proyección jurídica. En el tercer apartado se analiza el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género atendiendo a la principal legislación y jurisprudencia supraestatal y estatal. El cuarto apartado se centra en el tratamiento del tema en el Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV). Finalmente, en el último apartado se incluyen algunas consideraciones conclusivas.

(4) En particular, los artículos 5.a y 2.f, junto con los demás instrumentos que la CEDAW ha desarrollado, por ejemplo, el Protocolo Opcional y las Recomendaciones Generales. Así, la Recomendación General no. 25 afirma que: «los Estados Parte están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales».

(5) España ratificó la CEDAW el 16 de diciembre de 1983, pero el Instrumento de Ratificación no se publicó en el *BOE* hasta el 21 de marzo de 1984. («BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

(6) Según el artículo 96 de la Constitución Española (CE).

(7) Según el artículo 10.2 de la CE.

II. Delimitación conceptual y proyección jurídica

1. Los estereotipos de género

Los roles sociales, prejuicios e ideas acerca de los hombres y las mujeres y, en particular, los estereotipos de género han merecido una constante preocupación en la lucha por la igualdad de género. Particularmente, desde la llamada «segunda ola» feminista de los años 60-80, los movimientos feministas han denunciado las diferentes posiciones de los hombres y las mujeres en la sociedad y cómo estas se sostienen en ideas estereotípicas sobre las capacidades, habilidades o roles de las mujeres y los hombres. Bajo el eslogan de «lo personal es político» se pasó del determinismo biológico a la denuncia de las construcciones sociales que asignan una posición de superioridad a lo masculino, y de inferioridad a lo femenino (8).

Las ideas y el conocimiento generado por el feminismo han impactado en el ámbito académico y científico. Así, los estereotipos de género se han estudiado desde diferentes disciplinas. Entre estas destaca la psicología social, que se preocupó de analizar el funcionamiento de los estereotipos de género a nivel cognitivo y conductual sobre todo desde la década de los 90 (9). También se han estudiado mucho los estereotipos de género en el área de la publicidad y la comunicación, destacándose, por ejemplo, los estereotipos de las mujeres en los anuncios publicitarios y medios de comunicación (10). Cada disciplina ha aportado su propia conceptualización de los estereotipos y los estereotipos de género y por ello no existe una única definición de estos conceptos.

(8) Lo «personal es político» es una cita conocida de la obra *El Segundo Sexo* (1949) de Simone de Beauvoir que se ha convertido en una afirmación de referencia para los movimientos feministas de la llamada «segunda ola» a nivel internacional.

(9) El término «estereotipo» se acuñó en 1798 por el tipógrafo Fermin Didot para describir el proceso de imprenta en el que una plancha o molde era utilizado para duplicar material original. En 1922 se adapta el término metafóricamente por las ciencias sociales para explicar cómo las personas poseen una concepción sobre otras, tan sólo como si fuesen reimpresiones de un molde (COOK & CUSACK, 2010, pág. 9). Algunos de los artículos más destacados en este ámbito son, por ejemplo: BURGESS, D. y BORGIDA, E. (1999). «Who women are, who women should be: Descriptive and Prescriptive Gender Stereotyping in Sex Discrimination». *Psychology, Public Policy, and Law*, 5 (3), págs. 665-692; HEILMAN, M.E. (2001). «Description and prescription: how gender stereotypes prevent women's ascent up the organization ladder» *Journal of Social Issues* 57 (4), págs. 657-674; GORMAN, H.E. (2005). «Gender stereotypes, same-Gender preferences, and organizational variation in the hiring of women: evidence from law firms» *American Sociological review* 70, págs. 702-728.

(10) El tema de los estereotipos de género en la publicidad y en los medios de comunicación ha recibido una notable atención institucional y académica. Ver, por ejemplo: Council of Europe (2013). *Combating gender stereotyping and sexism in the media*. Strasbourg; ANTONIOU, A. (2020). «Gender portrayals in advertising: stereotypes, inclusive marketing and regulation» *Journal of Media Law* 12 (1), págs. 78-115; LANDRETH GRAU, S. & ZOTOS, Y.C. (2016) «Gender stereotypes in advertising: a review of current research», *International Journal of Advertising* 35 (5), págs. 761-770.

Este trabajo se basa en las definiciones de COOK y CUSACK (2010) por ser referentes en el estudio de los estereotipos de género en el Derecho. Las autoras han definido los estereotipos como visiones generalizadas o preconcepciones sobre los atributos o características de los miembros de un grupo o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (COOK y CUSACK, 2010, pág. 9). Y en particular, los estereotipos de género se refieren a dichas preconcepciones sobre los atributos o características de las mujeres o los hombres o sobre los roles que deben cumplir. Son construcciones sobre las mujeres y los hombres y su significado es fluido y cambiante a través de las culturas, las sociedades y el tiempo (COOK y CUSACK, 2010, pág. 2). COOK y CUSACK clasifican los estereotipos de género en cuatro categorías: los estereotipos de sexo, sexuales, sobre roles sexuales y compuestos (11). Los estereotipos compuestos se refieren a los estereotipos de género que interactúan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres (COOK y CUSACK, 2010, pág. 29) y son interesantes al objeto de esta investigación por su conexión con la interseccionalidad, como se explica en los siguientes subapartados.

2. La interseccionalidad

A partir de los años 80, con el desarrollo del feminismo negro y, en general, desde la considerada «tercera ola» feminista, se ha cuestionado el sujeto político de «la mujer» como un sujeto homogéneo y unitario (12). Las feministas negras resaltaron la diversidad de las mujeres y las divergencias entre las experiencias, intereses y necesidades más inmediatas de las mismas. Criticaron que los grupos feministas dominantes —de mujeres blancas— hubieran priorizado la satisfacción de los intereses de las feministas blancas «privilegiadas» (BARRÈRE, 2010, pág. 234) (13). La teoría de la interseccionalidad se ha ido consolidando a

(11) Según COOK y CUSACK (2010), los estereotipos de sexo se centran en las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres, por ejemplo, en la fuerza física relativa de mujeres y hombres. Los sexuales se refieren a las características e interacción sexuales entre hombres y mujeres, por ejemplo, a la concepción de la sexualidad de la mujer con la función exclusiva o principal de procreación. Los estereotipos sobre los roles sexuales aluden a los roles y comportamientos que se atribuyen a, y se esperan de, los hombres y las mujeres, por ejemplo, el rol de cuidado de las mujeres (págs. 25-31).

(12) El debate sobre el sujeto político del feminismo ha sido un constante en la lucha y conocimiento feminista desde entonces.

(13) Construyendo una agenda feminista muy centrada en aspectos como los derechos reproductivos -y en concreto, en el aborto y la contracepción bajo la bandera de la «elección», obviando la esterilización forzada de mujeres indígenas y negras—, la estrategia en el empleo y la representación política (BARRÈRE, 2010, pág. 234).

partir de los postulados, reflexiones y aportaciones del feminismo negro estadounidense y, particularmente, a partir del análisis del tratamiento jurídico de la discriminación de mujeres negras en Estados Unidos que realizó la jurista Kimberlé CRENSHAW en 1989, quien precisamente acuñó el término interseccionalidad (14). El origen de la interseccionalidad está ligado al Derecho antidiscriminatorio. Crenshaw critica la concepción general del Derecho antidiscriminatorio por sugerir que la discriminación se produce asociada a factores aislados o, a lo sumo, acumulativos (como la raza, etnia, sexo, religión, orientación sexual, discapacidad, etc.) y argumenta que factores como los mencionados interactuarían entre ellos adoptando formas diferentes de discriminación (BARRÈRE, 2010, pág. 226). Los movimientos feministas enseguida acogieron el término y la teoría interseccional se ha desarrollado extensamente en distintos ámbitos de conocimiento, más allá del Derecho. Así, la interseccionalidad se ha entendido de diversas maneras, mayoritariamente como un concepto o herramienta analítica que da cuenta de los distintos sistemas de poder y de cómo estos se entrelazan e intersectan entre sí creando subordinación (CRENSHAW, 2017; MACKINNON, 2013; BARRÈRE, 2020) (15).

3. Los estereotipos compuestos o interseccionales

Las principales exponentes del llamado feminismo negro y de la teoría de la interseccionalidad han puesto de relieve no sólo los diferentes estereotipos de género a los que están sujetas las mujeres negras, racializadas, lesbianas, discapacitadas, etc., sino incluso opuestos, en comparación con los de las mujeres blancas heterosexuales, cis, de clase media o alta, capacitadas, etc. (MOHANTY, 1984; CRENSHAW, 1989; 1991; HILL COLLINS, 1990). Por ejemplo, las mujeres negras son a menudo estereotipadas como más lascivas, experimentadas en el sexo o incluso más tentadas a consentir el sexo y, por ello, se llega a considerar que un ata-

(14) En su artículo: CRENSHAW, K. (1989). «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: ...». Crenshaw pone en cuestión «la tendencia a tratar la raza y el género como categorías de experiencia y análisis mutuamente excluyentes» en la concepción general del derecho antidiscriminatorio (CRENSHAW, 1989, pág. 139). Crenshaw afirma que las mujeres negras pueden experimentar la discriminación tanto de manera similar como diferente a la experimentada por las mujeres blancas y los hombres negros, puesto que pueden experimentar «una doble discriminación entendiendo por tal «los efectos combinados de prácticas que discriminan con base en la raza y con base en el sexo», y a veces una discriminación como mujeres negras, esto es, «no como la suma de discriminación por raza y sexo, sino como mujeres negras» (BARRÈRE, 2010, pág. 232).

(15) Son muchas las investigaciones y acepciones del concepto de interseccionalidad y excede al objeto de este trabajo referirse a ellas. El origen y evolución del concepto y la integración jurídico-política de la interseccionalidad se aborda con claridad en el artículo de BARRÈRE UNZUETA (2010) publicado por esta misma revista.

que de violencia sexual contra ellas es menos dañino (CRENSHAW, 1991, pág. 40). En el mismo sentido, MOHANTY (1984) desvela el estereotipado imaginario colectivo que existe sobre las mujeres del «tercer mundo» y afirma que se las define como «religiosas (léase no progresistas), orientadas hacia la familia (léase tradicionales), menores de edad (léase aún no conscientes de sus derechos), analfabetas (léase ignorantes), domésticas (léase primitivas)...» (págs. 155-156) siendo de estas ideas, entre otras, de donde se construyen los estereotipos que recaen sobre las mujeres racializadas, de diverso origen étnico o migrantes. A nivel estatal, la Fundación Secretariado Gitano (FSG) y otras organizaciones de derechos humanos llevan años denunciando los estereotipos que recaen sobre el pueblo gitano y particularmente sobre las mujeres⁽¹⁶⁾. Por ejemplo, las mujeres gitanas son a menudo estereotipadas como ladronas, ignorantes, maltratadas por sus maridos, etc. (FSG, 2018).

COOK y CUSACK (2010) recogen estas ideas y apuntan que los estereotipos de género pueden ser compuestos cuando intersectan con otros estereotipos que asignan atributos, características o roles a diferentes subgrupos de mujeres, sobre la base de factores como la edad, raza o etnia, discapacidad, orientación sexo-afectiva, identidad sexual y de género, clase, nacionalidad, etc. (p. 31). Según dichas autoras, estos estereotipos reflejan preconcepciones sobre los «diferentes subgrupos de mujeres y evolucionan de acuerdo con las diferentes articulaciones que existen sobre el patriarcado y las estructuras de poder» y, además, «generalmente contienen ciertos mensajes ideológicos sobre el papel apropiado que deben cumplir dichos subgrupos en la sociedad» (COOK y CUSACK, 2010, pág. 30). Entendiendo estos estereotipos en el marco de la intersección de diversos sistemas de poder, los estereotipos compuestos pueden denominarse estereotipos «interseccionales».

4. Proyección jurídica de los estereotipos de género

A pesar de que la CEDAW reconociera desde finales de 70 los estereotipos de género como elementos fundamentales de la perpetuación de la desigualdad de género, la atención jurídica y doctrinal a los estereoti-

(16) La Fundación Secretariado Gitano publica periódicamente informes de casos de discriminación a su comunidad en donde se identifican estereotipos que existen sobre las personas gitanas y que llevan a casos de discriminación. Estos están accesibles online en: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/index.php

A nivel de la CAPV, el Ararteko-Defensoría del Pueblo del País Vasco ha publicado varios estudios sobre el pueblo gitano en Euskadi, *vid.* (2010) «Análisis de la situación del pueblo gitano en Euskadi», accesible en: https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_796_3.pdf e incluye en su Informe anual un capítulo dedicado a las «personas gitanas y otras minorías culturales».

pos de género se está consolidando tan solo en los últimos años, cuando la eliminación de los roles y estereotipos en función del género se erige como uno de los principios generales de las legislaciones y políticas públicas más modernas sobre igualdad de mujeres y hombres. Por ejemplo, la legislación vasca de igualdad, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (en adelante Ley 4/2005), ya establecía la eliminación de los «roles y estereotipos en función del sexo» como principio rector de la actuación de los poderes públicos vascos (art. 3). A nivel estatal, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LO 3/2007) reconoce en su Exposición de Motivos la necesidad de eliminar los «estereotipos sociales» para la igualdad real entre mujeres y hombres. A nivel europeo, la *Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023* del Consejo de Europa identifica como su objetivo estratégico número 1: prevenir y luchar contra los estereotipos de género y el sexismo; y la *Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025* de la Unión Europea también identifica su primer objetivo como el poner fin a la violencia de género y combatir los estereotipos de género. Finalmente, cabe destacar que el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* establece como principio rector de los poderes públicos el enfoque de género, entendido como aquel que se fundamenta en «la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género» (art. 2)(17).

En este sentido observamos cómo tras un lapso de varias décadas desde la CEDAW, las legislaciones y políticas públicas en materia de igualdad de género más modernas reflejan una creciente preocupación por los estereotipos de género y la integración de la interseccionalidad. Ello refleja la influencia de algunas de las actuales principales corrientes del feminismo en la elaboración de las legislaciones y políticas públicas en materia de igualdad de mujeres y hombres. Las diferentes referencias normativas y jurisprudenciales que se hacen a los estereotipos de género configuran el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género como su alcance se explora en el próximo apartado.

En el plano doctrinal, la literatura jurídica en torno a los estereotipos de género no ha dejado de extenderse en la última década, especialmente desde la influyente obra de COOK y CUSACK (2010)(18),

(17) No es objeto de este artículo analizar detalladamente la proyección jurídica de los estereotipos de género y la interseccionalidad en el *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*. Este análisis se lleva a cabo en un texto *ad hoc* de próxima publicación.

(18) Instituciones internacionales como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas se hizo eco de este nuevo campo de investigación y encargó a S. CUSACK la publicación en 2013 de un informe titulado «Gender Stereotyping as a Human Rights Violation» que ha sido relevante en la mayor atención que ha adquirido el tema de estudio en el Derecho y particularmente en el Derecho Internacional Público y Derechos Humanos.

existiendo ya una extensa literatura centrada en desvelar cómo los estereotipos de género han permeado la actuación de operadores jurídicos y las argumentaciones judiciales y cómo han contribuido a la desprotección de los derechos de las mujeres.

COOK y CUSACK (2010; 2014; 2016) analizan multitud de sentencias judiciales donde los estereotipos de género han jugado un papel muy importante sobre todo en casos de violencia sexual, embarazo, maternidad y paternidad, etc. Por ejemplo, el estereotipo según el cual cuando una mujer dice «no» realmente quiere decir «sí» o «inténtalo de nuevo» o «convénceme» (caso *R. contra Ewanchuk* de la Corte Suprema de Canadá) (19); el estereotipo de que las mujeres deben ser madres y priorizar la gestación y crianza de los hijos e hijas sobre su propia vida y salud (caso *L.C. c. Perú* del Comité de la CEDAW) (20); o el de que las lesbianas no son buenas madres (caso *E.B. contra Francia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)) (21). Por su parte, PERONI y TIMMER (2016) identifican estereotipos de género que han operado en casos de violencia doméstica vistos por el TEDH. Por ejemplo, que la víctima de violencia doméstica debe ser sumisa (casos *E.M. c. Rumanía* y *B. c. República del Moldavia*) (22); que debe «aguantar» cierta violencia por parte del marido (caso *Eremia c. República del Moldavia*) (23); y muchos otros más. Estas sentencias, entre otras, muestran cómo los estereotipos hacen que jueces y juezas lleguen a una opinión sobre los casos basada en creencias preconcebidas, lo que distorsiona la percepción que tienen de los hechos, influye en sus opiniones sobre la credibilidad de quien testifica y afecta a su visión de quién es una «víctima» (CUSACK, 2014). Además, en última instancia, compromete la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, lo que a su vez puede conducir a errores judiciales y a la revictimización de las personas denunciadas (CUSACK, 2014).

Otra parte de la literatura jurídica sobre estereotipos de género se ha centrado en el enjuiciamiento de género. La doctrina jurídica americana analiza sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y el principio de anti-estereotipación que dicho tribunal ha uti-

(19) Canadá. Corte Suprema de Canadá. *R. contra Ewanchuk*, 1 S.C.R. 330 (1999). Este estereotipo de género que permeó el enjuiciamiento de los tribunales canadienses inferiores lo expuso la Magistrada L'Heureux-Dubé en su voto particular concurrente. Esta Magistrada describió cómo los estereotipos de género sexuales habían lesionado a la demandante y permitido la absolución inicial del acusado de agresión sexual (COOK y CUSACK, 2010, pág. 44).

(20) CEDAW. *L.C. contra Perú*. Comunicación No 22/2009, UN Doc CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011).

(21) TEDH. *E.B. c. Francia*. Apágs. no. 43546/02 (2008).

(22) TEDH. *E.M. c. Rumanía*. Apágs. no. 43994/05 (2012), y TEDH. *B. c. República del Moldavia*. Apágs. no. 61382/09 (2013), respectivamente.

(23) TEDH. *Eremia c. República del Moldavia*. Apágs. no. 3564/11 (2013).

lizado en la resolución de varios casos de discriminación e igualdad de mujeres y hombres (Franklin, 2010; 2013). En Europa se ha analizado sobre todo la jurisprudencia del TEDH (Timmer, 2011, 2015, 2016; BRGLEZ *et al.*, 2016). Timmer (2011) ha desarrollado, además, un método para abordar los estereotipos de género en el enjuiciamiento de casos de discriminación del TEDH que puede resultar de especial interés para la práctica judicial (24).

En España existe literatura jurídica reciente centrada en los estereotipos de género. Por ejemplo, LÓPEZ ANIORTE (2019) analiza los estereotipos sexistas en la legislación y jurisprudencia sobre la protección a la maternidad de trabajadoras asalariadas y autónomas, revelando cómo estas siguen perpetuando la atribución del rol de cuidadora prioritaria a la madre trabajadora (25). LOUSADA AROCHENA (2020), magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, aborda el análisis del enjuiciamiento de género y subraya la importancia de la detección y eliminación de los estereotipos y prejuicios de género al afirmar que «la problemática de fondo a que se refiere el enjuiciamiento de género es la utilización de estereotipos de género nocivos» (p. 1). Otros y otras autoras españolas abordan los estereotipos de género en el Derecho desde enfoques interdisciplinarios, por ejemplo, desde el Derecho y la psicología, la ciencia forense, etc. (GÓMEZ, 2018; LORENTE, 2018; UBIETO, 2018) (26).

5. Proyección jurídica de la interseccionalidad

La atención que ha recibido el problema de la desigualdad de mujeres y hombres en los últimos años a nivel legislativo y de políticas públicas está ligada a las demandas sociales de los movimientos feministas. Con-

(24) El método que propone Timmer consta de dos fases: la de «identificación» y la de «contestación» a los estereotipos. En la primera fase, se trata de reconocer el contexto histórico y de los efectos actuales del problema discriminatorio en cuestión y de desenmascarar el estereotipo que opera en dicho caso. En la segunda fase, se trata de declarar aplicable el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos o el Protocolo 12, de aplicar el llamado «very weighty reasons test» (test sobre las razones de peso), dejar de lado el test de comparación y aplicar en su lugar el test de la desventaja, y, por último, establecer que los estereotipos de género dañinos no pueden constituir una justificación. La autora lo ejemplifica analizando los casos del TEDH de *Konstantin Markin c. Rusia* (2012) y *Rantsev c. Chipre y Rusia* (2010).

(25) Otras publicaciones se han centrado en analizar estereotipos en ramas concretas del Derecho, como el derecho de extranjería. Por ejemplo, *vid.* LA SPINA, E. (2015) «La proyección (in)directa de estereotipos y prejuicios desde el derecho de extranjería en el contexto migratorio familiar» en GARCÍA CASTAÑO, F.J.; MEGÍAS MEGÍAS, A. y ORTEGA TORRES, J. (eds.), *Actas del VIII Congreso sobre Migraciones Internacionales en España* (Granada, 16-18 de septiembre de 2015) (págs. S12/120-S12/132). Granada: Instituto de Migraciones.

(26) Por ejemplo, *vid.* la reciente publicación de MARTÍN, M. (2018), *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch.

cretamente, en la actualidad, varios postulados de la corriente de pensamiento feminista de la mencionada «tercera ola», como la atención a la interseccionalidad, están siendo incorporados a las legislaciones y políticas modernas en materia de igualdad (27).

En el plano normativo, las leyes de igualdad han ido recogiendo la necesidad de tomar en consideración a los distintos colectivos de mujeres. Por ejemplo, la LO 3/2007 establece como criterio general de la actuación de los poderes públicos «la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad (28) como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género» (artículo 14.6) (29). La legislación vasca de igualdad se refiere en varias ocasiones a la discriminación múltiple (30).

De hecho, el término interseccionalidad se ha ido incorporando sólo recientemente a la normativa española y vasca de igualdad. Por ejemplo, el ya mencionado *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la Libertad Sexual* sí se refiere a la interseccionalidad específicamente; y en el ámbito de la CAPV, la Norma Foral 4/2018, de 20 de junio, para la igualdad de mujeres y hombres (Bizkaia), la más reciente en esta materia, también lo hace. La Norma Foral utiliza las expresiones «principio de interseccionalidad», «enfoque interseccional» y «perspectiva interseccional» (31) de manera intercambiable a lo largo del texto dispositivo.

(27) Para el tratamiento normativo de la interseccionalidad en el plano internacional, *vid.* BARRÈRE (2010) «La interseccionalidad como desafío...» *cit.*, en concreto, el punto 2 «Scursus normativo sobre la interseccionalidad» (págs. 235 -240).

(28) Parte del movimiento feminista ha criticado que se defina a ciertos colectivos como «de especial vulnerabilidad» por estigmatizar y quitar agencia a las mujeres que pertenecen a dichos colectivos.

(29) La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no hace referencia a diferentes colectivos de mujeres. No apela a la interseccionalidad ni a otros conceptos que se han ido utilizando para referirse a la misma o parecida realidad, como la discriminación interseccional, múltiple o incluso doble.

(30) BARRÈRE (2020), analiza el despliegue normativo de la interseccionalidad y su encaje en el derecho antidiscriminatorio y da cuenta de la confusión conceptual y terminológica que existe sobre la interseccionalidad y la discriminación en la legislación en materia de igualdad (p.14).

(31) La Norma Foral 4/2018 de Bizkaia se refiere a estas expresiones sobre interseccionalidad en diferentes preceptos como en la participación, coordinación y colaboración interinstitucional y desarrollo de instrumentos de colaboración y cooperación (artículo 8.2f); en la sensibilización de la ciudadanía sobre la desigualdad de género (artículo 8.2n); en la producción y gestión de información y comunicación interna y externa (artículo 23.1 y .2); en los estudios y estadísticas (artículo 24); en la planificación y gestión presupuestaria (artículo 26.2 y .3); en la formación (artículo 30); en la cooperación al desarrollo (artículo 53); en el impulso a la sociedad inclusiva (artículo 54); en la atención y protección de las víctimas de violencia de género por los servicios sociales vizcaínos (artículo 55); en la política fiscal (artículo 58); en materia de sostenibilidad y medio natural (artículo 60); en la planificación urbana e infraestructuras (artículo 61); y en el transporte y movilidad (artículo 62).

Además, describe en su parte expositiva qué entiende por interseccionalidad (32) y la establece como principio transversal en los principios generales del artículo 3 (33).

En el ámbito académico muchas de las investigaciones sobre interseccionalidad se han centrado en analizar el fenómeno y encaje jurídico de la discriminación interseccional (ATREY, 2019; AÑÓN ROIG, 2013), centrándose a menudo en los principios antidiscriminatorios constitucionales (34). También existen distintos análisis jurídicos que han abordado la incursión de la interseccionalidad en las leyes y políticas públicas de igualdad. Esta misma revista publicó el artículo de BARRÈRE (2010), que introdujo los conceptos e ideas claves respecto de la interseccionalidad y la transversalidad de género y políticas públicas en el foro vasco. Más recientemente, la misma autora, analiza la introducción de la interseccionalidad en las leyes de igualdad 3/2007 y 4/2005 y urge a que la referencia a la misma esté prevista legislativamente para que pueda haber mejores garantías de desarrollo de una cultura jurídica de la interseccionalidad, imprescindible para que el concepto pueda dar sus frutos (p. 11).

III. El deber jurídico de eliminar los estereotipos de género

1. Normativa y jurisprudencia supraestatal

Como ya se ha indicado en la introducción de este trabajo, el deber jurídico de los poderes públicos españoles de eliminar los estereotipos de género proviene de la CEDAW de la que España es estado parte. En concreto, el artículo 5.a) de este tratado internacional establece que los esta-

(32) La Norma Foral 4/2018 de Bizkaia define la interseccionalidad como «la consideración de las identidades sociales solapadas o interseccionadas y sus respectivos sistemas de discriminación».

(33) Las Normas Forales de Igualdad de Bizkaia (ya referida) y Gipuzkoa (Norma Foral 2/2015, de 9 de marzo, para la Igualdad de Mujeres y Hombres) utilizan la misma redacción que la Ley vasca 4/2005 al establecer que los servicios forales deben garantizar «el acceso a los derechos sociales básicos de las mujeres que sufren discriminación múltiple». La norma foral guipuzcoana hace referencia a la interseccionalidad y a los colectivos de mujeres que puedan estar en condiciones y posiciones de mayor vulnerabilidad cuando regula la participación de las mujeres en las estructuras de interlocución social (artículo 15. 2c) y los espacios y procesos de empoderamiento (artículo 18.2f). Resultan novedosas las referencias a algunos colectivos de mujeres que realiza esta norma, pues nombra a las mujeres migrantes (artículo 18.3.d) y a las personas que ejercen el trabajo sexual voluntariamente (artículo 18.3.g) refiriéndose a su necesaria visibilización, participación y a la necesidad de ofrecerles apoyo.

(34) Por ejemplo, en el ámbito estatal, el artículo 14 de la Constitución Española (en adelante, CE) afirma que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El análisis de AÑÓN ROIG (2013) sobre el principio antidiscriminatorio español resulta muy interesante a este respecto.

dos parte deben tomar todas las medidas apropiadas para «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (35). A nivel europeo encontramos referencias a la lucha contra los estereotipos de género en los artículos 12.1 y 14 del *Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y Violencia Doméstica*, más conocido como Convenio de Estambul (36). El artículo 12.1 de este convenio internacional establece la obligación de adoptar «las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres», y el artículo 14 se refiere a la lucha de los estereotipos de género en el ámbito educativo a través de la promoción de «papeles no estereotipados de los géneros».

Cada vez más tribunales de derechos humanos y órganos creados en virtud de tratados, como el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Comité de la CEDAW y el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), han expresado preocupación sobre los estereotipos e insistido en que los estados no deberían sostenerlos (37). Respecto a los estereotipos de género, resultan muy relevantes los dictámenes sobre casos emitidos por el Comité de la CEDAW. Este Comité ha apreciado en diferentes ocasiones que los estereotipos de género han afectado la correcta impartición de justicia y que es necesario eliminarlos; por ejemplo, en los casos *Karen Tayag Vertido*

(35) También hay que considerar el artículo 2.f) y los demás instrumentos normativos de la CEDAW, particularmente el Protocolo Facultativo de la CEDAW de 1999 y las Recomendaciones Generales (no. 3, 21 y 25) —que han reforzado la obligación de eliminar estereotipos de género (CUSACK, 2016, p.16)—. Otros tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, también han establecido obligaciones adicionales respecto de los estereotipos.

(36) El Convenio de Estambul fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, pero no entró en vigor hasta el 1 de agosto de 2014.

(37) Excede al objeto de este artículo el abordar la prolífica jurisprudencia internacional que da cuenta del deber jurídico de combatir los estereotipos. Para más información al respecto, vid., sobre la jurisprudencia del TEDH: TIMMER, A. (2016), «Gender stereotyping...», *cit.*; de la CIDH: UNDURRAGA, V. (2016), «Gender Stereotyping in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights», en BREMS, E. y TIMMER, A. (eds.), *Stereotypes and Human rights law*. Intersentia: 67-89; de CEDAW: COOK, R. y CUSACK, S. (2010), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives...*, *cit.*; de CERD y otros órganos de tratados de Naciones Unidas: MÖSCHEL, M. (2016), «Racial Stereotypes and Human Rights», en BREMS, E. y TIMMER, A. (eds.), *Stereotypes and Human rights law*. Intersentia, págs. 119-137; CUSACK, S. (2016). «Building Momentum ...», *cit.*

c. Filipinas (2010) (38), *V.K. c. Bulgaria* (2011) (39), *Isatou Jallow c. Bulgaria* (2012) (40), *Ángela González Carreño c. España* (2014) (41), *Anna Belousova c. Kasajstán* (2015) (42) y *M.W. c. Dinamarca* (2016) (43), entre otros.

El caso de *Ángela González Carreño c. España* (2014) resulta de especial interés puesto que se juzga la actuación de la administración de justicia española (44). Se trata de un caso de violencia de género, en donde la Sra. González Carreño había solicitado la restricción del régimen de visitas del padre a la hija en común. En una de estas visitas el padre asesinó a la hija y después se suicidó. La Sra. González Carreño solicitó la indemnización por el funcionamiento anormal de la administración de justicia, pero le fue denegada. El Comité CEDAW apreció dos incumplimientos por parte del estado español: la no actuación con debida diligencia y, cuando ya se produjo el daño, la falta de debida reparación a la víctima. Más bien, el Comité afirmó que las decisiones sobre el régimen de visita se basaron en «un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de la madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad» (FJ 9.4). Asimismo, el Comité enfatizó que los derechos de los abusadores en materia de custodia y regímenes de visita de los menores no podían priorizarse sobre los derechos de las víctimas en base a estereotipos, pues debe primar el mejor interés para la persona menor, y encontrarse en un contexto de violencia doméstica es un elemento relevante a considerar (FJ 9.4, FJ9.7.). Este caso propició una mayor atención a los estereotipos de gé-

(38) CEDAW, Karen Tayag Vertido c. Filipinas, Comunicación No. 18/2008, Un Doc CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010). Este es un caso pionero en materia de «estereotipación», pues el Comité de la CEDAW responsabilizó al estado parte por la decisión de un juez de absolver a un acusado de violación basándose en estereotipos de género, y no en hechos o leyes (CUSACK, 2016, pág. 17).

(39) CEDAW. V.K. c. Bulgaria. Comunicación No. 20/2008, Un Doc CEDAW/C/49/D/20/2008 (2011).

(40) CEDAW. Isatou Jallow c. Bulgaria, Comunicación No. 32/2011, Un Doc CEDAW/C/52/D/32/2011 (2012).

(41) CEDAW. Ángela González Carreño c. España, Comunicación No. 47/2012, UN Doc CEDAW/C/58/D/47/2012 (2014).

(42) CEDAW. Anna Belousova c. Kasajstán, Comunicación No. 45/2012, UN Doc CEDAW/C/61/D/45/2012 (2015).

(43) CEDAW. M.W. c. Dinamarca, Comunicación No. 46/2012, Un Doc CEDAW/C/63/D/46/2012 (2016).

(44) La STS 2747/2018, de 17 de julio de 2018 de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se refiere a la validez de los dictámenes del CEDAW con referencia a este caso concreto y se analiza más adelante.

nero que hacen que las mujeres no sean creídas por la justicia española (FERNÁNDEZ, 2019, pág. 111).

2. Normativa y jurisprudencia estatal

A nivel normativo, la principal norma de igualdad española, la LO 3/2007, establece que el principio de igualdad debe integrarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4) (45). Con respecto a los estereotipos de género concretamente, tanto la LO 3/2007 como la LO 1/2004, los mencionan, aunque lo hacen de diversa manera y otorgándoles diferentes grados de atención (46).

La LO 3/2007 apunta que resulta necesaria la «remoción de los obstáculos y estereotipos sociales» que impiden alcanzar la igualdad de género en su parte expositiva. En la parte dispositiva, se hace referencia al abordaje de los estereotipos de género en los ámbitos de la educación (art. 24.1 y 24.2.b), la sanidad (art. 27), los medios de comunicación (art. 36), las estadísticas y estudios (art. 20.c y 20.f), y la publicidad (47), apuntando a la importancia de los estereotipos de género en la perpetuación de la desigualdad de género y discriminación contra las mujeres. La LO 1/2004 se refiere al deber jurídico de eliminar los estereotipos de género sólo en los ámbitos de la publicidad y la educación, concretamente en la Exposición de Motivos, en el artículo 6 y en la Disposición adicional sexta que modifica la Ley General de Publicidad.

A nivel jurisprudencial, es relevante la sentencia de 17 de julio de 2018 del Tribunal Supremo (48) porque admite la eficacia interna del Dictamen del CEDAW emitido en el mencionado caso *Ángela González Carreño c.*

(45) A pesar de que la Constitución española (CE) no ha regulado explícitamente el enjuiciamiento de género, el principio de la transversalidad del género, ni ha mencionado expresamente la obligación de combatir los estereotipos de género existe una «apertura constitucional» a estas consideraciones (LOUSADA, 2020, pág. 112). La CE contiene elementos para entender la igualdad en tres dimensiones distintas: como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1), principio jurídico general (artículo 14) y derecho fundamental (artículos 9, 14 y 53.2) (LOUSADA, 2020, pág. 112). Así, según LOUSADA (2020), estas dimensiones de la igualdad influyen en la aplicación e interpretación de las normas y hacen de la Constitución propicia para la incorporación del enjuiciamiento de género, entendido como aquel que elimina los prejuicios y estereotipos de género en la función de juzgar y alcanza una solución justa de acuerdo con el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la prohibición de la discriminación (p. 116).

(46) El *Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* resulta más interesante al respecto porque positiviza la obligación de eliminar los estereotipos de género de una manera más contundente y se refiere a la interseccionalidad. Sin embargo, tal y como se ha indicado, no es objeto específico de esta investigación.

(47) En la Disposición adicional séptima sobre Modificaciones de la Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE.

(48) STS 2747/2018, de 17 de julio, de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

España (2014). En esta sentencia el Tribunal Supremo reconoce que las obligaciones que emanan de los tratados sobre derechos humanos y respectivos protocolos de los que España es parte, incluyendo las decisiones de los comités que hayan creado, forman parte del Derecho interno español, con base en el artículo 96 de la CE. También afirma que estos textos de derecho internacional deben ser utilizados por los órganos españoles y por sus jueces y juezas como «elementos interpretativos» para la aplicación de los derechos y libertades reconocidos, con base en el artículo 10.2 de la CE. En este caso, el Tribunal Supremo reconoce la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente aceptando el Dictamen del Comité como presupuesto válido para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado(49). La sentencia es importante porque, más allá de las consecuencias sobre el caso individual, «sienta una jurisprudencia que atribuye eficacia interna a las decisiones del CEDAW y [...] por esa vía, incorpora la doctrina contenida en esas decisiones sobre los estereotipos judiciales como discriminaciones» (LOUSADA, 2020, pág. 105).

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se refiere a los estereotipos de género en el ámbito educativo en varias sentencias(50). Entre ellas, la STC 31/2018, de 10 de abril(51) es especialmente destacable porque se pronuncia sobre el artículo 10.c de la CEDAW que establece que los estados parte deben tomar medidas para asegurar «la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta» y a su relación con el artículo 10.2 de la CE. El TC afirma que «existe una obligación positiva de fomento de aquellas fórmulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas» (FJ 6.b.), reconociendo así que la CEDAW establece la obligación de los poderes públicos españoles de fomen-

(49) Análisis más pormenorizados de la STS 2747/2018, de 17 de julio (cit. supra) pueden encontrarse, entre otros, en los siguientes artículos: GUTIÉRREZ ESPADA, G. (2018). «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión» *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10 (2), págs. 836-851; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. (2019). «Ángela González, o cuando la justicia no protege a las mujeres ni a sus hijos e hijas de la violencia de género», en *Tiempo de Paz: el acceso de las mujeres al espacio público* 134, págs. 108-113.

(50) En concreto, las sentencias STC 31/2018, de 10 de abril de 2018; STC 53/2018, de 24 de mayo de 2018; STC 66/2018, de 21 de junio de 2018; STC 67/2018, de 21 de junio de 2018; y STC 74/2018, de 5 de julio de 2018. En estas sentencias el Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de los preceptos normativos estatales y autonómicos (de Asturias, Andalucía, Canarias y Cantabria, respectivamente) que permiten concertar, y, por lo tanto, financiar públicamente, centros educativos que segregan por sexo, en relación con el principio de igualdad; la asignatura de religión; los criterios de selección del alumnado; y otros asuntos.

(51) STC 31/2018, de 10 de abril de 2018 (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018).

tar fórmulas que eliminen los estereotipos de género sexistas en el ámbito educativo. No obstante, el TC entiende que esa obligación positiva no supone prohibir el concierto educativo con los centros que segregan por sexo (FJ 4.b)(52). No son de la misma opinión, sin embargo, quienes suscriben los votos particulares de esta sentencia al poner de relieve que la defensa de la educación que segrega por sexo se justifica en los estereotipos que asignan diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres (53).

Lo aquí expuesto pone de relieve que el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género por parte de los poderes públicos españoles no sólo proviene de la CEDAW y la jurisprudencia de su Comité, sino que dicho deber se sustenta asimismo en la normativa y jurisprudencia estatal, particularmente, en materia de igualdad de mujeres y hombres.

IV. Los estereotipos de género en el Derecho de la CAPV

1. Nivel normativo

La principal norma vasca en materia de igualdad de mujeres y hombres es la Ley 4/2005. Esta ley establece la integración de la perspectiva de género como principio general que debe regir y orientar la actuación de los poderes públicos vascos (art. 3), así como que la legislación autonómica, foral y local debe aplicarse conforme al principio de igualdad de mujeres y hombres (arts. 5.j, 6.g y 7.g).

Ya desde su Exposición de Motivos apunta que la «jerarquización en las relaciones y la posición social de los hombres y las mujeres [...] tiene su origen en los estereotipos y patrones socioculturales de conducta en función del sexo que asignan a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público, sobre la base de una muy desigual valoración y reconocimiento económico y social». Ello supone un reconocimiento explícito de los efectos negativos de los estereotipos de género en el estado de igualdad de mujeres y hombres, así como la identificación de uno de los estereotipos de género más in-

(52) Argumenta que la norma obliga a promover los sistemas educativos tendentes a la eliminación de los estereotipos de sexo, entre los que estaría el sistema mixto, pero no cierra la puerta a otros sistemas educativos que también tiendan a lograr ese objetivo. Así, considera que la obligación de fomento se cumple con el artículo 84.3 LOE, que obliga a los centros que segregan por sexo a exponer en su proyecto educativo «las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad» (FJ 4.a).

(53) Los Magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré (a cuyo voto particular se adhiere el Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), de D. Juan Antonio Xiol Ríos y de la Magistrada D.ª María Luisa Balaguer Callejón.

fluyentes en nuestras sociedades: la asignación de los roles del ámbito doméstico a las mujeres y la asignación de los roles del ámbito público a los hombres. En la parte dispositiva también se recogen estos estereotipos y se establece que uno de los principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos vascos en materia de igualdad de mujeres y hombres es, precisamente, la «eliminación de roles y estereotipos en función del sexo» (art. 3) (54).

A nivel foral, los territorios históricos de Gipuzkoa y Bizkaia han aprobado sus respectivas normas forales de igualdad: la Norma Foral 2/2015, de 9 de marzo, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, de Gipuzkoa; y la ya mencionada Norma Foral 4/2018, de 20 de junio, para la igualdad de mujeres y hombres, de Bizkaia (55). Estas dos normas reproducen los principios rectores de la Ley 4/2005 y, por lo tanto, contemplan también la «eliminación de roles y estereotipos en función del sexo» como uno de los principios fundamentales de la actuación foral en materia de igualdad de género.

Debido a las competencias específicas de los territorios históricos, estas normas regulan las funciones de las administraciones forales en materias como el deporte y los servicios sociales. Así, las dos normas incorporan la obligación de «romper» con los estereotipos de género en las prácticas deportivas y además exponen la raíz de muchos de los estereotipos de género existentes en este ámbito: las «supuestas diferencias motrices y motivacionales en función del sexo» (art. 52.b de la Norma Foral 4/2018) y las «supuestas habilidades y atributos diferenciados por sexo» (art. 48 de la Norma Foral 2/2015).

La Norma Foral 2/2015 señala además uno de los campos en donde encontramos más estereotipos de género: el del cuidado. Se establece que una de las medidas a adoptar por el departamento de la Diputación

(54) El artículo 3.6 de la Ley vasca 4/2005 dice así: «Los poderes públicos vascos deben promover la eliminación de los roles sociales y estereotipos en función del sexo sobre los que se asienta la desigualdad entre mujeres y hombres y según los cuales se asigna a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público, con una muy desigual valoración y reconocimiento económico y social». Además, esta ley, al igual que la LO 3/2007, establece la necesidad de evitar la estereotipación negativa de colectivos de mujeres en los estudios y estadísticas (art. 16) y en los medios de comunicación social y publicidad (art. 26). Sobre la actuación en materia de educación establece como disposición general que «las políticas públicas educativas deben ir dirigidas a conseguir un modelo educativo basado en el desarrollo integral de la persona al margen de los estereotipos y roles en función del sexo» (art. 28), y señala la obligación de eliminar los prejuicios, estereotipos y roles en función del sexo en los currículums y garantizar imágenes no estereotipadas de mujeres y hombres en los materiales didácticos (arts. 29 y 30, respectivamente).

(55) El territorio histórico de Álava aún no ha aprobado una Norma Foral propia en materia de igualdad de mujeres y hombres, pero ha comunicado públicamente su intención de prepararla. El *IV Plan Foral para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Álava (2016-2020)* prevé la realización de los trabajos previos para la elaboración de su Norma Foral de igualdad en el próximo periodo de planificación.

Foral de Gipuzkoa al que se le atribuyan las funciones y competencias en materia de política social y por el Órgano para la Igualdad de Mujeres y Hombres es: «impulsar que las intervenciones de la Diputación Foral de Gipuzkoa sean libres de los estereotipos relacionados con quién debe y puede cuidar» (art. 39.b). Esta referencia es pertinente porque apunta al estereotipo de las mujeres como cuidadoras «naturales» y porque refleja, aunque de manera implícita, que es sobre las mujeres en quienes suelen recaer las responsabilidades del cuidado (56). Así, la normativa vasca en materia de igualdad de mujeres y hombres recoge el deber jurídico de eliminar los estereotipos de género, no sólo en la Ley 4/2005, sino también en las normas forales de igualdad.

2. Nivel jurisprudencial

En este apartado se examinará el uso que hacen los tribunales de la CAPV del concepto de estereotipo (57). Una primera aproximación ha permitido detectar las resoluciones que se refieren al concepto de estereotipo, de las que luego se han escogido sólo aquellas sentencias que mencionan los estereotipos en los casos relacionados con la igualdad de mujeres y hombres.

En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco hay pocas resoluciones que se refieran al concepto de estereotipo y entre estas no hay muchas que sean interesantes para el objeto de estudio de este trabajo (58). La sentencia de la Sala de lo Social de 11 de diciembre de 2017 alude al concepto de estereotipo de género porque la parte recurrente alega que las diferentes prestaciones de maternidad por el nacimiento de hijo/a perpetúan la asignación desigual de los cuidados y ello lleva a llevar al refuerzo de estereotipos de género (59). La parte recurrente identifica correctamente el ámbito en donde se dan los estereotipos en este caso, como es el ámbito del cuidado, pero no explicita cuál es el estereotipo de género que sostiene dicha regulación sobre las prestaciones y permisos parentales, esto es, el estereotipo que sitúa a las mu-

(56) Además, la Norma Foral guipuzcoana también establece la obligación de evitar los estereotipos sexistas en la documentación, publicidad, imagen o materiales de las personas jurídicas o físicas que hayan recibido subvenciones de las entidades integrantes del sector público foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa (art. 26).

(57) Para ello, se ha buscado jurisprudencia por la palabra clave «estereotipo» en el Centro de Documentación Jurídica (CENDOJ). Buscador Cendoj accesible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

(58) En total, a fecha de 6 de noviembre de 2020, se han encontrado 13 sentencias del TSJPV con el término «estereotipo»: 2 en la jurisdicción social, 10 en la contencioso-administrativo y 1 en la civil.

(59) STSJ País Vasco 3959/2017, de 11 de diciembre de 2017, de la Sala de lo Social.

jeros en el papel «natural» del cuidado y crianza de la prole(60). El Tribunal afirma que se trata de una cuestión *de lege ferenda* que excede de su competencia, por lo que no entra a cuestionar el fondo del asunto y no se refiere a los estereotipos de género que se estarían perpetuando con el sistema de prestaciones de maternidad y paternidad existentes en el momento de la resolución.

En la jurisdicción contencioso-administrativa, la Sentencia de 14 de septiembre de 2010(61) se refiere a los estereotipos de género al pronunciarse sobre unas medidas de acción positiva en la provisión de puestos de trabajo de la Ertzaintza. La sentencia está de acuerdo con la defensa, quien afirma que otorgar prioridad a la mujer en caso de empate y cuando la representación de las mujeres en el código de puesto de que se trate sea inferior al 40%, es una medida para superar estereotipos y lograr una presencia más equilibrada de los sexos(62). En esta ocasión, aunque el tribunal desestima el recurso contra los preceptos de medidas de acción positiva, tampoco profundiza sobre las razones de la administración vasca para el establecimiento de la medida de acción positiva, entre las que se encuentra la eliminación de los estereotipos de género.

En las Audiencias Provinciales del País Vasco se han encontrado diferentes sentencias que usan el concepto de estereotipo en casos de igualdad de mujeres y hombres. En la jurisdicción penal de la Audiencia Provincial de Álava, la Sentencia de 30 de julio de 2020(63) hace referencia al concepto de estereotipo de género al mencionar el informe de la Unidad Forense de Valoración Integral (UFVI) que indica que los investigados por agresión sexual «tenían interiorizados muchos estereotipos de género, y veían a la mujer como un objeto». El Auto de 13 de junio de 2018(64) menciona los estereotipos de género al afirmar que los episodios de violencia de género en presencia de los y las hijas menores afectan negativamente al desarrollo de su personalidad porque aprenden e interiorizan los estereotipos de género, las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia(65).

(60) La segunda sentencia de la jurisdicción social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que usa el concepto de «estereotipo» es la 2602/2013, pero lo hace porque cita una parte de la Exposición de Motivos de la LO 3/2007.

(61) STSJ País Vasco 983/2010, de 14 de septiembre de 2010 de la Sala de lo Social, FJ4.

(62) Como se refleja en la propia sentencia, las reglas que regulan estos baremos son muy complejas, pero aquí es suficiente con mencionar el principal criterio litigioso.

(63) SAP VI 124/2020, de 30 de julio de 2020, FJ1.

(64) AAP VI 353/2018, de 13 de junio de 2018.

(65) Esta referencia es cita de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2018 (STS 1378/2018; FJ2, 3.pár.).

En la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, la Sentencia de 27 de marzo de 2016(66) cita también parte del informe de las psicólogas y trabajadoras sociales de la UFVI que destacan que el investigado se ha socializado en una cultura sexista de estereotipos de género y que esto explica el reconocimiento de la autoridad en términos de intimidación y asimetría de poder. Pero la Audiencia no entra a discutir la cuestión de la socialización en una cultura sexista de estereotipos de género que menciona el informe técnico. La Sentencia de 19 de octubre de 2001(67), sobre una agresión sexual contra una mujer, indica que no se puede juzgar el comportamiento de la víctima en base a estereotipos o pautas previas, y que no debe calificarse como normal o ilógico lo que una víctima hizo o dejó de hacer. En la misma línea, el Auto de 5 de junio de 2018(68) afirma que los tribunales deben desligarse de los estereotipos, sobre todo en temas de familia. Finalmente, en la Sentencia de 11 de diciembre de 2018(69) la referencia al estereotipo se encuentra en el voto particular(70) que, a pesar de coincidir con el fallo al que ha llegado el Tribunal, discrepa de algunas generalizaciones realizadas en la sentencia por estimarlas fuera de lugar y estar basadas en estereotipos. En concreto, discrepa de varios párrafos que señalan una concepción particular de la familia, en donde el padre trabaja fuera del hogar y «delega» —tal y como dice el tribunal— en la madre las labores domésticas y de atención a los hijos e hijas.

Por último, en la Audiencia Provincial de Bizkaia destacan varias resoluciones judiciales que identifican y exponen diversos estereotipos de género que afectan particularmente a las víctimas de violencia sexual(71). En la Sentencia de 27 de mayo de 2019(72), ante las acusaciones de los investigados de la falta de claridad e inconsistencia del testimonio de la víctima de agresión sexual, la sentencia destaca el informe técnico de la perito forense que asistió y entrevistó a

(66) SAP SS 265/2016, del 27 de marzo de 2016, FJ2.2.III.

(67) SAP SS 1610/2001, de 19 de octubre de 2001, FJ1.

(68) AAP SS 621/2018, de 5 de junio de 2018, FJ2.

(69) SAP SS 1078/2018, de 11 de diciembre de 2018. Se trata de un caso de modificación al régimen de custodia compartida.

(70) De la Magistrada Dña. Yolanda Domeño Nieto.

(71) En concreto, la SAP BI 1721/2019, de 27 de marzo de 2019, la SAP BI 1721/2018, de 11 de julio de 2018, y SAP BI 1510/2018, de 8 de junio de 2018. También cabe mencionar la SAP BI 3841/2019, de 10 de noviembre de 2019, que se refiere al término «estereotipo», pero aparece porque esta sentencia cita la resolución judicial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2019 (STS 2200/2019), caso popularmente conocido como el caso de «La Manada».

(72) SAP BI 1721/2019, de 27 de mayo de 2019. La ponente es Miren Nekane San Miguel Bergareche.

la víctima (73). El informe indica que el cúmulo de entrevistas realizadas (17) y la «necesidad de responder a lo esperado» lleva a la víctima a tener «cierta necesidad o pretensión de responder al estereotipo de víctima», y ello afecta de alguna manera a su testimonio (FJ 3.5.d). El Tribunal se refiere al informe de la forense afirmando que esta «ha expuesto, entre las máximas que ha obtenido de su experiencia (amplia) como perito forense en este tipo de asuntos, el efecto que el estereotipo tiene en estas testigos: la gente percibe el modo en que debe comportarse quien ha sido agredida, y a medida que aparecen datos, quien ha sido víctima (o aparece como tal en juicio) trata de acomodar su actitud a lo que se espera de ella, motivo por el que, inconscientemente, explica algo de lo que se espera, sin poder saberse si esto viene determinado por el recuerdo, por lo sugerido, por lo escuchado, o, sencillamente por “cómo debe responder”» (FJ 5). El tribunal cita además estudios científicos forenses sobre la prueba testimonial y a lo largo de la argumentación jurídica desmonta varios de los estereotipos que siguen existiendo sobre las víctimas de violencia sexual. Por ejemplo, el estereotipo de que el episodio de violencia o trauma de la víctima de violencia sexual se recuerde con facilidad. El tribunal afirma que el hecho de sufrir una situación de violencia o suceso traumático —como ha podido ser la agresión sexual del caso— no aviva necesariamente la memoria de la víctima, sino que, en ocasiones, pasa lo contrario (FJ 4.2). En la misma línea, indica que existe la creencia de que las víctimas y testigos tienen que acordarse de los detalles, pero ello no tiene por qué ser así, porque la memoria no es un registro mecánico de información (FJ 4.4) (74) y cada víctima responde de manera diferente ante situaciones de estrés (FJ 4.2). En definitiva, la argumentación de esta resolución judicial es interesante por la exposición que hace de algunos estereotipos de género que recaen sobre las víctimas de violencia sexual para refutarlos con base en los informes técnicos y estudios científicos forenses (75).

(73) La sentencia dirime un caso de agresiones sexuales que realizan varios hombres a una mujer de 18 años que se encontraba en un estado de embriaguez y bajo los efectos de los medicamentos que debía tomar, y que están grabadas en vídeo. La defensa de los acusados intenta poner en duda la declaración de la víctima —e incluso de los testigos— alegando que es imprecisa, errática, y cambiante.

(74) El tribunal indica además que en las acusaciones se exponen los problemas de conducta que la víctima había tenido con anterioridad a estos hechos, pero declara rotundamente que «no estamos juzgando a la joven, sino los actos que, sobre ella (no con ella, como es obvio del relato acreditado) realizaron los acusados». (FJ6).

(75) Las sentencias de 8 de junio de 2018 (SAP BI 1510/2018) y de 11 de julio de 2018 (SAP BI 1721/2018) también se refieren a estereotipos sobre víctimas de violencia sexual. Varias de las afirmaciones que se realizan en estas dos sentencias están plasmadas también en la Sentencia de 27 de mayo de 2019 (SAP BI 1721/2019) ya analizada.

En este sentido, podemos afirmar que la mayoría de las resoluciones judiciales de los tribunales de la CAPV que usan el concepto de estereotipo en sus argumentaciones lo hacen porque alguna de las partes o algún informe técnico se refieren a él, esto es, no identifican los estereotipos (de género, interseccionales u otros) que han podido permear en cada caso de igualdad de mujeres y hombres. Si bien las referencias al concepto de estereotipo de género son en general escasas y poco o nada elaboradas, aún son menos las referencias a los estereotipos de género compuestos o interseccionales.

Los recientes ejemplos de resoluciones judiciales positivas como las recién mencionadas, indican una tendencia positiva a la atención de los estereotipos de género por parte de los tribunales, puesto que son las sentencias de los últimos años las que contienen referencias a los mismos. No obstante, aún queda mucho camino que recorrer en la atención que los tribunales otorgan a los estereotipos de género, y, más aún, a los estereotipos de género compuestos o interseccionales. De ahí la importancia de indagar el potencial que puede tener el enjuiciamiento enfocado en los estereotipos de género en los casos de igualdad de mujeres y hombres desde un enfoque interseccional. Ello contribuiría decisivamente a la efectiva protección de los derechos de las mujeres de distintos colectivos y a combatir la discriminación múltiple.

V. Bibliografía

- AÑÓN ROIG, M.J. (2013), «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», en *Isonomía* 39, págs. 127-157.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2010), «La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas», en *RVAP* 87-88, págs. 225-252.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2020), «La introducción de la interseccionalidad en el Derecho con especial referencia a la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres». Entregado para la publicación.
- BREMS, E. y TIMMER, A. (2016), *Stereotypes and Human rights law*. Intersentia.
- BRGLEZ, M.; NOVAK, S. y TKALEC, S. (2016), «Stereotyping and Human Rights Law: an (Un)conventional approach of the European Court of Human Rights», en *Teorija in praska* 53 (5), págs. 1124-1137.
- COOK, R.J. y CUSACK, S. (2010), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- CRENSHAW, K. (1988), «Race, reform and retrenchement: transformation and legitimation in antidiscrimination law», en *Harvard Law Review* 101 (7), págs. 1331-1387.

- CRENSHAW, K. (1989), «Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», en *University of Chicago Legal Forum* 1 (8), págs. 139-167.
- CRENSHAW, K. (1991), «Mapping the margins: intersectionality, identity politics and violence against women of color», en *Stanford Law Review* 43 (6), págs. 1241-1299.
- CRENSHAW, K. (2017), Interview: «Kimberlé Crenshaw on Intersectionality, More than Two Decades Later». Columbia Law School. Accesible at: <https://www.law.columbia.edu/news/archive/kimberle-crenshaw-intersectionality-more-two-decades-later>
- CUSACK, S. (2014), «Eliminating judicial stereotyping: Equal access to justice for women in gender-based violence cases», en *Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas* (OHCHR), págs. 1-42.
- CUSACK, S. (2016), «Building Momentum Towards Change. How the UN's Response to Stereotyping is Evolving», en E. BREMS y A. TIMMER (eds.), *Stereotypes and Human Rights Law*. Intersentia, págs. 11-37.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. (2019), «Ángela González, o cuando la justicia no protege a las mujeres ni a sus hijos e hijas de la violencia de género», en *Tiempo de Paz: el acceso de las mujeres al espacio público* 134, págs. 108-113.
- FRANKLIN, C. (2010), «The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law», en *New York University Law Review* 85-83, págs. 83-171.
- FRANKLIN, C. (2013), «Justice Ginsburg's advocacy and the future of equal protection», en *The Yale Law Journal Online* 122, págs. 227-227.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO (FGS) (2018), *Informe Anual 2018, Discriminación y Comunidad Gitana: Análisis de la discriminación interseccional, con especial atención a las mujeres gitanas*. Madrid.
- GÓMEZ, R. (2018), «Los estereotipos de género en la toma de resoluciones judiciales» en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Tirant Lo Blanch, Alternativa, págs. 161-174.
- HILL COLLINS, P. (1990), *Black Feminist Thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. Perspectives on gender 2, Routledge: London.
- LIPPMAN, W. (1922), *Public Opinion*. Harcourt, Brace & Co.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C. (2019), «Trabajadoras asalariadas y autónomas ante la protección por maternidad: la subsistencia de estereotipos sexistas en la ley y en la jurisprudencia», en *Revista Derecho Social y Empresa* 10, págs. 1-24.
- LORENTE, M. (2018), «Justicia, género y estereotipos» en *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*. Tirant lo Blanch, Alternativa, págs. 139-159.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2020), *El enjuiciamiento de género*. Dykinson, Madrid.

- MACKINNON, C.A. (2013), «Intersectionality as a method: a note», en *Journal of Women in Culture and Society* 38 (4), págs. 1019-1030.
- MOHANTY, C.T. (1984), «Bajo los ojos de occidente: academia feminista y discursos coloniales» en L. SUÁREZ NAVAZ y R.A. HERNÁNDEZ (eds.), *Descolonizando el feminismo: teorías y prácticas desde los márgenes*. Cátedra Universidad de Valencia, Feminismos, págs. 117-163.
- PERONI, L. y TIMMER, A. (2016), «Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases. An Analysis of the European Court of Human Rights' Jurisprudence», en E. BREMS & A. TIMMER (eds.), *Stereotypes and Human rights law*. Intersentia, págs. 39-65.
- TIMMER, A. (2011), «Toward an anti-stereotyping approach for the European Court of Human Rights», en *Human Rights Law Review* 11 (4), págs. 707-738.
- TIMMER, A. (2015), «Judging stereotypes: what the European Court of Human Rights can borrow from American and Canadian law», en *American Journal of Comparative Law* 63, págs. 239-284.
- TIMMER, A. (2016), «Gender stereotyping in the case law of the EU Court of Justice», en *European equality Law Review* 1, págs. 37-46.
- UBIETO, A. (2018), «La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos», en *Femeris* 3 (2), págs. 165-170.



Los efectos de la Covid-19 en las residencias de mayores

The effects of Covid-19 on nursing homes

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

Universidad de Almería
Jmn055@ual.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.04>

LABURPENA: COVID-19ak ekarri duen osasun-larrialdiak edo -krisiak erakutsi digu gure gizarte- eta osasun-ereduak badituela —bere-bereak gainera— hutsune larri batzuk. Garbi geratu da lankidetzazko soziosanitarioko mekanismo berriak birformulatu behar direla, berehala. Testuinguru konplexu horretan, pandemiaren ondorio handienak adinekoen egoitzetan nabaritu dira bereziki. Zentro horiei dagokienez, osasun-krisiak agerian utzi du egoitzak medikalizatzeko ahalegina egin dela baina ahalegin horrek porrot egin duela; eta erakutsi du orobat pazienteak lehenesteko sistema eztabaidagarri batean oinarritu dela osasun-arreta. Zentro horietan izandako ondorio kezkarriak ikusita, badira gai juridiko eta bioetiko batzuk premiaz tratatu beharrekoak; derrigor mahaigaineratu behar dira.

HITZ GAKOAK: Adinekoen egoitzak. COVID-19. Osasun-eskubidea. Bioetika.

ABSTRACT: The health emergency crisis caused by COVID-19 has revealed the serious deficiencies in our social and health model, confirming the urgent need to reformulate new mechanisms for socio-health cooperation. In this complex context, the main effects of the pandemic have been felt with special intensity in nursing homes. In relation to these centers, the health crisis has revealed a failed attempt to medicalize nursing homes, and a health care based on a questionable patient prioritization system. The worrying consequences suffered in these centers make it necessary to raise some pressing legal and bioethical questions.

KEYWORDS: Nursing homes. COVID-19. Right to health. Bioethics.

RESUMEN: La crisis de emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha confirmado las graves deficiencias que caracterizan a nuestro modelo social y sanitario, constatando la urgente necesidad de reformular nuevos mecanismos de cooperación socio-sanitaria. En este complejo contexto, los principales efectos de la pandemia se han hecho notar con especial intensidad en las residencias de mayores. En lo referente a estos centros, la crisis sanitaria ha dejado en evidencia un fracasado intento de medicalización de las residencias, y una aten-

ción sanitaria basada en un cuestionable sistema de priorización de pacientes. Las preocupantes consecuencias sufridas en estos centros obligan a plantear algunas cuestiones jurídicas y bioéticas de apremiante tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Residencias de mayores. COVID-19. Derecho a la salud. Bioética.

Trabajo recibido el 21 de octubre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Contextualizando el conflicto: cambios demográficos en la sociedad global y el nuevo coronavirus. 1. El envejecimiento de la población europea. 2. El impacto del nuevo coronavirus en el ámbito social y sanitario. Los efectos de la COVID-19 en las residencias de mayores.—II. Las residencias de mayores. Aspectos generales. 1. Concepto y naturaleza jurídica. 2. El desarrollo de un nuevo grupo normativo regulador.—III. Los servicios socio-sanitarios durante la pandemia. 1. La «coordinación» socio-sanitaria. 2. La descentralización y la «descoordinación» socio-sanitaria en tiempos de pandemia.—IV. La asistencia sanitaria en las residencias de mayores durante la pandemia. 1. El fallido intento de medicalización de las residencias de mayores. 2. La bioética y la proporcionalidad de las medidas.—V. El derecho a la salud en tiempos de pandemia. La priorización de pacientes y la medicina de catástrofe. 1. La no discriminación por razón de edad. 2. El reconocimiento de la dignidad de las personas mayores.—VI. A modo de conclusión.—VII. Bibliografía.

I. Contextualizando el conflicto: cambios demográficos en la sociedad global y el nuevo coronavirus

1. El envejecimiento de la población europea

A inicios de 2018, en la Unión Europea (UE) residían 101,1 millones de personas mayores de 65 años. Esta cifra equivale a casi una quinta parte (19,7%) de la población total(1). Durante las próximas tres décadas, se prevé que el número de personas mayores en la UE siga una tendencia ascendente, alcanzando los 149,2 millones de habitantes en 2050(2).

Por lo cual, en la UE, se estima que el coste total del envejecimiento (gasto público en pensiones, asistencia sanitaria, cuidados de larga duración, educación y prestaciones por desempleo) aumente 1,7 puntos porcentuales hasta el 26,7% del PIB entre 2016 y 2070. Se espera que los costos de la atención a largo plazo y la atención médica sean los que más

(1) Sin duda, la influencia del SARS-CoV-2 en la población de más de 65 años requerirá de una reformulación de la trayectoria demográfica. No obstante, aunque estas cifras pueden presentar alguna variación como consecuencia de los efectos de la COVID-19, lo cierto es que la tendencia hacia el envejecimiento de la población europea parece un fenómeno imparable.

(2) EUROSTAT: *Ageing Europe. Looking at the lives of older people in the EU*, 2019 edition, Publications Office of the European Union, 2019, pág. 8. El envejecimiento de la población se debe principalmente a una caída a largo plazo de las tasas de fecundidad y al aumento de la esperanza de vida (longevidad), lo que refleja varios factores diferentes, entre ellos: reducciones de la mortalidad infantil; avances en salud pública y tecnologías médicas; mayor conciencia de los beneficios vinculados a un estilo de vida saludable; un alejamiento del trabajo pesado hacia ocupaciones terciarias; mejores condiciones de vida; etc.

contribuyan al incremento del gasto relacionado con la edad, aumentando en 2,1 puntos porcentuales (3).

En España, los cambios demográficos y sociales siguen una trayectoria similar al resto de estados de la Unión Europea. De igual modo, destaca el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se duplicó en las últimas décadas del siglo xx, pasando de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7% de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6%) (4). En la actualidad, la pirámide de población en España continúa su proceso de envejecimiento (5).

La tendencia que sigue la evolución de la población europea deriva a su vez en importantes retos para los sistemas sanitarios públicos. A corto plazo los sistemas sanitarios públicos europeos tendrán que afrontar el envejecimiento de la población, la medicalización de la sociedad, efectos provocados por los enormes cambios culturales y familiares, atención sanitaria a las personas que llegan de fuera, la dificultad de sostener financieramente el ritmo de la innovación tecnológica de la sanidad moderna, además de los retos que se presentan de forma cíclica derivados de las enfermedades que afectan a la seguridad mundial (6).

2. El impacto del nuevo coronavirus en el ámbito social y sanitario. Los efectos de la COVID-19 en las residencias de mayores

El imparable avance del virus provocó que la Organización Mundial de la Salud elevara la crisis sanitaria a pandemia mundial con fecha de 11 de

(3) *Ídem.* De manera análoga, la tasa de dependencia de las personas mayores en la UE (personas de 65 años o más en relación con las de 15 a 64 años) aumentará en 21,6 puntos porcentuales, del 29,6% en 2016 al 51,2% en 2070. Esto implica que en la UE habrá solo dos personas en edad de trabajar por cada persona mayor de 65 años. Su participación relativa en la población total también aumentará gradualmente y se prevé que alcance el 28,5% en 2050. Por otro lado, el envejecimiento de la población europea también tendrá implicaciones importantes para su población activa. Si bien se espera que la oferta total de mano de obra en la UE entre las personas de 20 a 64 años caiga un 9,6% entre 2016 y 2070 (9,7% en la zona del euro), se prevé que las tasas de participación de la población activa aumentarán del 77,5% en 2016 al 80,7% en 2070. Este aumento es particularmente evidente entre las mujeres y los trabajadores mayores.

(4) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Exposición de motivos.

(5) PÉREZ DÍAZ, Julio; ABELLÁN GARCÍA, Antonio; ACEITUNO NIETO, Pilar; RAMIRO FARIÑAS, Diego, «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, Madrid, pág. 5. Según los datos estadísticos del Padrón Continuo (INE) a 1 de enero de 2019 hay 9.057.193 personas mayores, un 19,3% sobre el total de la población (47.026.208); siguen aumentando, pues, tanto en número como en proporción. La edad media de la población, que es otra forma de medir este proceso, se situaba en 43,3 años en 2019; en 1970 era de 32,7.

(6) PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (Dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pág. 27.

marzo de 2020. El día 15 de marzo, dio comienzo el Estado de Alarma en España(7), que en principio duraría 15 días, con confinamiento de la población y prohibición de ciertas actividades laborales y desplazamientos no esenciales(8).

Desde el inicio de la pandemia, las residencias de mayores han destacado como uno de los principales núcleos donde el SARS-CoV-2 ha tenido una mayor propagación y sus peores efectos. La situación vivida en estos centros sociales presenta cifras y datos preocupantes. Sin duda, la alta mortalidad durante esta crisis es causa directa de problemas estructurales y sistémicos en relación al modelo socio-sanitario español.

La respuesta a la COVID-19 ha puesto de manifiesto la falta de capacidad y asistencia a este colectivo tanto en los servicios de atención primaria como en el sistema hospitalario(9). Los datos dejan en evidencia la necesidad de mejorar la atención médica que debe brindarse a quienes viven en estos centros, sean públicos, privados o concertados(10).

Los últimos datos oficiales aportados por el Ministerio de Sanidad y las Consejerías de las Comunidades Autónomas con fecha de 26 de agosto de 2020 son alarmantes. De los 28.971 fallecidos por COVID-19 en el territorio nacional (contabilizados a esa fecha), se han registrado un total de 19.811 fallecidos en residencias de mayores. Si analizamos los datos por Comunidades Autónomas podemos comprobar que la proporción es muy variable, si bien, en cualquier caso, las cifras son preocupantes(11).

En síntesis, podemos destacar en primer lugar aquellas Comunidades Autónomas cuya tasa de fallecimientos en residencias de mayores representan más del ochenta por ciento de los fallecimientos totales: Asturias (81% de los fallecimientos han sido en residencias de mayores), Castilla-La Mancha (83%), Castilla y León (93%), Extremadura (82%), y Navarra (81%). En un segundo nivel, aquellas Comunidades Autónomas con unas cifras de fallecimientos superiores al cincuenta por ciento: Aragón (76%), Cantabria (69%), Cataluña (72%), Comunidad de Madrid (70%), y La Rioja (57%). Finalmente, las Comunidades Autónomas con unas cifras

(7) Al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio,

(8) VELASCO CABALLERO, Francisco, «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 79 y ss.

(9) MÉDICOS SIN FRONTERAS, *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, MSF, 2020, pág. 3.

(10) *Ídem*.

(11) Fuente: Elaboración propia. Datos obtenidos por el Ministerio de Sanidad y las Consejerías de las CC.AA.

inferiores al cincuenta por ciento: Andalucía (38%), Baleares (40%), Canarias (11%), Comunidad Valenciana (39%), Galicia (44%), Murcia (44%), y País Vasco (40%). Únicamente Ceuta y Melilla han estado libres de fallecimientos en sus residencias de mayores (12).

En cambio, el estudio presentado por el Consejo General de Enfermería, con fecha de 5 de octubre de 2020 (13), revela que la situación actual en las residencias de mayores no refleja mejora material y personal alguna para afrontar una nueva crisis sanitaria. El informe concluye que el 12,5% de los centros no disponen todavía de un plan de respuesta frente a la COVID-19; casi el 74% no cuenta con una unidad de hospitalización; el 30,5% no tiene coordinación con centros de atención primaria u hospitales; y el 59,1% no tienen historia clínica compartida (14).

II. Las residencias de mayores. Aspectos generales

1. Concepto y naturaleza jurídica (15)

El Diccionario de la Real Academia Española define «residencia» como la «casa donde conviven y residen, sujetándose a determinada reglamentación, personas afines por la ocupación, el sexo, el estado, la edad, etc.».

Por su parte, la terminología empleada para designar a las personas mayores es muy variada y heterogénea. Así, el Comité de Derechos So-

(12) En la actualidad, la Fiscalía General del Estado mantiene casi 200 diligencias civiles y otras 228 investigaciones en relación con la gestión de la crisis del coronavirus en las residencias. Por lo cual, un nuevo reto jurídico que plantea la pandemia es la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la COVID-19, que afecta en gran medida al Derecho Administrativo y a los centros socio-sanitarios. Al respecto, BLANQUER CRIADO, David, «Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial, ordenación y privación de derechos)», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 399 y ss.; y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a Carmen, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexos causales y criterios de imputación», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020, págs. 22 y ss.

(13) CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA, SINDICATO DE ENFERMERÍA (SATSE) y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ENFERMERÍA GERIÁTRICA Y GERONTOLÓGICA (SEEGG): *Informe de la Profesión Enfermera sobre la situación de las residencias tras la primera ola de la Covid-19*, 5 de octubre de 2020.

(14) Al respecto, ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén, «Coordinación socio-sanitaria, usos de la historia clínica y reutilización de datos de salud. Su utilidad en la estrategia de atención a pacientes mayores y crónicos», en ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 275 y ss.

(15) Para un estudio más detallado sobre esta materia *Vide*: PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Autorización y registro de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003. PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012, págs. 41-88.

ciales, Económicos y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés)(16), en sus documentos internacionales opta por los términos: personas mayores, personas de edad avanzada(17), personas de más edad, tercera edad y cuarta edad para los mayores de 80 años. De este modo, se evita emplear términos con una connotación peyorativa como «viejo» o «anciano».

Desde los principales organismos internacionales e instituciones públicas, se ha optado por utilizar el término «personas mayores». Al respecto, en el servicio estadístico Eurostat de la Unión Europea, se considera «personas mayores» a aquellas con 65 o más años. Desde la perspectiva jurídica, con carácter general se entiende por «persona mayor» a toda aquella persona en edad de jubilación(18).

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales, perteneciente al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, define los centros residenciales como los «establecimientos destinados al alojamiento temporal o permanente, con servicios y programas de intervención adecuados a las necesidades de las personas objeto de atención, dirigida a la consecución de una mejor calidad de vida y a la promoción de su autonomía personal».

Al mismo tiempo, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Andalucía, las define como «centros de alojamiento y de convivencia que tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente, donde se presta a la persona mayor una atención integral» (art. 18.1)(19). En este sentido,

(16) Observación 6 de 1995 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes. Se creó en virtud de la Resolución ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985 para llevar a cabo las funciones de seguimiento asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en la Parte IV del Pacto.

(17) Es el término que habitualmente se emplea en el ordenamiento español, con carácter especial en la normativa reguladora desarrollada en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Del mismo modo, este término se emplea en multitud de textos de ámbito internacional como el relativo a los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad de 1991.

(18) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, «El derecho a la atención de las personas mayores en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: retos para los poderes públicos andaluces», págs. 325-326. En este sentido, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Andalucía, en su artículo 2, reconoce que «*tendrán derecho a las prestaciones y servicios previstos en la presente Ley las personas mayores de sesenta y cinco años que [...]*». De igual modo, la Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano del Principado de Asturias, art. 3.

(19) En contraposición a las residencias de mayores definidas, quedan fuera del objeto de estudio del presente trabajo: a) Las unidades de estancias diurnas, como «aquellos centros de carácter social que ofrecen una atención integral durante el período diurno a personas mayores en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y calidad de vida, tanto de la persona en situación de dependencia como de su entorno socio-familiar, posibilitando la permanencia de aquella en su entorno habitual» (Orden de 5 de noviembre de 2007, de la Consejería, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, art. 3.2). b) Uni-

la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, define las residencias de mayores como «el establecimiento destinado a servir de alojamiento estable y común a personas mayores, en el que se presta una asistencia integral y continuada, superando la meramente asistencial» (art. 2)(20).

Complementariamente, conviene hacer mención a la Orden de 16 de mayo de 1985 por la que se aprueba el Estatuto de los Centros de la Tercera Edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales de la Seguridad Social, en su artículo 2, como responsable de clasificar las residencias de personas mayores atendiendo a las características de sus usuarios como residencias de validos, residencias asistidas y residencias mixtas(21).

Como centros pertenecientes a los servicios sociales, las residencias de mayores forman parte de un conjunto de servicios, recursos y prestaciones orientados a garantizar el derecho de todas las personas a la protección social, en los términos recogidos en las leyes, y tienen como fina-

dades de estancias nocturnas, como «aquellos centros de carácter social que ofrecen alojamiento y atención en horario nocturno a personas mayores en situación de dependencia y que tienen una función complementaria a la permanencia de la persona usuaria en el entorno social y/o familiar» (Orden de 5 de noviembre de 2007, de la Consejería, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, art. 3.3). c) Viviendas tuteladas, como «aquellas destinadas a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía personal y se configuren como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sobre centros de servicios sociales, y supervisadas por una entidad de servicios sociales, tanto de carácter público como privado» (Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, art. 17). d) Centros de participación activa, que «se configuran como centros de promoción de bienestar de las personas mayores, tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el medio social, pudiendo servir, sin detrimento de su finalidad esencial, de apoyo para la prestación de servicios sociales a otros sectores de la población» (Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, art. 15).

(20) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar, «Conceptualización de los alojamientos para personas mayores», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar, *Residencias para personas mayores*, Ed. Médica Panamericana, Madrid, 1999, pág. 58. En el ámbito doctrinal, cabe destacar la definición aportada por Rodríguez Rodríguez, quien define las residencias de mayores como «centros gerontológicos abiertos de desarrollo personal y atención socio-sanitaria multiprofesional en el que viven temporal o permanentemente personas mayores con algún grado de dependencias».

(21) Según lo estipulado en esta disposición normativa, las residencias de mayores se pueden clasificar del siguiente modo: a) *Residencias de validos*: son establecimientos destinados a quienes por sus condiciones personales pueden desarrollar las actividades de la vida diaria sin la asistencia de otras personas. Estos centros podrán disponer de unidades asistidas para la adecuada atención de los que, ingresados como validos, hubieran experimentado un empeoramiento en sus condiciones físicas o psíquicas. b) *Residencias asistidas*: son establecimientos destinados a la atención y asistencia de quienes sufran una patología crónica o invalidante que les impida valerse por sí mismo, precisando por ello de la asistencia de terceras personas. c) *Residencias mixtas*: son establecimientos con servicios e instalaciones suficientes para acoger a personas que puedan desenvolverse de forma autónoma y a las que necesitan de asistencia para la vida diaria.

lidad la prevención, atención o cobertura de las necesidades individuales y sociales básicas de las personas en su entorno, con el fin de alcanzar o mejorar su bienestar. Estos servicios, configurados como un elemento esencial del estado de bienestar, están dirigidos a alcanzar el pleno desarrollo de los derechos de las personas en la sociedad y a promocionar la cohesión social y la solidaridad (22).

En suma, de la totalidad de definiciones expuestas podemos destacar dos elementos comunes: en primer lugar, la referencia al carácter sustitutorio del hogar familiar; y, en segundo lugar, la finalidad de establecer una atención integral que, en definitiva, supone todas aquellas actuaciones tendentes a lograr el mayor bienestar posible del beneficiario satisfaciendo todas sus necesidades, inclusive los servicios sanitarios (23).

2. El desarrollo de un nuevo grupo normativo regulador

Para identificar el marco normativo regulador aplicable a los derechos de las personas mayores en España, así como a las residencias, es necesario partir del diseño de la estructura política que se estableció tras la aprobación de la Constitución de 1978 (24) y se ha ido desarrollando mediante la promulgación de los distintos Estatutos de Autonomía y las posteriores reformas de éstos, que afecta, entre otras cuestiones, al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (25).

Por lo cual, las Comunidades Autónomas han asumido competencias exclusivas en numerosas materias que se asimilan con la acción social de la Administración Pública, en las que, en principio, les permiten desarro-

(22) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar, «Conceptualización de los alojamientos para personas mayores», *o. c.*, pág. 8.

(23) LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, *Acción social en España. Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI, Madrid, 2014, pág. 152. ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Pilar, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, ed. BOE, Madrid 2000, págs. 386-389. MORENO REBATO, Mar, «La protección de la tercera edad», *Documentación administrativa*, núm. 271-272, 2005, págs. 147-148. CASADO, Demetrio, *Introducción a los Servicios Sociales*, Popular, Madrid, 1997, pág. 29.

(24) La Constitución Española (1978), en su artículo 50 establece que: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

(25) En España, iniciativas como la Ley de Integración Social de las Personas con Minusvalía de 1982 (LISMI); la Ley General de Sanidad, de 1986; la puesta en marcha del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en 1988; la generalización del sistema de pensiones, mediante la Ley de Prestaciones no contributivas de 1990; y la puesta en marcha del Plan Gerontológico en 1992 para la década de los noventa, supusieron hitos de envergadura para la mejora de la protección social en nuestro país.

llar una amplia regulación y promover nuevos derechos con un ámbito de influencia limitado al territorio (26). En este marco normativo, se han desarrollado las Leyes Autonómicas de Servicios Sociales que contemplan sus principios, actuaciones y prestaciones, promoviendo una red de equipamientos y servicios, que han supuesto el desarrollo e implantación de los Servicios Sociales en todo el territorio del Estado (27).

Con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, se dio un paso decisivo en la creación de un sistema que garantice las condiciones básicas del ejercicio de los derechos de las personas mayores, y vele por aquellos que necesitan instrumentos de apoyo para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria. La aprobación de esta norma dio origen a una nueva fase de desarrollo normativo autonómico, con una incidencia destacada en los centros residenciales (28).

El legislador constitucional entendió que la materia de servicios sociales adquiere mayor relevancia cuanto más cercano es el ámbito geográfico de su aplicación (29). Estas prestaciones se ejecutan a través de

(26) La atribución de competencias de las Comunidades Autónomas queda evidenciada en el artículo 148.20 CE, donde se establece a favor de los entes regionales la competencia exclusiva sobre la «Asistencia Social». En consecuencia, los Estatutos de Autonomía constituyen el marco jurídico que garantiza los derechos de los ciudadanos en los ámbitos territoriales respectivos.

(27) Ley 9/2016 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (Andalucía); Ley 5/2009 de 30 de junio, de Servicios Sociales (Aragón); Ley 1/2003 de 24 de febrero, de Servicios Sociales (Asturias); Ley 16/2019, de 2 de mayo, de Servicios Sociales de Canarias (Canarias); Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales (Cantabria); Ley 14/2010 de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha (Castilla-La Mancha); Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León (Castilla y León); Ley 12/2007 de 11 de octubre, de Servicios Sociales (Cataluña); Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (Comunidad Valenciana); Ley 14/2015 de 9 de abril, de Servicios Sociales (Extremadura); Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears (Islas Baleares); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales (Galicia); Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales (La Rioja); Ley 11/2003 de 27 de marzo, de Servicios Sociales (Madrid); Ley 3/2003 de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales (Murcia); Ley Foral 15/2006 de 14 de diciembre, sobre Servicios Sociales (Navarra); Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales (País Vasco).

(28) En el supuesto específico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, tras la publicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, reformuló su marco normativo regulador aplicable a los centros residenciales de las personas mayores: Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía. Orden de 21 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo de Reglamento de Régimen Interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. Orden de 21 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo de documento contractual para el ingreso de personas mayores en situación de dependencia en centros residenciales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(29) Entre los años 1983 y 1985 se dieron las primeras transferencias en materia de servicios sociales a las Comunidades Autónomas y se fueron sucediendo las primeras Leyes de Servicios Sociales en las Comunidades Autónomas hasta la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985.

los servicios sociales municipales que constituyen el Nivel de Atención e Inserción Primario. La Ley de Bases de Régimen Local de 1985 regula las competencias de los municipios, entre las cuales se reconoce la de prestar «los servicios sociales, de promoción y reinserción social». Señala también, en su artículo 26.1.c, «la obligación de los municipios con población superior a 20.000 habitantes a otorgar la prestación de Servicios Sociales».

Recientemente, se ha aprobado el Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que desarrolla la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales.

En la actualidad, la crisis originada por el SARS-CoV-2 ha dado inicio a una nueva etapa de superproducción normativa que ha reformulado en gran medida el marco normativo aplicable a los centros residenciales de personas mayores (30).

El *BOE* de 21 de marzo de 2020 publicó la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En esta disposición aprobada por el Ministerio de Sanidad se recogen medidas referidas a todo el personal, sanitario y no sanitario, que preste sus servicios en las residencias de mayores y otros centros socio-sanitarios, así como relativas a la ubicación y aislamiento de pacientes con COVID-19 en tales centros, y disposiciones aplicables para la limpieza de los mismos. Además, la Orden recoge medidas aplicables únicamente al personal sanitario que presta sus servicios en las residencias de mayores y centros socio-sanitarios, y asimismo establece medidas específicas para el diagnóstico, seguimiento y derivación de la COVID-19 en estos centros y el Sistema Nacional de Salud.

De modo accesorio, se publica la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Entre otras cuestiones, esta disposición normativa surge con el objetivo de garanti-

(30) Desde el 19 de marzo, el Gobierno ha aprobado una serie de órdenes ministeriales relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios. Estas órdenes establecen la obligatoriedad de reportar información sobre los fallecimientos, así como sobre los residentes y el estado de la situación actual. La Orden SND/322/2020, de 3 de abril establece que las comunidades autónomas tienen que recoger los datos y reportar al Ministerio el 8 de abril y a partir de ahí cada martes y cada jueves. Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 214 y ss.

zar la puesta a disposición de información sobre las características físicas de los centros, el personal y personas residentes de los mismos; se establecen diversas medidas de intervención; o se contempla la posibilidad de llevar a cabo inspecciones sanitarias.

Seguidamente, el 28 de marzo de 2020 se publica la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos en el ámbito de los servicios sociales ante la situación de crisis ocasionada por el COVID-19(31). Esta orden tiene por objeto el establecimiento de medidas especiales en materia de recursos humanos para la garantía del correcto funcionamiento del sistema de servicios sociales durante la crisis sanitaria(32).

Finalmente, el 4 de abril se publica la Orden SND/322/2020, de 3 de abril, por la que se modifican la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo y la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, y se establecen nuevas medidas para atender necesidades urgentes de carácter social o sanitario en el ámbito de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

III. Los servicios socio-sanitarios durante la pandemia

1. La «coordinación» socio-sanitaria

El incremento de la esperanza de vida, consecuencia directa del nivel de desarrollo socioeconómico alcanzado en nuestro país, es un logro inquestionable del Estado de Bienestar, éxito que se debe, de manera muy

(31) Al respecto, cabe destacar la Resolución de 23 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Esta resolución pretende flexibilizar, por motivos de urgencia y necesidad, la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis COVID-19. De este modo, aquel centro o institución que requiera personal para asistencia personal o labores de auxiliar de ayuda a domicilio cuando sea necesario y acredite que no existen demandantes de empleo con las titulaciones específicas necesarias en la zona donde esté ubicado, podrá emplear personal para dichas funciones que tengan alguna de las titulaciones exigidas para cualquiera de ellas.

(32) Esta disposición posibilita que «el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero) y las comunidades autónomas en sus respectivos ámbitos de competencia en materia de servicios sociales podrán adoptar en materia de servicios sociales las medidas necesarias para la protección de las personas, bienes y lugares, pudiendo imponer a los trabajadores y trabajadoras de los servicios sociales la prestación de servicios extraordinarios, ya sea en razón de su duración o de su naturaleza» (art. Tercero, apartado 1); asimismo, entre otras cuestiones, «se autoriza, previa valoración por la autoridad competente de la oportunidad de la medida y de la idoneidad del trabajador, a la contratación temporal, a jornada parcial o completa, de personal que se encuentre cursando el último año de los estudios requeridos para la prestación de los correspondientes servicios en los distintos ámbitos del sector de los Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y que, en consecuencia, no se halle en posesión del preceptivo título académico o de la habilitación profesional correspondiente» (art. Cuarto, apartado 2).

importante, entre otros factores, a la mejora de la asistencia sanitaria y a su extensión a toda la población.

Ciertamente, España carece de modelo socio-sanitario específico (33). No obstante, es innegable la existencia de un espacio socio-sanitario consolidado en nuestro país. El mismo se conforma a partir de las extensas prestaciones que ofrecen unos sistemas social y sanitario amplios y extensos. Sin embargo, no cabe duda que la progresión de ambos sistemas ha sido dispar especialmente durante los últimos años.

La atención socio-sanitaria debe cubrir el que se ha venido a denominar espacio socio-sanitario, una zona compartida, un área de convergencia entre los dos sistemas constituida por las necesidades simultáneas y continuadas de prestaciones sociales y sanitarias destinadas a personas con enfermedad crónica y distintos perfiles de necesidad. En esta parcela, ninguno de los sistemas (el social y el sanitario) posee la capacidad de prestar una atención plena e integral y de calidad sin el complemento del otro. Cuando ello ocurre, ambos resultan afectados por las consecuencias de una atención inadecuada a la necesidad planteada. Por lo expuesto, el espacio socio-sanitario es concebido como un área de encuentro entre los recursos sociales y sanitarios y de los sistemas encargados de su gestión (34).

Por lo expuesto, no sería acertado hacer referencia al término «modelo socio-sanitario», al contrario, lo más conveniente sería referenciar esta materia como «la coordinación socio-sanitaria». En efecto, la coordinación socio-sanitaria se puede definir como un «conjunto de acciones encaminadas a ordenar los sistemas sanitario y social para ofrecer una respuesta integral a las necesidades de atención socio-sanitaria que se presentan simultáneamente en las personas que padecen situaciones de dependencia» (35).

(33) Tomando en consideración la ausencia de un modelo socio-sanitario, desde la doctrina cabe plantearse si lo «socio-sanitario» constituye un auténtico sistema jurídico. A priori, parece constatable que el ámbito socio-sanitario carece de algunos requisitos jurídicos esenciales para considerarlo un verdadero sistema jurídico. En primer lugar, carece de normas específicas. En segundo lugar, la gestión del espacio socio-sanitario está compartida entre el sistema sanitario y el social. En tercer lugar, se carece de régimen jurídico inspector y sancionador. En último lugar, no se contempla una dotación específica de recursos financieros. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, «La sostenibilidad del ámbito socio-sanitario», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, pág. 180. Al respecto también: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1994, págs. 533-535. ALONSO SECTO, José María y GONZALO GONZALO, Bernardo, *La Asistencia Social y los Servicios Sociales en España*, Ministerio de la Presidencia, o. c., págs. 186-192.

(34) ARARTEKO DEFENSORÍA DE PUEBLO, *Atención socio-sanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco*, 2007.

(35) SANCHO CASTIELLO, T. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., «Política social de atención a las personas mayores», *Gerontología Conductual*, Vol. I, Ed. Síntesis, 1999.

A su vez, en España, la atención socio-sanitaria fue definida en la ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema nacional de salud como «la atención socio-sanitaria comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social» (art. 14). La propia norma establece que la continuidad del servicio «será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes».

La coordinación socio-sanitaria presenta un marco normativo disperso, del que podemos destacar(36): Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; el Real Decreto 496/2003, de 2 de mayo, por el que se establece el título de técnico en la atención socio-sanitaria y en las correspondientes enseñanzas comunes(37); la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud(38); el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiem-

(36) El soporte normativo de la coordinación sanitaria y social tiene como base el derecho a la protección de salud recogido en el artículo 43.1 de la Constitución Española. En la década de los años noventa, se inician importantes debates en el entorno político en atención a los desajustes identificados en el sistema sanitario y los nuevos retos que comienza a presentar la sociedad europea. Así, por ejemplo, a nivel nacional se desarrolla el Plan Gerontológico Nacional (1993) que abordó el envejecimiento de la población española, la dependencia y las nuevas necesidades de servicios. O el Plan Estratégico del INSALUD (1997), que da inicio a importantes medidas de coordinación de recursos sanitarios y sociales, siendo, además, el origen de los Equipos de Soporte de Ayuda a Domicilio. A nivel comunitario se elabora la Declaración de principios del Consejo de la Unión Europea y de los Ministros de Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, con motivo de la clausura del Año Europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones. Con independencia del marco normativo regulador, también cabe destacar: los distintos Planes de Acción para personas mayores; Libro Blanco de la dependencia (2004); y Libro Blanco de la coordinación socio-sanitaria en España (2011); Estrategia para el Abordaje de la Cronicidad en el Sistema Nacional de Salud (2012); e Informe del Consejo Asesor de Sanidad sobre Coordinación y Atención Socio-sanitaria (2013).

(37) MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Libro Blanco de la coordinación socio-sanitaria en España*, 15 de diciembre de 2011, págs. 241 y ss. El Real Decreto 496/2003, de 2 de mayo, además de entender la importancia de un perfil específico adecuado a las características de la atención socio-sanitaria, regula las capacidades que ha de reunir dicho perfil en aspectos tales como: lenguaje socio-sanitario, organización de actividades para cubrir las necesidades de la vida diaria de mayores, discapacitados, enfermos crónicos y convalecientes, atención integral, colaboración interdisciplinaria, atención domiciliaria, satisfacción de expectativas de usuario, elaboración del plan de cuidados individualizado y seguimiento del mismo, actitud de tolerancia, etc.

(38) *Ibidem*, págs. 242 y ss. La Ley 16/2003 de 28 de Mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud «señala la importancia de la búsqueda de mecanismos de integración en la atención social y sanitaria y establece la garantía de la continuidad del servicio mediante la coordinación de las administraciones públicas que correspondan y define las prestaciones de atención socio-sanitaria como el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social».

bre por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización (39); la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAPAD) (40); el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (41); y por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (42).

De cualquier modo, como indica Martín Ayala, aunque «el uso de “lo socio-sanitario” se ha ido haciendo hueco a lo largo de los últimos años en los distintos foros científicos y textos legislativos, [...] desconocemos con la precisión adecuada qué elementos engloba dicho término» (43).

2. La descentralización y la «descoordinación» socio-sanitaria en tiempos de pandemia

La descentralización puede ser entendida como algo más que una subdivisión política y administrativa del territorio nacional. Al respecto, es necesario, además, otorgar de suficiencia y capacidad a las unidades administrativas territoriales. En este sentido, D.A. Rondinelli, define la descentralización como «[...] la transferencia del gobierno central a sus organizaciones de campo, unidades administrativas locales, organizaciones semiautónomas y paraestatales, gobiernos locales, u organismos no

(39) El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, deroga al Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, excepto la disposición adicional cuarta en tanto se desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención socio-sanitaria.

(40) La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAPAD), más allá de regular el derecho de los ciudadanos al reconocimiento de las situaciones de dependencia, desarrolla el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como instrumento de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas, cediendo a estas últimas la fijación de procedimientos y órganos de coordinación socio-sanitaria.

(41) El Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, establece entre sus objetivos el desarrollo y mejora del sistema de coordinación de la atención socio-sanitaria. Para ello designa al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, con la participación de las Mutualidades, en cooperación con las Comunidades Autónomas, como principal responsable de la Estrategia de Coordinación de la Atención Socio-sanitaria (art. 8).

(42) La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece la obligación de las Administraciones sanitarias de adoptar «procedimientos para una coordinación efectiva de las actividades de salud pública que se desarrollen en un área sanitaria determinada con las realizadas en [...] atención socio-sanitaria» (art. 22.2).

(43) MARTÍN AYALA, María, «La ausencia de un modelo socio-sanitario en la crisis COVID-19», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020, pág. 50.

gubernamentales, de la autoridad para la planeación, la toma de decisiones o la administración» (44).

En aquellos estados con un enfoque federal, como es el caso de España, la descentralización se sustenta en un complejo sistema de competencias que, en ocasiones, incluso ignora cualquier jerarquía administrativa a favor de un mecanismo de reparto de competencias que permite que las administraciones regionales y locales puedan actuar de forma autónoma (45).

En este complejo contexto jurídico, y ante la ausencia de una Ley básica en materia socio-sanitaria, las Comunidades Autónomas se han centrado en desarrollar planes de coordinación y atención integral (46). Estos planes, en ocasiones, son complementados mediante protocolos de cooperación entre administraciones sanitarias y sociales. A nivel local, se elaboran convenios de colaboración entre las corporaciones locales y autonómicas para desarrollar actividades de promoción, prestación y gestión de recursos. En definitiva, con carácter general, se puede observar una prolífica documentación orientada principalmente a la coordinación socio-sanitaria, bien entre el sector sanitario y social, bien entre los distintos entes territoriales. Esto nos ayuda a pensar que la coordinación del ámbito socio-sanitario es identificada como uno de los grandes retos y un espacio de mejora dentro del Estado del bienestar (47).

La descentralización, como mecanismo de eficacia y aproximación de la gestión a las administraciones territoriales, no puede suponer un hándicap a la hora de afrontar situaciones de emergencia sanitaria. Lo que se observa de la gestión realizada durante la pandemia es el desarrollo de

(44) RONDINELLI, D.A.; NELLIS, J.R. y CHEEMA, G.S., «Decentralization in developing countries: a review of recent experience», *Staff Working Papers*, 1983, pág. 581.

(45) Es importante hacer mención a la descentralización legislativa, la cual tiene una importante trascendencia en el ámbito de lo socio-sanitario y en la normativa reguladora. Esta descentralización destaca especialmente en España, no sólo a nivel regional, sino por su pertenencia a un organismo supranacional como es la Unión Europea con plena capacidad legislativa. Estos niveles jurídicos conforman el denominado «universo multilevel», definido por Pernice, que obliga a realizar un análisis en materia de lo socio-sanitario en diferentes estratos, partiendo desde el régimen jurídico de la UE, y en su seno, a la vez que en España y en sus Comunidades Autónomas, para finalmente llegar a las medidas desarrolladas por las Entidades Locales. Todos estos niveles legislativos asumen importantes competencias en materia de sanidad, desarrollando un complejo grupo normativo regulador. PERNICE, Ingolf, «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, págs. 639-674.

(46) Plan Socio-sanitario del Principado de Asturias de 27 de febrero de 2019; III Plan de Atención Socio-sanitaria de la Junta de Castilla y León; Prioridades Estratégicas de Atención Socio-sanitaria. Euskadi 2017- 2020; Plan de Salud de Navarra 2014-2020; IV Plan Andaluz de Salud; Plan de Salud de Castilla-La Mancha 2019-2025.

(47) FONT I LLOVET, Tomás, «Gestión de servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dir.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 22 y ss.

un excesivo elenco de órdenes ministeriales que ocasionó una sobreproducción normativa compleja y cambiante. Más aún, las Comunidades Autónomas han expuesto una alarmante inactividad, reflejo de una actitud paternalista frente al Estado.

A pesar de un pequeño conato de resistencia durante los primeros días frente a la centralización de funciones, las Comunidades Autónomas asumieron su papel como parte del sistema que conforma la materia social y sanitaria. El Gobierno de España asumió la responsabilidad de la toma de decisiones frente a la pandemia sin necesidad de mermar las competencias de gestión de las Comunidades Autónomas, centrándose en ampliar sistemáticamente los medios sanitarios, de control, de limpieza y de logística.

Así, las Comunidades han seguido controlando su sistema sanitario y el Gobierno central se ha limitado a apuntalarlas en los picos de contagio construyendo hospitales de campaña a los que han llegado los enfermos derivados por la sanidad pública de cada Comunidad; y centralizando las compras y la distribución de material.

Las descoordinación se ha visto reflejada en constantes confusiones sobre la gestión de competencias tan esenciales como «a quién correspondía la compra de materiales, cómo y quién debía llevar a cabo el cómputo de fallecidos por el virus en los centros de mayores, qué conllevaba la intervención de un centro social privado por la autoridad sanitaria, quién debía de proveer de medios a estos centros, quién llevaba ahora la gestión residencial y cómo diferenciarla de la gestión sanitaria, quién gestionaba al personal contratado, qué servicios debían considerarse esenciales en el caso de no incluirse en el llamado catálogo de referencia de servicios sociales para la aplicación de la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, a qué unidad debían derivarse las consultas y quejas de familiares de pacientes y residentes, etc.» (48).

En conclusión, la crisis ocasionada por la COVID-19 ha dejado patente lo que, desde tiempo atrás, había sido evidenciado desde la doctrina y expertos en la materia. Es decir, la urgente necesidad de diseñar un adecuado espacio de coordinación entre los servicios sanitarios y sociales.

Esto pasa por la ineludible necesidad de abordar el desarrollo de una Ley Básica de coordinación y atención integral socio-sanitaria. A partir de este consenso jurídico, político y social se podrá diseñar un modelo socio-sanitario universal y gratuito que avance hacia un sistema donde las residencias de mayores puedan obtener una atención médica más amplia y efectiva. En este sentido, autores como Rodríguez Cabrera y Monserrat

(48) MARTÍN AYALA, María, «La ausencia de un modelo socio-sanitario en la crisis COVID-19», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020, pág. 50.

Codorniu(49) argumentan que la mejora de la atención sanitaria en las residencias de mayores, si bien supondría un incremento del gasto público, repercutiría positivamente en un menor gasto de recursos materiales y personales de los servicios sanitarios y, por ende, podría ser un alivio a largo plazo para el gasto sanitario.

IV. La asistencia sanitaria en las residencias de mayores durante la pandemia

1. El fallido intento de medicalización de las residencias de mayores

Realizar un profundo análisis sobre la asistencia sanitaria y los efectos de la COVID-19 en las residencias de mayores es una labor de gran complejidad a consecuencia de la variedad de las características y especificidades de estos centros. Definitivamente, podemos identificar residencias de mayores de titularidad pública o privada(50); con o sin ánimo de lucro; con posibilidad de incluir determinadas instalaciones o no; centros que pueden prestar servicio a veinte residentes y otros que integran y prestan servicio a más de quinientos dependientes; y un largo etcétera de particularidades. Con independencia de estas características, además, se debe tener presente que la legislación varía dependiendo de la Comunidad Autónoma responsable(51). En consecuencia, en relación exclu-

(49) RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio y MONSERRAT CODORNIU, Julia, *Modelos de Atención Socio-sanitaria. Una aproximación a los costes de la dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

(50) Al respecto, CUETO PÉREZ, Miriam, «Incertidumbre en las modalidades de gestión de servicios socio-sanitarios tras la LCSP», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dir.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 139 y ss.

(51) Andalucía: Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de la Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas. Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía. Orden de 1 de julio de 1997, por la que se regula la acreditación de los centros de atención especializada a las personas mayores y personas con discapacidad. Aragón: Decreto 111/1992, de 26 de mayo, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las condiciones mínimas que han de reunir los servicios y establecimientos sociales especializados. Asturias: Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias. Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales. Principado de Asturias: Resolución de 22 de junio de 2009, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se desarrollan los criterios y condiciones para la acreditación de centros de atención de servicios sociales en el ámbito territorial del Principado de Asturias. Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de

sivamente con la asistencia sanitaria, el servicio médico puede ser obligatorio o no; y en el primer supuesto, la intensidad con la que se presta

Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales. *Baleares*: Decreto 86/2010, de 25 de junio, por el que se establecen los principios generales y directrices de coordinación y supervisión de los servicios sociales de atención a personas mayores y personas con discapacidad, y se regulan los requisitos de autorización y acreditación de los centros de servicios sociales de carácter suprainular per a aquests sectors de població. *Canarias*: Decreto 63/2000, de 25 de abril, por el que se regula la ordenación, autorización, registro, inspección y régimen de infracciones y sanciones de centros para personas mayores y sus normas de régimen interno. Decreto 154/2015, de 18 de junio, por el que se modifica el Reglamento regulador de los centros y servicios que actúan en el ámbito de la promoción de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en Canarias, aprobado por el Decreto 67/2012, de 20 de julio. *Cantabria*: Orden EMP/37/2010, de 18 de marzo, por la que se establecen los criterios y se regula el procedimiento para la acreditación de centros de servicios sociales destinados a la atención a personas en situación de dependencia. Orden EMP/68/2008, de 27 de agosto por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Centros Sociales especializados de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Orden UMA/11/2019, 14 marzo, requisitos materiales y funcionales de Centros Servicios Sociales especializados de la Comunidad Autónoma de Cantabria. *Castilla La Mancha*: Orden de 04/06/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se modifica la Orden de 21/05/2001, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se regulan las condiciones mínimas de los centros destinados a las personas mayores en Castilla-La Mancha. Órdenes de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de 25 de agosto de 2009, de los requisitos técnico-sanitarios de los centros y servicios de fisioterapia y de 25 de noviembre de 2008. *Castilla y León*: Decreto 14/2001, de 18 de enero, regulador de las condiciones y requisitos para la autorización y el funcionamiento de los centros de carácter social para personas mayores. *Cataluña*: Decreto 205/2015, de 15 de septiembre, del régimen de autorización administrativa y de comunicación previa de los servicios sociales y del Registro de Entidades, Servicios y Establecimientos Sociales. Decreto 176/2000, de 15 de mayo, de modificación del Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del sistema Catalán de Servicios Sociales. Orden BSF/35/2014, de 20 de febrero, por la que se actualizan los criterios funcionales de los centros de servicios sociales de atención a la dependencia de la Cartera de servicios sociales. Decreto 92/2002, de 5 de marzo, por el que se establecen la tipología y las condiciones funcionales de los centros y servicios socio-sanitarios y se fijan las normas de autorización. *Comunidad Valenciana*: Orden de 4 de febrero de 2005, de la Consejería de Bienestar Social, por la que se regula el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de servicios sociales especializados para la atención de personas mayores. *Extremadura*: Decreto 4/1996, de 23 de enero, por el que se regulan los establecimientos de asistencia social geriátrica. *Galicia*: Orden de 13 de abril de 2007 por la que se modifica la de 18 de abril de 1996 por la que se desarrolla el Decreto 243/1995, de 28 de julio, en lo relativo a la regulación de las condiciones y requisitos específicos que deben cumplir los centros de atención a personas mayores. Orden de 18 de abril de 1996 por la que se desarrolla el Decreto 243/1995, de 28 de julio, en lo relativo a la regulación de las condiciones y requisitos específicos que deben cumplir los centros de atención a personas mayores. *La Rioja*: Decreto 27/1998, de 6 de marzo, por el que se regulan las categorías y requisitos específicos, de los Centros Residenciales de Personas Mayores en La Rioja. *Madrid*: Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Orden 612/1990, de 6 de noviembre, de la Consejería de Integración Social, por la que se desarrolla el Decreto 91/1990, de 26 de octubre, relativo al Régimen de Autorización de Servicios y Centros de Acción Social y Servicios Sociales. *Murcia*: Decreto núm. 69/2005, de 3 de junio, por el que se establecen las condiciones mínimas que han de reunir los centros residenciales para personas mayores de titularidad pública o privada. *Navarra*: Decreto Foral 209/1991, de 23 de mayo, por el que se desarrolla la Ley Foral 9/1990, de 13 de noviembre, sobre el régimen de autorizaciones, infracciones y sanciones en materia de Servicios Sociales. Decreto Foral 69/2008, 17 de junio por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General. *Pais Vasco*: Decreto 41/1998, de 10 de marzo, sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad. Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

puede variar. Del mismo modo, la prestación farmacéutica también es variable(52).

A modo de enunciado, atendiendo a la regulación autonómica podemos diferenciar las siguientes variables en relación con la asistencia sanitaria prestada en las residencias de mayores: ratio general de plantilla por dependiente; ratio de atención directa; ratio de atención indirecta; ratio de auxiliar-gerocultor/a; ratio de psicología, médico, enfermería, trabajador social, fisioterapia, terapeuta ocupacional, educación social, etc.; tamaño de centros por plaza; unidades de convivencia por persona; unidades especializadas; y un largo etcétera.

Sea como fuere, la normativa reguladora diseñada por las Comunidades Autónomas impone la contratación de un médico, que prestará servicio en atención a ratios de dependientes o número de camas por centro. Con carácter general, las residencias de más de 100 camas disponen de médico/os en el centro durante más o menos horas, sin necesidad de titulación específica.

Ciertamente, tomando en consideración la importancia que representa la figura del médico, se debe tener en cuenta que no deja de ser una pieza más dentro de la labor asistencial integral del centro. Lo habitual es que cada centro quede sometido a la obligación legal de diseñar un equipo multidisciplinar formado por médicos, enfermeras, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales, fisioterapeutas, directores de los centros, psicólogos, etc. Este equipo será el responsable de elaborar el plan individualizado del residente. A través de estos recursos, se ofrece una atención multidisciplinar, integral y continuada, de carácter personal tanto social como sanitaria(53).

En unas condiciones sanitarias ordinarias, los residentes suelen presentar una dependencia funcional de moderada a grave, junto con estados avanzados de deterioro cognitivo. En resumidas cuentas, los residentes presentan un importante nivel de vulnerabilidad(54). Por ello,

(52) El Decreto 126/2019, de 30 de julio, de centros residenciales para personas mayores en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su art. 3, define los centros residenciales como «centros de alta intensidad, que garantizan: b) la prestación de un servicio médico y de enfermería».

(53) PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 86.

(54) MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio, «La vulnerabilidad humana desde un punto de vista ético», en ANDREU MARTÍNEZ, M.ª Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 48. «Para avanzar hacia un mundo menos injusto y más sostenible, en el que la vulnerabilidad contextual se vea reducida al máximo posible (recordemos que la vulnerabilidad antropológica no puede desaparecer por mucho que nos empeñemos, dado que forma parte de nuestra condición de seres vivos expuestos a daños diversos), es preciso analizar los principales componentes y causas de la vulnerabilidad, con objeto de denunciar los condicionamientos injustos que provocan los incrementos de dicha vulnerabilidad. La denuncia, a su vez, ha de ir acompañada de iniciativas éticas concretas, en forma de

la atención sanitaria tiene como finalidad la conservación y el mantenimiento de la salud del dependiente, la atención a sus patologías crónicas y reagudizaciones, así como la atención a patologías agudas. Los medios de apoyo al diagnóstico o tratamiento suelen ser escasos o estar limitados. Dicho de otro modo, el acceso a pruebas diagnósticas, la disponibilidad de especialistas, las recetas oficiales y el transporte sanitario son recursos de poca disponibilidad en casi la totalidad de residencias de mayores.

Durante la gestión de la pandemia, podemos destacar dos momentos clave en la respuesta dada por la Administración Pública: durante los primeros días, una vez iniciado el estado de alarma, las primeras medidas se centraron en evitar y reducir el colapso del sistema sanitario, los servicios de urgencias y las Unidades de Cuidados Intensivos de los hospitales. Estas extraordinarias circunstancias obligaron a reducir o limitar las derivaciones de pacientes desde las residencias a los centros hospitalarios. Esto ha supuesto que las residencias hayan tenido que asumir responsabilidades sanitarias no previstas y para las que no estaban preparadas.

En una segunda fase, el Ministerio de Sanidad, a través de la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19(55); y en connivencia con el Ministerio de Defensa y de la Vicepresidencia de Derechos Sociales, ante la imposibilidad de prestar una atención médica adecuada, derivó a la Unidad Militar de Emergencia (UME) como apoyo en las residencias de mayores. Ambas medidas han resultado ser insuficientes.

De cualquier modo, a consecuencia de la pandemia, los centros residenciales se han visto obligados a contar con un plan de contingencia adaptado a las características de cada centro y dirigidos a la prevención y a la respuesta ante la eventual aparición de casos y brotes de COVID-19. Este plan incluirá al menos: a) Un análisis detallado de las infraestructuras del centro (número de plantas, número de habitaciones, sistemas de acceso). Se incluirá la posibilidad de división del centro en áreas diferen-

actividades de promoción y empoderamiento de las personas. No basta con escribir y difundir textos como este, por más que puedan ser de utilidad para poner en orden las prioridades y fijar mejor las políticas que conviene poner en práctica, sino que, además, hay que ponerse manos a la obra y reducir las vulnerabilidades propias y ajenas en todos los ámbitos, con la mirada puesta en construir juntos un mundo mejor».

(55) La Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, en su exposición de motivos indica que: «los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades; y su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes».

ciadas para residentes según lo establecido en el apartado segundo de la Orden SND/265/2020; b) Análisis detallado de las características de los residentes; c) Recursos humanos disponibles (personal sanitario y no sanitario, otro personal); d) Relación detallada de los equipos de protección individual disponibles y una estimación de las necesidades en un escenario de aumento acusado del número de casos; e) Garantizar la provisión de jabón, papel y soluciones desinfectantes; f) Establecer un plan de continuidad de la actividad ante posibles bajas del personal como consecuencia de la epidemia(56).

Asimismo, para una correcta intervención es preciso hacer una división del centro por zonas. Con carácter general, los distintos centros han aplicado la clasificación y división prevista en la Orden SND/265/2020: 1. Residentes sin síntomas y sin contacto estrecho con caso posible o confirmado; 2. Residentes sin síntomas, en aislamiento preventivo por contacto estrecho o con caso posible o confirmado; 3. Residentes con síntomas compatibles con la COVID-19; 4. Residentes confirmados de COVID-19; 5. Residentes en fase de recuperación de la COVID-19(57).

A partir del día 24 de marzo, mediante la publicación de la Orden SND/275/2020, los centros de servicios sociales de carácter residencial de titularidad privada adquirieron la consideración de operadores de servicios esenciales con los efectos previstos en el artículo 18.2 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Además, esta orden indica que, si las residencias no cuentan con los medios personales, materiales o no tienen las características físicas necesarias para cumplir con lo que se pide en la Orden SND/265/2020, se deberá comunicar de inmediato a las Consejerías de Servicios Sociales y de Sanidad de la comunidad autónoma, así como a la Delegación o Subdelegación de Gobierno que corresponda a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a esa situación.

A este contexto asistencial, debemos incluir otros factores decisivos como la poca capacidad de adaptación de las residencias de mayores, ca-

(56) MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Guía para residencias durante el COVID-19*, Plena Inclusión España, 2020, págs. 10-11.

(57) El proceso de división por zonas efectivo requiere de unas instalaciones de gran envergadura y amplios recursos materiales y personales. Hay que tener en consideración que en el caso de las situaciones previstas en las zonas de división 2, 3, 4 y 5, cada persona, en la medida de lo posible, debe disponer de una habitación con baño y ventilación, en situación de confinamiento o aislamiento. Se debe asegurar que no existe contacto alguno entre los residentes que se encuentran en diferentes situaciones. Asimismo, tal y como expresa la Orden SND/265/2020, los trabajadores deben ser asignados a cada uno de los grupos de residentes que se señalan en la imagen previa, garantizando que sean los mismos los que interactúen en los cuidados de cada uno de estos grupos. No se deben producir rotaciones de personal asignado a diferentes zonas de aislamiento. MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Guía para residencias durante el COVID-19*, o. c., págs. 13-14.

racterizadas por amplias zonas comunes; la recepción de visitas y salidas del centro; y la compleja comunicación que, en ocasiones, resulta en el trato de dependientes con capacidades cognitivas y comunicativas mermaidas.

A las condiciones intrínsecas de estos centros socio-sanitarios, debemos añadir los factores derivados directamente de la crisis asistencial consecuencia de la COVID-19. Como poco, debemos tener en consideración los siguientes sucesos:

- La saturación del sistema sanitario obligó a establecer protocolos de priorización de pacientes para el ingreso hospitalario (cuestión importante que será analizada con posterioridad). En consecuencia, se procedió a la medicalización de las residencias de mayores.
- Escasez de equipos de protección colectiva (como zonas de aislamiento) y limitados Equipos de Protección Individual (principalmente mascarillas).
- Escasez de equipos de atención sanitaria, con carácter especial, respiradores. Y falta de personal facultativo en el intento de medicalización de los centros.
- Inadecuación de protocolos de aislamiento y falta de organización de las residencias medicalizadas (58).
- Como último factor clave, destaca la falta de suficientes pruebas de diagnóstico para residentes y profesionales.

En síntesis, la atención sanitaria en las residencias de mayores no está integrada dentro de nuestro sistema de salud. Estos centros tienen la capacidad de prestar asistencia sanitaria a sus residencias, en ocasiones, incluso bajo ciertos condicionantes de relativa complejidad. No obstante, su organización, recursos materiales, instalaciones y personal no son equiparables a un centro hospitalario. Al contrario, las residencias de mayores están principalmente diseñadas para cuidar, y no tanto para curar.

De cualquier modo, parece evidente que ningún sistema social ni sanitario está preparado para hacer frente a las circunstancias derivadas de la actual pandemia.

(58) Hasta la actualidad, se han elaborado multitud de protocolos y documentos técnicos al objeto de adecuar y establecer procedimientos de control y gestión eficientes en residencias de mayores. No obstante, el contenido generalista de estos documentos, en ocasiones, resulta poco efectivo teniendo en cuenta la enorme diversidad que caracteriza a los centros socio-sanitarios. Destaca: Documento técnico de Recomendaciones a residencias de mayores y centros socio-sanitarios para el COVID-19 del Ministerio de Sanidad, con fecha de 5 de marzo de 2020. Asimismo, la propia Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece pautas que a su vez han sido desarrolladas por las Comunidades Autónomas.

2. La bioética y la proporcionalidad de las medidas

En el modelo de relaciones asistenciales que diseña la normativa sanitaria actual, el paciente ya no es mero sujeto pasivo de las decisiones médicas, sino actor principal dotado de autonomía informativa y decisoria(59) (60).

De este modo, cabe indicar que la bioética surge como respuesta a los problemas éticos que produce la investigación científica en los tratamientos médicos(61). En su origen, propone establecer un puente entre las ciencias biológicas y el ámbito de los valores humanos, la ética, la única manera de enlazar el presente con un futuro digno de ser vivido(62). En otras palabras, la bioética es la ética de la vida(63). En consecuencia, la bioética, tomando como referencia la dignidad del individuo y como herramienta la autonomía, modifica paulatinamente la relación médico-paciente otorgándole un mayor control al enfermo frente al antiguo sistema paternalista.

En efecto, la actual relación médico-paciente ha sido formada a partir de las bases instauradas por la bioética. La principal consecuencia jurídica ha sido el «Bioderecho» o «Derecho Biomédico». Esta disciplina, que ha sido formada en paralelo con la bioética, engloba todos aquellos textos y normas jurídicas referentes a la salud y vida/muerte del ser humano(64). En palabras de Beltrán Aguirre, ambas disciplinas (bioética y Derecho biomédico) se complementan y se necesitan mutuamente. Ambas en estrecha colaboración, tratan de dar respuestas ético-jurídicas a los muchos dilemas que se presentan a los gestores del sistema sanitario

(59) LARIOS RISCO, David, «Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 278.

(60) NEVES PINTO, Gerson, «Desde la Ética a la Bioética», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, 2015, pág. 59. En tal contexto surge la bioética, concepto empleado por primera vez por el oncólogo Van Rensselaer Potter en su obra *Bioethics: Bridge to the future* (1970). El concepto se compone por las palabras griegas bios (vida) y ethos (ética), «puede definirse como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales».

(61) SÁNCHEZ CARAZO, C., «Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información», en FEITO L., *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pág. 124.

(62) BOLADERAS, Margarita, «Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos», *Thematata. Revista de Filosofía*, núm. 33, 2004, pág. 383.

(63) SÁNCHEZ-CARO, Javier, «La bioética y el derecho sanitario: encuentros y desencuentros», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. 1, 2014, pág. 61.

(64) Cfr. ROMEO CASABONA C. M., «Bioderecho y Bioética», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, 2011, pág. 188. Para este autor el Bioderecho hace referencia a todas aquellas normas jurídicas que están vinculadas al conjunto de los seres vivos en general, aunque en particular al ser humano.

y a los participantes en la relación asistencial con ocasión de la aplicación de la ciencia médica (65).

En resumidas cuentas, el Derecho Biomédico supone la positivización de los principios otorgados por la bioética en los denominados derechos del paciente (66), cuyo sentido no es otro que el de regular la relación entre profesional y enfermo. En esencia, se puede concluir que el fin principal de los derechos del paciente, el motivo de su desarrollo no es otro que regular la relación médico-paciente.

Los protocolos de aislamiento y clasificación de pacientes en residencias frente a la COVID-19 se han centrado en la medicalización del centro y la división del mismo en zonas. No obstante, la realidad ha evidenciado que los centros residenciales no estaban preparados al respecto: insuficiencia de instalaciones; falta de personal y con baja cualificación; y escasos recursos materiales (especialmente de carácter sanitario).

Como resultado, cuando la Unidad Militar de Emergencia accede a los centros, se identifican residentes que han fallecido en sus camas durante las tareas de desinfección, y otros muchos en condiciones de aislamiento deficientes. Así quedó constatado por la ministra de Defensa, Dña. Margarita Robles: «el Ejército ha podido ver ancianos, mayores, absolutamente abandonados cuando no muertos en sus camas». Del mismo modo, la Fiscalía General del Estado aseguró que, a través del Ministerio de Defensa, ha corroborado que «en algunas residencias» miembros del Ejército y de la Unidad Militar de Emergencias (UME) habrían detectado «la existencia de personas ancianas, algunas de ellas enfermas residiendo en situaciones extremas y malas condiciones de salubridad, así como residentes fallecidos» (67).

(65) BELTRÁN AGUIRRE Juan Luis: «Bioética y Derecho Biomédico: principios informantes: Su reflejo en la normativa y en la práctica asistencial. Enfrentamientos, prevalencias y transgresiones», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, 1, 2014, pág. 55.

(66) *Ibidem*, págs. 31-32. Si bien, los derechos de los pacientes forman parte del entramado normativo del Derecho Biomédico, son sólo una pequeña parte. «En todo caso, el Derecho biomédico se cimienta y se construye desde las Declaraciones y Convenios internacionales y desde nuestra Constitución, en cuanto sancionan los derechos fundamentales de las personas que pueden resultar afectados por la investigación médica y la práctica clínica. Así, los derechos y deberes regulados en las específicas leyes que componen el Derecho biomédico se han de acomodar plenamente a los contenidos propios de los derechos fundamentales y libertades humanas que, obviamente, han de respetar [...] Se construye y alimenta también con los pronunciamientos judiciales, particularmente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno a los conflictos surgidos por la aplicación de las ciencias biomédicas en la investigación y en la asistencia». En este mismo sentido, ROCA TRIAS, E., «La función del derecho para la protección de las personas ante la biomedicina y la biotecnología», en *Derecho Biomédico y bioética*, Comares, 1998, págs. 166 y ss.; GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *Bioderecho: libertad, vida y muerte*, Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, 2006, págs. 104 y ss.

(67) <https://www.rtve.es/noticias/20200323/coronavirus-ejercito-encuentra-residencias-ancianos-muertos-camas/2010636.shtml>

Más allá de la ausencia de una adecuada atención sanitaria; la falta de protocolos específicos, el desconocimiento de los riesgos y tratamientos en una fase inicial, derivaron en medidas de aislamiento y control de contagiados de gran complejidad jurídica, como el uso de sujeciones físicas a los enfermos más dependientes. Al respecto, esa justificación de prevención se basa en un problema de base mucho más profundo, como la dificultad para vigilar a los residentes con riesgo de caídas o el deterioro cognitivo y los trastornos de conducta, por lo que la mayoría de las sujeciones que se han prescrito para prevenir caídas son en realidad prescritas como sustituto de la vigilancia activa. Si a esto le añadimos ratios bajas de personal, alta rotación de profesionales, instalaciones no adaptadas al perfil de los usuarios, etc., el resultado es la imposibilidad de ofrecer un mínimo de seguridad sin la sujeción física, y ésta se acaba prescribiendo por miedo a las consecuencias físicas de una caída, y también legales (68).

En consecuencia, con el avance de la pandemia, las residencias de mayores han tenido que recurrir en mayor medida que antes a las sujeciones físicas, aumentando el porcentaje de uso y añadiendo a sus efectos secundarios los propios efectos del aislamiento (69).

Con todo, este tipo de medidas deben estar plenamente justificadas por razones terapéuticas y de seguridad del propio afectado o de terceras personas, siempre previa evaluación médica. Asimismo, es conveniente aplicar mecanismos menos restrictivos. Esto no es una tarea sencilla. Al respecto, «concurren aspectos éticos e ideológicos sobre los que, de seguro, será casi imposible llegar a un fácil consenso. Entre la aplicación de una medida física restrictiva de la libertad personal y el empleo de un fármaco pueden existir, y de hecho existen diferentes opiniones/opciones. En general, podría decirse que está más generalizada la creencia en que un medio de contención física es más agresivo que el empleo de la farmacoterapia. Pero no faltan opiniones contrarias. El debate está por hacer» (70).

Más aún, la proporcionalidad de estas medidas exige también una evaluación periódica. En todo caso, estas medidas deben estar sujetas a protocolos mediante procedimientos de valoración, aplicación y supervisión. Siempre bajo personal facultativo (71). Al mismo tiempo, la utiliza-

(68) Mayores UDP: «COVID-19, residencias, aislamiento y sujeciones», <https://www.mayoresudp.org/covid-19-residencias-aislamiento-y-sujeciones/>

(69) *Ídem*.

(70) BARRIOS FLORES, Luis Fernando y BARCIA SALORIO, Demetrio, *Marco jurídico de las urgencias psiquiátricas*, Edit. You&Us, S.A., Madrid, 2005, Tomo I, pág. 179.

(71) BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, «Sujeciones físicas y farmacológicas. Razones para su prescripción. Derechos afectados y legalidad aplicable», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 159-160.

ción de estas medidas debe quedar patente en un registro de actuaciones que deje constancia por escrito de su uso en la historia clínica. Como mínimo se deberá documentar las medidas utilizadas, las razones para ello y el tiempo de aplicación(72).

En cualquier caso, la atención residencial a personas en una situación de vulnerabilidad e indefensión quedará sujeta a un trato humanitario y digno. En palabras de Beltrán Aguirre, «el uso de sujeciones físicas sin consentimiento expreso del afectado o, en su caso, de familiares, o en contra de su voluntad expresamente manifestada, salvo excepción de urgencia y gravedad, supone un acto de abuso-violencia y, por ende, un acto de maltrato hacia la persona, por lo que se vulneran sus derechos fundamentales a la libertad y a no sufrir un trato degradante. Ambas suponen un atentado a su dignidad»(73).

La cuestión, en efecto, es si se debe considerar como «urgente» y «grave» la actual situación de pandemia. Para ello, a mi entender, no queda más remedio que atender individualmente cada caso. Más aún, con carácter previo, esta compleja situación asistencial debe quedar sustentada en el respeto más profundo al derecho a una valoración individualizada de las necesidades y problemas particulares del residente en cuestión, de acuerdo con sus características y riesgos potenciales.

V. El derecho a la salud en tiempos de pandemia. La priorización de pacientes y la medicina de catástrofe

El acceso a la atención sanitaria en condiciones de equidad y de universalidad, sin discriminación, es un derecho elemental de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, como es habitual entre los usuarios de las residencias mayores(74).

En el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno. Así queda reconocido en la Constitución de la Organización Mundial de la

(72) *Ibidem*, pág. 162.

(73) *Ibidem*, pág. 176.

(74) Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, Exposición de Motivos.

Salud (75), en su exposición inicial, donde establece: «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social».

Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. Finalmente, Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha venido a reiterar y consolidar este principio básico de nuestro modelo sanitario y social.

Asimismo, más allá de atender a una exigencia ética como es la protección de la salud, la universalidad de la atención no solo redundará en la mejora de la salud individual, sino también en la salud colectiva de toda la población. Esta necesidad es urgente e inmediata, tanto en términos de salud individual y colectiva, ya que se debe asegurar que se adoptan las medidas para prevenir los riesgos potenciales que para la salud pública conlleva la no asistencia a colectivos vulnerables y la necesaria seguridad jurídica, cohesión social, coordinación y armonización de las actuaciones llevadas a cabo por las comunidades autónomas.

No obstante, la situación derivada de la actual pandemia ha puesto en jaque la capacidad de prestación asistencial de nuestro sistema. La falta de medios afectó especialmente a la capacidad de las Unidades de Cuidados Intensivos y la insuficiencia de recursos materiales como los equipos de respiración mecánica.

Ciertamente, la selección y clasificación de pacientes no es ninguna novedad. Al respecto, es evidente que los recursos materiales y personales son limitados. En la atención primaria y especializada es

(75) La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

habitual que los pacientes deban superar las denominadas listas de espera (76). Por su parte, en la atención de urgencias se emplea el sistema de triaje como un mecanismo esencial para establecer las necesidades terapéuticas y distribuir los recursos materiales y personales disponibles. El conflicto surge cuando la Unidad de Cuidados Intensivos se colapsa. Al inicio de la pandemia, cuando se empezó a intuir la escasez de recursos para hacer frente al incremento de infectados, y en concreto a los que precisaban una atención vital, desde diferentes organismos especializados se emitieron documentos técnicos y recomendaciones sobre la toma de decisiones y la gestión de pacientes.

Primeramente, la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva (SIAARTI) publicó el 6 de marzo de 2020 unas recomendaciones para guiar a los profesionales sanitarios sobre cómo gestionar la atención de los pacientes en una situación de elevada sobrecarga. Lo interesante de este documento técnico es que, por primera vez desde el inicio de la pandemia, se comparaba la situación de crisis con la denominada «medicina de catástrofe». Es decir, decidir a quién atender en una situación de recursos sanitarios limitados.

El 10 de marzo, el Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena de Valdemoro, en relación con la atención de paciente en la UCI, fijó las siguientes pautas de actuación (77): «Dada la situación que actualmente padecemos, consideramos que es prudente y adecuado dirigir los mayores esfuerzos terapéuticos a los pacientes que, tras evaluación de los criterios clínicos de gravedad y pronósticos previamente seleccionados, se considere que tienen mayor posibilidad de supervivencia y conseguida esta, en menor plazo de tiempo con su ingreso en UCIs» (78).

Este modelo sanitario de medicina de catástrofe se extendió también a los Estados Unidos, donde algunos estados como Alabama o Tennessee establecieron mecanismos de gestión basados en el criterio de la

(76) MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro, «Las listas de espera y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015, págs. 199 y ss.

(77) https://www.eldiario.es/sociedad/descontrolada-coronavirus-catastrofe-sanitarios-enfrentados_1_1025767.html

(78) FERNÁNDEZ, Juan José, «Morfina cada ocho horas: las instrucciones para sedar a los ancianos moribundos no hospitalizables», *El Periódico.com*, 26 de junio de 2020: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200626/sedacion-coronavirus-ancianos-8014623>. «La instrucción por escrito más descarnada de las que han aflorado, la emitida por la dirección de Coordinación Socio-sanitaria de la Comunidad de Madrid, ordenaba el 18 de marzo del 2020, desde las 14.07 horas, que solo se derivara a hospitales a los pacientes con «insuficiencia respiratoria, disnea o taquipnea y fiebre» que fueran «independientes para la marcha o índice de Barthel mayor que 60, sin deterioro cognitivo» y sin «comorbilidad asociada en fase avanzada». Pocos ancianos pasan ese estricto corte».

edad del paciente (79). Este hecho provocó la reacción inmediata de la Oficina de Derecho Civiles (OCR) del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EE.UU. (HHS) que ratificó la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, discapacidad, edad o religión, entre otros (80).

En España el debate se originó cuando la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), presentó el documento técnico «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos» (81).

La guía de SEMICYUC propone organizar la atención en la UCI a partir de cuatro niveles de prioridad: prioridad 1, pacientes críticos e inestables que necesiten monitorización y tratamiento intensivo que no puede ser proporcionado fuera de la UCI (ventilación mecánica invasiva, depuración renal continua, etc.). Prioridad 2, pacientes que tienen estas circunstancias pero que no necesitan ventilación mecánica, aunque sí oxígeno elevado. Si hay posibilidad, eso podría hacerse en una unidad de semi-intensivos. La prioridad 3 se trata de pacientes inestables y críticos que tienen pocas posibilidades de recuperarse a causa de su enfermedad de base o de la aguda. Pueden recibir tratamiento intensivo para aliviar su enfermedad aguda, pero también establecerse límites terapéuticos como,

(79) DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y BELLVER CAPELLA, Vicente: «Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020, pág. 68.

(80) HHS Office for Civil Rights in Action, Bulletin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 28 de marzo de 2020. La HHS se apresuró a reafirmar que: «A la luz de la Emergencia de salud pública relacionada con la enfermedad del coronavirus 2019 (COVID-19), la Oficina de Derechos Civiles (OCR) del Departamento de Salud y Servicios Humanos de EE. UU. (HHS) está proporcionando este boletín para garantizar que las entidades cubiertas por derechos civiles Las autoridades tienen en cuenta sus obligaciones bajo las leyes y regulaciones que prohíben la discriminación por motivos de raza, color, origen nacional, discapacidad, edad, sexo y ejercicio de conciencia y religión en los programas financiados por el HHS. En este momento de emergencia, el objetivo loable de brindar atención de manera rápida y eficiente debe guiarse por los principios fundamentales de justicia, igualdad y compasión que animan nuestras leyes de derechos civiles. Esto es particularmente cierto con respecto al tratamiento de las personas con discapacidad durante las emergencias médicas, ya que poseen la misma dignidad y valor que todos los demás. La Oficina de Derechos Civiles hace cumplir la Sección 1557 de la Ley del Cuidado de Salud a Bajo Precio y la Sección 504 de la Ley de Rehabilitación, que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad en los programas o actividades de salud financiados por el HHS. Estas leyes, como otras leyes de derechos civiles que hace cumplir la OCR, siguen en vigor. Como tal, a las personas con discapacidad no se les debe negar la atención médica sobre la base de estereotipos, evaluaciones de la calidad de vida o juicios sobre el «valor» relativo de una persona basados en la presencia o ausencia de discapacidad o edad. Las decisiones de las entidades cubiertas sobre si un individuo es un candidato para el tratamiento deben basarse en una evaluación individualizada del paciente, basada en la mejor evidencia médica objetiva disponible».

(81) La guía ha sido publicada en: RUBIO, O., ESTELLA, A., CABRE, L. y otros, «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19: revisión rápida y consenso de expertos», *Medicina Intensiva*, 15 de abril de 2020: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7158790/>

por ejemplo, no intubar y/o no intentar la reanimación cardiopulmonar. Finalmente, el nivel de prioridad 4 es para pacientes cuyo ingreso no está generalmente indicado debido a un beneficio mínimo o improbable por enfermedad de bajo riesgo. Pacientes cuya enfermedad terminal e irreversible hace inminente su muerte.

La guía de la SEMIYUC recomienda, ante la falta de medios, favorecer los ingresos de prioridad 1 y 2 y tender a no hacerlo con el 3 y el 4. En lo referente a las personas mayores, la guía prioriza la edad como un criterio «principal». Para ello, prevalece determinados recursos dependiendo de la franja de edad: «Todo paciente entre 70 y 80 años con Insuficiencia Respiratoria Aguda sin patología previa importante es subsidiario de tratamiento con ventilación mecánica invasiva».

1. La no discriminación por razón de edad

Frente a la postura de emplear la edad como criterio de distribución de recursos, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) hizo público con fecha de 22 de marzo de 2020 su recomendación de priorizar la atención médica y social «a las personas mayores y con discapacidad que viven en residencias y otros centros colectivos», por ser el grupo más expuesto a la pandemia del coronavirus (82). Empleando, de este modo, un criterio de asignación de recursos totalmente opuesto.

Con fecha de 2 de abril de 2020, la fundación por los derechos humanos de las personas Mayores Helpage-España, la Fundación Pilares para la Autonomía Personal, el CERMI y la Fundación Grandes Amigos publicaron un escrito en oposición al empleo de «criterios de edad para priorizar la atención sanitaria de los pacientes, en lugar de considerar criterios clínicos y otras circunstancias vitales de las personas, con independencia de la edad» (83).

Al respecto, este grupo de agentes sociales expone lo siguiente:

«La epidemia está poniendo sobre la mesa la situación de precariedad de algunas residencias de mayores, ante lo que debemos exigir una intervención directa y rigurosa de las administraciones autonómicas, competentes en la materia», señalan las organizaciones, que trasladan su «honda preo-

(82) <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/pandemia-hay-que-priorizar-absolutamente-la-atenci%C3%B3n-las-personas-mayores-y-con>

(83) <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/mayores-y-personas-con-discapacidad-frente-com%C3%BAn-por-sus-derechos>

cupación por la escasez de recursos de protección con que cuentan los servicios de atención a las personas (EPIS, pruebas diagnósticas) lo que puede originar el incumplimiento de los protocolos de actuación y atención en algunas residencias de personas mayores y la falta de respuesta de los servicios de ayuda a domicilio». [...] «Pero esta falta de recursos suficientes, no justifica determinadas actuaciones que atentan contra los derechos humanos de las personas y los principios fundamentales de la bioética» (84).

En esta misma línea, el Defensor del Pueblo en funciones, D. Francisco Fernández Marugan, emitió un escrito de recomendaciones a las CCAA como consecuencia de la recepción de quejas, de carácter individual o colectivo, recibidas por esta institución. En su escrito establece la prioridad de «defender el derecho a la vida y detener la propagación de la pandemia del Covid-19 para salvar el mayor número de vidas posible» (85). Finalmente, destacar también la publicación emitida por las Naciones Unidas donde pide fortalecer la legislación y el nivel de atención sanitaria para las personas con discapacidad o que presenten una mayor dependencia médica (86).

No cabe duda que todas las directrices han pasado por intensas deliberaciones de asociaciones y organismos nacionales para llegar a recomendaciones muy similares. No obstante, la planificación ante la falta de recursos no sólo debe plantearse mediante criterios científicos, sino también en base a principios éticos y siempre al amparo y en respeto del Estado de Derecho.

A su vez, las directrices tienen el potencial de reducir la carga de quienes necesitan determinar qué paciente tiene acceso a un recurso escaso. En la medida en que es inevitable que los médicos tengan que decidir quién debe morir y a quién (ellos) mantendrán con vida, esto no debería suceder sin criterios claros que resulten de un proceso de consenso de asociaciones profesionales, un enfoque de equipo para la toma de decisiones y el ofrecimiento de apoyo psicológico. Será interesante ver si la inteligencia artificial puede desempeñar un papel de asistencia en tales situaciones (87).

(84) Ídem.

(85) DEFENSOR DEL PUEBLO, «Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19», 24 de abril de 2020: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencias-de-mayores-atencion-sanitaria-e-informacion-emergencia-covid-19/>

(86) <https://www.un.org/development/desa/disabilities/covid-19.html>

(87) JOEBGES, Susanne y BILLER-ANDORNO, Nikola, «Ethics guidelines on COVID-19 triage – an emerging international consensus», *Critical Care*, núm. 24, 2020, pág. 4.

En cualquier caso, a medida que los pacientes de edad avanzada se vuelven cada vez más frágiles, la toma de decisiones sobre la intervención médica para la enfermedad aguda se convierte en un tema difícil para los profesionales de la salud, así como para los pacientes y sus familias. Sobre la base de algunos de los principios de la justicia distributiva, no queda más remedio que considerar discriminatorio la negación de la atención médica a los ancianos debido a su estado mental deteriorado o la falta de recursos. La calidad de vida desde la perspectiva del paciente, los deseos del mismo y su familia y los valores culturales e individuales deben ser considerados en el proceso de toma de decisiones (88).

La asignación de recursos escasos se ha debatido dentro de la ética médica durante mucho tiempo, y se han definido criterios de procedimiento. Para reclamar legitimidad moral, el proceso de priorización debe ser transparente, inclusivo (permitiendo la participación de todos aquellos que puedan verse afectados por las decisiones resultantes del proceso), basado en evidencias y revisable a la luz de nueva información o argumentos. Comunicar bien estas pautas será una tarea importante. Las limitaciones de tiempo para desarrollar las directrices pueden haber impedido un enfoque totalmente participativo, pero ahora que existe una base sólida, será importante escuchar las voces de todos los interesados (profesionales de la salud, ciudadanos y otros expertos) para ver si el *statu quo* puede modificarse y mejorarse aún más (89).

Dicho lo anterior, se evidencia un conflicto entre la «medicina de catástrofe» y la obligación ética y deontológica del facultativo. Así, el Código de Deontología Médica, establece entre sus principios generales que «la profesión médica está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico» (art. 5.1). Indiscutiblemente, «el médico debe atender con la misma diligencia y solicitud a todos los pacientes, sin discriminación alguna» (art. 5.2).

Asimismo, «el médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario» (art. 6.2).

(88) KAYSER-JONES, J.S., «Distributive justice and the treatment of acute illness in nursing homes», *Social Science & Medicine*, Vol. 23, núm. 12, 1986, págs. 1276 y ss.

(89) *Ídem*.

2. El reconocimiento de la dignidad de las personas mayores

El reconocimiento de la dignidad de las personas supuso la posterior garantía de los derechos humanos en general, y los derechos del paciente en particular. El reconocimiento de estos derechos inviolables fue posible gracias a la difusión del valor de la dignidad humana por Occidente. Así, los derechos humanos encuentran su base en el valor esencial que representa la dignidad humana(90); la cual es, en efecto, «el valor fundante, la matriz de todos los valores» (91). Como valor que otorga sentido al resto de derechos humanos, cabría decir que la dignidad se encuentra en un nivel superior a éstos(92). De igual modo, podríamos vincular la dignidad humana con los derechos del paciente (93).

En nuestro ordenamiento, la dignidad queda regulada en el art. 10.1 CE(94). Al respecto el TC, en la sentencia 53/85 (sentencia relativa a la despenalización del aborto), establece que «junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona» (FJ 8.º)(95).

A pesar de la dificultad que supone definir este principio y la disparidad de definiciones aportadas por la doctrina, nuestro Tribunal Constitucional define la dignidad como «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación cons-

(90) En palabras de nuestro TC, el principio de la dignidad humana es el «pórtico de los demás valores o principios (STC 337/91 FJ 12.º)».

(91) PANEA MÁRQUEZ, José Manuel, «La imprescindible dignidad», en RUIZ DE LA CUESTA, Antonio (Coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pág. 18.

(92) GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida», en FEITO, L., *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, pág. 88.

(93) Por ejemplo, la Declaración para la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, firmada en Ámsterdam (1994), establece como primer objetivo: «Reafirmar los derechos fundamentales humanos en el apartado de la atención sanitaria, y en particular proteger la dignidad e integridad de la persona, así como promover el respeto del paciente como persona».

(94) Constitución Española, art. 10.1: «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».

(95) Por otro lado, en la STC 120/1990, el Tribunal argumenta que «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10 implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre». Continúa indicando que constituye «un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la pena» (FJ 4.º).

ciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (96).

Entiendo imperativo hacer referencia, aunque sea de forma sucinta al principio de dignidad. Su esencia de valor inspirador del resto de derechos lo sitúan, en mi opinión, fuera de cualquier agrupación de éstos, y a la vez formando parte de cada uno. Nos encontramos pues ante el principio jurídico más básico (97), aquel que le da fundamento al resto de derechos.

En cuanto a la justicia, el respeto a la dignidad supone que las personas no sean discriminadas en cuanto a las posibilidades de lograr una vida realizada en función de factores como la edad, la enfermedad, el nivel de autonomía, etc. En su versión distributiva, la justicia está decididamente mediada por las instituciones e implica relaciones guiadas por el criterio del reparto equitativo de bienes y recursos con los que se satisfacen necesidades y se potencian las capacidades (98).

VI. A modo de conclusión

Una buena Administración es la que sirve objetivamente a la ciudadanía, en base a unos principios y al amparo del interés general. Aplicado al Estado del bienestar, la obligación de una buena Administración reside en la mejora integral y constante de las condiciones de vida de las personas a través de sus servicios públicos (99).

Con respecto a las residencias de mayores, estas forman parte de un conjunto de servicios y recursos cuyo objetivo es garantizar el derecho de las personas mayores a la protección social y sanitaria. Estos servicios conforman una prestación esencial del estado de bienestar que permiten alcanzar el pleno desarrollo de las personas mayores y dependientes. Por ello, ante una situación de emergencia sanitaria, la respuesta debe asegurar el refuerzo y la reafirmación de los principios que engloban nuestro sistema social y sanitario.

(96) STC 53/85, de 11 de abril.

(97) APARISI MIRALLES, Ángela, «En torno al principio de la dignidad humana (a propósito de la investigación con células troncales embrionarias)», *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, 2004, pág. 282.

(98) GOIKOETXEA, M. J., ZURBANOBESKOTXEA, L., MOSQUERA, A. y PABLOS, B., «Código ético para la atención socio-sanitaria a las personas mayores», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 78, 2015, pág. 18.

(99) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a, «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dir.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 196. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2013, pág. 26.

El escenario social y sanitario que está planteando la pandemia exige respuestas que tienen que venir desde los parámetros del modelo social europeo al que España se ha incorporado y que parte del reconocimiento de que ante nuevas necesidades sociales es necesario responder con nuevos servicios y nuevos derechos garantizados por el Estado (100). En efecto, todo parte de la configuración de un nuevo sistema jurídico socio-sanitario, mediante la aprobación de una Ley General Socio-sanitaria que configure un modelo independiente y propio, y permita una atención integral a las personas mayores (101).

En todo caso, discernir si el resultado habría sido diferente con una regulación más acorde es, sin duda, una conjetura de gran complejidad (102). De cualquier modo, las extraordinarias circunstancias que derivan de la pandemia sanitaria hacen prever que las consecuencias habrían sido igualmente graves. Y, sin embargo, parece que no hemos aprendido de nuestros errores. Al contrario, la realidad parece mostrar que no hemos conseguido mejorar en gran medida la capacidad de los centros residenciales para afrontar una nueva crisis sanitaria. Al respecto, la Mesa de la Profesión Sanitaria, en la encuesta «Análisis de la situación de las residencias socio-sanitarias en España», concluye que el 46,3 por ciento de estos centros «no están preparados al 100 por cien para afrontar una segunda ola de la COVID-19, tanto en medios, recursos y profesionales» (103).

(100) En esta misma línea, RUIZ LÓPEZ, Francisca, «La protección de la tercera edad en el estado social del siglo XXI: retos y perspectivas», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 397.

(101) SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón, «Vulnerabilidad y solidaridad. Propuestas de bioderecho para una atención integral a las personas mayores», en ANDREU MARTÍNEZ, M.ª Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 116-123. Salcedo Hernández, considera que esta atención integral debe reunir: una política de desarrollo del envejecimiento activo; un refuerzo a la autonomía y de la capacidad jurídica de las personas mayores; un cambio en las formas tradicionales de atender a las personas; una adecuación de los sistemas de salud actuales; una modificación de la forma de organización de los servicios sanitarios y sociales; un cambio en la concepción estructural de los centros destinados a prestar servicios a las personas mayores; una reorganización del modelo de asistencia que combine atención en centros sociosanitarios y atención domiciliaria; un incremento de la inversión y la formulación de nuevas herramientas financieras; una implementación de las fórmulas que favorecen la interacción social; un aumento de los sistemas de protección contra la violencia y el abuso; una reorientación de la relación médico-paciente, asistente-asistido o perceptor-receptor; un fortalecimiento de las labores de la enfermería, fisioterapia, psicología y trabajo social; una configuración del sistema que favorezca el mantenimiento del entorno familiar y el desarrollo de las necesidades espirituales.

(102) Del mismo modo, la doctrina también plantea la necesidad de reformular un nuevo marco jurídico aplicable a la salud pública. Al respecto, CIERCO SEIRA, César: «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 25 y ss.

(103) CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA, SINDICATO DE ENFERMERÍA (SATSE) y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ENFERMERÍA GERIÁTRICA Y GERONTOLÓGICA (SEEGG): *Informe de la Profesión Enfermera sobre la situación de las residencias tras la primera ola de la Covid-19*, 5 de octubre de 2020.

VII. Bibliografía

- ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ: Pilar, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, ed. BOE, Madrid 2000.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, «El derecho a la atención de las personas mayores en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: retos para los poderes públicos andaluces», en *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 74, 2009, págs. 319-348.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén, «Coordinación socio-sanitaria, usos de la historia clínica y reutilización de datos de salud. Su utilidad en la estrategia de atención a pacientes mayores y crónicos», en ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- APARISI MIRALLES, Ángela, «En torno al principio de la dignidad humana (a propósito de la investigación con células troncales embrionarias)», *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, 2004.
- ARARTEKO Defensoría del Pueblo, *Atención socio-sanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos. Informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco*, 2007.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando y BARCIA SALORIO, Demetrio, *Marco jurídico de las urgencias psiquiátricas*, Edit. You&Us, S.A., Madrid, 2005, Tomo I.
- BELTRÁN AGUIRRE Juan Luis, «Bioética y Derecho Biomédico: principios informantes: Su reflejo en la normativa y en la práctica asistencial. Enfrentamientos, prevalencias y transgresiones», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. 1, 2014.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, «Sujeciones físicas y farmacológicas. Razones para su prescripción. Derechos afectados y legalidad aplicable», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- BLANQUER CRIADO, David, «Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial, ordenación y privación de derechos)», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BOLADERAS, Margarita, «Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos», *Themata. Revista de Filosofía*, núm. 33, 2004.
- CASADO, Demetrio, *Introducción a los Servicios Sociales*, Popular, Madrid, 1997.
- CIERCO SEIRA, César, «Derecho de la salud pública y COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CONSEJO GENERAL DE ENFERMERÍA, SINDICATO DE ENFERMERÍA (SATSE) y SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ENFERMERÍA GERIÁTRICA Y GERONTOLÓGICA (SEEGG), *Informe de la Profesión Enfermera sobre la situación de las residencias tras la primera ola de la Covid-19*, 5 de octubre de 2020.

- CUETO PÉREZ, Miriam, «Incertidumbre en las modalidades de gestión de servicios socio-sanitarios tras la LCSP», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y BELLVER CAPELLA, Vicente, «Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, «Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19», 24 de abril de 2020.
- European Comisión. Directoreta-Generale for Economic and Financial Affairs, «The 2018 ageing report. Economic & Budgetary projections for the 28 EU Member States (2016-2070)», *Institutional Paper*, núm. 79, 2018.
- EUROSTAT, *Ageing Europe. Looking at the lives of older people in the EU*, 2019 edition, Publications Office of the European Unión, 2019.
- FERNÁNDEZ, Juan José, «Morfina cada ocho horas: las instrucciones para sedar a los ancianos moribundos no hospitalizables», *El Periódico.com*, 26 de junio de 2020:
- FONT I LLOVET, Tomás, «Gestión de servicios sociales en el ámbito local. Nuevos planteamientos sobre la ciudad y la contratación pública», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- GOIKOETXEA, M. J., ZURBANOBEASKOETXEA, L., MOSQUERA, A., y PABLOS, B., «Código ético para la atención socio-sanitaria a las personas mayores», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 78, 2015.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida», en FEITO, L., *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a Carmen, «Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *Bioderecho: libertad, vida y muerte*, Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson, 2006.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, EUNSA, Pamplona, 1994.
- HHS Office for Civil Rights in Action, Bulletin: *Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 de marzo de 2020.
- JOEBGES, Susanne y BILLER-ANDORNO, Nikola, «Ethics guidelines on COVID-19 triage – an emerging international consensus», *Critical Care*, núm. 24, 2020.
- KAYSER-JONES, J. S., «Distributive justice and the treatment of acute illness in nursing homes», *Soc Sci Med*, Vol. 23, núm. 12, 1986.

- LARIOS RISCO, David, «Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, *Acción social en España. Centros, servicios y establecimientos de servicios sociales*, ACCI, Madrid, 2014.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier, «La sostenibilidad del ámbito socio-sanitario», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.
- MARTÍN AYALA, María, «La ausencia de un modelo socio-sanitario en la crisis COVID-19», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 30, 2020.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Emilio, «La vulnerabilidad humana desde un punto de vista ético», en ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro, «Las listas de espera y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Reconstrucción y gestión del sistema de salud*, Comares, Granada, 2015.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M.^a, «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en TOLIVAR ALAS, Leopoldo y CUETO PÉREZ, Miriam (Dirs.), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Libro Blanco. Atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid, 2004.
- MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD, *Libro Blanco de la coordinación socio-sanitaria en España*, 15 de diciembre de 2011.
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, *Guía para residencias durante el COVID-19*, Plena Inclusión España, 2020.
- MORENO REBATO, Mar, «La protección de la tercera edad», *Documentación administrativa*, núm. 271-272, 2005.
- NEVES PINTO, Gerson, «Desde la Ética a la Bioética», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 33, 2015.
- PANEA MÁRQUEZ, José Manuel, «La imprescindible dignidad», en RUIZ DE LA CUESTA, Antonio (Coord.), *Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.
- PÉREZ DÍAZ, Julio; ABELLÁN GARCÍA, Antonio; ACEITUNO NIETO, Pilar; RAMIRO FARIÑAS, Diego, «Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos», *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, Madrid.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, «La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (Dir.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.

- ROCA TRIAS, E., «La función del derecho para la protección de las personas ante la biomedicina y la biotecnología», en *Derecho Biomédico y bioética*, Comares, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2013.
- RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio y MONSERRAT CODORNIU, Julia, *Modelos de Atención Socio-sanitaria. Una aproximación a los costes de la dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar, «Conceptualización de los alojamientos para personas mayores», en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar, *Residencias para personas mayores*, Ed. Médica Panamericana, Madrid, 1999.
- ROMEO CASABONA C. M., «Bioderecho y Bioética», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, 2011.
- RONDINELLI, D. A.; NELLIS, J. R. & CHEEMA, G. S., «Decentralization in developing countries: a review of recent experience», *Staff Working Papers*, 1983.
- RUBIO, O., ESTELLA, A., CABRE, L., y otros, «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones difíciles en las unidades de cuidados intensivos ante la situación excepcional de crisis por la pandemia por COVID-19: revisión rápida y consenso de expertos», *Medicina Intensiva*, 15 de abril de 2020.
- RUIZ LÓPEZ, Francisca, «La protección de la tercera edad en el estado social del siglo XXI: retos y perspectivas», en PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *La seguridad del paciente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón, «Vulnerabilidad y solidaridad. Propuestas de bioderecho para una atención integral a las personas mayores», en ANDREU MARTÍNEZ, M.^a Belén y SALCEDO HERNÁNDEZ, José Ramón (Coords.), *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SÁNCHEZ CARAZO, C., «Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información», en FEITO L., *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier, «La bioética y el derecho sanitario: encuentros y desencuentros», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. 1, 2014.
- SANCHO CASTIELLO, T., y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., «Política social de atención a las personas mayores», *Gerontología Conductual*, Vol. I, Ed. Síntesis, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en BLANQUER CRIADO, David (Coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Euskera



La normativa sobre el euskera publicada en 2020

The regulations on Basque language published in 2020

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

e.cobrerros@ehu.eus

ORCID: 0000-0001-9760-596X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.05>

LABURPENA: Urteko kronika honetan euskararen estatusean garrantzia duten jurisprudenzia— eta araudi-berritasun nagusiak jasotzen dira.

HITZ GAKOAK: Euskara. Jurisprudenzia. Araudia.

ABSTRACT: In this annual chronicle, the main jurisprudential and regulatory developments with relevance in the status of Basque language are included.

KEYWORDS: Basque language. Jurisprudence. Legal norms.

RESUMEN: En esta crónica anual se recogen las principales novedades jurisprudenciales y normativas con relevancia en el *status* del euskera.

PALABRAS CLAVE: Euskera. Jurisprudencia. Normativa.

Trabajo recibido el 21 de enero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Jurisprudencia: 1. Del Tribunal Supremo. 2. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. 3. De otros tribunales superiores de justicia.—II. Legislación: 1. De la Comunidad Autónoma del País Vasco. 2. De la Comunidad Foral de Navarra.

En esta crónica relativa al año 2020 —muy magra de contenido sustantivo— recogeremos, en primer lugar, las aplicaciones judiciales más relevantes en materia lingüística y, a continuación, señalaremos las actuaciones propiamente normativas que se han producido.

I. Jurisprudencia

1. Del Tribunal Supremo

A) En este apartado tenemos que hacer referencia a cuatro sentencias similares del Tribunal Supremo, dictadas en relación con el Decreto 61/2017, de 12 de mayo, del Consell valenciano, por el que se regulan los usos institucionales y administrativos de las lenguas oficiales en la Administración de la Generalitat valenciana. Son la STS de 2 de junio de 2020, rec. núm. 5834/2018, la STS de 9 de junio de 2020, rec. núm. 6525/2018, la STS de 3 de julio de 2020, rec. núm. 5935/2018, y la STS de 14 de julio de 2020, rec. núm. 6527/2018. El precepto afectado es un apartado del art. 12 del mencionado Decreto, que dispone: «3. Cuando deban tener efecto fuera del territorio de la Comunitat Valenciana, las notificaciones y las comunicaciones se redactarán en valenciano y en castellano, salvo que se trate de comunidades autónomas pertenecientes al mismo ámbito lingüístico que el valenciano, y en este caso solo se redactarán en esta lengua. Se redactarán también en castellano cuando lo solicite la persona interesada». El Tribunal Supremo ratifica la anulación de su último inciso.

El argumento fundamental utilizado es que: «el reconocimiento de que la competencia para la regulación de la cooficialidad de la lengua propia corresponde a la Comunidad Autónoma no supone, en modo alguno “[...] una atribución de competencias específicas que autorice a alterar el marco que deriva de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, como precisa la citada STC 11/2018, en su FJ cuarto. La regulación del procedimiento administrativo común, en particular de la lengua en el caso de documentos elaborados en una lengua cooficial en el ámbito de una Comunidad Autónoma, que hayan de surtir efectos fuera del ámbito territorial de la misma, está atribuida de forma exclusiva al Estado, según la distribución de competencias que establece

el art. 149.1.18 de la CE, que regula la competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, cuando se trata de los efectos que hayan de surtir fuera de su territorio los documentos elaborados por una determinada Comunidad Autónoma en su lengua cooficial, la competencia de la misma no puede extralimitarse de su territorio. Por tanto, cuando se trata de la lengua en que han de estar redactados los documentos que hayan de surtir efectos fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma, la misma habrá de atenerse a lo previsto en el art. 15.3 de la LPAC, que proporciona la regla única y suficiente para solventar todas las situaciones, al disponer que no será necesaria su traducción al castellano en el caso que la lengua cooficial en que estén elaborados los documentos sea también la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma en que hayan de surtir efectos. Esta previsión, dictada por el Estado en el ámbito de su competencia exclusiva, no precisa ni admite ninguna otra intervención normativa por parte de la Comunidad Autónoma, por lo que la previsión reglamentaria del art. 12.3 del Decreto 61/2017 infringe, en efecto, tanto el art. 15.3 de la LPAC, como el art. 149.1.18 de la CE, al desbordar la competencia estatal con la introducción de un concepto jurídico, el de "mismo ámbito lingüístico" que es ajeno a la norma estatal aplicable, art. 15.3 LPAC».

En consecuencia, la doctrina casacional fijada se concreta en que «[...] el art. 15.3 de la LPAC, dictado en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado para regular el procedimiento administrativo común, ex art. 149.1.18 CE, proporciona la regla única y suficiente respecto al régimen general de traducción al castellano de los documentos, expedientes, partes de los mismos o resoluciones, redactados en una lengua cooficial de una Comunidad autónoma, cuando hayan de surtir efectos fuera del ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma, en tanto dispone que no será necesaria su traducción al castellano en el caso que la lengua cooficial en que estén elaborados los documentos sea también la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma en que hayan de surtir efectos. La regulación autonómica en la disposición reglamentaria impugnada carece por consiguiente de cobertura competencial y ha de ser anulada».

B) Por su parte, la STS de 10 de junio de 2020, rec. núm. 3798/2018, casando la STSJPV de 28 de febrero de 2018 (a la que se hizo referencia en la crónica publicada en el número 113 de esta Revista), anula la ordenanza reguladora de la concesión de subvenciones del Ayuntamiento de Lasarte-Oria, declarando que no se considera ajustado al principio de igualdad de trato y no discriminación, vinculado al uso promoción de las

lenguas cooficiales, el requisito general relativo a la utilización obligatoria del euskera en las actividades dirigidas exclusivamente a menores de 16 años, que se exige para poder ser beneficiario de subvenciones en la Ordenanza reguladora de la concesión de subvenciones del Ayuntamiento de Lasarte-Oria, y que excluye como destinatario final de la actividad a quienes, no teniendo el deber de conocer la lengua vasca, son castellano parlantes.

A esta sentencia le acompaña un interesante voto particular discrepante que considera que «siendo pacífico que la exigencia controvertida se propone la promoción del uso del euskera también entre menores de 16 años en aquellas actividades que, por sus características lo aconsejen, no se alcanza a comprender la razón por la que no pueden subvencionarse las que se desarrollen exclusivamente en euskera. No se trata aquí de la protección del derecho a conocer y a usar el castellano, reconocido a todos por el artículo 3.1 de la Constitución, ni del derecho de todos a dirigirse en castellano a cualesquiera poderes públicos y a obtener en esa lengua la respuesta que corresponda. La cuestión es distinta y más sencilla. Se trata de saber si es coherente con el objetivo de fomentar no sólo el conocimiento sino, también, el uso normal del euskera, que las actividades a subvencionar, en función de sus características, si tienen como destinatarios a menores de 16 años, se realicen solamente en euskera a fin de fomentarlo, propósito que inspira la Ordenanza recurrida y responde al que fija la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, en su artículo 7.2. Promover dichos conocimiento y uso normal no menoscaba la posición del castellano, protegida constitucional, estatutaria y legalmente, además de prevalente en la realidad social. Y parece lógico que la promoción se haga en la propia lengua objeto de ella y no en otra distinta. En la medida en que la controversia gira sobre un criterio general de la naturaleza del expuesto, no puede imputarse a la Ordenanza del Ayuntamiento de Lasarte-Oria el efecto discriminador que afirma el Abogado del Estado y ve la sentencia de la que discrepamos. Podría suceder en la aplicación concreta del mismo si se hiciera valer para actividades que, por sus características, no lo consientan, pero eso habrá de examinarse en cada caso, como dice la Sala de Bilbao. Ahora bien, no creemos que el principio de igualdad impida la promoción de una lengua mediante su propio uso. Al contrario, la distinta posición en que se encuentra el euskera respecto del castellano ofrece una primera justificación para hacerlo y la finalidad legítima perseguida, junto con la razón práctica de que es un modo idóneo de lograrla, la completan. Además, la sentencia de la que discrepamos no demuestra lo que afirma, pues se limita a repetir que la regla impugnada excluye a los castellano-hablantes sin razonar sobre los extremos indicados y, pese

a no desconocer que la enseñanza obligatoria en el País Vasco incluye en todos sus niveles el euskera y el castellano, no saca la consecuencia más clara de ello: los menores de 16 años pueden desenvolverse en ambas lenguas».

C) El resultado es distinto, sin embargo, en la STS de 24 de noviembre de 2020, rec. núm. 1965/2019, y en la STS 1 de diciembre, rec. núm. 1968/2019, dictadas también en sendos recursos interpuestos por la Administración General del Estado sobre ordenanzas municipales subvencionales de dos municipios vascos. Sin embargo, el Tribunal Supremo apreciará diferencias sustanciales con respecto al supuesto anterior.

Así, por lo que respecta a la ordenanza de subvenciones para poner en euskera la imagen corporativa de los establecimientos, del Ayuntamiento de Zarautz, la primera sentencia dirá:

«[C]uando estamos ante los contornos y límites de la actividad administrativa de fomento que pretende impulsar o incentivar el uso del euskera mediante el cambio de la lengua en la que se expresa la imagen corporativa de los establecimientos, lo relevante es si la convocatoria para el otorgamiento de subvenciones tiene por objeto alcanzar una preeminencia o la mera preferencia de una lengua oficial en dicho territorio en perjuicio de la otra, o si, por el contrario, lo que se pretende es equilibrar o igualar el uso de ambas lenguas oficiales en ese ámbito.

El fomento y promoción de la lengua cooficial en todos los ámbitos, como el de la imagen corporativa que ahora examinamos, es una medida adecuada de normalización de una lengua, en los casos en que su uso sea minoritario. Ahora bien, este impulso del euskera no se encuentra exento de límites, que, por lo que ahora importa, viene configurado por la protección de la igualdad y del equilibrio que debe mediar entre ambas atribuya una preeminencia o preferencia a ninguna de ellas, en detrimento de la otra.

No se transgreden los expresados límites, por tanto, cuando lo que se pretende es promover medidas que tiendan a estimular el conocimiento del euskera, como lengua minoritaria, pero cooficial en la Comunidad Autónoma, intentando equilibrar e igualar la posición de ambas lenguas cooficiales para que puedan ser usadas indistintamente en la imagen corporativa de los establecimientos. Teniendo en cuenta que el objeto y la configuración de la subvención no

establece ninguna imposición, toda vez que no se exige el conocimiento del euskera a los solicitantes de las subvenciones.

Conviene tener en cuenta que la imagen corporativa puede estar en castellano o en euskera, libremente elegida por el titular del establecimiento. La convocatoria impugnada en la instancia, como antes señalamos y ahora reiteramos, tiene por objeto permitir que se otorgue una subvención para quienes teniendo tal imagen corporativa en castellano desean cambiar al euskera. Recordemos que su objeto es "poner en euskera la imagen corporativa de los establecimientos, considerando como tales la rotulación de vehículos, bolsas, papel para envolver, sobres, folios con membrete, tarjetas de visita, talonarios, albaranes, facturas, etc.". No se impone, en definitiva, ese cambio de imagen corporativa a la lengua propia de la Comunidad Autónoma.

Ni siquiera el requisito establecido en la convocatoria que impide que se retorne al castellano una vez recibido el importe de la subvención y sin devolución del mismo, no es más que una prevención propia de cualquier subvención, que atiende al cumplimiento de los requisitos a que se sujeta su concesión. Lo que se pretende, en definitiva, es salvaguardar el objeto de la subvención, que se reciba su importe para quien efectivamente desea que tal imagen corporativa pase del castellano al euskera».

Por lo que respecta a la ordenanza de subvenciones de programas y actividades culturales del Ayuntamiento de Eskoriatza, la segunda sentencia establece:

«Este régimen de cooficialidad ha de sujetarse a un estándar de igualdad entre sendas lenguas cooficiales, que impida el desequilibrio entre las mismas. De modo que no pueden establecerse medidas que sitúen a alguna de dichas lenguas cooficiales, en este caso castellano y euskera, en una posición de superioridad o predominio respecto de la otra, pues ello vulneraría la expresada cooficialidad. Teniendo en cuenta que el diseño del indicado sistema se construye, en definitiva, sobre la igualdad entre las lenguas que son oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma, y no permite que se adopten decisiones o se promuevan iniciativas que comporten la aparición o la consolidación de desequilibrios entre estas lenguas.

Lo que define la oficialidad lingüística, a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 82/1986, de 26 de junio, y 31/2010, de 28 de junio), es que las dos lenguas, igualmente oficiales en la Comunidad Autónoma, sean “el medio normal de comunicación en y entre los poderes públicos y en la relación de éstos con los sujetos privados”, de modo que no puedan establecerse un uso preferente de ninguna de ellas. Ahora bien, hay que tener presente que “todo ello sin olvidar la procedencia de que el legislador pueda adoptar medidas correctoras, de protección o fomento tendentes a evitar una posición secundaria o de postergación que alguna de las lenguas pudiera tener”.

De manera que, por lo que hace al caso, cuando estamos ante los contornos y límites de la actividad administrativa de fomento que pretende impulsar o incentivar el uso del euskera en los programas y actividades culturales de dicho municipio, lo relevante es si la convocatoria para el otorgamiento de subvenciones tiene por objeto alcanzar una preeminencia o la mera preferencia de una lengua oficial en dicho territorio en perjuicio de la otra, o si, por el contrario, lo que se pretende es simplemente equilibrar o igualar el uso de ambas lenguas oficiales en ese ámbito.

El fomento y promoción de la lengua cooficial en todos los ámbitos, como el cultural que ahora examinamos, es una medida adecuada de normalización de una lengua, en los casos en que su uso sea minoritario. Ahora bien, este impulso del euskera no se encuentra exento de límites, que, por lo que ahora importa, viene configurado por la protección de la igualdad y del equilibrio que debe mediar entre ambas lenguas, que es la esencia del régimen de cooficialidad, impidiendo que se atribuya una preeminencia o preferencia a ninguna de ellas, en detrimento o menoscabo de la otra.

No se transgreden los expresados límites, por tanto, cuando lo que se pretende es promover que en las actividades culturales se tiendan a utilizar el euskera, incrementando su uso, y, por tanto, incentivando que se utilicen las dos lenguas, que se equiparen, según se infiere la citada base 12.f).3. En el bien entendido que la aplicación de dicha base no puede suponer que todas las actividades y programas culturales se realicen siempre, y exclusivamente, en euskera, al preferirse dicha lengua para todas las actividades culturales dicho año, convirtiendo al castellano en una lengua inexistente en los

programas y actividades culturales de ese municipio. Esta interpretación y aplicación supondría una lesión de la propia base 12.f).3.

De modo que las medidas deben «tender», deben dirigirse a estimular el conocimiento del euskera, como lengua minoritaria, pero cooficial en la Comunidad Autónoma, intentando equilibrar e igualar la posición de ambas lenguas cooficiales para que puedan ser usadas indistintamente en las actividades culturales, pero en su posterior interpretación y aplicación al caso, insistimos, no pueden comportar la supresión y exclusión del uso del castellano en las actividades culturales.

Conviene tener en cuenta, por lo demás, que respecto de los solicitantes de la subvención no se exige el conocimiento del euskera y que, a tenor del objeto y requisitos que establece la convocatoria, no se establecen imposiciones incompatibles con el sistema de cooficialidad, sino medidas de fomento y protección de la lengua minoritaria, como son los términos de “se tenderá a utilizar” o se “dará preferencia” que, como antes hemos advertido, no pueden ser rebasadas en su aplicación».

D) De la STS de 19 de noviembre de 2020, rec. núm. 1681/2018, podemos destacar un aspecto tangencial de la misma, pero con cierta relevancia por lo que aquí interesa, referido a la falta de traducción del gallego al castellano de una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lugo. Así:

«Según establece el artículo 231.4 de la LJCA: “[...] Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán, sin necesidad de traducción al castellano, plena validez y eficacia. De oficio se procederá a su traducción cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos judiciales sitos en la Comunidad Autónoma, salvo si se trata de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia coincidente. También se procederá a su traducción cuando así lo dispongan las leyes o a instancia de parte que alegue indefensión”. Tal precepto ha sido reiteradamente interpretado, por las distintas Salas del Tribunal, como comprensivo de las sentencias y resoluciones judiciales.

En este asunto, cabe destacar que, si bien la sentencia impugnada aparece originariamente redactada en gallego, fi-

gura traducida al castellano en la base de datos oficial del CENDOJ —de modo que utilizamos, para entenderla, tal versión, confiando en la certeza y fiabilidad de la traducción— no sucede igual con la sentencia primera, de cuya ejecución se trata, que consta en la misma base de datos sólo en gallego, sin traducción —incumpléndose así el expresado mandato del art. 231.4, inciso segundo, LOPJ—, cuyo contenido habríamos de acordar en ella.

Sin embargo, las circunstancias que han rodeado la tramitación de esta fase casacional ante este Tribunal Supremo aconsejan obviar esta evidente irregularidad, que no ha sido acusada por los comparecientes, pero que ha dificultado la labor enjuiciadora de esta Sala. De ahí que por esta vez y, se reitera, debido a las peculiaridades que han concurrido en el caso, no se considera oportuno remitir los autos al Tribunal de origen para que cumpla el imperativo deber de la traducción al castellano de lo que aparece redactado en aquel otro idioma distinto».

2. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

En este ámbito jurisdiccional solo podemos reseñar dos sentencias. La primera, de finales del año anterior —STJPV de 30 de diciembre de 2019, rec. núm. 820/2018—, también referida a bases reguladoras de programas de subvenciones, esta vez del Ayuntamiento de Urretxu, impugnadas por la Administración General del Estado. Siguiendo su jurisprudencia, la Sala de Bilbao desestimaré el recurso.

La STSJPV de 16 de enero de 2020, rec. núm. 172/2019, hará lo propio con las bases que establecían subvenciones a asociaciones de servicios sociales del Ayuntamiento de Eskoriatza.

3. De otros tribunales superiores de justicia

A) Así, podemos mencionar sendas SSTSJ de Asturias de 20 de enero de 2020, rec. núm. 332/2018 y 414/2018, respectivamente, por las que se anula la Ordenanza del uso de la lengua asturiana en el ámbito del concejo de Mieres, a instancias de la Delegación del Gobierno en el Principado de Asturias, por entender que, en definitiva, se venía a establecer un régimen de cooficialidad de dicha lengua, cuando eso solo es constitucionalmente posible por el Estatuto de Autonomía, ex art. 3.2 CE.

B) Por parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 2020, rec. núm 461/20180, declara la anulabilidad del acto recurrido por vulneración de la normativa estatal y, transformado también en un recurso indirecto contra el reglamento en el que se basaba la convocatoria, declarará nulo el reglamento el Decreto 154/2016, de 21 de octubre, en la parte que establece como requisito ineludible para integrarse en las bolsas, y por consiguiente, para el nombramiento, superar un determinado módulo formativo, que en el presente asunto es el B1/elemental del conocimiento del valenciano se debe considerar ilegal por vulneración de la normativa estatal que no lo exige. Impuesto ese nivel de conocimiento de la lengua valenciana como imprescindible aun cuando se trate de un nivel elemental, correspondiéndose con «un dominio del uso de la lengua, tanto oral como escrito, de usuario independiente, que permite llevar a cabo las tareas y las situaciones sociales de comunicación propias de la vida cotidiana».

II. Legislación

1. De la Comunidad Autónoma del País Vasco

Ha sido escasísima la actividad normativa en lo que aquí interesa, de tal manera que solo podemos citar dos disposiciones reglamentarias. La primera es el Decreto 99/2020, de 28 de julio (*BOPV* de 10 de agosto de 2020), del Consejo Asesor del Euskera, que modifica la regulación anterior de este órgano, con la finalidad de mejorarla, reducir sus órganos y número de vocales y cambiar algunas normas de su funcionamiento, derogando la anterior normativa reguladora de 2007.

Por otra parte tenemos, el Decreto 18/2020, de 6 de septiembre (*BOPV* de 7 de septiembre), del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, como consecuencia de las elecciones autonómicas y de la constitución de un nuevo Gobierno Vasco, derogando los anteriores decretos de 2016 y 2018.

2. De la Comunidad Foral de Navarra

Tampoco en este ámbito tenemos mucho que reseñar. Si acaso el Decreto Foral 8/2020, de 12 de enero (*BON* de 21 de febrero de 2020), que modifica el Decreto Foral 4/2016, de 27 de enero, por el que se regula el símbolo oficial del Gobierno de Navarra y su utilización, cuyo alcance

no se percibe *prima facie*, pero que parece destinado únicamente a que, en los símbolos oficiales, el texto en castellano («Gobierno de Navarra») aparezca a la izquierda y el texto en euskera («Nafarroako Gobernua») a la derecha del escudo, alterando por tanto el orden hasta entonces establecido.

En fin, por su significación en el nivel municipal podemos mencionar aquí la Ordenanza reguladora de la utilización del euskera en el Ayuntamiento de Pamplona y su Sector Público Institucional, de 5 de marzo de 2020 (*BON* de 14 de abril de 2020).

Jurisprudencia



Sacrificio de animales y libertad religiosa. Comentario a *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België, STJUE (Gran Sala) de 17-12-2020*

Animal slaughter and religious freedom. Comment on *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, judgment of the CJEU (Grand Chamber) of 17-12-2020

AGUSTÍN GARCÍA URETA*

Catedrático de Derecho administrativo
EHU/UPV
agustin.garcia-ureta@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.06>

LABURPENA: Iruzkín honek Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren (EJBA, Sala Nagusia) epai bat aztertzen du, gai horri buruzko Europako araudiaren arabera animaliak erritualki hiltzeko murrizketei buruzkoa. Aurreko epaietan ez bezala, EBJAk esan du estatu kideek neurri murriztaileagoak ezar ditzaketela, alde aurreko zorabio itzulgarriaren betekizuna ezarritik. Gai horri buruz estatu kideetan adostasunik ez dagoenez, EBJAk saihestu egin du horiei guztiei kanon komun bat ezartzea.

HITZ GAKOAK: Erlijio-askatasuna. Animalien erritu sakrifizioa. Murrizketak. Estatu kideen eskumenak

ABSTRACT: This comment examines a judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) (Grand Chamber) regarding the restrictions for the ritual slaughter of animals, in the light of the EU regulations on this matter. Unlike previous judgments, the CJEU has affirmed that the Member States are entitled to impose further restrictions, such as the previous reversible stunning of animals without causing their death. The lack of common consensus on this matter in the EU has led the CJEU not to set out a judicial canon on this matter.

KEYWORDS: Religious freedom. Religious slaughter of animals. Limits. Member States' purview.

(*) El autor agradece a Luc LAVRYSEN (juez del Tribunal Constitucional de Bélgica) la información proporcionada para preparar este comentario. Errores u omisiones son solo atribuibles al primero.

RESUMEN: El presente comentario examina una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (Gran Sala) respecto de las restricciones para el sacrificio ritual de animales a la luz de la normativa europea sobre esta materia. A diferencia de anteriores sentencias, el TJUE ha sostenido que los Estados miembros pueden establecer medidas más restrictivas, imponiendo el requisito del aturdimiento previo reversible. La ausencia de un consenso en los Estados miembros sobre esta cuestión ha llevado al TJUE a evitar imponer un canon común a todos ellos.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa. Sacrificio ritual de animales. Limitaciones. Competencias de los Estados miembros

Trabajo recibido el 28 de diciembre de 2020
Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Introducción.—II. Un recordatorio de la anterior jurisprudencia del TJUE.—III. El marco del litigio en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België*.—IV. La normativa de la UE y la CDF no impedía la prohibición de sacrificio sin aturdimiento. 1. Objetivos generales de la normativa de la UE. 2. Capacidad de los Estados miembros para mantener y adoptar medidas de protección más amplias. La escisión entre aturdimiento y sacrificio. 3. La aplicación del principio de proporcionalidad: La falta de un consenso europeo y la renuncia del TJUE a establecer un estándar único.—V. La distinción entre los sacrificios rituales y la matanza de animales en el marco de actividades de caza y de pesca o durante acontecimientos culturales o deportivos.—VI. Comentarios conclusivos.—VII. Bibliografía

I. Introducción

1. Este comentario al asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie van België* sigue la estela de anteriores casos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el sacrificio de animales para el consumo humano y las prácticas rituales exigidas por distintas creencias religiosas, principalmente la islámica y judía (1). Esta materia trasciende a la propia Unión Europea (UE), ya que se enmarca en el derecho consagrado en el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y su paralelo en el art. 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) (2). La UE ha adoptado un principio general de evitación del sufrimiento

(1) GARCÍA URETA, Agustín, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales», (2019) *Revista Vasca de Administración Pública* págs. 273-298. Véase también HOWARD, Erica, «Ritual slaughter and religious freedom», (2019) *Common Market Law Review*, págs. 803-824.

(2) «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos». Esta materia ha sido tratada por la doctrina a lo largo de los años, pudiéndose destacar los siguientes trabajos: BOTTONI, Rossella, «Legal Aspects of Halal Slaughter and Certification in the European Union and its Member States», en RAMADAN AL-TEINAZ, Yunes; SPEAR, Stuart y ABD EL-RAHIM, Ibrahim, *The Halal Food Handbook*, John Wiley & Sons Ltd., 2020, págs. 255-270. FLAUS, Jean François, «Abattage rituel et liberté de religion: le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 45, 2001, págs. 195-207; HAUPT, Claudia, «Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter», *George Washington International Law Review* núm. 39, 2007, págs. 839-886. LERNER, Pablo y RABELLO, Alfredo, «The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities», *Journal of Law and Religion*, núm. 22, 2006, págs. 1-62. ZOETHOUT, Carla, «Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter», *Human Rights Quarterly*, núm. 35, 2013, págs. 651-672.

miento de los animales, incluso si se trata de prácticas prescritas por una religión o creencia. Tanto desde una perspectiva constitucional como legislativa, la UE ha establecido un marco de referencia para los Estados miembros. Así, el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (Protocolo núm. 33 (1997) anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) indica:

«Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

2. Como en anteriores asuntos, la norma clave fue el Reglamento 1099/2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza(3). Sin embargo, tanto el art. 13 TFUE como este Reglamento solo establecen un marco normativo, que permite distintos enfoques por parte de los Estados miembros, como habrá ocasión de examinar a la luz de la sentencia objeto de este comentario. Las divergencias entre los Estados miembros, algunas consideraciones sobre los componentes de los sacrificios rituales (posible aturdimiento, por una parte, y concreta práctica del sacrificio, por otra) y, en definitiva, una posición del TJUE evitando establecer una doctrina acabada (paralela a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH), han tenido un peso importante en el asunto que aquí se comenta.

II. Un recordatorio de la anterior jurisprudencia del TJUE

3. Un asunto previo, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*(4), tuvo que ver con la decisión de la región de Flandes de dejar de conceder autorizaciones para mataderos temporales en los que realizar el sacrificio religioso, en particular durante la Fiesta del Sacrificio (o *Eid al-Adha*, que se celebra unos setenta días después de la finalización del Ramadán). Los demandantes en el litigio principal impug-

(3) En adelante, el Reglamento o Reglamento 1099/2009.

(4) Asunto 426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW v. Vlaams Gewest*, ECLI:EU:C:2018:335.

naron la aplicación del Reglamento 1099/2009, al entender que excluía del mismo el sacrificio de animales durante acontecimientos culturales o deportivos (5). Igualmente, cuestionaron la validez de otra norma, según la cual en el caso de métodos particulares de sacrificio «prescritos por ritos religiosos», no eran de aplicación determinados requisitos, a condición de que el sacrificio se llevase a cabo «en un matadero». Tales requisitos, establecidos en los Reglamentos 1099/2009 (ya citado) y 853/2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal, consistían en que: a) los animales debían matarse únicamente previo aturdimiento, con arreglo a los métodos previstos en el anexo I del Reglamento 1099/2009, manteniéndose la pérdida de consciencia y sensibilidad hasta la muerte del animal (6), y b) los métodos que no provocasen la muerte instantánea («aturdimiento simple») debían ir seguidos «lo más rápidamente posible de un procedimiento que provocase ineluctablemente la muerte, tal como el sangrado, el descabello, la electrocución o la exposición prolongada a la anoxia (7).

4. A la luz de la definición de «rito religioso» en el Reglamento 1099/2009, esto es, una serie de actos relacionados con el sacrificio de animales, *prescritos por* una religión (8), la conclusión que se desprendía era que el sacrificio ritual objeto del litigio principal se celebraba cada año por un elevado número de musulmanes practicantes en Bélgica con el fin de cumplir un precepto religioso específico, consistente en la obligación de sacrificar o hacer que se sacrificase un animal, sin aturdimiento previo, para a continuación comer su carne en familia y distribuir parte de ella entre las personas desfavorecidas, los vecinos y los familiares lejanos (9). De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento, el TJUE afirmó que la práctica del sacrificio ritual, «sin aturdimiento previo» (10), estaba autorizada, «con carácter excepcional», en la UE a condición de que dicho

(5) Art. 1.3.a).iii).

(6) Reglamento 1099/2009, art. 4.1 y Anexo I.

(7) Reglamento 853/2004, art. 4.1 (segundo párrafo).

(8) Art. 2.g).

(9) Asunto C-426/16, apt. 48.

(10) Por aturdimiento, el Reglamento entiende [art. 2.p)]: «todo proceso inducido deliberadamente que cause la pérdida de consciencia y sensibilidad sin dolor, incluido cualquier proceso que provoque la muerte instantánea». Por su parte, el Convenio europeo sobre la protección de los animales de sacrificio (1979), del que la UE es Parte, define «aturdimiento» como «todo proceso conforme a las disposiciones del presente Convenio que, aplicado a un animal, induce a un estado de insensibilidad que dura hasta su muerte, ahorrándole así en cualquier caso cualquier sufrimiento evitable». Durante el aturdimiento, sigue diciendo el Convenio, «cualquier sufrimiento evitable a los animales será en cualquier caso excluido».

sacrificio se realizase en un establecimiento autorizado por las autoridades estatales competentes, respetando los requisitos técnicos relativos a la construcción, el diseño y el equipamiento que exigía el Reglamento 853/2004.

5. El TJUE constató, además, que el Reglamento 1099/2009 no establecía «ninguna prohibición» de la práctica del sacrificio ritual en la UE. Antes al contrario, manifestaba el «compromiso positivo» del legislador de la UE de permitir tal práctica «sin aturdimiento previo a fin de garantizar el respeto efectivo de la libertad de religión», en particular de las prácticas musulmanas, durante la Fiesta del Sacrificio (11). Lo anterior quedaba igualmente confirmado por los considerandos del Reglamento, que señalaban la existencia de una excepción respecto de la obligación general de aturdimiento de los animales antes del sacrificio, precisamente con el fin de garantizar el respeto de la libertad de religión y el derecho a manifestar la religión o las convicciones a través de las prácticas y la observancia de los ritos, de acuerdo con el art. 10 CDF. Para el TJUE la exigencia de que el sacrificio se efectuase en un matadero autorizado tan solo perseguía «organizar y encuadrar, desde un *punto de vista técnico*, el libre ejercicio del sacrificio sin aturdimiento previo con fines religiosos». En consecuencia, tal encuadramiento no implicaba, en sí mismo, una limitación del derecho de libertad de religión de los musulmanes practicantes (12).

III. El marco del litigio en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België*

6. La sentencia en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties*, no puso fin a la polémica, ya que el Parlamento de Flandes modificó, el 7 de julio de 2017, la Ley de 1986 sobre la protección y al bienestar animales, estableciendo que, cuando los animales fuesen sacrificados conforme a métodos particulares prescritos por ritos religiosos, el aturdimiento debía ser reversible y la muerte de animales no podía ser provocada por el aturdimiento (13). Para las autoridades de Flandes el sacrificio de animales sin aturdimiento era incompatible con el principio del bienestar animal, pero se había pretendido buscar un equilibrio entre ese principio y la libertad de religión. A este res-

(11) Asunto C-426/16, apt. 56.

(12) Asunto C-426/16, apts. 58-59, cursiva añadida.

(13) La reforma entró en vigor el 1 de enero de 2019.

pecto, tales autoridades habían constatado que, tanto el rito religioso judío como el islámico, requerían la pérdida completa de sangre del animal pero, de acuerdo con investigaciones científicas, se había demostrado que el temor de que el aturdimiento afectase negativamente al sangrado carecía de fundamento. El aturdimiento mediante una descarga eléctrica (electronarcosis) era un método reversible (no letal) en el que, si no se llevaba a cabo inmediatamente el degüello, el animal recuperaba la consciencia después de un breve lapso de tiempo y no experimentaba ningún efecto negativo como consecuencia del mismo. Por el contrario, si se degollaba al animal inmediatamente después de haberlo aturdido, su muerte se debería exclusivamente a la hemorragia. La conclusión era que la aplicación del aturdimiento reversible, no letal, durante la práctica del sacrificio ritual constituía una medida proporcionada que respetaba el espíritu del sacrificio religioso en el contexto de la libertad de religión y tenía en cuenta, en la mayor medida posible, el bienestar de los animales afectados.

7. Los demandantes en el litigio principal cuestionaron estas conclusiones, acudiendo directamente al Reglamento 1099/2009, al entender que se privaba a los creyentes judíos y musulmanes de la garantía de que los sacrificios rituales no estuviesen sujetos al requisito de aturdimiento previo. En su opinión, la norma de Flandes impedía que el conjunto de los creyentes, y no solo una fracción minoritaria de ellos, pudiese practicar su religión, dado que no les permitía obtener carne de animales sacrificados según sus preceptos religiosos. Dicha norma restringía, además, de manera desproporcionada la libertad de religión, teniendo en cuenta que la carne de los bovinos sacrificados conforme a preceptos religiosos solo representaba el 0,1 % de la cantidad total de la carne producida en Bélgica y, en su opinión, los casos en que el aturdimiento previo fallaba eran superiores a ese porcentaje.

8. A lo anterior se unía una cuestión considerada en la jurisprudencia del TEDH, según la cual la comunidad judía no tenía la garantía de poder abastecerse de una cantidad suficiente de carne procedente de animales sacrificados conforme a los preceptos de la religión judía. A semejanza de la Región Flamenca, un número cada vez mayor de Estados miembros prohibía el sacrificio de animales sin aturdimiento o, cuando menos, la exportación de carne procedente de animales sacrificados conforme a preceptos religiosos, lo que comprometía el suministro de esa clase de carne en la Región Flamenca. Asimismo, la certificación de la carne importada no permitía saber con certeza si procedía efectivamente de animales sacrificados conforme a los preceptos religiosos. En relación con esta alegación hay que tener en cuenta que el

TEDH había señalado, entre otras cosas, en el asunto *Chaare Shalom Ve Tsedek*(14), que únicamente habría injerencia en la libertad de practicar la religión si la prohibición de llevar a cabo legalmente el sacrificio conduxese a la imposibilidad para los creyentes ultra ortodoxos de comer carne procedente de animales sacrificados según las prescripciones religiosas aplicables en la materia. Sin embargo, los demandantes podían abastecerse de carne *glatt* en otros países (15), caso de Bélgica.

IV. La normativa de la UE y la CDF no impedía la prohibición de sacrificio sin aturdimiento

1. Objetivos generales de la normativa de la UE

9. La primera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional belga al TJUE fue si el art. 26.2.a) del Reglamento 1099/2009, interpretado a la luz del artículo 13 del TFUE y del art. 10 CDF, se oponía a la normativa de un Estado miembro que había impuesto, en el marco del sacrificio religioso, un procedimiento de aturdimiento reversible, que no provocase la muerte del animal. El art. 26.2.a) establece que los Estados miembros «podrán adoptar normas nacionales destinadas a garantizar una protección más amplia de los animales en el momento de la matanza que las que estipula el Reglamento con respecto a la matanza de animales y las operaciones relacionadas con la misma fuera del matadero». Esta constituyó la cuestión prejudicial central y la que, de manera más elaborada, desarrolló el TJUE (cincuenta y dos fundamentos).

10. El análisis que llevó a cabo el TJUE se puede desgranar en varios elementos que destacaron: a) los objetivos de la normativa de la UE, b) la libertad de circulación de los productos de origen animal, c) las peculiaridades de los sacrificios, d) la proporcionalidad de las medidas y, la que posiblemente fuese la razón principal, e) la ausencia de un consenso europeo sobre la materia objeto de la sentencia lo que impediría al TJUE imponer un canon general. En todo caso, y de manera preliminar se puede apreciar una posición proclive a la prohibición adoptada en Flandes que, de alguna manera, ya se había traslucido en su anterior jurisprudencia, cuando el TJUE indicó que el Reglamento 1099/2009 establecía el

(14) Demanda 27417/95, Sentencia del TEDH de 27 de junio de 2000. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000), *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, págs. 221-238.

(15) La carne *glatt* exige que el animal carezca de defectos, en particular en los pulmones.

principio del aturdimiento del animal previo a la matanza e incluso lo erigía en «obligación» (16), ya que esta era la técnica que respetaba, en mayor medida, el bienestar animal en el momento del sacrificio. La posible matanza sin aturdimiento previo solo se admitía con carácter excepcional «y con el *único fin* de garantizar el respeto de la libertad de religión», al no ser tan eficaz para reducir el dolor, la angustia o el sufrimiento del animal. A pesar de que el Reglamento 1099/2009 precisase que el sacrificio sin aturdimiento previo exigía degollar con precisión al animal con un cuchillo afilado para reducir al mínimo su sufrimiento (17), el empleo de esta técnica no era tan eficaz para reducir el dolor, la angustia el sufrimiento del animal como el sacrificio sin aturdimiento. De esta manera, el TJUE declaró en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisations*:

«Así pues, contrariamente a lo que sostienen tanto el Gobierno francés como las partes demandadas en el litigio principal en sus observaciones escritas, los métodos específicos de sacrificio prescritos por ritos religiosos, que se realizan sin aturdimiento previo y cuya práctica admite el artículo 4, apartado 4, del Reglamento núm. 1099/2009, no equivalen, en términos de garantía de un elevado nivel de protección del bienestar animal en el momento de la matanza, al método de sacrificio con aturdimiento previo, en principio impuesto por el artículo 4, apartado 1, de este Reglamento» (18).

11. Las anteriores consideraciones fueron reiteradas en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*. En efecto, el TJUE dejó claro desde el principio que el objetivo del Reglamento 1099/2009 reflejaba un valor de la UE, el bienestar animal, consagrado en el art. 13 TFUE, con arreglo al cual esta y los Estados miembros debían tener plenamente en cuenta sus exigencias al formular y aplicar sus políticas. La excepción contenida en el Reglamento 1099/2009 tenía por objeto respetar las disposiciones legislativas o administrativas y las costumbres de los Estados miembros, en particular respecto de los ritos religiosos, las tradiciones culturales y el patrimonio regional al formular y aplicar las políticas de la UE en materia de agricultura y mercado interior, entre otras. Con ello, se materializaba el «compromiso positivo» del legislador de la UE de garan-

(16) Asunto C-497/17, apt. 47; asunto C-336/19, apt. 41.

(17) El Anexo IV (Correspondencia entre las actividades y los requisitos del examen de competencia) del Reglamento 1099/2009 señala en su letra f) el sangrado de animales vivos requiere el «[u]so y mantenimiento adecuados de los cuchillos de sangrado».

(18) Asunto C-497/17, apt. 50.

tizar el respeto efectivo de la libertad de religión y el derecho a manifestar la religión o las convicciones a través de las prácticas y la observancia de los ritos, en particular a favor de los musulmanes y de los judíos practicantes.

12. Ahora bien, esta declaración del TJUE fue general, esto es, a los efectos de encuadrar la adopción del Reglamento 1099/2009 porque, acto seguido, aquel destacó, con cita de sus considerandos, que las disposiciones de la UE aplicables a los sacrificios religiosos habían sido transpuestas de «manera distinta» en función de los contextos nacionales y que las normas estatales tomaban en consideración dimensiones que excedían de la finalidad del Reglamento(19). Además, como constató el TJUE, el art. 26 del Reglamento contenía dos disposiciones autorizando a los Estados miembros a 1) *mantener* normas destinadas a garantizar «una protección más amplia» de los animales en el momento de la matanza, vigentes en el momento de la entrada en vigor del Reglamento(20), y 2) a *adoptar* normas destinadas a garantizar una protección más amplia de los animales en el momento de la matanza con respecto a aquellos objeto de métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos(21). También impedía a los Estados miembros prohibir u obstaculizar la comercialización en su territorio de productos de origen animal derivados de animales sacrificados en otro Estado miembro, advirtiendo que los animales afectados no habían sido sacrificados de conformidad con sus normas nacionales destinadas a una protección más amplia de aquellos en el momento de la matanza(22). En otras palabras, aunque ciertamente el TJUE no lo expuso así, el Reglamento 1099/2009 había introducido una armonización completa en materia de libre circulación de tales animales, sin que los Estados miembros pudiesen imponer una excepción nacional(23).

13. A la luz de lo anterior, el TJUE afirmó que el marco jurídico establecido por el Reglamento 1099/2009 y el art. 13 TFUE ponía de manifiesto que el primero no había procedido, por sí mismo, a la «conciliación necesaria» entre el bienestar de los animales y la libertad de manifestar la propia religión, sino que se limitaba «a *encuadrar la conciliación* entre

(19) Asunto C-336/19, apt. 45.

(20) Art. 26.1.

(21) Art. 26.2.

(22) Art. 26.4.

(23) Téngase en cuenta que la base legal del Reglamento 1099/2009 fue el art. 43 TFUE (antes art. 37 CE).

estos dos valores» que debían llevar a cabo los Estados miembros(24). No hay una mayor explicación de esta locución en la sentencia, aunque de la misma se puede desprender el Reglamento había venido a establecer: a) un principio general, b) una excepción que debía interpretarse restrictivamente, la relativa los sacrificios rituales y c) una habilitación a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas de mayor protección, en un esquema que, por otra parte, no resulta extraño al ordenamiento jurídico de la UE.

2. Capacidad de los Estados miembros para mantener y adoptar medidas de protección más amplias. La escisión entre aturdimiento y sacrificio

14. Las aseveraciones que, sin embargo, exigen una mayor atención, fueron 1) que la capacidad de los Estados miembros para adoptar normas destinadas a garantizar una protección más amplia de los animales en el momento de la matanza, con respecto a métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos, no vulneraba la libertad de manifestar la propia religión (art. 10.1 CDF) y que, 2) en el marco de la posibilidad de adoptar normas adicionales los Estados miembros podían, en particular, imponer una obligación de aturdimiento previo a la matanza, aplicable también en el caso del sacrificio prescrito por ritos religiosos, sin perjuicio, no obstante, del respeto de los derechos fundamentales consagrados por la CDF. Con ello, el TJUE discrepó del abogado general, que había indicado que las medidas adicionales no podían consistir en prohibir el sacrificio ritual de animales sin aturdimiento previo o después de ser degollados, ya que tal cosa equivaldría a vaciar el art. 4.4 del Reglamento 1099/2009 de su esencia misma, lo que, a su vez, vulneraría el contenido esencial de las garantías religiosas del art. 10 CDF. Para el abogado general, tanto los considerandos del Reglamento 1099/2009 como el lenguaje legislativo del propio art. 4.4, mostraban, sin lugar a dudas, una «inequívoca voluntad de preservar el sacrificio ritual de animales» (25). La competencia extra que se confería a los Estados miembros en virtud de lo dispuesto en su artículo 26.2.c), respecto al sacrificio de animales previsto en el art. 4.4, se había concebido «simplemente» con el fin de permitirles adoptar las medidas adicionales que considerasen oportunas para promover el bienestar de los animales en cuestión (26).

(24) Asunto C-336/19, apt. 47, cursiva añadida.

(25) Abogado general, apt. 75 de sus conclusiones.

(26) Abogado general, apt. 74 de sus conclusiones.

15. La explicación de las afirmaciones del TJUE y, por tanto, la discrepancia con el abogado general, contó con varios fundamentos en la sentencia. Por una parte, aquel admitió que la imposición de la obligación de aturdimiento previo del animal cuando se llevase a cabo un sacrificio religioso, exigiendo que fuese reversible y no provocase la muerte del animal, resultaba incompatible con determinados preceptos religiosos judíos e islámicos y, en consecuencia, con el art. 10.1 CDF. Aunque no lo expresó abiertamente, el TJUE aceptó que tal creencia religiosa era genuina, en el sentido que ha mantenido el TEDH en su jurisprudencia (27). De otra manera, no se entendería la siguiente constatación del TJUE:

«[D]e la petición de decisión prejudicial se desprende que, en opinión de los demandantes en el litigio principal, el sacrificio religioso responde a preceptos religiosos específicos *que exigen, en esencia, que los creyentes solo consuman carne de animales sacrificados sin aturdimiento previo*, a fin de garantizar que no sean sometidos a ningún procedimiento que pueda causar su muerte antes del sacrificio y que se desangren» (28).

16. En la misma línea, el TJUE afirmó que unas disposiciones nacionales destinadas a garantizar una protección más amplia de los animales en el momento de la matanza caían bajo el ámbito del art. 10.1 CDF, en la medida en que los sacrificios rituales formaban parte de la vertiente externa de la religión (29). Establecido esto, el TJUE trazó la relación entre la CDF y el CEDH, con referencia al art. 53 CDF que, como se sabe, pretende garantizar la coherencia entre los derechos contenidos en ella y los del CEDH, «sin perjuicio de la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (30). Esta doctrina, ya conocida, llevaba necesariamente a lo dispuesto en el art. 9.2 CEDH y al propio art. 52.1 CDF, que se refieren a las limitaciones a los derechos conteni-

(27) Los derechos contenidos en el art. 9 CEDH exigen un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia. En el caso de las grandes religiones (cristianismo, islamismo, budismo, judaísmo, etc.) y de otros movimientos conocidos (testigos de Jehová), esta duda no se plantea en la jurisprudencia del TEDH. En otras palabras, aquellos actos u omisiones que no expresen una determinada creencia o que solo estén conectados con esta de manera remota, caen fuera del ámbito del art. 9.1 CEDH. Por tanto, debe existir un vínculo directo y suficientemente cercano entre el acto de que se trate y la creencia.

(28) Asunto C-336/19, apt. 53.

(29) Sobre la vertiente externa puede verse GARCÍA URETA, Agustín, «Artículo 9», en «Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2015, págs. 439-509, págs. 449-457.

(30) Asunto C-336/19, apt. 56.

dos en ambos instrumentos. A este respecto, el art. 10 CDF carece de una norma limitativa propia, como sí sucede con el art. 9.2 CEDH(31), aunque ciertamente sea de aplicación la general contenida en el art. 52.1 CDF(32).

17. A la luz de lo anterior, el TJUE examinó si una normativa que establecía la obligación de aturdimiento previo del animal cuando se llevase a cabo un sacrificio religioso, prescribiendo que ese aturdimiento fuese reversible y no provocase la muerte del animal, cumplía las exigencias establecidas en el art. 52 CDF, en relación con el artículo 13 del TFUE. Cuatro justificaciones sustentaron tal compatibilidad:

- a) La limitación del ejercicio del derecho a la libertad de manifestar la propia religión estaba prevista por la ley.
- b) Una normativa nacional que imponía la obligación de aturdimiento previo del animal respetaba el contenido esencial del art. 10 CDF, ya que la injerencia se limitaba a «*un aspecto del acto ritual específico*» que constituía el sacrificio religioso y este último no estaba prohibido en cuanto tal (33).
- c) La normativa controvertida respondía a un objetivo de interés general, a saber, fomentar el bienestar animal. Este objetivo no era exclusivo de Flandes, sino de la UE en su conjunto.
- d) La adecuación al principio de proporcionalidad.

18. Ahora bien, antes de examinar la cuarta justificación, es necesario destacar la segunda de las avanzadas por el TJUE, en la medida en que hace referencia al propio ritual. Según el TJUE, la medida adoptada era correcta a la luz del art. 10.1 CDF, por afectar solo a un aspecto del mismo, esto es el aturdimiento, pero, en la lógica empleada por el TJUE, no al acto de la matanza en sí misma considerada. Sin embargo, la disección que se desprende de la sentencia no parece tan sencilla de trazar. En efecto, el sacrificio ritual en la religión judía e islámica implica que el animal no esté aturdido. De hecho, el principio general del aturdimiento, establecido en el art. 4 (apartado 1) del Reglamento 1099/2009, se exceptúa en el apartado 4, que dice: «En el caso de animales que sean objeto de

(31) «2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

(32) «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

(33) Asunto C-336/19, apt. 61, cursiva añadida.

métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos, no serán de aplicación los requisitos del apartado 1, a condición de que el sacrificio se lleve a cabo en un matadero». Es, por ello, que los demandantes en el litigio principal habían alegado que la normativa de Flandes venía a infringir el art. 10.1 CDF. La ausencia de aturdimiento sería parte intrínseca del ritual y no una preparación previa y escindible del mismo.

19. Sin embargo, de la sentencia se desprende que, puesto que aturdimiento pretende salvaguardar el bienestar del animal, puede ser legítimamente distinguido del propio ritual y verse afectado por una norma estatal que lo imponga. Aunque el TJUE no lo expresó con mayor detalle, el aturdimiento previo habría venido a convertirse en un requisito «técnico», como lo había sido la exigencia de efectuar el sacrificio en un matadero (34), sin que implicase, en sí mismo, una limitación del derecho de libertad de religión de los musulmanes practicantes. Con ello, el TJUE iba más allá de la afirmación, establecida en el asunto *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen* (35), pero no reiterada *expressis verbis* en el asunto que aquí se comenta (36), de que la excepción autorizada por el art. 4.4 Reglamento 1099/2009 no establece ninguna prohibición de la práctica del sacrificio ritual en la Unión, sino que, «por el contrario, manifiesta el *compromiso positivo* del legislador de la Unión de permitir la práctica del sacrificio de animales *sin aturdimiento previo* a fin de garantizar el respeto efectivo de la libertad de religión» (37).

3. La aplicación del principio de proporcionalidad: la ausencia de un consenso europeo y la renuncia del TJUE a establecer un estándar único

20. Como ya se ha indicado, la cuarta justificación que esgrimió el TJUE para avalar la medida de Flandes fue el respeto del principio de

(34) Asunto C-426/16, apts. 58-59.

(35) Asunto C-426/16, apt.56.

(36) El apt. 44 del asunto C-336/19 dice: «Esta excepción se basa, como resulta del considerando 15 del Reglamento núm. 1099/2009, en la necesidad de respetar las disposiciones legislativas o administrativas y las costumbres de los Estados miembros, en particular en cuanto concierne a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y el patrimonio regional al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura y mercado interior, entre otras. De tal modo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta, materializa el compromiso positivo del legislador de la Unión de garantizar el respeto efectivo de la libertad de religión y el derecho a manifestar la religión o las convicciones a través de las prácticas y la observancia de los ritos, en particular a favor de los musulmanes y de los judíos practicantes». Compárese con el apt. 44 del asunto C-426/16.

(37) Asunto C-336/19, apt. 44, cursiva añadida.

proporcionalidad. Como es bien conocido, el test para su aplicación pasa por que las limitaciones impuestas no excedan los límites de lo que sea adecuado y necesario para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por una normativa, de manera que, si existe una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas por esta no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Para el TJUE resultaba evidente que una normativa nacional que imponía la obligación de aturdimiento previo del animal cuando se llevase a cabo un sacrificio religioso, al tiempo que exigía que ese aturdimiento fuese reversible y no provocase la muerte del animal, era adecuada para alcanzar el objetivo de fomento del bienestar animal.

21. Ahora bien, esta adecuación contó con una justificación añadida que el TJUE tomó directamente de la jurisprudencia del TEDH sobre las restricciones a la libertad de manifestación de una religión o creencia (en concreto el uso de determinadas prendas y la ocultación del rostro) y que pasa por evitar establecer un estándar jurisdiccional ante las diferencias existentes en los Estados miembros. En efecto, el TEDH indicó, en especial en el asunto *S.A.S v. Francia*(38), que eran las autoridades estatales las que se encontraban en mejor posición para evaluar las circunstancias locales, en particular, al no haber un consenso europeo sobre tema. Un Estado podía entender como esencial el poder identificar a las personas para prevenir posibles daños a terceras personas. A pesar de que el TEDH reconoció que Francia se encontraba claramente en minoría en Europa en relación con la prohibición de ocultación del rostro (salvo Bélgica que había adoptado similar postura), admitió que no existía un consenso en la materia. El argumento subyacente fue que el TEDH carecía de legitimación suficiente como para imponer su estándar de protección por encima de una asamblea elegida por los ciudadanos y, en última instancia, la sociedad en su conjunto(39), doctrina que ha seguido reiterando(40). Esta línea argumentativa fue seguida por el TJUE en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie van België*, declarando, con cita del asunto *S.A.S v. Francia*, lo siguiente:

«De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende que cuando están en juego cuestio-

(38) Demanda 43835/2011, Sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014.

(39) *S.A.S c. Francia*, demanda 43835/11, Sentencia del TEDH de 1 de julio de 2014, apts. 129 y 131, respectivamente.

(40) Véase, por ejemplo, *Osmanoğlu y Kocabaş v. Suiza*, demanda 29086/12, Sentencia del TEDH de 10 de abril de 2017, apt. 88.

nes de política general, como la determinación de la relación entre el Estado y las religiones, sobre las que pueden existir razonablemente profundas diferencias en un Estado democrático, debe concederse especial importancia al papel de las instancias nacionales responsables de la adopción de decisiones. Por tanto, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 9 del CEDH debe reconocerse al Estado un amplio margen de apreciación para decidir si, y en qué medida, es «necesaria» una restricción del derecho a manifestar la religión o las convicciones propias. No obstante, el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros a falta de consenso en el ámbito de la Unión debe ir acompañado de un control europeo que consista fundamentalmente en apreciar si las medidas adoptadas a nivel nacional están en principio justificadas y si son proporcionadas» (41).

22. La ausencia de consenso fue explicada por el TJUE con referencia directa al Reglamento 1099/2009, según el cual la actitud respecto de los animales también dependía de la percepción nacional y que, en algunos Estados miembros, se reclamaba que se mantuviesen o adoptasen normas sobre bienestar animal más amplias que las que se habían acordado en la UE. Así pues, en interés de los animales y siempre que ello no afectase al funcionamiento del mercado interno, convenía permitir cierta flexibilidad a los Estados miembros para mantener, o en algunos ámbitos concretos, adoptar unas normas nacionales más amplias. Para el TJUE, al referirse a la existencia de diferencias en la percepción nacional respecto de los animales y a la necesidad de dejar cierta flexibilidad o cierto nivel de subsidiariedad a los Estados miembros, el legislador de la UE había tratado de preservar el contexto social específico de cada Estado miembro en ese ámbito y de conceder a cada uno de ellos un amplio margen de apreciación en el marco de la «necesaria conciliación» del artículo 13 TFUE y del artículo 10 CDF, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre, por una parte, la protección del bienestar de los animales en el momento de la matanza y, por otra, el respeto de la libertad de manifestar la propia religión.

23. Hasta este punto, las anteriores explicaciones entraban dentro de la inicial adecuación de las medidas adoptadas a los objetivos perseguidos aunque, como se puede observar, la deferencia con los Estados miembros constituyese un elemento fundamental en la argumen-

(41) Asunto C-336/19, apt. 67.

ción del TJUE. Tampoco encontró mayores problemas el TJUE a la hora de aceptar el carácter necesario de la injerencia en la libertad de manifestar la propia religión. Por una parte, el Reglamento había tenido en cuenta las apreciaciones de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, acerca del consenso científico sobre el hecho de que el aturdimiento previo constituía el medio óptimo para reducir el sufrimiento del animal en el momento de la matanza(42). En segundo lugar, la norma flamenca había sido consciente de que el margen entre la eliminación del sufrimiento animal y el sacrificio sin aturdimiento previo era siempre muy amplio, aun cuando se adoptasen medidas menos radicales para limitar al máximo el menoscabo del bienestar animal(43). En conclusión, las limitaciones sobre la libertad de manifestar la propia religión, al imponer la obligación de practicar un aturdimiento previo reversible que no provocase la muerte del animal, cumplían el requisito de necesidad.

24. Con todo, el test de proporcionalidad exige analizar si, a pesar de ser necesaria una medida, esta puede implicar consecuencias finalmente desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. A este respecto, el TJUE desarrolló tres argumentos para aceptar la norma flamenca, dos de ellos radicados en el Reglamento 1099/2009 y un tercero fruto de un criterio interpretativo. El primero tuvo como fundamento las investigaciones científicas que habían demostrado que el temor a que el aturdimiento afectase negativamente al sangrado carecía de fundamento. Tales estudios habían puesto de manifiesto que la electronarcosis era un método de aturdimiento no letal y reversible, por lo que, si el animal era degollado inmediatamente después de haber sido aturdido, su muerte se iba deber «estrictamente a la hemorragia» (44). Este argumento coin-

(42) El Considerando 6 del Reglamento 1099/2009 señala: «La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), creada por el Reglamento (CE) no 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (4) adoptó dos dictámenes sobre los aspectos de bienestar de los principales sistemas de aturdimiento y matanza de algunas especies de animales, concretamente los aspectos de bienestar de los principales sistemas de aturdimiento y matanza de las principales especies animales comerciales, en 2004, y los aspectos de bienestar de los principales sistemas de aturdimiento y matanza aplicados a los ciervos, las cabras, los conejos, las avestruces, los patos, los gansos y las codornices criados en granjas con fines comerciales, en 2006. Conviene actualizar la legislación comunitaria en este ámbito para tomar en consideración los citados dictámenes científicos».

(43) Téngase en cuenta que el considerando (20) del Reglamento 1099/2009 señala: «Muchos métodos de matanza causan dolor a los animales. Por ello, es necesario aturdir los animales para sumirlos en un estado de inconsciencia o insensibilidad antes de matarlos o de manera simultánea. Medir la ausencia de consciencia y sensibilidad de un animal es una operación compleja que debe efectuarse siguiendo métodos reconocidos desde un punto de vista científico».

(44) Asunto C-336/19, apt. 75.

cidía con la disección que antes se ha comentado entre el aturdimiento y la concreta muerte del animal y también con las llamadas que hace el Reglamento 1099/2009 al asesoramiento científico en materia de aturdimiento. Quizás el fundamento más importante radicó en el que hecho de que la normativa flamenca había impuesto un tipo de aturdimiento «reversible», sin provocar la muerte del animal, a diferencia de otros que menciona el Reglamento, en concreto en su Anexo I (*Lista de métodos de aturdimiento y especificaciones correspondientes*).

«[A]l imponer en el marco del sacrificio religioso un aturdimiento previo reversible, que no provoque la muerte del animal, el legislador flamenco ha querido inspirarse también en el considerando 2 del Reglamento núm. 1099/2009, a la luz del cual debe interpretarse el artículo 4 de este Reglamento, apreciado en su conjunto, que enuncia sustancialmente que a fin de evitar el dolor, la angustia y el sufrimiento de los animales que se podrían evitar durante los procesos de matanza, *se deben privilegiar las prácticas de matanza permitidas más modernas*, cuando existan avances científicos significativos permitan reducir su sufrimiento durante la matanza» (45).

25. El segundo argumento resaltó la libertad de circulación de productos de origen animal procedentes de animales sacrificados conforme a una práctica ritual y sin aturdimiento previo en otro Estado miembro. Con ello se contestaba a la alegación de los demandantes, antes indicada, de que la comunidad judía no tenía la garantía de poder abastecerse de una cantidad suficiente de carne procedente de animales sacrificados conforme a los preceptos de la religión judía.

26. Sin embargo, con independencia de los anteriores argumentos, el TJUE volvió a sostener que la normativa en materia del sacrificio ritual de los animales estaba sujeta a la propia evolución de las sociedades europeas. Trazando un paralelo entre el CEDH (y una jurisprudencia constante del TEDH) y la CDF, el TJUE afirmó que esta era un «instrumento vivo», que debía interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales y de las concepciones prevalecientes en nuestros días en los Estados democráticos, de modo que se debía tener en cuenta la evolución de los valores y de las concepciones existentes, tanto en el plano social como en el legislativo, en los diferentes Estados miembros.

(45) Asunto C-336/19, apt. 76, cursiva añadida.

«Pues bien, el bienestar animal, en cuanto valor al que las sociedades democráticas contemporáneas vienen atribuyendo una creciente importancia desde hace varios años, puede ser tenido en cuenta en mayor medida en el ámbito del sacrificio ritual, a la vista de la evolución de la sociedad, y contribuir así a justificar el carácter proporcionado de una normativa como la controvertida en el litigio principal» (46).

V. La distinción entre los sacrificios rituales y la matanza de animales en el marco de actividades de caza y de pesca o durante acontecimientos culturales o deportivos

27. La tercera cuestión prejudicial planteó una eventual discriminación entre el sacrificio ritual de animales y su matanza en el marco de actividades de caza y de pesca o durante acontecimientos culturales o deportivos. El Reglamento excluye de su ámbito de aplicación a la caza y pesca deportiva (47). Tal discriminación implicaba, en opinión de los demandantes en el litigio principal, una infracción de los arts. 20, 21 y 22 CDF, al excluir a esta segunda del ámbito de aplicación del Reglamento. Tras recordar el sentido de la prohibición de discriminación, el TJUE indicó que la noción de «acontecimientos culturales o deportivos» en el Reglamento se definía como los «acontecimientos básica y principalmente relacionados con tradiciones culturales ancestrales o actividades deportivas, incluidas las carreras u otras formas de competición, cuando no haya producción de carne u otros productos animales o la producción sea marginal en comparación con el acontecimiento en sí y no resulte económicamente significativa» (48). Esta definición traslucía que los acontecimientos culturales y deportivos daban lugar, «a lo sumo, a una producción marginal de carne o de productos de origen animal en relación con el acontecimiento propiamente dicho» y que tal producción no era significativa desde el punto de vista económico (49). En otras palabras, el hecho de que tales acontecimientos no afectasen al mercado de productos de origen animal y no estuviesen motivados por objetivos de producción justificaba su exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento. Por tanto, un acontecimiento cultural o deportivo no podía considerarse razonablemente como una actividad de producción de alimentos,

(46) Asunto C-336/19, apt. 77.

(47) Art. 1.3.a).ii).

(48) Art. 2.h).

(49) Asunto C-336/19, apt. 88.

lo que justificaba el trato diferente entre, por una parte, el sacrificio ritual y la caza, pesca o matanza en actos culturales.

28. Aunque el TJUE no hizo alusión a la vertiente competencial, habría que añadir que tanto la caza como la pesca, al menos en el caso de las especies silvestres, queda en manos de los Estados miembros, salvo en el supuesto de aquellas normas de la UE que han regulado aspectos sobre ella, como sucede, en particular, con la Directiva 2009/147, relativa a la conservación de las aves silvestres (DAS). Aparte de las especies cazables, los períodos de caza o los métodos prohibidos de caza, el legislador de la UE ha establecido algunas normas sobre su comercialización (50). Otro tanto sucede con la Directiva 92/43, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DH), que admite la posible recogida de especies de fauna y flora o prohíbe el uso de determinados métodos masivos o no selectivos. Sin embargo, el legislador de la UE no ha regulado otros aspectos de la caza y la pesca que quedan, en principio en manos de los Estados miembros.

29. Con todo, el TJUE observó que existía una diferencia importante entre el sacrificio ritual y la práctica de la caza y la pesca, en la medida en que, a menos que se vaciasen de contenido tales nociones, no se podía sostener que esas actividades pudiesen practicarse sobre animales previamente aturdidos, lo que implicaba una evidente diferencia con los sacrificios rituales (o la matanza de animales a los efectos del suministro de alimentos). De hecho, hay que añadir a lo anterior que, en el caso de la caza y pesca de especies silvestres, tales actuaciones se llevan a cabo sobre especies que no se encuentran bajo el control de las personas. La DAS se refiere a «todas» las que viven normalmente en «estado salvaje» y la DH contempla las especies silvestres (51). Ahora bien, ni la DAS ni la DH definen qué es una especie «en estado salvaje» o «silvestre». El Convenio sobre la Diversidad Biológica tampoco ofrece una noción, refiriéndose solo a la de «*especie domesticada o cultivada*», que entiende como aquella «en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades» (52). No obstante, el legislador de la UE considera que las «aves silvestres» son las aves que «viven en libertad» y no en una «explotación», es decir, en toda instalación agrícola u otra, incluidas incubadoras, circos, zoológicos, pajarerías, mercados de aves o aviarios,

(50) Art. 6 DAS.

(51) Art. 1 DAS; art. 2 DH.

(52) Art. 2.

en la que se crían o se tienen aves de corral(53). El hecho de que tales especies silvestres gocen de libertad hace que la práctica de la caza o pesca sobre ellas difiera del sacrificio sobre aquellos animales que se encuentren bajo el dominio de las personas que los vayan a matar.

30. El TJUE realizó dos apreciaciones adicionales, una concreta y otra más general. La primera tuvo que ver con los peces de piscifactorías sobre los cuales señaló que el legislador de la UE había indicado «repetidamente» que los dictámenes científicos relativos a estos eran insuficientes y que era necesario disponer de una evaluación económica más profunda en este ámbito, lo que justificaba que se les diera un tratamiento diferente(54). La segunda hizo referencia al hecho de que el Reglamento no había ignorado la diversidad cultural, religiosa y lingüística garantizada en el art. 22 CDF, por el hecho de que, mientras preveía únicamente una excepción condicionada al aturdimiento previo del animal en el marco del sacrificio religioso, excluyese de su ámbito de aplicación o eximiese de la obligación de aturdimiento previo la matanza de animales en el marco de la caza, la pesca y los acontecimientos culturales y deportivos.

VI. Comentarios conclusivos

31. La sentencia en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België* constituye la declaración más clara del TJUE acerca de la capacidad de los Estados miembros para imponer el previo aturdimiento en el caso del sacrificio ritual de animales por motivos religiosos. Sin negar el derecho reconocido en el art. 10 CDF (art. 9 CDEH) el TJUE ha resaltado el objetivo del legislador de la UE de primar el bienestar de los animales evitando su sufrimiento en el momento del sacrificio. En este contexto resultan de importancia las referencias a que la normativa de la UE se había limitado «a encuadrar la conciliación» de tal principio y la liber-

(53) Art. 2 [apartados 5) y 8)] de la Directiva 2005/94, relativa a medidas comunitarias de lucha contra la influenza aviar y por la que se deroga la Directiva 92/40/CEE. No obstante, la definición de «explotación» no incluye mataderos, medios de transporte, instalaciones y centros de cuarentena, puestos fronterizos de control y laboratorios autorizados por las autoridades competentes a conservar virus de influenza aviar.

(54) El Considerando (11) del Reglamento 1099/2009 señala: «Los peces presentan grandes diferencias fisiológicas respecto a los animales terrestres, y los peces de piscifactoría se sacrifican y se matan en un contexto muy distinto, especialmente por lo que respecta al proceso de inspección. Por otro lado, las investigaciones sobre el aturdimiento de los peces están mucho menos desarrolladas que en el caso de otras especies de cría. Deben establecerse normas separadas sobre la protección de los peces en el momento de su matanza». Por su parte, el Considerando (6) indica: «Las recomendaciones sobre los peces de piscifactoría no se han incluido en el presente Reglamento por la necesidad de disponer de más asesoramiento científico y una evaluación económica más profunda en este ámbito».

tad religiosa(55). Sin embargo, no le correspondía al TJUE establecer un canon aplicable a todo el contexto de la UE cuando el propio Reglamento 1099/2009 permitía mantener y, sobre todo, adoptar medidas más estrictas de bienestar animal. La justificación, expresamente admitida por el TJUE, se tomó de la doctrina del TEDH sobre el uso de prendas por motivos religiosos, según la cual son las autoridades estatales las que se encuentran en mejor posición para evaluar las circunstancias locales, en particular, al no haber un consenso europeo sobre el tema. Con todo, cabe plantearse si la posición del TJUE resulta muy deferente con los Estados miembros o, por indicarlo de otra manera, si ha renunciado (convenientemente) a llevar a cabo su función jurisdiccional acudiendo, sin mayor crítica, a la doctrina del TEDH sobre el art. 9 CEDH y su alcance frente a la postura de algunos Estados, así como a la naturaleza «viva» del Convenio y, por ende, de la CDF.

32. Otra cuestión de interés en la sentencia radica en la disección trazada por el TJUE entre el aturdimiento y el sacrificio final del animal. Como ya se ha señalado en este comentario, tal separación no parece tan sencilla de delinear, porque el sacrificio ritual implica que el animal no se encuentre aturdido. El TJUE evitó referirse al aturdimiento como un requisito «técnico» y no explicó cómo se compatibilizaba con el «compromiso positivo del legislador de la Unión de permitir la práctica del sacrificio de animales *sin aturdimiento previo* a fin de garantizar el respeto efectivo de la libertad de religión», aspecto señalado en su anterior jurisprudencia, pero ya no reiterado de forma expresa en el asunto *Centraal Israëlitisch Consistorie Van België*. En todo caso, la sentencia abre la puerta para que los Estados miembros puedan adoptar normas similares a las flamencas, en la medida en que el aturdimiento sea reversible y, finalmente, la causa de la muerte no sea debida a este sino a la actuación ritual sobre el animal.

VII. Bibliografía

BOTTONI, Rossella, «Legal Aspects of Halal Slaughter and Certification in the European Union and its Member States», en RAMADAN AL-TEINAZ, Yunes; SPEAR, Stuart y ABD EL-RAHIM, Ibrahim, *The Halal Food Handbook*, John Wiley & Sons Ltd., 2020, págs. 255-270.

FLAUS, Jean François, «Abattage rituel et liberté de religion: le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses», en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 45, 2001, págs. 195-207.

(55) Cursiva añadida.

- GARCÍA URETA, Agustín, «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, 273-298.
- «Artículo 9», en «Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2015, 439-509.
- HAUPT, Claudia, «Free Exercise of Religion and Animal Protection: A Comparative Perspective on Ritual Slaughter», *George Washington International Law Review* núm. 39, 2007, págs. 839-886.
- HOWARD, Erica, «Ritual slaughter and religious freedom», *Common Market Law Review*, Vol. 56, 2019, págs. 803-824.
- LERNER, Pablo y RABELLO, Alfredo, «The Prohibition of Ritual Slaughtering (Kosher Shechita and Halal) and Freedom of Religion of Minorities», *Journal of Law and Religion*, núm. 22, 2006, págs. 1-62.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, de 27 de junio de 2000), *Revista de Administración Pública*, núm. 161, 2003, págs. 221-238.
- ZOETHOUT, Carla. «Ritual Slaughter and the Freedom of Religion: Some Reflections on a Stunning Matter», *Human Rights Quarterly*, núm. 35, 2013, págs. 651-672.

Notas



A propósito del estado de alarma decretado en España por causa del Covid-19: el olvido del principio de proporcionalidad

About the Alarm of State declared in Spain because of COVID-19: forgetting the principle of proportionality

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Doctora en Derecho. Abogada, colegiada 2.523 I.C.A. Ourense. Profesora en UNIR
victoriaalvarezbujan@gmail.com
ORCID: 0000-0001-5858-8984

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.07>

LABURPENA: Lan honetan, alarma-egoeraren erregulazioa aztertuko dugu (egoera horri bide emateko baldintzak eta prozedura), eta proportzionaltasun-printzipiotik datozen eskakizunekin erkatuko dugu (printzipio hori, zentzu hertsian, premia-, egokitasun- eta proportzionaltasun-azpiprintzipioek osatzen dute). Azken batean, gure asmo zehatza hauxe da: jakitea ea Coronavirusa dela-eta 2020an Espainian deklaratu zen alarma-egoerak berak eta deklarazio horrekin batera eta alarma-egoerak aurrera egin ahala hartu diren neurriek zilegitasun-arazorik eragin dezaketen eta, bide batez, etorkizun hurbilean bestelako arazorik ekar dezaketen batez ere gobernuaren erantzukizunari dagokionez.

HITZ GAKOAK: Alarma-egoera. Araubidea edo erregulazioa. COVID-19. Espainia. Gobernu. Krisi sanitarioa. Proportzionaltasunaren printzipioa. Irregularitasunak.

ABSTRACT: The main objective of this study is to analyze the regulation of the State of Alarm (requirements and procedure for its adoption), by relating it to the demands arising from the principle of proportionality, made up of the sub-principles of necessity, suitability and proportionality in the strict sense and, this, for the purpose of determining whether the declaration in Spain, in 2020, of the State of alarm on the occasion of the Coronavirus, as well as the measures adopted with the declaration itself and its subsequent course, may pose doubts of legality and generate, by extension, problems, especially from the point of view of the responsibility of the Government in the near future.

KEYWORDS: State of alarm. Regulation. COVID-19. Spain. Government. Sanitary crisis. Principle of proportionality. Irregularities.

RESUMEN: En el presente trabajo efectuaremos un análisis de la regulación del estado de alarma (requisitos y procedimiento para su adopción), poniéndolo

en relación con las exigencias que dimanaban del principio de proporcionalidad, integrado por los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto y, ello, con la concreta pretensión de colegir si la declaración en España, en 2020, de los Estados de alarma con motivo del Coronavirus, así como las medidas adoptadas con la propia declaración y ulterior transcurso del mismo pueden plantear problemas de licitud y generar, por extensión, problemas, en especial desde el punto de vista de la responsabilidad del Gobierno en un futuro próximo.

PALABRAS CLAVE: Estado de alarma. Regulación. COVID-19. España. Gobierno. Crisis sanitaria. Principio de proporcionalidad. Irregularidades.

Trabajo recibido el 21 de diciembre de 2020
Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión.—II. El estado de alarma: regulación, requisitos y procedimiento para su adopción.—III. El principio de proporcionalidad: sus exigencias y proyección en el estado de alarma.—IV. El segundo estado de alarma decretado a causa de la crisis sanitaria.—V. A modo de reflexión final.—VI. Bibliografía

I. Planteamiento de la cuestión

En diciembre de 2019 se identificó en la ciudad de Wuhan, en la República Popular China, una pandemia originada por el virus coronavirus (COVID-19). Los problemas que generaba en la salud de los individuos que se contagiaban consistían en un síndrome respiratorio que, en función de la edad de los/as pacientes y de su clínica (padecimiento de otras patologías, particularmente casos de personas inmunodeprimidas, con problemas cardíacos y/o respiratorios...), podría resultar agudo/grave, ocasionando diversos problemas y afecciones colaterales y pudiendo, inclusive, provocar la muerte. Los primeros síntomas que manifestaban las personas contagiadas eran fiebre, dolor de garganta, tos, estornudos... si bien, algunas personas que resultaron (según los test) contagiadas, pasaron el virus sin experimentar síntomas ni malestar. Este virus se propagó no solo en el país asiático sino a escala global, extendiéndose por países de los cinco continentes y generándose la correspondiente y acuciante alerta en la Organización Mundial de la Salud.

Las medidas de prevención, toda vez que el virus se contagia por microgotas, consistían principalmente en mantener una distancia de dos metros entre una persona y otra, lavarse continuamente las manos y pulsos, utilizar mascarillas y guantes. No obstante, ante el incremento de contagios, que generaba el colapso de los servicios sanitarios (centros médicos, hospitales...), distintos países (prácticamente a nivel internacional) comenzaron a implementar medidas de obligado cumplimiento para sus ciudadanos/as de carácter restrictivo para los derechos y libertades fundamentales, como la prohibición de aglomeraciones, el cierre de comercios, la suspensión de la actividad lectiva, suspensión de plazos administrativos, tributarios, procesales, de prescripción y caducidad, etc. (GÓMEZ CAMORA, 2020: 59-70), llegando en algunos a declarar el estado de alarma, como sucedió primero en Italia y semanas después, en España. Dentro de las medidas que se adoptaron en España con la situación de estado excepcional, a mayores de lo ya indicado, se acordaron medidas limitativas de los derechos de los/as presos/as, emitiéndose una Orden del Ministerio de Interior para restringir las comunicaciones internas y salidas programadas, se suspendió el derecho a la libertad religiosa, se impusieron restricciones para la celebración de funerales (limitando

el número de personas/familiares que podían concurrir si el/la difunto/a había fallecido por una causa distinta al coronavirus y, en el supuesto de que el *exitus* fuese ocasionado por el COVID-19, se prohibió a los familiares velar el cadáver, gestionar el funeral, inhumación / incineración y hasta despedirse de sus seres queridos, llegando incluso a incinerar los cadáveres y remitir días después las cenizas a los familiares más cercanos).

Asimismo, se hizo uso de las fuerzas armadas para desempeñar labores de seguridad ciudadana (lo que se denominó «operación Balmis») y para controlar el cumplimiento de las normas y medidas por parte de la ciudadanía se llegaron a acordar medidas de almacenamiento de datos masivos relativos a la geolocalización. Diferentes expertos consideran que tales medidas exceden los límites de un estado de alarma. De hecho, un grupo de juristas (conformado por dos catedráticos de Derecho Constitucional, un exjuez y cuatro abogados) solicitó al Defensor del Pueblo que impugnase el estado de alarma ante el Tribunal Constitucional(1).

Amén de lo anterior y al margen de la situación que se denominó por las autoridades gubernativas y los medios de comunicación como «crisis sanitaria», las referidas medidas restrictivas adoptadas a nivel global y de la declaración del estado de alarma en los países que así lo proclamaron, dieron lugar a una coyuntura de grave crisis socioeconómica (mundial), que se ha venido apodando como «disruptiva». El funcionamiento productivo de los países se frenó ante el confinamiento de la ciudadanía en sus hogares, quedó paralizado prácticamente de forma total, de manera que los Gobiernos se vieron abocados a aprobar paquetes de ayudas para empresas, trabajadores, autónomos, moratorias en el pago de cuotas de la seguridad social e impuestos, medidas extraordinarias en relación a los contratos de arrendamientos, etc. para poder paliar las consecuencias de los cierres y la disminución de la facturación de los negocios.

Sin ánimo de ahondar en la problemática política y socioeconómica que gira en torno a la pandemia y crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y la (in-adecuada/in-eficiente) gestión por parte de los distintos gobiernos, en el presente trabajo, concentraremos nuestra atención, fundamentalmente, en analizar si la adopción del Estado de alarma en España resulta, de acuerdo con los requisitos y características que debe reunir este tipo de estado excepcional, proporcionada, justificada y, por tanto, lícita. A tal efecto, examinaremos la regulación del Estado de alarma y la pondremos en relación con el significado y

(1) Más información al respecto se encuentra disponible en: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/tribunal-constitucional-recursos-legalidad-estado-alarma_0_1347465817.html (Última consulta: 17/05/2020).

alcance del principio de proporcionalidad, tomando en cuenta su conexión con los concretos problemas/riesgos/peligros de salud que genera el COVID-19, los que se preveía que podía generar y de qué manera, así como el abanico de medidas que se podía adoptar para combatir la pandemia.

El Estado de alarma ha sido el único (de los tres estados excepcionales) del que se ha hecho uso efectivo en nuestro país desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna (ÁLVAREZ VÉLEZ, 2016: 328) y se ha declarado hasta la fecha en tres ocasiones, primeramente en diciembre de 2010, por causa de la crisis generada en el ámbito de los controladores civiles de tránsito aéreo (2) y, más recientemente, el día 13 de marzo del año 2020, a raíz de la crisis sanitaria motivada por el COVID-19, siendo sucesivamente prorrogado hasta el día 21 de junio de 2020. Asimismo, se declaró un nuevo estado de alarma (ahora vigente) con motivo de la misma crisis sanitaria (persistente) en fecha 25 de octubre de 2020, con su ulterior y amplia prórroga (por periodo de seis meses).

II. El estado de alarma: regulación, requisitos y procedimiento para su adopción

Como bien explicita ABA CATOIRA (2011: 317), «la generación de una situación de crisis, conocida como excepcionalidad constitucional, obliga a reaccionar políticamente al Estado para protegerse en ejercicio de su “legítima defensa”, que constituye un principio jurídico solamente reconocido». El paraguas bajo el que puede declararse un estado de alarma, excepción o sitio es el art. 116 de nuestra Carta Magna, el cual, proporciona las pautas fundamentales conforme a las cuales habrá de procederse cuando haya que adoptar alguno de estos estados extraordinarios y, así, en síntesis, establece que será una ley orgánica la que regule los estados de alarma, de excepción y de sitio,

(2) El estado de alarma declarado en diciembre de 2010 tuvo su germen, como resume ESPÍN LÓPEZ (2018:117), «después de anunciarse por los controladores que se estaba cumpliendo el total de las horas indicadas, sin que se llegase a un acuerdo con el Gobierno, el 28 de noviembre de 2010 se produjeron cierres parciales en el espacio aéreo gallego al no comparecer a su puesto de trabajo 10 de sus 28 controladores alegando que habían cumplido el horario anual establecido. Ante esta situación el Gobierno anunció que ratificaría la jornada laboral, lo cual verificó por Real Decreto de 3 de diciembre de 2010, obteniendo por respuesta el abandono masivo de los puestos de control por los controladores alegando no estar en condiciones psicofísicas para trabajar, conforme a lo establecido en la Ley de Navegación Aérea. La primera medida adoptada por el Gobierno ante esta situación y tras un elevado número de cancelaciones de vuelos, fue la militarización, no de los controladores, sino del espacio aéreo, a fin de gestionar el control del tráfico y seguridad aérea». Dicha medida no surtió efecto y se declaró el estado de alarma, tras la celebración al día siguiente del Consejo de Ministerios extraordinario.

y las competencias y limitaciones correspondientes(3). A continuación determina los supuestos y requisitos bajo los que se declarará cada uno de los estados excepcionales.

El estado de alarma se declarará por el Gobierno mediante decreto que deberá acordarse en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. En ese decreto se determinará el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración.

El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación de este estado deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración. En este caso, su duración no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

El estado de sitio, a diferencia del estado de alarma y excepción, se declarará por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

Matiza dicho precepto que mientras se hallen declarados cualquiera de los estados mencionados, no podrá procederse a la disolución del Congreso, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento y el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjese alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de los referidos estados excepcionales, serán la Diputación Permanente quien asume las competencias del Congreso. Finalmente, dicho artículo determina que la declaración de los referidos estados (alarma, excepción y sitio) no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

El significado y alcance del referido precepto constitucional, que deber ser puesto necesariamente en relación con aquel que aborda los supuestos de suspensión de los derechos y libertades y, más en concreto, con

(3) Lógicamente ha de ser una Ley Orgánica, dado que tal y como dispone el art. 81 del mismo texto constitucional «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

el apartado 1 del art. 55 de la Carta Magna(4), se desarrolla en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LAFUENTE BALLE, 1999, 41-54)(5), que contempla, en primer término, un conjunto de disposiciones comunes a los tres estados extraordinarios, las cuales presentan disimilitudes, siendo el estado de alarma el que más difiere con respecto a los otros dos, y ello, por cuanto mientras los dos primeros poseen una naturaleza eminentemente política, el estado de alarma responde a hechos o circunstancias de índole natural o social, razón por la cual su adopción no debe (o no debería) estar revestido de connotación (FERNÁNDEZ SEGADO, 1981: 95)(6).

Como bien se establece en el apartado 1 del art. 1 de la citada Ley, la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio procede cuando suceden circunstancias extraordinarias que hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes. En el segundo apartado de dicho precepto se reconoce expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de declaración de estados excepcionales, toda vez que se especifica que las medidas a adoptar en el marco de tales estados y su duración han de ser en todo caso las estrictamente indispensables (extremo que en particular determina el subprincipio de necesidad) para asegurar el restablecimiento de la normalidad (fin al que han de dirigirse las medidas y para el cual han de cumplir con las exigencias del subprincipio de idoneidad/adequación) y su aplicación debe realizarse en forma proporcionada a las circunstancias, es decir, es necesario realizar el pertinente juicio de ponderación y valorar si se da cumplimiento al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (VELASCO CABALLERO, 2020: 84-85).

El apartado 3 del mismo precepto dispone que, una vez que finalice la vigencia de cualquiera de los tres estados extraordinarios, decaerán en su eficacia todas las competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas que correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a éstas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

(4) «Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción».

(5) Efectúa este autor una exégesis crítica de interés acerca del art. 116 de la CE, así como de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

(6) Si bien debe precisarse que la idea que suscribimos, relativa a que el Estado de alarma podría calificarse como «apolítico», mientras que los Estados de sitio y excepción serían de carácter «político» o revestirían un mayor grado de discrecionalidad, responde a una tesis o postura minoritaria, defendida particularmente por el autor *ut supra* citado.

Por último, dicho precepto contempla una regla/premisa de carácter primordial, dado que pese al carácter extraordinario de la coyuntura que provoca la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio, la adopción de los mismos no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, incluidas las cámaras, teniendo, además, en cuenta la singularidad de que no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras se encuentra vigente cualquiera de estos estados excepcionales. Estas son obligaciones que resultan inexcusables para el Estado español, como Estado social, democrático y de derecho, según contempla el art. 116.5 de nuestra Carta Magna.

En el art. 2 de la citada Ley se hace referencia a la exigencia de que los estados de alarma, excepción o sitio se publiquen de forma inmediata en el Boletín Oficial del Estado y se difundan, asimismo, de forma obligatoria por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen. Del mismo modo y obligatoriamente deberán difundirse las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de estos estados. El estado que corresponda, según el caso, entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Obviamente el requisito de publicidad ha sido cumplido por parte del Gobierno, con independencia de la actuación «manipuladora» y «sesgada» de los medios de comunicación. De hecho, el/la ciudadano/a ante el bombardeo de información (contradictoria, confusa, etc.) ha tenido, en muchas ocasiones, que esperar a la publicación de la correspondiente norma en el *BOE* para poder obtener un halo de claridad. Tal situación ha llevado a consultar el Boletín a muchos/as ciudadanos/as que no tenían costumbre de hacerlo (7), lo cual resultaría, a nuestro juicio, en cierta medida positivo, si con ello se lograra dejar de lado las noticias vertidas a través de TV, radio, prensa, redes sociales, acudiendo a contrastar la información en cuestión al Boletín Oficial, que es, en realidad, donde puede encontrarse el contenido completo y fiable, a través del tenor literal de las normas que se publican y a las que, lamentablemente, con carácter general, suele aludirse de forma equívoca, sesgada y malinterpretada.

Adentrándonos ahora en el significado del Derecho de excepción, nos corresponde matizar que el mismo se prevé como una suerte de garantía del orden público reconocido constitucionalmente para supuestos de crisis que traspasan la capacidad normativa de la Carta Magna (ABA CA-TOIRA, 2011: 318) (8). En palabras de ESPÍN LÓPEZ (2018:118), que toma

(7) Al margen de aquellos/as que por su trabajo (pensemos trabajadores de asesorías, gestoría, inmobiliarias, despachos de abogado/as, etc.) tienen hábito y necesidad de consultarlo prácticamente con carácter diario.

(8) La autora se hace aquí eco de CRUZ VILLALÓN.

como referentes a LAFUENTE BALLE Y FERNÁNDEZ SEGADO, «el Derecho de excepción es una garantía frente a las situaciones de crisis constitucionales imprevistas, por la que se suspende la vigencia del orden constitucional de ciertos derechos y libertades. A través de este mecanismo, se procede a concentrar en manos del Gobierno, poderes o funciones que, en tiempo normal deben estar divididas o limitadas. Por tanto, con esta situación se altera el régimen normativo de la Constitución, pudiendo el Gobierno, cuando se den excepcionales circunstancias, dejar en suspenso determinados derechos a través de Decreto —aunque más adelante veremos que nuestro Tribunal Constitucional ha conferido a esta norma el rango de Ley—».

A pesar del carácter extraordinario por el que se encuentra rodeada la declaración de los referidos tres estados, los mismos están concebidos para ser establecidos en el marco de un Estado de Derecho, lo que implica que los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante su vigencia no pueden ser, en ningún caso, arbitrarios ni vulneradores de derechos y libertades, razón por la cual deben estar igualmente sometidos al oportuno control/revisión jurisdiccional, habiendo de responder el Estado en el caso de que se produzca algún agravio, y ello, tal y como se refiere en el art. 3 de la ley objeto de estudio en relación con lo dispuesto en el art. 116.6 de la Constitución. Durante la vigencia de dichos estados sigue resultando de aplicación el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes. Así, se salvaguarda el derecho del/de la ciudadano/a a ser indemnizado en el supuesto de que como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufra, de forma directa o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables (9).

Comentadas las disposiciones comunes a los tres Estados excepcionales, nos corresponde ahora, examinar los preceptos (4 a 11) relativos a la regulación del estado de alarma, aquel que en concreto nos ocupa en el presente trabajo, el denominado y en estos tiempos «afamado» estado de alarma.

El art. 4 se remite al art. 116.2 de la Constitución y determina que el estado de alarma podrá ser declarado, en todo o parte del territorio na-

(9) Así, el art. 3 dispone expresamente que «1. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

2. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios

por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes».

cional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad, que se enumeran de forma tasada:

- a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.
- b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28, 2 y 37, 2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.
- d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

A continuación, el art. 5 precisa que si se produce un supuesto de los que menciona el precepto anterior, pero que afecte exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, su Presidente podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma, entendiéndose esta limitada al concreto territorio afectado por la coyuntura especial/extraordinaria en cuestión. Lo dispuesto en dicho artículo tiene plena sintonía con lo preconizado en el art. 7 de nuestra Carta Magna, visto que en este último se fija como Autoridad competente, a los efectos del estado de alarma, al Gobierno o, por delegación de éste, al Presidente de la correspondiente Comunidad Autónoma, cuando la declaración de dicho estado afecta exclusivamente a todo o parte de su territorio.

Por su parte, el art. 6 viene a desarrollar/complementar lo preconizado en el art. 116.2 de la Constitución y así preceptúa, en primer lugar, que la declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros. Dicha norma deberá determinar el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma. La declaración de dicho estado no podrá exceder de quince días y solamente se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga(10).

Gobierno y Congreso de los Diputados mantendrán un estrecho contacto en los supuestos de declaración del estado de alarma, y ello, por cuanto el primero habrá de dar cuenta al segundo de la declaración de di-

(10) Debe especificarse aquí que «en cuanto al plazo por el que se ha de acordar la prórroga, se ha planteado la posibilidad de prorrogar el estado de alarma de forma indefinida, dado que, no se determina plazo para ella, al contrario que para la declaración inicial, en la cual el plazo máximo son quince días. No obstante, siendo una de las características esenciales del derecho de excepción su temporalidad se admite mayoritariamente que el plazo ha de ser determinado» (ESPÍN LÓPEZ, 2018: 126).

cho estado, suministrándole la información que le sea requerida. El Gobierno deberá comunicar igualmente al Congreso de los Diputados los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con el mismo, y ello, *ex art. 8 de la Ley Orgánica 4/1981*.

El papel de las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración del estado de alarma, así como de las personas integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas resulta indispensable, y todos ellos quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, *ex art. 9.1 de la Ley Orgánica 4/1981*. Y en la hipótesis de que la autoridad competente sea el Presidente de una Comunidad Autónoma, se prevé en el art. 9.2 de la citada Ley Orgánica, que éste pueda requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales.

Con el propósito de reforzar el cumplimiento de las medidas adoptadas, amén del respeto y obediencia a las autoridades competentes en el marco de un estado de alarma se establece que en caso de incumplimiento o a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma se aplicarán las sanciones previstas en las leyes (*ex art. 10.1 de la Ley Orgánica 4/1981*).

Excepcionalmente en el marco de un estado de alarma, y al margen de lo establecido en el art. 10 de la Ley Orgánica 4/1981, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes, *ex art. 11 de la citada Ley Orgánica*:

- a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4.º

Asimismo, en el art. 12.1 de la L.O. 4/1981 se recoge la posibilidad de que, en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del art. 4, la Autoridad competente pueda adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales. Igualmente, como establece el art. 12.2 de la L.O. 4/1981, en los supuestos contemplados en los apartados c) y d) del art. 4.º el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.

En definitiva, como sintetiza ONEGA LÓPEZ (1997: 4), las características del estado de alarma son las siguientes:

- a) Excepcionalidad, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981 (en consonancia con la previsión del art. 116 de la CE), la declaración de los tres estados (alarma, excepción y sitio), solamente procederá «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (11).
- b) Limitación temporal y material de las medidas, que deben aplicarse con carácter restrictivo, siendo solo aquellas que resulten estrictamente indispensables y siempre que su aplicación sea proporcionada. Vemos aquí como se toma claramente en consideración el principio de proporcionalidad y las exigencias que derivan del mismo.
- c) No interrupción del normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.
- d) Publicidad de la declaración del Estado excepcional y las medidas adoptadas en el Boletín Oficial del Estado y en los medios de comunicación públicos y privados.

(11) Esa excepcionalidad se proyecta en la necesidad de «hacer frente a situaciones que el constituyente o, en su caso, el legislador ha considerado extremas, es decir, hipótesis de emergencia que previsiblemente pondrán en peligro la existencia de aspectos esenciales del Estado». (SANDOVAL, 2012:4).

Examina, realizando un recorrido crítico por las situaciones prácticas acontecidas en España, en el año 2010, por mor de la crisis de los controladores aéreos, y ahora en 2020, ante la crisis desencadenada por la pandemia global del coronavirus COVID-19, el cumplimiento del derecho constitucional de excepción, en relación con la necesidad y proporcionalidad de las medidas de concentración del poder y limitación o suspensión de los derechos fundamentales, SIEIRA MUCIENTES (2020: 275-305).

- e) Preservación de las garantías: responsabilidad de la Administración y sometimiento general de todos los actos y disposiciones de la Administración a revisión jurisdiccional.

Complementariamente a lo anterior, pero no por ello menos importante, debemos poner de relieve el carácter de *ultima ratio* intrínseco al Derecho de excepción y a los tres estados excepcionales, por cuanto solamente puede recurrirse a su adopción «en defecto de los mecanismos e instituciones que, de forma ordinaria —como, por ejemplo, la jurisdicción constitucional y los procedimientos de reforma constitucional—, aseguran la vigencia de la Constitución» (SANDOVAL: 2014: 4) (12).

En efecto, del tenor del art. 116 de la CE cabe inferir, como con buen criterio hace LAFUENTE BALLE (1999:45) que «salvo los apartados 5 y 6 del artículo 116, la regulación constitucional del Derecho de excepción no establece unos principios generales aplicables a los tres estados de alarma, excepción y sitio; antes bien, establece, de forma diferenciada para cada uno de ellos, sus presupuestos de hecho, procedimiento de declaración y efectos» (13). Al hilo de esta afirmación se colige, por tanto, que las medidas a adoptar en el estado de alarma no pueden ser coincidentes con las que se acuerden en un estado de excepción y sitio, ni pueden entremezclarse. Así, el Estado de alarma (a diferencia del estado de excepción (14)) no avala la suspensión generalizada y permanente de derechos y libertades fundamentales. En efecto, las medidas a adoptar en el estado de alarma lo que conllevan es una limitación al ejercicio de los derechos y libertades pero no su suspensión (ÁLVAREZ VÉLEZ, 2016: 330) (15).

A fin de comprender de forma más ilustrativa la diferencia entre las medidas propias del estado de alarma y las del estado de excepción, podemos remitirnos a ONEGA LÓPEZ (1997: 8), quien señala que son medidas propias y reservadas a la declaración del Estado de excepción, entre otras:

- Someter a autorización previa o prohibir reuniones y manifestaciones.
- Prohibir huelgas y adopción de medidas de conflicto colectivo.

(12) Como señala este autor y según ya hemos expuesto, esa nota de *ultima ratio* se refrenda en el art. 1.1 de la LO 4/1981, de 4 de junio.

(13) Y continúa matizando el autor que «así pues, será en el Capítulo I de la Ley Orgánica donde se establezcan las «Disposiciones comunes a los tres estados», induciendo los caracteres y principios generales no sólo de los artículos 55 y 116 sino de muchos otros del texto constitucional».

(14) Teniendo en cuenta que se discute en distintos sectores, incluida la doctrina, que el estado de alarma adoptado como consecuencia del COVID podría encubrir más bien un estado de excepción.

(15) Autora que hace cita de GARCÍA MORILLO.

- Intervenir industrias o comercio.
- Ordenar el cierre de salas de espectáculos, establecimientos de bebidas alcohólicas y otros locales.

Sin embargo, en el estado de alarma adoptado por la crisis sanitaria que provocó el COVID-19 se implementaron las medidas *ut supra* reseñadas, lo que llevó a un grupo de juristas conformado por Carlos Flores Juberías, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia; Carlos Ruiz Miguel, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela; Carlos Vaquero López, ex juez, abogado y profesor universitario y los letrados Santiago Carretero Sánchez, Miguel Ángel Salom, Rafael Abati Ga-Manso y Sergio Nuño Díez de la Lastra Martínez, a elaborar una queja dirigida al Defensor del Pueblo a fin de que éste presente recursos de amparo e inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La pretensión de los autores de la queja no es otra que la de lograr que el Alto Tribunal analice la legalidad del Real decreto que declaró el estado de alarma y el resto de normativa vinculada a la gestión de la pandemia, puesto que, según su criterio, concurren indicios para colegir la existencia de un estado de excepción encubierto (16). Las deficiencias jurídicas del sistema normativo del estado de alarma que, en concreto, preocupan a los autores de la referida queja (con fecha de 19 de abril de 2020) son las siguientes:

1. La efectiva suspensión de la libertad de circulación.
2. La suspensión de los derechos de reunión y manifestación.
3. La suspensión y paralización del normal funcionamiento del Congreso de los Diputados y del sistema de control político sobre el ejecutivo.
4. La suspensión del derecho de libertad religiosa.
5. La suspensión del ejercicio del derecho de la libertad de empresa.
6. La legalidad de la Operación Balmis.
7. La legalidad de las medidas adoptadas por Instituciones Penitenciarias.
8. Los estudios impulsados por el Ejecutivo basados en la geolocalización masiva de todos los ciudadanos.

(16) Más información al respecto se encuentra disponible en https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/tribunal-constitucional-recurso-legalidad-estado-alarma_0_1347465817.html. Última consulta: 7/06/2020.

Se ha planteado, en definitiva, un problema de orden público derivado de la limitación del libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los/as ciudadanos/as, que solamente pueden verse suspendidos por la declaración del estado de excepción, como bien analiza, desde un punto de vista práctico en su trabajo, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020).

9. El Incumplimiento de los tratados internacionales suscritos por España en cuanto al libre desarrollo de las funciones diplomáticas y consulares(17).

En sintonía con esto, y particularmente en relación a la discusión existente en lo tocante al mantenimiento del estado de alarma para dar cobertura a las medidas de desescalada, TERUEL LOZANO (2020) entiende que «si en su momento el Gobierno hubiera decretado el estado de excepción para la adopción de las medidas más intensas de confinamiento, que a juicio de algunos desbordaban el ámbito de las previsiones del estado de alarma —como estudiaba en el artículo antes señalado aquí—, ahora se vería con más nitidez como las medidas menos restrictivas que se adoptan en la desescalada encajan perfectamente en las del estado de alarma: cómo hemos pasado de una prohibición de ejercer la libertad de circulación, con algunas excepciones, a un ejercicio sometido a severas condiciones, por poner un ejemplo».

Empero no podemos compartir la visión de este autor, por cuanto, si nos remitimos a los supuestos en los que cabe declarar un estado de excepción (ya expuestos con anterioridad en este trabajo), una crisis sanitaria no encaja en ninguno de ellos. Desde una perspectiva de tecnicidad jurídica, no podemos eludir la fiel premisa de que las causas y requisitos de la declaración de cualquiera de los tres estados excepcionales (alarma, excepción y sitio) debe ser interpretada de manera estricta, nunca con carácter amplio, puesto que en caso contrario, ¿dónde quedarían la excepcionalidad, el principio de seguridad jurídica y, por extensión, la protección y garantías constitucionales para con la ciudadanía?

III. El principio de proporcionalidad: sus exigencias y proyección en el estado de alarma

Como punto de partida en este epígrafe hemos de indicar que poco o nada puede discutirse en atención a la atribución constitucional en favor del Gobierno para declarar el estado de alarma, por cuanto la misma, como ya expuso ÁLVAREZ VÉLEZ (2016: 336) al efectuar el examen de la STC 83/2016, de 28 de abril, relativo al recurso de amparo planteado por más de trescientos controladores aéreos (a raíz del conflicto laboral de

(17) <http://noticias.juridicas.com/actualidad/el-sector-legal/15078-un-grupo-de-juristas-solicita-al-defensor-del-pueblo-que-interponga-recurso-de-inconstitucionalidad-y-amparo-frente-a-la-normativa-del-estado-de-alarma/> (Última consulta: 05/07/2020).

Relaciona las Órdenes aprobadas desde el día 15/03/2020, comprensivas de las medidas que sucesivamente, por orden cronológico, se fueron estableciendo en los distintos ámbitos (económico, laboral, sanitario educativo...) y sintetiza su contenido, GÓMEZ ZAMORA (2020: 29-70)

los controladores aéreos acontecido en España en diciembre de 2010), contra la declaración del estado de alarma decretado por el Gobierno español para la normalización del transporte aéreo (18), «es una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración. Por eso durante la vigencia del estado de alarma el Gobierno actúa en ejercicio de poderes excepcionales y «esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar». Y, en todo caso, tanto el Real Decreto en virtud del cual se ha declarado el estado de alarma, como los que acuerdan las prórrogas del mismo son normas con valor de ley, si bien para aprobar estos últimos es menester contar con la intervención del Congreso, pero ello no altera la competencia exclusiva del Gobierno en esta cuestión ÁLVAREZ VÉLEZ (2016: 336).

Como ya sugería ABA CATOIRA (2011: 340), partiendo de las palabras de PORRES AZKONA, las respuestas pueden y deben buscarse en los principios de necesidad, proporcionalidad y responsabilidad. Así, una vez que hemos despejado las dudas relativas a la existencia de previsiones constitucionales y legales que posibiliten la adopción de estado de alarma, debemos concentrar nuestra mirada en analizar la proporcionalidad de la medida, para poder determinar así si el modo en el que se ha declarado el estado de alarma motivado por el COVID-2019 es o no lícito y si se adecua o no, definitivamente, a los requisitos constitucionales y legales que este tipo de Estado excepcional requiere.

Como resume PERELLÓ DOMÉNECH (1997: 70) «la proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la medida que las injerencias a las libertades que consagra sólo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los arts. 8, 9, 10 y 11 del Convenio».

Sin lugar a dudas, «toda actividad del Estado debe estar motivada y justificada. Es en estos dos elementos de la legal actuación de la administración en donde deben utilizarse no solo la parte normativa que legitima la intervención de la administración, sino que es en la motivación en donde se debe racionalizar el porqué de una determinada acción de gobierno y los datos lógicos y racionales de su actuar» (TORRES ESTRADA,

(18) Dicho recurso de amparo fue desestimado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de referencia citada *ut supra*.

2016: 224). En este último punto es precisamente donde entra en juego el principio de proporcionalidad, el cual tiene su origen en la jurisprudencia alemana que surgió con motivo de la necesidad de controlar los excesos en que incurrían los poderes públicos (Legislativo y Poder Ejecutivo), teniendo en cuenta como premisa que el derecho no puede estar conformado por leyes arbitrarias ni por actos administrativos que restrinjan desproporcionadamente los derechos de la ciudadanía (RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, 2016, 284).

En suma, se trata de un principio no escrito, pero reconocido a todos los niveles y, por consiguiente, vinculante para todos los poderes públicos, que podría encontrar su base en el art. 1.1 de nuestra Carta Magna(19), como elemento inherente al Estado social, democrático y de Derecho(20) y al valor justicia proclamados en dicho precepto constitucional (ALEXY, 2011: 19).

Existe una indefectible vinculación de los poderes públicos al principio de proporcionalidad y, en tal sentido, «el legislador nacional habrá de respetar el mínimo de proporcionalidad de la injerencia que se derive del CEDH en relación con cada libertad; las instituciones comunitarias y las nacionales, el dispuesto por el Derecho Comunitario; todos los poderes públicos internos, asimismo, el estándar constitucionalmente exigible y el establecido en la legislación ordinaria. Como ocurre con el contenido de los derechos y libertades, el Convenio Europeo de Derechos Humanos representa un mínimo común denominador, inexcusable, por encima del cual, tanto las respectivas Constituciones internas cuanto, sobre todo, la legislación nacional, pueden añadir una mayor protección» (BARNES, 1998: 21).

El principio de proporcionalidad, también denominado en ocasiones de razonabilidad, es además uno de esos denominados «límite de los límites» a los derechos fundamentales, es decir, se trata del parámetro al que principalmente debe atenderse siempre que en el marco de un Estado social y democrático de derecho se haya de proceder a la restricción / limitación de derechos y libertades(21), y ello, no solo en el ámbito del Derecho Procesal Penal donde su uso y aplicación es continuo amén de indispensable, sino en cualquier otra esfera en la que se limiten los derechos y libertades de la ciudadanía en general(22). Si nos pre-

(19) Además de los arts. 9.3, 10 y 25 del mismo texto constitucional.

(20) Como se propugna en el citado art. 1.1 de la Constitución Española, «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».

(21) «Opera como uno de los criterios empleados para controlar la actividad de los poderes públicos que incide en la órbita de tales derechos», como bien precisa de LOPERA MESA (2006: 45).

(22) Sobre el estudio del principio de proporcionalidad en el marco del proceso penal, hemos de señalar que la obra de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (1990), resulta un claro e importante referente.

guntamos cuál es el objeto final al que se debe el principio de proporcionalidad, la respuesta pasa por comprender que no solo nos hallamos ante una regla hermenéutica para dar correcta lectura e interpretación a un texto normativo, sino que es también una técnica supranormativa, situada por encima de las leyes, sin necesidad de hallarse explícitamente prevista en la constitución, para procurar la razonabilidad del orden jurídico (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990: 287).

Tal afamado principio es el instrumento por excelencia para realizar el juicio de ponderación(23) que deviene necesario cuando se produce una confrontación entre dos valores del ordenamiento (p. ej.: en el caso del estado de alarma, la salud pública y los derechos y libertades de los/as ciudadanos/as) (24). Y para poder concluir que una medida (en el caso que nos concierne, decretar el estado de alarma con las restricciones que el mismo implica) resulta proporcional y, por tanto, lícita, la misma deberá ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto, esto es, en relación a un fin constitucionalmente legítimo. Y en el particular contexto que nos atañe, cabe reseñar que SANDOVAL (2012: 23-24) matiza precisamente que «el estado de alarma es una institución del Derecho de excepción que puede ser utilizado legítimamente con el fin de hacer frente, siempre que concurren determinados requisitos (necesidad, proporcionalidad y adecuación), a situaciones de crisis o de emergencias causadas bien por desastres naturales (terremotos, inundaciones, epidemias, etc.), o bien por conflictos sociales». En suma, el principio de proporcionalidad se encuentra integrado por tres subprincipios: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo significado y alcance explicamos, sintéticamente, a continuación.

(23) Elemento necesario para determinar si en un determinado asunto un derecho fundamental prima o no sobre otro, en lo que podría denominarse como una especie de jerarquía axiológica. El término juicio de ponderación podría definirse como «una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales» (PRIETO SANCHÍS, 2007:220).

(24) A modo de comparativa, en el caso de un procedimiento penal y, más en particular, en el marco de una instrucción en la que hubiese que adoptar medidas limitadoras de derechos fundamentales, verbigracia, pruebas de ADN, escuchas telefónicas, etc., los valores que colisionarían serían los derechos fundamentales de la persona investigada y el interés público en la investigación y persecución de los delitos, unido al *ius puniendi* del Estado y la realización de la Justicia.

En relación al principio de proporcionalidad y los subprincipios que lo integran, en concreto en lo que respecta al ámbito del proceso penal que, *mutatis mutandis* sirven a los efectos que en el presente trabajo nos conciernen, *vid.* también las consideraciones ofrecidas en nuestra obra, ÁLVAREZ BUJÁN (2018: 190-216).

a) Idoneidad, adecuación o utilidad

Este subprincipio exige que toda medida que restrinja derechos fundamentales persiga un fin constitucionalmente y sea idónea para favorecer la consecución del mismo (BERNAL PULIDO, 2007: 693). En resumidas cuentas este subprincipio o presupuesto se encuentra directamente ligado con lo que podemos denominar como «principio de finalidad», ya que busca «hacer realidad la adecuación del medio al fin, adecuación objetiva, cualitativa, derivada de la propia naturaleza de la medida y que atiende a la finalidad concreta que se trata de conseguir, y cuantitativa, que atenderá a la intensidad y repercusión, que sobre los derechos fundamentales afectados tiene la medida, de manera que la medida concretamente apetecida, resulta apta para satisfacer la finalidad a la que sirve» (IGLESIAS CANLE: 2003: 98).

b) Necesidad

La idoneidad, adecuación o utilidad de la medida no es suficiente para inferir su proporcionalidad, sino que la misma debe ser, al mismo tiempo, necesaria, indispensable o subsidiaria. El principio de necesidad se proyecta, sustancialmente, en el hecho de que no puede existir ninguna otra medida o alternativa menos lesiva para los derechos y libertades fundamentales que permita conseguir los mismos fines. En palabras de BERNAL PULIDO (2007: 740), «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir o alcanzar el objetivo propuesto». Por ello resulta imprescindible, allende inexcusable, la comprobación por parte de las autoridades competentes⁽²⁵⁾ de que no existe ninguna otra medida herramienta/alternativa menos restrictiva, agresiva, invasiva para los derechos fundamentales de la ciudadanía, pero igualmente eficaz para el fin perseguido (DE DOMINGO, 2007: 260).

Y en este orden de composición, también ABA CATOIRA (2011: 335) concluyó, con excelente criterio a nuestro parecer, al abordar el estudio de los estados excepcionales (o situaciones de emergencia⁽²⁶⁾) en relación al estado de alarma declarado en España por primera vez en la histo-

(25) En marco de un proceso penal sería el órgano judicial objetiva y territorialmente competente, y en el caso del estado de alarma, nos referiríamos al Gobierno en primer término y, en segundo término, por extensión, habida cuenta de la regulación de los Estados excepcionales, al Congreso de los Diputados, por cuanto la prórroga del estado de alarma solamente se podrá acordar con la autorización expresa de este último.

(26) Como también los denomina SANDOVAL (2012: 5).

ria de la democracia y motivado por la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo en el año en diciembre de 2010, en virtud del Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, «cabría entender que algunas emergencias que tienen encuadre en alguno de estos supuestos se podrían solucionar con las normas vigentes en el ordenamiento, por ejemplo la Ley de Protección Civil o a través de un Decreto-Ley (art. 86 CE), y que otras de ellas se encuadrarían mejor en el segundo de los estados excepcionales previstos como es el de excepción, pues lo que en verdad se produce es una alteración del libre ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía, del funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales y otros aspectos del orden público».

En sintonía con la anterior idea, deberíamos proceder a analizar si con la declaración del segundo Estado de alarma en España, por mor de la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus se ha dado debido cumplimiento a los requisitos que establece el ordenamiento. Esta particular cuestión no recibió una respuesta unánime por parte de la doctrina cuando se declaró el primer estado de alarma a causa del problema con los controladores aéreos (ABA CATOIRA, 2011: 335) ni tampoco ahora, con la crisis sanitaria del COVID-19. Y en este peculiar contexto hemos de anticipar que la herramienta para responder a tal controvertida cuestión vendrá de la mano (al menos, a nuestro juicio), como expondremos más adelante, de la normativa vigente y aplicable en materia sanitaria en nuestro ordenamiento jurídico.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

El último paso para poder verificar si una determinada medida limitadora de derechos fundamentales es o no proporcionada, después de llevar a cabo el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, consiste en efectuar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, de forma que se ponderen los intereses de la ciudadanía (a nivel individual) con los intereses sociales y/o generales, debiendo poder concluirse de manera razonada, argumentada y justificada la preponderancia de los segundos. Esa prevalencia o preponderancia derivaría de la obtención de más beneficios para el interés general que perjuicios para los derechos y libertades (otros bienes del ordenamiento) de los/as ciudadanos/as a nivel individual (esto es, en el marco del estado de alarma, el derecho a la libre circulación, el derecho de reunión e incluso otros derechos que, resulta cuestionable si deberían verse o no afectados por la declaración del estado de alarma).

Así, si tras ponderar los intereses estatales en juego, el sacrificio de los intereses individuales resulta desproporcionado y no exigible al in-

dividuo, la medida no podrá considerarse constitucional, ni siquiera cuando reúna los requisitos de idoneidad y necesidad (AGUADO CO-
RREA, 1999: 100). En definitiva, el principio de proporcionalidad en sentido estricto pasa por valorar si los beneficios que dimanar de la procura del bien o interés colectivo son mayores que los perjuicios que afectan al derecho fundamental (DE DOMINGO, 2007:260). Debe matizarse aquí, que dado el contexto del estado de alarma, esos intereses individuales, deben ser entendidos desde un punto de vista de colectividad, toda vez que no se afectan los intereses/derechos/libertades individuales de una única persona, sino de una colectividad, es decir, se afectan los intereses/derechos/libertades individuales de manera general o masiva en pos de la salud pública que sería el interés general necesitado de protección. Dicho de otro modo, como último eslabón para poder valorar y determinar la proporcionalidad de la adopción del estado de alarma, habría que ponderar aquí los intereses o derechos del conjunto de individuos (ciudadanía en general) con la protección o preservación del interés general relativo a la salud pública(27).

Siguiendo a ETXEBERRIA GURIDI (2000: 82), cuando disertaba sobre el contenido de la STC 207/1996, de 16 de diciembre(28), podemos aseverar que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto permite constatar si la medida es ponderada o equilibrada, si se derivan de ella más beneficios que ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En atención a lo hasta aquí expuesto, se pone en tela de juicio la proporcionalidad de la declaración del Estado de alarma(29), visto que si nos detenemos en los distintos presupuestos que lo integran, parece que los mismos (especialmente el subprincipio de necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto) no se cumplen.

En primer término, si acudimos a La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, compuesta de preámbulo y cuatro artículos, cuyo contenido es de capital importancia en el marco de nuestro objeto de estudio, podemos comprobar cómo este instrumento nos ofrece muchas respuestas a los problemas plan-

(27) «La ponderación es, precisamente, el tipo de discurso jurídico a través del cual se resuelven las colisiones entre principios, y consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias es ese principio el de mayor peso» (ARROYO JIMÉNEZ, 2009:8).

(28) Resolución clave en el ámbito del proceso penal y relativa a la práctica de una intervención corporal (medida limitadora de derechos fundamentales) y a la consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente, así como a los presupuestos necesarios para que diligencias de tales características se puedan reputar lícitas y válidas para desplegar eficacia y valor probatorios.

(29) Tanto del decretado en fecha 13 de marzo de 2020 (con sus sucesivas prórrogas), como del declarado más recientemente en fecha 25 de octubre de 2020 (con su prórroga de seis meses).

teados en el presente trabajo y alternativas a la adopción del estado de alarma, que si bien implican limitación o afectación de derechos y libertades fundamentales, sí cumplirían los tres subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad. Pues, como veremos, sobre la base de las previsiones contenidas en esta normativa, podrían haberse adoptado la mayoría de las medidas que se incluyeron en el estado de alarma, sin necesidad de generar una limitación de tanto alcance para los derechos fundamentales de la ciudadanía. Existiendo alternativa *ex lege*, el subprincipio de necesidad decae, por cuanto existen otras medidas adecuadas para el mismo fin y que suponen menor injerencia en la esfera de los derechos y libertades y en ningún modo implican la suspensión de los mismos, extremo que ni siquiera se compadece con la adopción en sí del estado de alarma, ya que, según hemos indicado, coincide más bien con las medidas que entrarían dentro de la declaración de un estado de excepción (DOMÉNECH PASCUAL: 2020).

El artículo primero permite, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, que las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Por tanto, a la vista de lo permitido por este precepto, dado el rango y ámbito de aplicación de esta norma, teniendo en cuenta la necesidad y urgencia que el virus COVID-19 presentaba, con la finalidad de evitar / disminuir contagios, podrían adoptarse medidas como la obligación de mantener una distancia de seguridad de 2 metros, la recomendación / obligación de portar guantes y mascarillas, incluso establecer la recomendación de no acudir a comer a restaurantes (priorizando el reparto de comida a domicilio), limitar el aforo de los mismos, así como de otros negocios.

Por su parte, el artículo segundo establece que «las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». A tenor de lo dispuesto en este precepto, podrían haberse adoptado igualmente las medidas relativas a la organización y gestión de los centros sanitarios, hospitales, establecimiento de cuarentenas, creación de UCIs para pacientes de COVID, limitación de visitas de familiares, prioridad de citas médicas telefónicas para evitar la aglomeración en servicios de consultas y centros de salud, utilización de edificios (como balnearios y hoteles) para habilitar hospitales o residencias de personas dependientes, etc.

Asimismo el artículo tercero prevé que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». De la mano de este precepto, podrían haberse acordado medidas relativas al aislamiento de pacientes con COVID-19, ya sea en centros hospitalarios, ya sea en sus propios domicilios (cuando a la vista de su sintomatología, no resultase necesario proceder a su ingreso). Las medidas de cuarentena, aislamiento, prevención y control de sintomatología, en relación tanto a las personas y grupos de personas que hayan estado en contacto con pacientes diagnosticados de COVID-19, como a las personas que, por la razón que fuere, presenten sospecha / indicio de poder padecer la enfermedad, también podrían haber sido adoptadas con base en este precepto hasta que se confirmase / descartase su diagnóstico, con las pertinentes pruebas de detección del coronavirus.

Finalmente, el artículo cuarto determina que cuando, debido a dificultades excepcionales de abastecimiento se vean afectados determinados productos, como un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud, con la finalidad de garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá adoptar determinadas medidas y, más en concreto:

- a) Establecer el suministro centralizado por la Administración.
- b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes».

Así, con cualquiera de las posibilidades que en sus apartados a) o b) establece el citado precepto podría haberse controlado temporalmente la provisión y suministro de mascarillas, alcohol y gel hidro-alcohólico, en su calidad de productos sanitarios y/o productos necesarios para proteger la salud, respecto de los cuales se produjo escasez / desabastecimiento. Inclusive podrían haberse proporcionado directa y gratuitamente estos productos a los grupos de personas considerados de riesgo (pacientes de avanzada edad, pacientes inmunodeprimidos, con enfermedades cardiovasculares, pulmonares, cáncer...), cosa que no se hizo con carácter general, hasta ya avanzado el estado de alarma. Muchas personas se vieron obligadas / conducidas a adquirir mascarillas y gel hidro-alcohólico, pagando por estos productos un precio muy elevado en relación al precio medio de mercado, debiendo esperar, por otro lado, días a que dichos productos estuviesen disponibles a la venta, ya que se ha-

bían agotado en farmacias y demás establecimientos autorizados para su venta (30).

Pero es más, todavía hoy, existe un grave problema de subida de precios en el mercado en relación a estos productos y otros necesarios para la desinfección, especialmente de locales abiertos al público, lo que ha provocado un gasto adicional para determinados negocios y la consiguiente subida del coste de muchos servicios (algunos de ellos de suma relevancia incluso para la salud) como, por ejemplo, tratamientos dentales, lo que supone un problema, a su vez, para la ciudadanía que ve sus ingresos y capacidad económica / poder adquisitivo severamente afectados. Ello es una causa-consecuencia de la acuciante crisis económica que se ha derivado de la coyuntura global COVID-19 y para la que, el Derecho, tendrá que pergeñar y proporcionar medidas de combate, si bien no ahondamos en las particularidades de este último punto, por cuanto ello excedería los límites previstos para el presente trabajo.

En conclusión, para acordar las medidas reseñadas, en ningún modo resultaba necesario acudir a la declaración del estado de alarma, toda vez que la legislación ordinaria ya prevé la posibilidad de su adopción en situaciones excepcionales, paraguas bajo el que obviamente puede catalogarse la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. El tenor de los preceptos de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, no es tasado, sino que con ciertos límites que actúan como marco, es de índole genérica, dado que deja margen y abre la puerta a la adopción de un amplio abanico de medidas, tomando en consideración las particularidades que puedan surgir ante una situación sanitaria excepcional, que ponga en riesgo a la población. Resulta evidente que una norma como la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública debe existir en todo Estado, pero la misma no puede tener un carácter cerrado, delimitado o concretado de manera específica, puesto que debe abarcar situaciones sanitarias excepcionales y estas, como tal, suelen ser imprevisibles y desconocidas. De crearse una Ley sumamente concretada y con medidas y supuestos tasados, la misma podría no dar respuesta (y, por ende, resul-

(30) A título de ejemplo, léase que la Xunta de Galicia organizó el reparto, a partir del 11 de mayo de 2020, de mascarillas en las farmacias para los/as gallegos/as con menos recursos, siendo «completamente gratuito para aquellos perceptores de rentas mínimas de inserción o parados sin prestaciones de desempleo, así como para los pensionistas que tienen una renta anual por debajo de los 18.000 euros». <https://www.xunta.gal/notas-de-prensa/-/nova/48556/xunta-distribuiria-manera-gratuíta-2-2-millones-mascarillas-las-farmacias-para> (Última consulta: 28/06/2020).

Asimismo, es de reseñar que el Gobierno ha decidido disminuir, por fin, si bien con notable retraso, el tipo del IVA aplicable a las mascarillas, para que este sea del 4%, de acuerdo con la autorización emanada a tal efecto desde la Unión Europea hace ya más de seis meses.

tar ineficaz) a las necesidades y urgencias que una determinada y eventual crisis o coyuntura excepcional sanitaria ocasionase.

Con todo, esta Ley no debe ser tomada en cuenta e interpretada de manera aislada, sino que debe ponerse en sintonía con el resto de normas, que conforman la batería normativa en materia sanitaria y, con peculiaridad, en lo que concierne a la salud pública. Así, si acudimos a la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, podemos comprobar cómo su art. 54 contempla medidas especiales y cautelares, para coyunturas excepcionales y de extraordinaria gravedad, de acuerdo con las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad. Así posibilita que la autoridad competente pueda adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas(31):

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones.

Tales medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares correrán a cargo de la persona o empresa responsable y deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad.

Y además, sin obviar las medidas que se establezcan a tal efecto en la legislación autonómica correspondiente, también en el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se recoge la posibilidad de adoptar medidas de semejante índole, ya que en dicho precepto se viene a disponer que si existe o se sospecha razonablemente de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanita-

(31) Todo ello, sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

rias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes. Y dentro de estas medidas enumera algunas como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. Establece asimismo, que la duración de dichas medidas no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas.

A lo anterior debe unirse que el inciso segundo del art. 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, entre sus competencias, la de conocer de «la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Por tanto, se preservan así los requisitos que deben regir de legalidad y jurisdiccionalidad a la hora de limitar derechos fundamentales, en atención al principio de proporcionalidad, que es el fundamento al que debe atender el órgano jurisdiccional competente al objeto de motivar su autorización (32).

De modo complementario, hemos de destacar que en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, también se recogen previsiones que serían de plena aplicación para el adecuado tratamiento de la problemática / situación generada por el COVID-19. Así, su art. 8 considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, sobre la base de un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. En atención a esta previsión podrían realizarse, como se realizan, los test poblacionales para detectar COVID-19 (antígenos, anticuerpos...), al objeto de estudiar la enfermedad, su contagio (el porcentaje de población contagiada), su superación, los factores personales/sanitarios que agravan sus síntomas y daños, etc.

Asimismo, a la vista de lo dispuesto en el art. 18, regla 13, puede colegirse que existiría igualmente el deber/obligación de facilitar a la población toda la información relativa al COVID-19 y las medidas adoptadas al respecto, particularmente de incidencia sanitaria (y en última instancia, todas revisten esta incidencia o carácter). Dicho precepto debe ser puesto en consonancia, a su vez, con el art. 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el cual pre-

(32) En relación a la batería de medidas a las que podría haberse acudido en lugar de adoptar el estado de alarma, *vid.* TERUEL LOZANO (2020).

coniza el derecho de la ciudadanía a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud (33).

También establece el art. 40 que la Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará distintas actuaciones, en cuya regla 12 incluye «los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional».

Incluso la normativa sanitaria prevé garantías de protección del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, en lo que respecta al uso y tratamiento de la historia clínica, que resultan de plena aplicación en relación a la coyuntura COVID-19, teniendo en cuenta la necesidad de prevención de un riesgo y la existencia de un peligro grave para la salud de la población. Y así, en particular, el art. 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, permite el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia (34). Como regla general, se preserva el anonimato, salvo que el/la propio/a paciente haya dado su consentimiento para no separar sus datos de identificación personal de sus datos de carácter clínico-asistencial.

(33) Y también debe ser puesto en relación con lo previsto en el art. 4 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, el cual establece que:

«Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes. Este derecho comprende en todo caso, los siguientes:

- a) Recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.
- b) Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.
- c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.
- d) Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo».

(34) Que se rige por lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos personales, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso.

Además se prevé en dicho precepto la posibilidad de que cuando sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, puedan acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública. Dicho acceso se realizará, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos(35).

A mayores de lo anterior, debemos atender a los principios generales de acción en salud pública previstos en el art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Dicho precepto dispone que las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva estarán sujetos a una serie de principios, entre los que singularmente, resultan de interés y plena aplicación a la situación de crisis sanitaria motivada por el COVID-19, además de encontrarse ligados al principio de proporcionalidad, los siguientes:

- *Principio de pertinencia*, que implica que «las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad».
- *Principio de precaución*, con arreglo al cual «la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren».
- *Principio de evaluación*, que supone que «las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada».
- *Principio de transparencia*, en cuya virtud «las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos». Dicho principio se encuentra en relación con el derecho de información de los/as ciudadanos/as en materia de sanidad pública.

(35) Asimismo, el art. 41.3 párrafo 2.º de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone que «en cualquier caso, el acceso a las historias clínicas por razones epidemiológicas y de salud pública se someterá a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 16 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica».

— *Principio de seguridad*, que exige que «las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud».

Por último y de modo colateral, hemos de reseñar que el art. 19 de la citada Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece medidas relativas a la prevención de problemas de salud y así en su apartado 3 a) determina que «el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud acordará «un calendario único de vacunas en España. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla sólo podrán modificarlo por razones epidemiológicas». En este orden de cosas, hemos de precisar que los calendarios de vacunación fueron alterados en el período de confinamiento, en cierta medida, por los centros de salud (y también por los propios padres de pacientes menores de edad) por motivo del COVID-19, que encaja dentro de lo que sería una razón epidemiológica. Todavía vigente el estado de alarma se hizo una llamada, a través de los medios de comunicación, dirigida particularmente a los padres de menores, a fin de que llevaran a sus hijos/as a ponerse las vacunas que por el confinamiento y el temor de sufrir contagios todavía no se habían administrado. En consecuencia, para variar, ni siquiera de facto, el calendario de vacunación tampoco resultaba necesario decretar el estado de alarma.

Consiguientemente, atendiendo al conjunto del panorama normativo en materia de salud pública, la adopción del estado de alarma no puede tildarse de necesaria (entiéndase este calificativo como dimanante del subprincipio de necesidad que integra el principio de proporcionalidad), puesto que existían otras medidas a las que se había podido acudir, sobre la base de la legislación ordinaria y, más en concreto, de la Ley 3/1986, de 14 de abril, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

De hecho, como afirma TERUEL LOZANO (2020), «esta fue la base jurídica en la que se apoyaron algunas de las decisiones que fueron adoptadas por algunas Comunidades Autónomas antes de que se decretara el estado de alarma. Así, entre las medidas más graves, destacan la cuarentena que se decretó el Gobierno canario en relación al hotel de Adeje; el confinamiento de varios municipios en Barcelona ordenado por el Gobierno catalán (Resolución INT/718/ 2020, de 12 de marzo de 2020); y el decretado por el Gobierno de Murcia para los municipios costeros, entre otras medidas de prevención (Orden de la Consejería de Salud por la que se insta la activación del Plan Territorial de Protección Civil de la Región de Murcia (PLATEMUR) para hacer frente a la pandemia global de Coro-

navirus (COVID-19)). El decreto del estado de alarma ratificó todas estas medidas en tanto fueran compatibles con el mismo y sin perjuicio de la necesaria ratificación judicial (DF 1.^a)» (36).

Si dirigimos la mirada a países de nuestra contorna, podemos comprobar cómo en Alemania se optó por aplicar la ley federal contra infecciones, lo que permitió que los *länder* realizaran confinamientos en caso de resultar los mismos necesarios. En Francia, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Noruega, Holanda o Suecia tampoco se acudió a ninguna medida excepcional prevista en la Constitución con la finalidad de declarar un estado de alarma o emergencia. Si bien es cierto que los distintos países tienen marcos constitucionales diversos, que todos pertenecen al ámbito de la Unión Europea y tienen principios y garantías comunes que no pueden desatender (37).

Recordaba ABA CATOIRA (2011: 319) que «si el Estado de Derecho se construye sobre el pilar fundamental de la separación de poderes, cada uno de ellos, tendrá su participación en el tratamiento de estas situaciones de anormalidad constitucional, lo que se pone de manifiesto en el tratamiento jurídico del procedimiento de su declaración, en la extensión de sus efectos y en el control. El derecho positivo tiene que tratar cada uno de estos elementos, no dejando nada al arbitrio del gobierno de turno, que tendrá que decidir qué hacer, pero dentro de lo establecido en la Constitución y en las demás normas del ordenamiento, según lo que establezcan para la producción de las crisis y para garantizar la defensa del orden constitucional».

Y si pensamos en el significado y proyección del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la adopción del estado de alarma tampoco lo cumple, y menos aun cuando existen serias dudas de que las medidas adoptadas durante su vigencia hubiesen sido las correctas en atención a la naturaleza y carácter de ese estado excepcional, cuestión sobre la que entendemos resolverá el Tribunal Constitucional en un futuro próximo. La geolocalización y la operación Balmis (consistente en el despliegue de efectivos del ejército en las calles de las ciudades y villas del territorio español para el control de la población), además de la

(36) No obstante, este autor se muestra proclive a la declaración del estado de alarma, a su prórroga y mantenimiento en relación al período de medidas de desescalada, pues, a su parecer, «el “Plan B” que sería recurrir a la legislación ordinaria y que las Comunidades Autónomas, coordinadas por el Gobierno de la Nación, aprobaran las medidas de desescalada no es adecuado constitucionalmente». Si, bien, entiende que «lo que tampoco es legítimo por parte del Gobierno es distorsionar la realidad mezclando churras con merinas. Los ERTE y otras medidas económicas para afrontar los efectos de la crisis no tienen por qué ir anudados a la declaración del estado de alarma. Podrían darse las unas sin el otro». *Ibidem*.

(37) Más información al respecto se encuentra disponible en <https://www.newtral.es/medidas-excepcionales-marco-normativo-paises-covid-19/20200513/> (Última consulta: 29/06/2020).

suspensión de derechos (concepto diferente y claramente discernible de la limitación) entendemos que son medidas que, de encajar, en el marco de un estado excepcional, encajarían, con arreglo a las previsiones de la LO 4/1981 (a las que ya nos hemos referido *ut supra*) en un estado de excepción o de sitio, pero no en un estado de alarma(38).

En cualquier caso, el virus COVID-19, pese al riesgo que supuso y supone para la población, no tiene la entidad y gravedad suficiente para acudir a la implementación de una medida tan severa como es la declaración de un estado excepcional. Existen muchos otros virus con un índice de contagio, daños, secuelas y fallecimientos mucho más elevado que el COVID-19. Este virus es superado por un alto porcentaje de población, siendo víctimas del mismo colectivos concretos (personas de avanzada edad y personas con patologías previas y/o adyacentes que complican el pronóstico y evolución del COVID-19)(39).

El sacrificio de derechos que implica la adopción de un estado de alarma y sus sucesivas prórrogas, con la ulterior declaración de un segundo estado de alarma, que también ha sido prorrogado y por un amplio periodo, no parece ser proporcionado en el caso del COVID-19, y para inferir esto bastaría con preguntarnos ¿qué haríamos entonces si la pandemia hubiese sido, por ejemplo, de Ébola? Al olvidar, la subsidiariedad y la proporcionalidad en sentido estricto, nos quedaríamos sin medidas(40). ¿Adoptaríamos entonces un estado de excepción que no está previsto para crisis sanitarias? No se han producido, de la mano de las medidas inherentes al estado de alarma adoptado, más beneficios para el interés general que perjuicios para los derechos y libertades (otros bienes del ordenamiento) de los/as ciudadanos/as a nivel individual. Los perjuicios e injerencias en el ámbito de los derechos y libertades de los/as ciudadanos/as han sido numerosos y de notoria entidad y el beneficio para el interés general (salud pública) no puede reputarse mayor a ese perjuicio cuando, además, existían otras medidas alternativas, de menor gravedad y afectación para la esfera de los derechos y libertades fundamentales(41).

Incluso con las medidas adoptadas a nivel individual para con la ciudadanía, podría llegar a considerarse que se ha visto perjudicado el in-

(38) *Vid.* las consideraciones ofrecidas al respecto de esta cuestión por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2020).

(39) El número de fallecidos es mucho inferior al producido por enfermedades como cáncer o de carácter cardiovascular, unas de las primeras causas de muerte y graves secuelas en occidente, si bien por su propia naturaleza no pueden catalogarse en lo que se denomina «enfermedades epidemiológicas».

(40) Algunos autores ya pusieron en cuestión la procedencia y necesidad de las prórrogas del estado de alarma, destacando singularmente, DOMÉNECH PASCUAL (2020).

(41) A la existencia de alternativas alude precisamente BOIX (2020).

terés general. La salud pública podría llegar a estimarse perjudicada en cierta medida, al haberse incrementado problemas relativos a patologías psicológicas (miedo, angustia, ansiedad, depresión) o ligados al sedentarismo, que perjudica a personas con disfunciones circulatorias, ósea, etc., por mor del estado de alarma(42). Y al margen de la salud pública, para cuya protección existían medidas a adoptar de acuerdo con la legislación ordinaria y para la cual el estado de alarma (con todo lo que implica) no ha logrado mayores beneficios que los que con esas medidas se podrían haber conseguido, pero sí ha logrado un perjuicio más grave en los derechos y libertades, también es de interés general el curso normal (o lo más normal posible(43)) de la actividad económica, que se ha dañado notablemente con los perjuicios que ello implica e implicará. Parece, pues, que el sacrificio de los intereses individuales (en este caso de la colectividad) no resulta exigible a la ciudadanía y, ponderados los intereses estatales, se antoja desproporcionado, además de innecesario, aun cuando la medida de adopción del estado de alarma reúne el requisito de adecuación o idoneidad al fin pretendido.

IV. El segundo estado de alarma decretado a causa de la crisis sanitaria

Pero lo sorprendente e incomprensible radica en que en fecha 25 de octubre aprobó el Gobierno, aprobó la declaración de un nuevo estado de alarma, con medidas diferentes, en cierta forma más tenues a las contempladas con la declaración del estado de alarma del pasado día 13 de marzo de 2020, pero incluyendo el denominado «toque de queda» o confinamiento nocturno de la población(44) que afecta plenamente al derecho a la libre circulación, y ello en los términos recogidos en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCoV-2, con duración hasta el día 9 de noviembre, sin perjuicio de sus prórrogas.

En esta ocasión, el Gobierno se decantó por establecer un horario genérico de «toque de queda», de 00:00 horas a 06:00 horas, dejando

(42) Máxime cuando en nuestro país durante buena parte de la vigencia del estado de alarma se prohibió totalmente, a diferencia de lo que se hizo en otros países, como Bélgica, la práctica de deporte al aire libre. Véase al respecto <https://elpais.com/sociedad/2020-03-19/belgica-anima-a-hacer-deporte-al-aire-libre-durante-el-confinamiento.html> (Última consulta 05/07/2020).

(43) Imposible de mantener con un estado de alarma vigente.

(44) Para todo el país, a excepción de las Islas Canarias, cuya incidencia epidemiológica no requería la adopción de este tipo de medida.

un margen de modificación que pueden realizar las Comunidades Autónomas, en función de sus propios criterios, circunstancias y coyuntura. Y si bien, el estado de alarma se extiende a todo el territorio nacional, lo cierto es que el Gobierno optó en esta ocasión por dejar «margen de maniobra» a las CC.AA., delegando ciertas competencias(45). En tal sentido, se prevé, entre otras cuestiones que la autoridad competente delegada podrá determinar la hora de comienzo de la limitación para que sea entre las 22:00 y las 00:00 horas y la hora de finalización de dicha limitación sea entre las 5:00 y las 7:00 horas (art. 5.2 del Real Decreto 926/2020). En este contexto, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con estatuto de autonomía, en su respectivo ámbito territorial (art. 2 del Real Decreto 926/2020) (46).

Respecto de este nuevo estado de alarma, resultan a nuestro juicio predicables los mismos argumentos y problemas expuestos a lo largo del presente trabajo, en relación al primer estado de alarma decretado en marzo de 2020, con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y ello por cuanto se vuelve a caer en los mismos errores, y se adoptan medidas alejadas del principio de proporcionalidad e incluso del concepto y ámbito estrictamente reservado al estado de alarma, tales como limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, limitación a la permanencia de personas en lugares de culto.

Amén de las citadas limitaciones y del denominado «toque de queda», se restringió también, al amparo del citado Real Decreto 926/2020, la entrada y salida de personas del territorio de cada comunidad autónoma y de cada ciudad con Estatuto de autonomía, salvo para aquellos desplazamientos adecuadamente justificados. Los motivos que

(45) En atención a dichas atribuciones, en Galicia, por ejemplo se aprobó el Decreto 179/2020, do 4 de novembro, do presidente da Xunta de Galicia, polo que se adoptan medidas no territorio da Comunidade Autónoma de Galicia para facer fronte á crise sanitaria, na condición de autoridade competente delegada no marco do estado de alarma declarado polo Real decreto 926/2020, do 25 de outubro, polo que se declara o estado de alarma para conter a propagación de infeccións causadas polo SARS-CoV-2.

(46) En virtud de lo dispuesto en el art. 9 del citado Real Decreto, las medidas previstas en los artículos 6, 7 y 8, relativas a la Limitación de la entrada y salida en las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de autonomía, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados, la limitación a la permanencia de personas en lugares de culto serán eficaces en el territorio de cada comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía cuando la autoridad competente delegada respectiva lo determine, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13. La eficacia de la medida no podrá ser inferior a siete días naturales.

Sobre el reparto de atribuciones / competencias por ámbito territorial en el marco del estado de alarma, resulta de singular interés el trabajo de VELASCO CABALLERO (2020: 80-82).

se consideran como justificados, según el art. 6.1 de la citada norma son los siguientes:

- a) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- b) Cumplimiento de obligaciones laborales, profesionales, empresariales, institucionales o legales.
- c) Asistencia a centros universitarios, docentes y educativos, incluidas las escuelas de educación infantil.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual o familiar.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros o estaciones de repostaje en territorios limítrofes.
- g) Actuaciones requeridas o urgentes ante los órganos públicos, judiciales o notariales.
- h) Renovaciones de permisos y documentación oficial, así como otros trámites administrativos inaplazables.
- i) Realización de exámenes o pruebas oficiales inaplazables.
- j) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- k) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza, debidamente acreditada.

El día el 3 de noviembre el Gobierno acordó una prórroga del Estado de alarma por un periodo de 6 meses, desde las 00:00 horas del 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del 9 de mayo de 2021 (47). A nuestro juicio, tal aprobación del Estado de alarma es prospectiva y carece de absoluta proporcionalidad. El amplio período por el que se prevé ya es en sí mismo contrario al principio de proporcionalidad, ya que resulta imposible determinar la concurrencia de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto con tanta anticipación. No obstante, a nuestro parecer, esta decisión podría obedecer a la pretensión de evitar suspicacias políticas de los restantes partidos que ocupan la oposición y se ampara, al mismo tiempo, en la circunstancia de que las medidas a adoptar dentro del estado de alarma no son tasadas, sino que varían en un marco genérico en atención a las concretas necesidades y coyuntura que «motiven» el mantenimiento del estado de alarma. De esta forma, el Gobierno puede fijar medidas más o menos severas en función de los resultados que refleje la incidencia epidemiológica, lo que además debe ponerse en concordancia con las competencias que en este ámbito se han delegado a las Comunidades y Ciudades Autónomas.

(47) Se encuentra información pública a disposición de la ciudadanía en <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx> (Última consulta: 16/11/2020).

V. Reflexiones finales

Tras todo lo examinado en el presente trabajo, no podemos sino inferir que los estados de alarma y sus prórrogas conforman una medida que no resulta apropiada (antes bien, al menos bajo nuestro criterio se presenta excesiva) y que puede ser tildada de desproporcionada y, por extensión, de ilícita (inconstitucional (48)), por cuanto al hilo de un análisis riguroso del principio de proporcionalidad y sus exigencias no puede concluirse que concurre ni el subprincipio de necesidad (este especialmente) ni el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Ante tal tesitura, aunque se cumpla el subprincipio de idoneidad o adecuación, huelga decir que este *per se* queda cojo si no puede engarzarse con los otros dos subprincipios, pues las exigencias del principio de proporcionalidad son tres y de carácter cumulativo, no alternativo. Ello implica que para que una actuación/medida sea proporcionada tiene que observar y respetar estrictamente los tres subprincipios indicados, sin que resulte suficiente que cumpla solamente uno o dos de ellos.

Los beneficios conseguidos de control del virus no justifican la adopción de medidas de despliegue de efectivos del ejército, de control masivo de datos y geolocalización, de confinamiento extremo con control policial (49), etc.

(48) Si bien habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, puesto que dudas de constitucionalidad y proporcionalidad existieron en relación al primer estado de alarma acordado en relación a la crisis provocada por los controladores aéreos y la medida fue, sin embargo, confirmada y avalada por el Alto Tribunal, como hemos visto *ut supra*.

De hecho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, en su Auto de 30 de abril, avalando la prohibición de las manifestaciones del día 1 de mayo, al considerar que debe primar la salud.

De especial interés resultan aquí las reflexiones plasmadas por VIVES DE LA CORTADA (2020).

(49) Con imposición de multas / sanciones que, en la práctica, se quedan en buena medida desvirtuadas, por problemas de legalidad y tipicidad, además de que aquellas impuestas antes de la finalización del estado de alarma, pero notificadas con posterioridad a dicha finalización deberían decaer, *ex art.* 1.3 LO 4/1981. Los hechos/situaciones objeto de multa no se encuentran recogidos ni en el Real Decreto 463/2020, que decretó el estado de alarma, ni en la LO 4/1981 y ni tampoco en la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Más información al respecto se encuentra disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4296242/0/aun-pueden-cobrarte-una-multa-por-incumplir-el-confinamiento-cuando-se-levante-el-estado-de-alarma/> (última consulta: 05/07/2020).

En relación con la imposición de sanciones en el marco del estado de alarma, efectúa un trabajo de interés práctico PLEITE GUADARNILLAS (2020).

En este contexto, cabe reseñar que la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Vitoria, núm. 101/2020, de 11 de mayo (Id Cendoj: 01059510022020100001), sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo, declaró que «el mero incumplimiento de las limitaciones derivadas del estado de alarma (esto es, y en el caso de autos de la obligación de confinamiento o de la limitación de la libertad deambulatoria) no implica automáticamente y *per se*, sino va acompañado de una plus en la conducta llevada a cabo, la comisión de un delito de desobediencia grave a la autoridad o sus agentes, y ello aunque nos encontramos ante una persona que pudiera ser reincidente o reiterativa en tal actuación».

Sobre el delito de desobediencia, podemos remitirnos a las consideraciones expuestas por ALONSO RIMO (2020).

Además, varias medidas continuaron aplicándose (con arreglo a la legislación ordinaria) una vez finalizado el primer estado de alarma (y antes de que se decretara el segundo estado de alarma en el marco del cual también se han aplicado / mantenido), como son el mantenimiento de distancia de seguridad, el uso de mascarilla, las medidas de desinfección, el establecimiento de aforo en locales y negocios, las medidas «de seguridad» en el ámbito educativo relativas a la organización de aulas y grupos en el curso 2020-2021, la prórroga de prestaciones y ayudas para el colectivo de trabajadores/as por cuenta propia...)(50). Si se mantuvieron (y pueden mantenerse) estas medidas una vez finalizado el primer estado de alarma y antes de declarar el segundo, ¿cuál fue el sentido de declarar dicho estado excepcional primero en marzo y ahora en octubre de 2020?

Finalizado el primer estado de alarma, tendrían que haber cesado las medidas relacionadas con el mismo y, si esto no fue así (entre otras razones porque con el primer estado de alarma no se consiguió erradicar el COVID-19 y puede adivinarse que con el segundo tampoco se logrará(51)), lamentablemente, se infiere que algo no concuerda como debiera. La proporcionalidad se pone en claro entredicho y, en nuestra opinión, el *quid* de la cuestión radica en que debería haberse actuado sin recurrir a la adopción de ningún estado de alarma.

Cuestión distinta es que por parte del Gobierno se hubiese decidido declarar los estados de alarma para promover medidas que coadyuven, por lo menos desde su óptica, a combatir la crisis económica que va implícita a la crisis sanitaria y deriva de la misma. Y cosa disímil sería también que la declaración de sendos estados de alarma pueda esconder tras de sí, la razón / justificación para adoptar medidas de futuro (muy próximo) directamente ligadas a la digitalización, como son el teletrabajo, el auge del comercio electrónico, la promoción del uso de la robótica, el manejo y control masivo de datos y la geolocalización de la población, la destrucción de empleos tradicionales, etc. No obstante, tales extremos conforman materia más bien propia de lo que podría incluirse dentro de las disciplinas de sociología, política y/o socioecono-

(50) De hecho, con arreglo al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, que prevé un conjunto de medidas preventivas objeto de seguimiento y evaluación continua con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica, se han dictado diferentes Ordes. Dicho acuerdo tiene por objeto establecer las medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, tras la superación de la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad y hasta el levantamiento de la declaración de la situación de emergencia sanitaria de interés gallego efectuada por el Acuerdo del Consello da Xunta de Galicia do 13 de marzo de 2020.

(51) Solamente disminuir su incidencia, como podría haberse hecho con las medidas previstas en la legislación ordinaria.

mía y que, por ende, traspasan los límites de examen/estudio fijados en este trabajo.

En otro orden de cosas, habrá que valorar también qué sucederá con los perjuicios (de carácter objetivo y materializado) provocados por la adopción de estos Estados de alarma, tomando en consideración el principio de responsabilidad del Estado. A título de ejemplo, existen determinados colectivos que, aun cuando se levantó el primer estado de alarma y antes de que se decretara el segundo, continuaron (y continúan obviamente(52)) viéndose severamente afectados, como es, en particular, el caso de los denominados «feriantes», cuyo trabajo se ha esfumado por el momento, es decir, les han cancelado la actividad, ya que no pueden celebrarse verbenas, fiestas típicas de verano en las condiciones pre-coronavirus, entre otras razones, porque no está «permitida» la aglomeración de personas y se desconoce cuándo podrán volver a desarrollar su actividad y cuando podrán ser contratados de nuevo. ¿Existe responsabilidad por parte del Estado? ¿Podrán ser indemnizados por sus daños y perjuicios sufridos, esto es, con particularidad daño emergente y lucro cesante?(53)

En este contexto, hemos de recordar que, dentro de los preceptos señalados en este trabajo, el apartado dos del art. 3.º de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio establece que «quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes». Así las cosas, la pregunta que se nos antoja formular es la siguiente: ¿indemnizará directamente el Estado *ex lege* para reparar el daño objetivo sufrido/soportado o este tipo de colectivos tendrán que solicitar tutela jurisdiccional a tal efecto?

En todo caso y a modo de colofón, desde una perspectiva jurídica y de aplicación e interpretación normativa, hemos de ser cautelosos con un peligro que nos acecha, pues, de lo contrario, si no somos estrictos y excelsos a la hora de aplicar la L.O. 4/1981, como ya vaticinaban VIDAL PRADO y DELGADO RAMOS (2011: 265), *mutatis mutandis*, en relación a lo sucedido con el estado de alarma decretado en diciembre de 2010, podría correrse el riesgo de efectuar «nuevas interpretaciones forzadas de la norma de la perversión de la naturaleza del estado de alarma y de un

(52) Ahora, en vigencia del segundo estado de alarma.

(53) Ello, obviamente al margen de las ayudas que pudieran corresponderles si cumplen los requisitos exigidos por el Gobierno a tal fin.

posible uso fraudulento de la ley o un ejercicio de poder “abusivo” por parte de quien lo detenta».

VI. Bibliografía

- ABA CATOIRA, A. (2011), «El estado de alarma en España», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, págs. 305-334.
- AGUADO CORREA, T. (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid.
- ALEXY, R. (2011), «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista española de derecho constitucional*, Año 2011, Año núm. 31, núm. 91, págs. 11-29.
- ALONSO RIMO, A. (2020), «Aspectos esenciales del delito y la infracción administrativa de desobediencia a la autoridad (más allá de la pandemia de COVID-19)», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 24/08/2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/09/04/aspectos-esenciales-del-delito-y-la-infraccion-administrativa-de-desobediencia-a-la-autoridad-mas-alla-de-la-pandemia-de-covid-19> (Última consulta: 16/11/2020).
- ÁLVAREZ BUJÁN, M.V. (2018), *La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I. (2016), «Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, págs. 325-340.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. (2009), «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, págs. 1-32. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/130917/180683> (Última consulta: 08/02/2021).
- BARNÉS, J. (1998), «El principio de proporcionalidad: estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, págs. 15-50.
- BERNAL PULIDO, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOIX, A. (2020), «La alternativa al estado de alarma no es el caos», en *Diario Valencia Plaza*, 06/05/2020 (entrevista realizada por Rafa Lupión). Disponible en: <https://valenciaplaza.com/andres-boix-la-alternativa-al-estado-de-alarma-no-es-el-caos> (Última consulta: 16/11/2020).
- DE DOMINGO PÉREZ, T. (2007), «Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad», en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 56, págs. 245-280.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2020), «La discutible prórroga del estado de alarma», disponible en <https://almacenederecho.org/la-discutible-prorroga-del-estado-de-alarma> (Última consulta: 16/11/2020).

- ESPÍN LÓPEZ, I. (2018), «Estado de alarma en el sistema constitucional español: espacio aéreo», en *Revista Acta Judicial*, núm. 2, págs. 115-131.
- ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. (2000), *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1981), «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, págs. 83-116.
- GÓMEZ ZAMORA, L.G. (2020), «Breve estudio de las medidas adoptadas durante el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 21, núm. extraordinario, págs. 19-70.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso Penal*, Colex, Madrid.
- IGLESIAS CANLE, I.C. (2003), *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid.
- LAFUENTE BALLE, J.M. (1999), «Los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 30, págs. 23-54.
- LOPERA MESA, G.P. (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ONEGA LÓPEZ, J.R. (1997), «Estados de Alarma, Excepción y Sitio», en *Boletín de Información*, núm. 207, CESEDEN, febrero, págs. 1-13.
- PERELLÓ DOMÉNECH, I. (1997), «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia*, núm. 28, págs. 69-75.
- PLEITE GUADARNILLAS, F. (2020), «Las sanciones derivadas del estado de alarma», en *Actualidad administrativa*, núm. 5.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2007), «El constitucionalismo de los derechos». En CARBONELL SÁNCHEZ, M. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (213-236). Madrid: Trotta.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J.C. (2016), «Alcance y límites del principio de proporcionalidad», en *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, núm. 1, págs. 283-309.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. (2020), «¿Estado de Alarma o Estado de Excepción? (1)», en *Diario La Ley*, núm. 9627.
- SANDOVAL, J.C. (2012), «Presupuestos del estado de alarma y repercusiones penales. A propósito de la crisis de los controladores civiles de tránsito aéreo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 14-11, págs. 1-24.
- SIEIRA MUCIENTES, S. (2020), «Estado de alarma», en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, págs. 275-305.
- TERUEL LOZANO, G.M. (2020), «El revestimiento jurídico de la “desescalada” ¿Estado de alarma?», en *Hay Derecho. Expansión*, 05/05/2020. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/05/el-revestimiento-juridico-de-la-desescalada-estado-de-alarma/>

- TORRES ESTRADA, P.R. (2016), «El principio de proporcionalidad y la política pública», *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 28, págs. 221-245.
- VELASCO CABALLERO, F. (2020), «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87 (ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 78-87.
- VIDAL PRADO, C.; DELGADO RAMOS, D. (2011), «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, mayo-agosto, págs. 243-265.
- VIVES DE LA CORTADA, J. (2020), «El TC se pronuncia sobre el Estado de alarma», en *ELDERECHO.COM* (12/05/2020). Disponible en: <https://elderecho.com/tc-se-pronuncia-estado-alarma>



Principales novedades para el sector del gas natural que resultan de las circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Main developments for the natural gas sector resulting from the circulars of the National Markets and Competition Commission

ABEL ESTOA PÉREZ

Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*
Doctor en Derecho (Acreditado ANECA Profesor Contratado Doctor).
aestoa@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.08>

LABURPENA: Gas naturalaren arloan daukagun sistema deskribatzen du lan honek, abiapuntu garbia jarrita: 1/2019 Errege Lege Dekretua bete beharrez MLBNk onartu zituen lehen zirkularrak. Zirkularrek instalazioetarako sarbidea, balantzea eta ordainsaria arautzen dituzte, baita aktibo horien kostua berreskuratzeko behar diren bidesariak ere. Sarbidearen zirkularrak «sistemaren birtualizazioa» amaitzen du, hau da, GNL-tanga bakarra sortzen du, hartara —espero izatekoa denez— efizientzia handiago lortzeko eta prezioak jaisteko. Balantze-zirkularraren ardatza iruzurra prebenitzea da; eska daitezkeen bermeak doitu, eta, urraketa larrietan, eragiketak desegitea ahalbidetzen du. Ordainsari-metodologiei ordainsariak murriztea ekarriko dute, arrisku txikiko jarduerak kosturik txikienean egin behar direla dioen printzipioa aintzat hartuta. Bidesarien bidez, ordainsari hori berreskuratu egingo da, hain zuzen ere 2021eko urtarilaren 1ean hasten den sei urteko ordainsari-aldian.

HITZ GAKOAK: Gas naturala. Zirkularrak. MLBN.

ABSTRACT: This work describes the natural gas system that results from the first regulations (circulars) approved by the CNMC according to the Royal Decree-Law 1/2019. The circulars regulate third party access to the facilities, their balance and remuneration, as well as the tariffs necessary to recover the cost of these assets. The access circular culminates the «virtualization of the system» with the creation of a single LNG tank that will hopefully allow for greater efficiency and lower prices. The balance circular is focused on preventing fraud. It readjusts the required guarantees and, in serious infringements, allows operations to be undone. The retribution methodologies will entail the reduction of the remuneration according to the principle of carrying out a low-risk activity at the lowest cost. Through the corresponding tariffs, this remuneration shall be recovered during the six-year period that begins on January 1, 2021.

KEYWORDS: Natural gas. Circulars. CNMC.

* La opinión del autor es estrictamente personal y no coincide necesariamente con la del organismo para el cual presta servicios.

RESUMEN: Este trabajo describe el sistema de gas natural que resulta de las primeras circulares aprobadas por la CNMC en cumplimiento del Real Decreto-Ley 1/2019. Las circulares regulan el acceso a las instalaciones, su balance y retribución, así como los peajes necesarios para recuperar el coste de esos activos. La circular de acceso culmina la «virtualización del sistema» con la creación de un tanque único de GNL que permitirá, cabe esperar, mayor eficiencia y una reducción de precios. La circular de balance se centra en prevenir el fraude. Reajusta las garantías exigibles y, en incumplimientos graves, permite deshacer operaciones. Las metodologías de retribución supondrán la reducción de las retribuciones atendiendo al principio de realización de una actividad de bajo riesgo al menor coste. A través de los peajes se recuperará esa retribución durante el periodo retributivo de seis años que se inicia el 1 de enero de 2021.

PALABRAS CLAVE: Gas natural. Circulares. CNMC.

Trabajo recibido el 9 de octubre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Objeto del estudio.—II. Las circulares normativas de la cnmc.—III. Funcionamiento del sistema del gas natural en España. 1. El sistema de gas natural. 2. Funcionamiento del sistema de gas natural.—IV. Acceso a las instalaciones y virtualización del sistema. 1. Cuestiones generales sobre el acceso a las instalaciones gasis-tas. 2. La virtualización del sistema.—V. El balance y la prevención del fraude. 1. Cuestiones generales sobre el balance de gas natural. 2. Prevención del fraude en el sistema de balance. A. Cálculo diario de garantías. B. Operaciones con desbalance elevado.—VI. Aspectos económicos: la sostenibilidad económica y financiera del sistema de gas natural. 1. La sostenibilidad económica y financiera del sistema de gas natural. 2. La retribución de las actividades reguladas del sector del gas natural. A. El ámbito temporal de las metodologías. B. La retribución de la actividad de transporte y regasificación. C. La retribución de la actividad de distribución de gas natural. 3. La metodología de determinación de los valores de los peajes de gas natural.—VII. Breve recapitulación de los aspectos tratados.—VIII. Bibliografía.

I. Objeto del estudio

Este estudio presenta las principales novedades del régimen jurídico del sector del gas natural que resultan de la reciente aprobación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de una serie de circulares.

El trabajo se centrará en las circulares aprobadas desde finales de 2019 hasta mediados de 2020, las cuales se refieren a aspectos del sistema de gas natural tales como el acceso a las instalaciones (1); el balance de dichas instalaciones (2); su retribución (3); y los peajes aplicables al acceso (4). Se

(1) Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural.

(2) Circular 2/2020, de 9 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural.

(3) Circular 9/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado; así como Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural.

(4) Circular 6/2020, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural.

trata de circulares previstas en el plan de actuación del organismo para 2019(5).

Algunas de esas disposiciones cuentan con un alto grado de complejidad técnica. Sin desconocer tal circunstancia, el estudio atiende esencialmente a problemas de orden jurídico, no entrando en pormenores técnicos más allá de lo necesario. Así pues, la pretensión fundamental del trabajo es presentar los aspectos esenciales del marco regulatorio del gas natural diseñado por las circulares de la CNMC de manera sencilla y clara. Se pretende que el texto sea accesible incluso para aquellos no familiarizados con el sector del gas natural, pudiendo servir como referencia general, descriptiva y con énfasis en la claridad, de los fundamentos de ese sector(6). Debido a su carácter técnico y novedoso, no abundan las elaboraciones doctrinales de enfoque dogmático sobre el preciso objeto de este estudio. La cita de doctrina científica será por tanto forzosamente limitada. En cambio, en vista de las dificultades que puede presentar la comprensión de aspectos de carácter más técnico, se reservan a pie de página aclaraciones o precisiones conceptuales, a fin de facilitar una información más completa sin entorpecer la lectura(7).

El análisis comenzará con un breve apartado introductorio sobre el instrumento jurídico empleado por la CNMC (la circular), aludiendo de manera sintética a su tramitación. A continuación, y también de modo introductorio, se explicarán algunos aspectos generales del funcionamiento del sistema del gas natural en España, conectando entre sí los distintos ámbitos de las circulares (acceso, balance, retribución y peajes). Finalmente, se señalan los aspectos más novedosos de cada circular, con énfasis

(5) Las circulares señaladas figuraban en anexo a dicho plan de actuación para 2019, aprobado en virtud del artículo 39 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Dicho plan preveía la aprobación de catorce circulares relativas al sector energético. El anexo se refería a otras con relevancia para el sector gasista, como la circular por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica y regasificación, transporte y distribución de gas natural, o la circular de retribución del gestor técnico del sistema, cuyo análisis individualizado se deja al margen. El plan de actuación para 2020 se refiere a otras circulares del sector del gas natural (valores unitarios de inversión y de operación y mantenimiento de las instalaciones de gas o información regulatoria de costes de las empresas distribuidoras) que tampoco serán analizadas aquí. Los planes de actuación anuales están disponibles en la web del regulador (www.cnmc.es, apartados «Sobre la CNMC», «Plan de actuación»).

(6) Para una panorámica exhaustiva del sector, vigente en sus aspectos generales, resulta de obligada referencia la obra de I. DEL GUAYO CASTIELLA (2010). *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Marcial Pons, Madrid.

(7) En ocasiones las explicaciones están tomadas de las memorias de las correspondientes circulares, las cuales están disponibles en la página web del regulador (www.cnmc.es, ámbito de actuación «Energía», apartado «Circulares y resoluciones»).

fasis en cuestiones jurídicas, lo cual precede a una recapitulación de los aspectos esenciales del estudio.

II. Las circulares normativas de la CNMC

La facultad de la CNMC de dictar circulares de carácter normativo figura en el artículo 30.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, citada. A tenor de dicho artículo la CNMC podrá dictar tales «disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello». Es decir, la facultad de dictar circulares de desarrollo y ejecución de otras normas se reconoce a la CNMC cuando se trate de un sector sometido a su supervisión (lo está el de gas natural) y medie habilitación.

La habilitación para dictar las circulares objeto de este estudio, entre otras relativas al sector energético, se asignó a la CNMC por el Real Decreto-Ley 1/2019, de 11 de enero, dictado a fin de llevar a cabo la transposición de las Directivas del tercer paquete energético de la Unión Europea (8). La transposición resultaba obligada en vista de la amenaza de un recurso por incumplimiento frente al Estado español por la deficiente transposición de las Directivas en lo relativo a las funciones asignadas al regulador.

Los dictámenes del Consejo de Estado a los distintos proyectos de circular contienen un completo análisis de la competencia normativa de la CNMC. Así, señalan que dicha competencia no es genérica, lo que supone que la CNMC «no cuenta con una competencia general para dictar normas en los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión —el mercado energético en este caso—, sino que responde a un principio de atribución: solo tiene potestad para dictar circulares allí donde una norma se lo reconoce expresamente». Se trata de una competencia limitada cuyos «límites resultan de los propios términos en que se hace la habilitación». Tal competencia normativa está asimismo sujeta a reglas de procedimiento y articulada con el resto de normas reglamentarias conforme a un principio, no de jerarquía, sino de competencia material, lo que supone que la aprobación de las circulares determine la inaplicación de otras normas reglamentarias que establecían la regulación previa de una materia,

(8) Real Decreto-Ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.

debiendo proceder la autoridad que dictó la misma a su derogación expresa, a través de los mecanismos de cooperación necesarios(9).

El citado Real Decreto-Ley 1/2019 modificó, entre otras disposiciones, el artículo 7 de la Ley de creación de la CNMC a fin de asignarle la competencia para dictar las circulares objeto de este trabajo, y otras relativas tanto al sector gasista como al eléctrico.

De manera singular, la competencia para dictar las circulares sobre peajes de acceso, balance, acceso a las instalaciones y retribución de las instalaciones reguladas figura, respectivamente, en las letras d), e), f) y h) del apartado 1 del artículo 7, citado. A tenor de ese artículo 7, las circulares, dictadas de conformidad con el artículo 30 de la Ley, deberán someterse a audiencia, «de acuerdo con las orientaciones de política energética».

Esta última exigencia resulta del mencionado Real Decreto-Ley 1/2019, cuyo artículo 1 establece que la CNMC, en el ámbito de sus competencias de regulación, «deberá tener en consideración las prioridades estratégicas establecidas por el Gobierno, que se materializarán en unas orientaciones de política energética adoptadas por orden del titular del Ministerio para la Transición Ecológica previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos» (10).

Pese al aparente tenor imperativo tanto del artículo 7 de la Ley 3/2013 como del artículo 1.1 del Real Decreto-Ley, la Comisión podrá apartarse del contenido de las orientaciones debiendo indicar, en caso de discrepancia, que la circular se ha adoptado, no «de acuerdo con las orientaciones», sino «oído el Ministerio». Con todo, antes de que tal eventual discrepancia con el Ministerio se plasme en el texto definitivo de la circular, deberá celebrarse una Comisión de Cooperación, «mecanismo de conci-

(9) Tales consideraciones son comunes a todos los dictámenes emitidos sobre los proyectos de circular objeto de estudio. Se trata de los siguientes (estando pendiente de publicación a esta fecha el relativo a las tarifas de acceso): Dictamen 824/2019 sobre el proyecto de circular por la que se establecen la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural; Dictamen 825/2019, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural; Dictamen 975/2019, sobre la propuesta de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado; y Dictamen 84/2020, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de la distribución de gas natural. Todos ellos están disponibles en la web del *Boletín Oficial del Estado* (www.boe.es, apartado «Dictámenes del Consejo de Estado»).

(10) El artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 1/2019 establece que las orientaciones de política energética abarcarán aspectos tales como «la seguridad de suministro, la seguridad pública, la sostenibilidad económica y financiera de los sistemas eléctrico y gasista, la independencia del suministro, la calidad del aire, la lucha contra el cambio climático y respeto al medio ambiente, la gestión óptima y el desarrollo de los recursos nacionales, la gestión de la demanda, la gestión de las elecciones tecnológicas futuras, la utilización racional de la energía, así como cualesquiera otros que guarden relación directa con las competencias del Gobierno en materia energética».

liación previa que tendrá por objeto alcanzar una solución consensuada» en el caso de que el informe del Ministerio considere que la propuesta de circular no se ajusta a las orientaciones. Las orientaciones de política energética aplicables a las circulares objeto de este análisis se aprobaron mediante la Orden TEC/406/2019, de 5 de abril (11).

Así, la aprobación de una circular requiere diversos trámites específicos entre los que figuran el informe del Director de Energía de la Comisión sobre su necesidad (artículo 18.2.f del Estatuto Orgánico de la CNMC) (12); la solicitud de informe al Ministerio sobre la conformidad del proyecto con las orientaciones de política energética (disposición transitoria primera y artículo 1.3 del Real Decreto-Ley 1/2019) y el eventual diálogo con el Gobierno, en su caso a través de la Comisión de Cooperación; el trámite de audiencia (artículo 30 de la Ley 3/2013) a través del Consejo Consultivo de Hidrocarburos (disposición transitoria décima de la Ley 3/2013), junto a la información pública del proyecto mediante la publicación en la página web del organismo (13); así como el informe de la Asesoría Jurídica (artículos 11.2.b del Estatuto Orgánico y 30 de su Reglamento de funcionamiento interno). Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de otros trámites generales como el sometimiento del proyecto a dictamen del Consejo de Estado (artículo 22, apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), con carácter previo a la publicación del texto de la circular en el Boletín Oficial del Estado. En algunos casos pueden requerirse trámites adicionales en la normativa de la Unión Europea (14).

III. Funcionamiento del sistema del gas natural en España

Las circulares objeto de análisis, que forman parte de las catorce primeras aprobadas por la CNMC en desarrollo del Real Decreto-Ley 1/2019,

(11) Orden TEC/406/2019, de 5 de abril, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Para las circulares cuya adopción está prevista en 2020, las orientaciones pertinentes son las aprobadas mediante Orden TED/627/2020, de 3 de julio, por la que se establecen orientaciones de política energética a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(12) Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(13) La subsistencia de los Consejos Consultivos de Electricidad y de Hidrocarburos resulta de la disposición transitoria décima de la Ley 3/2013, de 4 de junio («Los órganos de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía previstos en la Disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, seguirán ejerciendo sus funciones hasta que se constituya el Consejo Consultivo de Energía previsto en la Disposición adicional decimoquinta de esta Ley»).

(14) Un pormenorizado estudio sobre la competencia normativa de la CNMC y sobre el procedimiento de tramitación de las circulares puede leerse en J.M.^o JOVER (2020). «La potestad normativa de la CNMC». *Revista de Administración Pública*, 211, págs. 71-110.

regulan diferentes ámbitos del sistema del gas natural que guardan relación entre sí(15). A tal relación y a su análisis detallado, desde la óptica anunciada que incide en las novedades, les precede un apartado sintético sobre el sistema de gas natural, a modo de introducción.

1. El sistema de gas natural

El sistema español de gas natural está conformado por las instalaciones que lo integran(16). Como idea previa, bien sabida, debe señalarse que la producción de gas natural en España es residual: existen dos únicos yacimientos (Viura y Poseidón) que aportan una mínima cantidad de las necesidades de gas del sistema(17). Nuestro sistema se compone por instalaciones destinadas a incorporar gas al sistema (plantas de regasificación y conexiones con otros países), transportarlo a alta presión (red de transporte primario), suministrar a los consumidores (redes de transporte secundario y de distribución), así como garantizar la seguridad del suministro (almacenamientos subterráneos).

Así figura en el artículo 59 de la Ley del sector de hidrocarburos, o LSH, a tenor del cual el sistema gasista comprende las instalaciones incluidas en la red básica, las redes de transporte secundario, las redes de distribución, los almacenamientos no básicos y demás instalaciones complementarias(18).

La red básica de gas natural está integrada por los gasoductos de transporte primario, las plantas de regasificación y los almacenamientos básicos de gas natural, que pueden abastecer al sistema gasista.

Los gasoductos de transporte primario transportan gas a alta presión (tienen una presión máxima de diseño igual o superior a 60 bares). En la red de transporte primario debe distinguirse entre la red troncal y la red de influencia local. La red troncal es esencial para el funcionamiento del

(15) El gas natural es, en esencia, metano, aunque también puede contener una proporción variable de otros hidrocarburos. Se formó hace millones de años a partir de capas de materia orgánica. Se trata de gas atrapado en las fisuras de poros o rocas. Su extracción es parecida a la del petróleo (véase, «El gas natural», en la página web de Enagás, www.enagas.es, apartados «Quiénes somos», «Qué es el gas natural»).

(16) Con todo, se ha señalado entre la doctrina que existen argumentos para sostener que el «sistema de gas natural» estaría compuesto por un conjunto de sujetos, y no de instalaciones [A. ALFONSO RODRÍGUEZ (2009). «Sujetos que actúan en el sistema», en *Temas de Derecho Energético* (P. SALA ATIENZA, Dir.), *Bosch*, Barcelona, 2009, pág. 340)]. I. DEL GUAYO (2010) considera que el sistema comprende tanto sujetos como instalaciones (pág. 123).

(17) Véase, para más detalle, el Informe del Sistema Gasista Español 2019 publicado por Enagás y disponible en la página web de dicha entidad (www.enagas.es, apartados «Sala de prensa», «Publicaciones»).

(18) Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

sistema y la seguridad del suministro e incluye las conexiones del sistema español con otros sistemas (además de con el norte de África, por Tarifa y Almería, el sistema español está interconectado con Francia y Portugal) y las conexiones con yacimientos, plantas de regasificación y almacenamientos básicos. La red de influencia local se utiliza fundamentalmente para el suministro local de gas natural.

En la actualidad existen seis plantas de regasificación en funcionamiento en España(19). Su régimen jurídico ha sido objeto de una importante modificación mediante las circulares de la CNMC, según analiza este trabajo. El sistema gasista español cuenta asimismo con cuatro almacenamientos básicos de gas natural (Gaviota, Marismas, Serrablo y Yela).

Las redes de transporte secundario están formadas por gasoductos de presión máxima de diseño entre 60 y 16 bares. Las redes de distribución son aquellas formadas por gasoductos de presión máxima de diseño inferior a 16 bares y por aquellos otros que, con independencia de dicha presión, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario.

La Ley del sector de hidrocarburos dispone que el acceso a los almacenamientos no básicos (no hay ninguno en el sistema español) será negociado y que dichas instalaciones están excluidas del régimen retributivo del sistema de gas natural.

2. Funcionamiento del sistema de gas natural

En el sistema de gas natural debe distinguirse entre actividades reguladas y liberalizadas, siendo las primeras, consistentes en la regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución, las que interesan aquí(20).

(19) A las plantas de Mugaridos, Bilbao, Barcelona, Sagunto, Cartagena y Huelva se une la planta de El Musel (Gijón), que actualmente está en estado de hibernación.

(20) Según lo indicado, el presente trabajo no analiza la actividad regulada de gestión técnica del sistema, ni, por tanto, extiende sus consideraciones a la correspondiente circular de retribución del gestor técnico. La separación de actividades es un aspecto clave de la liberalización del sector que, debido al alcance y limitada extensión de este trabajo, no será tratado aquí. Para más detalles puede consultarse, entre otros, a I. DEL GUAYO (2010), págs. 568 y ss., y a J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (2009). «Separación de actividades», en *Temas de Derecho Energético* (P. SALA ATIENZA, Dir.), Bosch, Barcelona, 2009, págs. 395 y ss. Sobre la relevancia de tal separación de actividades para la creación de un mercado único de gas natural puede leerse a J.E. SORIANO GARCÍA (2009). «El mercado interior del gas. Previsiones del tercer paquete comunitario», en *Derecho de la regulación económica, III. Sector Energético, tomo II* (S. MUÑOZ MACHADO et al., Dir.), Lustel, Madrid, en especial págs. 1228 y ss.

La regulación es, esencialmente, económica. En síntesis, los peajes financian el coste de las instalaciones necesarias para el funcionamiento del sistema. El acceso a dichas instalaciones, que están sometidas a las normas de balance físico de gas, está garantizado por razones de liberalización del sector (21).

Conforme a la perspectiva del funcionamiento del sistema a la que aquí se atiende, los sujetos autorizados para introducir gas en el sistema (sobre todo comercializadores), podrán acceder a las instalaciones de regasificación, almacenamiento y distribución en las condiciones normativamente establecidas para contratar servicios prestados por dichas instalaciones durante un período de tiempo (a través de productos estándar de duración determinada o *slots*, según sea el caso) (22). De ello se ocupa la Circular de acceso (23). A su vez, los usuarios de las instalaciones deberán garantizar que, al final del día de gas, sus entradas y salidas de gas estén equilibradas, para garantizar los límites normales de operación de las instalaciones, cuestión que regula la Circular de balance. Los peajes por el acceso (o derecho de uso de las instalaciones) financian el coste de inversión y de operación y mantenimiento de dichas instalaciones. Tales aspectos económicos, estrechamente relacionados, son objeto de las circulares de metodología de retribución de las actividades y de metodología para el establecimiento de los peajes.

Los apartados que siguen a continuación se ocupan de las diferentes circulares prestando atención a la novedad que más las caracteriza.

IV. Acceso a las instalaciones y virtualización del sistema

Los sujetos autorizados para incorporar gas al sistema podrán acceder a las instalaciones de transporte (lo son, además de los gasoductos de la

(21) El acceso a las instalaciones se fundamenta en la doctrina de las *essential facilities*, de origen anglosajón, según la cual el titular de infraestructuras clave para la competencia en un sector debe permitir el acceso a las mismas a cambio de un precio. Véase para más detalle, entre otros, a J. GUILLÉN CARAMÉS (2009). «Marco y régimen de las actividades del sector gasista en la LSH», en *Derecho de la regulación económica, III. Sector Energético, Tomo II* (S. MUÑOZ MACHADO *et al.*, Dir.), *Iustel*, Madrid, en especial págs. 1087 y ss.

(22) Junto a los comercializadores, podrán introducir gas en el sistema los consumidores directos en mercado, que acceden directamente a las instalaciones de terceros, es decir, no contratan su suministro a través de un comercializador (artículo 58.e de la Ley del sector de hidrocarburos), así como, a determinados efectos, los transportistas, el gestor técnico del sistema y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (artículo 61 de la Ley del sector de hidrocarburos).

(23) El «día de gas» en el horario peninsular europeo es el comprendido entre las 6 horas de un día y las 6 horas del día siguiente (artículo 3.1.c de la circular de balance).

red de transporte, las plantas de regasificación y los almacenamientos básicos) y de distribución (24).

La principal novedad del nuevo sistema consiste en la creación de un «Tanque Virtual de Balance» (TVB), o tanque único. Dicho tanque único es un modelo deslocalizado que prescinde de la ubicación física de cada planta de regasificación, de modo que todo el GNL introducido en las plantas españolas se considera ubicado en un punto virtual (el mencionado TVB), en el cual los usuarios podrán intercambiarlo libremente (25). El tanque único se une al «Almacenamiento Virtual de Balance» (AVB) y al «Punto Virtual de Balance» (PVB) previstos anteriormente (26). Así pues, el gas introducido en alguna planta de regasificación, en los almacenamientos subterráneos y en el sistema de transporte y distribución se considera ubicado en el punto virtual que corresponda (27). La asignación de capacidad en todas las instalaciones se llevará a cabo mediante mecanismos de mercado (28). Se completa así lo que hemos llamado «virtualización del sistema».

(24) La Circular 8/2019 no se aplica a la asignación de capacidad en las conexiones internacionales con Europa, lo cual se rige por la Circular 3/2017, de 22 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa. Tampoco se aplica a la llamada asignación primaria de capacidad de almacenamiento relacionada con las existencias mínimas de seguridad (o reservas estratégicas) de gas, en los términos de la Orden ITC/3862/2007, de 28 de diciembre, por la que se establece el mecanismo de asignación de la capacidad de los almacenamientos subterráneos de gas natural y se crea un mercado de capacidad.

(25) Así pues, el PVB se constituye a modo de *hub* de gas. Sobre las distintas configuraciones de los mercados gasistas en el derecho europeo puede consultarse el documento preparado para la Comisión Europea «Study on Gas market upgrading and modernisation – Regulatory framework for LNG terminals» (mayo de 2020), disponible en la dirección web de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

(26) Sobre el sistema de acceso anterior a esta circular puede consultarse, además de I. DEL GUAYO (2010), págs. 353 y ss., a M.º del Pilar PERALES VISCASILLAS (2017), «El acceso de los terceros a las redes gasistas: sujetos, instalaciones y contratos», *Revista General de Derecho Administrativo*, 45.

(27) La memoria de la circular de acceso explica así la situación anterior a este cambio (pág. 35): «A diferencia de la red de transporte y de los almacenamientos subterráneos, el acceso a las plantas de regasificación se configura de forma localizada, de modo que los usuarios que contratan capacidad en una planta adquieren el derecho de uso de dicha planta, pero no del resto. Una vez introducido el GNL en la planta, éste tan solo es intercambiable en la misma, contando los usuarios con balances de existencias independientes para cada planta en la que tengan capacidad contratada».

(28) En cambio, dichos mecanismos de mercado, los más eficientes según la teoría económica, no llegaron a generalizarse en el sistema anterior, según explica la memoria (págs. 36 y 37): «En cuanto a los mecanismos para la asignación de capacidad, la normativa actual determina la utilización preferente de procedimientos de mercado, si bien hasta la fecha éstos se han desarrollado solamente para las interconexiones con países europeos y para aquella capacidad de almacenamiento subterráneo básico no asignada de forma directa. Para el resto de los servicios la capacidad se asigna por orden cronológico de solicitud».

1. Cuestiones generales sobre el acceso a las instalaciones gasistas

Los sujetos con derecho de acceso podrán contratar los servicios y productos que la circular de acceso establece (capítulo II)(29). Así pues, el acceso concede el derecho de uso de las instalaciones del sistema para recibir determinados servicios durante el tiempo correspondiente al producto o productos contratados.

Los servicios disponibles, que podrán contratarse de manera individual o agregada, varían en función de cada instalación (30).

Las plantas de regasificación prestan servicios individuales tanto «localizados» como «no localizados» (31). Los primeros se prestan en la planta que indique el usuario, mediante la reserva de un *slot*. Son los relacionados con la carga y descarga de buques y la carga de cisternas(32). Los no localizados (regasificación, almacenamiento y licuefacción virtual) se prestan de manera continua (a diferencia del carácter discreto de los que requieren *slots*) y no están asociados a una planta en particular. El gestor técnico del sistema (Enagás GTS), y no el usuario, decide la planta que debe operar, impartiendo instrucciones «en base a criterios de eficiencia en el uso del sistema gasista, optimización de la capacidad disponible y priorizando en todo momento la seguridad del suministro» (artículo 13.2 de la Circular) (33). La deslocalización es una consecuencia de la creación del tanque único(34).

(29) Aunque son razones para la denegación del acceso, junto a la falta de capacidad o los incumplimientos económicos, la «incapacidad manifiesta para actuar en el sistema gasista, que haya resultado o pueda resultar en perjuicios técnicos o económicos de importancia para el sistema gasista» (artículo 4 de la circular de acceso).

(30) La posible contratación individual de todos los servicios de las plantas es una novedad de la circular que permite mayor flexibilidad, como explica la memoria (pág. 45): «todos los servicios podrán contratarse de forma individual, de modo que ya no será necesario, por ejemplo, disponer de capacidad de regasificación o carga de cisternas para poder hacer uso del almacenamiento de GNL o para la descarga de buques».

(31) También son localizados servicios prestados en otras infraestructuras, como la entrada en PVB desde conexión internacional o yacimiento o la salida del PVB a un consumidor (para más detalle, véase pág. 54 de la memoria de la circular de acceso).

(32) Véase artículo 13 de la Circular 8/2019: «Serán servicios localizados la descarga de buques, la carga de cisternas, la carga de GNL de planta a buque, el transvase de GNL de buque a buque y la puesta en frío de buques [purga de gas inerte para que el buque pueda recibir GNL de la planta]. Los servicios localizados serán prestados a los usuarios en la planta solicitada».

(33) Lo cual deriva al gestor técnico del sistema la eventual responsabilidad por el incumplimiento resultante de una instrucción de operación, según el artículo 20.3, in fine, de la circular de acceso: «En el caso de servicios deslocalizados, en los que el contrato se suscribe entre el usuario, los operadores de las infraestructuras y el Gestor Técnico del Sistema, el incumplimiento del contrato por el operador de la instalación a resultas de la observancia de una instrucción u orden emanada del Gestor Técnico del Sistema no dará lugar a la responsabilidad de dicho operador, correspondiendo asumir las consecuencias de lo ordenado al referido Gestor».

(34) Asimismo, como consecuencia de la deslocalización del gas del sistema, todo consumidor final hace uso de la red de transporte, pues se hace necesario el uso de dicha red para el suministro.

La red de transporte y distribución puede prestar servicios individuales de entrada al PVB, almacenamiento en PVB, salida del PVB y salida del PVB a un consumidor, mientras que los almacenamientos subterráneos, además del servicio de almacenamiento, prestan los servicios individuales de inyección y extracción de gas desde o hacia el PVB.

Las instalaciones podrán ofertar también los productos agregados, formados por la agrupación de varios servicios individuales, que determina la circular (artículo 9.2).

La capacidad disponible para prestar servicios individuales deslocalizados en plantas de regasificación y en la red de transporte y distribución se asignará mediante productos estándar de capacidad firme de diversa duración (anual, trimestral, mensual, diaria o intradiaria, según el tipo de servicio)(35). Para los servicios localizados, el producto ofertado consistirá en un *slot* que permite el uso de las instalaciones durante el tiempo reservado (36).

La capacidad se asigna ahora de manera uniforme mediante mecanismos de mercado en todas las instalaciones, según lo ya indicado. A tal fin, el gestor técnico del sistema, en colaboración con los operadores de las infraestructuras, determina en primer lugar la capacidad a ofertar en las instalaciones. La asignación de capacidad tiene lugar mediante subastas de los productos recién descritos (37). Para los servicios que requieren *slot*, las subastas se celebrarán cuando demanda supere a la oferta en una planta y los usuarios no modifiquen voluntariamente sus solicitudes. La capacidad adjudicada se considera firme, de modo que determina el pago de peajes aunque el usuario no la use (38). Se evita así el acaparamiento (39).

(35) A diferencia de la capacidad «firme», la capacidad «interrumpible» permite la interrupción del suministro por las razones reglamentariamente previstas. Se regula en el artículo 12 y correlativos de la Circular 8/2019.

(36) Artículo 8 de la circular de acceso: «La contratación de un *slot* dará derecho a efectuar la operación completa de carga o descarga de un buque metanero en la planta de regasificación solicitada, incluyendo el período disponible para la entrada del buque en la planta, durante el período de tiempo asignado a dicho *slot* para la prestación del servicio».

(37) Para mayor detalle, véase la Resolución de 3 de abril de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece el procedimiento detallado de desarrollo de los mecanismos de mercado para la asignación de capacidad en el sistema gasista.

(38) Artículo 29 de la circular de acceso: «8. Los contratos realizados, tanto para los servicios individuales como para los servicios agregados, se considerarán firmes y vinculantes para las partes durante todo el período contratado, debiendo abonar el titular de la capacidad contratada, al menos, la parte fija de los peajes que correspondan, incluso en el caso de no utilización de la capacidad. Cuando el peaje no disponga de parte fija, se abonará la totalidad de la parte variable».

(39) La memoria de la Circular 8/2019 lo explica de este modo (pág. 60): «El contrato se perfeccionará en el momento de asignación del producto, y supondrá igualmente un compromiso vinculante, como ya se ha explicado antes, que obliga al usuario a abonar el peaje correspondiente (al menos la parte fija del mismo, la parte variable si no hubiera parte fija) durante toda la duración del producto, incluso si el usuario no hace uso de él. Este sistema de contratación, unido a los mecanismos de gestión de las congestiones y de anti-acaparamiento de capacidad, que se explican más adelante, contribuirán a un uso racional de las infraestructuras, lo que permite enviar señales fiables al mercado sobre la capacidad disponible en el sistema».

Un requisito previo para la contratación de capacidad consiste en la adhesión al contrato marco de acceso(40). En el contrato marco figuran entre otras cuestiones el sujeto obligado al pago de los peajes, el período de pago o la consecuencia de los incumplimientos en forma de suspensión parcial o total del acceso a las instalaciones. El contrato se firma a través de una plataforma informática específica para la solicitud y contratación de capacidad (SL-ATR) gestionada por el gestor técnico del sistema. Cada contratación de servicios y productos dará lugar a adendas al contrato que se consideran suscritas entre las partes que corresponda (usuarios, operadores de infraestructuras y gestor técnico del sistema) y que contendrán la información necesaria (artículo 6 de la Resolución de 15 de abril de 2020).

La Circular regula asimismo las garantías exigibles para responder del cumplimiento de las obligaciones económicas derivadas del acceso (capítulo VII)(41).

El sistema de acceso se completa con cuestiones de detalle propias de la normativa de gestión técnica tales como las programaciones (información de los usuarios sobre el uso de la capacidad contratada en un período determinado superior al día de gas), nominaciones (la misma información respecto al día de gas), renominaciones (modificaciones en el día de gas sobre la capacidad nominada), repartos y balance de gas, cuestión esta última vinculada al acceso a la que se dedica un apartado específico(42).

2. La virtualización del sistema

Así pues, la principal novedad del nuevo sistema consiste en la creación del tanque único y la generalización de los procedimientos de mercado, en lugar de los cronológicos (por orden de solicitud), para la asignación de capacidad en todas las instalaciones, y no solo en los almacenamientos (y conexiones internacionales) como hasta ahora(43).

(40) Resolución de 15 de abril de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueba el contrato marco para el acceso a las instalaciones del sistema gasista.

(41) El operador del Mercado Organizado de Gas (Mibgas) actúa como gestor de las garantías.

(42) En el Plan de actuación 2020 de la Comisión figura el objetivo consistente en «Elaborar normas de gestión técnica del sistema en relación con el balance diario de los usuarios, las programaciones, nominaciones, repartos, la gestión y el uso de las conexiones internacionales y las mermas y autoconsumos».

(43) La elección del modelo previsto en la circular vino precedida por un análisis de valoraciones que la CNMC sometió a consulta, como explica la memoria (pág. 37): «En el mes de septiembre de 2018, la CNMC inició una consulta pública sobre la propuesta de nueva regulación de los servicios prestados por las plantas de regasificación (INF/DE/122/18). En ella se elaboró un análisis de posibles alternativas, con objeto de evaluar las ventajas e inconvenientes de cada una [...]».

Tal modo de asignación es preferible al ser más transparente y objetivo (44).

La creación de un tanque único obedece a distintos motivos derivados de la evolución y situación actual de las plantas de regasificación españolas (45).

En primer lugar, pretende superar la infrautilización general de las plantas. Según explica la memoria de la circular, entre 2014 y 2018 la contratación de la capacidad de regasificación tuvo un valor medio del 25% y la contratación de almacenamiento un valor medio del 44% de la capacidad técnica del conjunto de las plantas. La baja utilización supone un problema de sostenibilidad económica porque dificulta la recuperación de su retribución (46).

Por otro lado, la contratación independiente de los servicios en cada planta producía ineficiencias y reducía la liquidez del mercado y el nivel de competencia.

En contraste con la infrautilización general del sistema, y debido a la falta de liquidez del mercado debido a la contratación independiente en cada planta, se producían situaciones de congestión en plantas concretas, y singularmente en la planta de Barcelona.

En el nuevo tanque único se podrán contratar servicios de manera individual (no era así en el sistema anterior) lo que concede flexibilidad y equipara a las plantas españolas con otras europeas. Tal novedad pretende atraer nuevos agentes y aumentar la competencia.

El modelo de tanque único ha recibido la opinión favorable de un informe preparado para la Comisión Europea (47). A tenor del informe, el nuevo sistema reduce a un mercado los seis anteriores (uno por planta) (48). El informe destaca asimismo la valoración positiva del nuevo sistema por

(44) La memoria de la Circular de acceso lo explica en estos términos (pág. 6): «Los mecanismos de mercado permiten asignar la capacidad de una forma transparente, objetiva y no discriminatoria, poniendo en valor las infraestructuras y resolviendo las situaciones de congestión de una forma eficiente».

(45) El detalle sobre las razones que determinaron la adopción del tanque único puede consultarse en la página 6 y siguientes de la memoria.

(46) Debe recordarse que los ingresos procedentes de las tarifas de acceso retribuyen las instalaciones objeto de acceso regulado. Dicha retribución se asigna por la CNMC a través del sistema de liquidaciones de las actividades reguladas (disposición adicional octava de la Ley 3/2013, de 4 de junio).

(47) Citado «Study on Gas market upgrading and modernisation – Regulatory framework for LNG terminals», fechado en mayo de 2020, preparado para la Comisión Europea por diversas firmas, y disponible en la dirección web de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

(48) El propósito del regulador es crear un mercado único de GNL en España, disponible para todos los usuarios, y que reemplace a las seis áreas de mercado regional de GNL —vinculadas a las plantas— propias del sistema anterior («The aim of the regulator is to create a single LNG hub in Spain available to users of all its terminals, replacing the six regional LNG «market areas» —tied to terminals— that dominate the country's LNG trade under the current regime»).

parte de la generalidad del sector al considerar que favorecerá una mayor liquidez, el uso más equilibrado de las plantas y mayor eficiencia (49).

También ha valorado positivamente el sistema de tanque único el informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico al proyecto de circular (50). Señala dicho informe que el modelo logístico de tanque único virtual facilitará la gestión del sistema, eliminando el incentivo a que los usuarios se concentren en las mismas plantas para poder realizar operaciones de compraventa de gas natural licuado (GNL) (51). Asimismo, en opinión del Ministerio, el nuevo modelo flexibilizará la contratación de capacidad en las plantas de GNL, lo que permitiría optimizar la capacidad disponible para contratar e incentivar su uso. Esto implicaría unos mayores ingresos por peajes, lo que en última instancia se traduciría en una reducción de los peajes unitarios y, por tanto, una reducción en el precio final soportado por los consumidores finales. Finalmente, el Ministerio considera que facilitará la creación de un mercado único de GNL en el sistema gasista español, concentrando en uno los seis mercados físicos existentes, lo que permitiría incrementar la liquidez y fomentar el desarrollo de un mercado organizado que pudiera reflejar un precio de GNL. Por todo ello, «valora muy positivamente la propuesta y se puede concluir que esta se adecúa a las orientaciones de política energética».

V. El balance y la prevención del fraude

El sistema de balance se aplica a las instalaciones sujetas al acceso y por tanto a todos los sujetos cuya actividad se desarrolle en ellas o les afecte. Conforme al sistema de acceso y balance previsto en las circulares de la CNMC existen ahora tres áreas de balance: en PVB, en TVB y en AVB. La operación en ellas está sujeta a una serie de obligaciones econó-

(49) Véase pág. 39 del informe, sobre la valoración positiva por parte de los interesados, que consideran que el nuevo modelo virtual incrementará la liquidez en el mercado español y permitirá una utilización más equilibrada de las terminales y mayor eficiencia del sistema («it is generally perceived positively by market players, who believe that the virtual model could increase liquidity in the Spanish market and lead to a more balanced utilisation of the terminals and hence a greater efficiency of the system»).

(50) «Informe sobre la propuesta de circular por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural», el cual mostró la conformidad del proyecto con las orientaciones de política energética (disponible en la página web del Ministerio).

(51) El gas natural puede licuarse para facilitar su transporte en buques (ocupa seiscientos veces menos que el gas natural en estado gaseoso). El paso a estado líquido tiene lugar a una temperatura de -161°C (véase, «Glosario de términos», «Gas natural licuado», en la página web de Enagás (apartado, «Publicaciones»). El gas licuado que se almacena en los tanques se regasifica en los vaporizadores de las plantas de regasificación (mediante su paso a $0.^{\circ}$) y se transporta en estado gaseoso hasta los puntos de suministro (o se almacena en almacenamientos subterráneos). Por motivos de seguridad, el gas que transita por los gasoductos se odoriza (en estado natural es inodoro).

micas cuyo incumplimiento por algún comercializador ha supuesto en el pasado un quebranto para el sistema. La nueva circular de balance de la CNMC pone énfasis en prevenir el fraude, cuestión en la que nos detendremos tras exponer los aspectos básicos del balance.

1. Cuestiones generales sobre el balance de gas natural

El balance se calcula para cada día de gas en cada una de las áreas mencionadas (PVB, TVB, AVB) (52). Las áreas de balance son sistemas de entrada y salida de gas que incluyen el conjunto de las instalaciones (gasoductos de la red de transporte y distribución, plantas de regasificación y almacenamientos subterráneos).

Los usuarios (fundamentalmente comercializadores, aunque no solo) son los responsables de equilibrar su balance en cada una de esas áreas (53). Cada usuario empieza el día con un desbalance nulo y, al final del día de gas, sus entradas de gas deben ser iguales a sus salidas. Para ello deben modificar sus nominaciones y renominaciones, transferir gas o contratar capacidad de almacenamiento.

Si al final del día de gas resulta un desbalance (por exceso o por defecto de gas) se aplicará un recargo al usuario. El gestor técnico del sistema es el encargado de calcular el balance, de mantener el sistema en los límites normales de operación y de facturar los recargos.

Para operar en las áreas de balance es necesario estar habilitado mediante la firma de un contrato marco (distinto y adicional al de acceso) (54). La firma del contrato marco tiene lugar a solicitud del interesado y tras el análisis de la solicitud por el gestor técnico del sistema. Los usuarios habilitados disponen de una cartera de balance por cada una de las áreas. La cartera de balance constituye el conjunto de entradas y salida de gas de ese usuario en las instalaciones de cada área de balance.

(52) El «día de gas» tiene el significado preciso ya aludido que señala el artículo 3.1.c) de la circular de balance: el período que transcurre desde las seis horas hasta las seis horas del día siguiente. Los plazos señalados en días de la circular de balance se computarán en los términos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esto es, como días hábiles, a excepción de lo relativo al día de gas (disposición adicional duodécima de la circular).

(53) Aunque por «usuarios» del sistema de balance suele aludirse a comercializadores y a consumidores directos en mercado, podrán disponer asimismo de carteras de balance otros sujetos que, conforme al citado artículo 61 de la Ley del sector de hidrocarburos, pueden introducir gas natural en el sistema, a los efectos que dicho artículo establece (por ejemplo, los transportistas para el nivel mínimo de llenado de sus instalaciones o para otras funciones distintas del suministro).

(54) Resolución de 9 de junio de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de la cartera de balance de los usuarios del sistema gasista en el tanque virtual de balance, el punto virtual de balance y el almacenamiento virtual de balance; y el contrato marco de cartera de balance.

El gestor técnico del sistema, como responsable de la operación y cálculo del balance, debe estar informado de las transacciones entre usuarios. Las transacciones pueden tener lugar mediante contratos bilaterales o en mercados organizados (plataformas de negociación)(55). En el primer caso los usuarios deben notificar la transacción al gestor. En los mercados organizados la obligación de notificación recae en la plataforma correspondiente.

La operación del balance difiere para el caso del TVB y el AVB, de un lado, y del PVB, de otro (capítulos II y III de la Circular 2/2020, respectivamente)(56).

En el primer caso, el exceso de gas en TVB o AVB (desbalance positivo) se almacena en las instalaciones, si hay capacidad para ello, debiendo abonar el usuario dos veces el peaje diario de almacenamiento, a modo de recargo. Si no hay suficiente capacidad de almacenamiento el gestor técnico del sistema regasificará el gas o lo extraerá para ofertarlo en el mercado organizado. También en este caso el usuario en desbalance resulta penalizado, pues el gestor técnico del sistema le abonará un precio inferior al que habría obtenido el usuario por la venta de ese gas. En caso de defecto de gas en las instalaciones (desbalance negativo) el gestor técnico del sistema adquirirá el gas necesario (normalmente en el mercado) y lo introducirá en el área oportuna, TVB o AVB, debiendo abonar el usuario el precio con un recargo.

La operativa del balance en PVB es similar a la que venía prevista en la anterior Circular 2/2015, de 22 de julio. En caso de desbalance de un usuario el gestor técnico del sistema le abonará un precio penalizado por

(55) El mercado mayorista de gas organizado en la península ibérica se opera por Mibgas, S.A., y está previsto en el artículo 65 bis de la Ley del sector de hidrocarburos, en redacción dada por la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos. La existencia de un mercado organizado facilita la transparencia, en especial en cuanto a precios. El mercado comenzó a funcionar en 2015. Es, por tanto, incipiente, y con un grado de madurez muy inferior al eléctrico. Pueden leerse unas reflexiones sobre el arranque y funcionamiento de dicho mercado en A. ERIAS REY (2017) «El mercado organizado de gas en España: situación y elementos importantes en su desarrollo», *Cuaderno de Energía* núm. 51, Club Español de la Energía, págs. 88-110.

(56) Hasta ahora las reglas de balance de la CNMC se limitaban al balance en PVB (Circular 2/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la que se establecen las normas de balance en la red de transporte del sistema gasista, derogada por la nueva circular). Dicha circular se dictó de conformidad con el Reglamento (UE) núm. 312/2014 de la Comisión, de 26 de marzo de 2014, por el que se establece un código de red sobre el balance del gas en las redes de transporte. La CNMC ha publicado una resolución específica con la metodología para el cálculo de las tarifas de desbalance a las tres zonas de balance a las que ahora se extiende la circular del regulador (Resolución de 1 de julio de 2020, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueba la metodología de cálculo de tarifas de desbalance diario y el procedimiento de liquidación de desbalances de los usuarios y de acciones de balance y gestión de desbalances del gestor técnico del sistema).

el desbalance positivo o efectuará las compras de gas necesarias en caso de desbalance negativo, aplicando los recargos sobre el precio de compra del modo que la circular dispone (artículo 15).

Solo algún apunte más antes de pasar a los problemas específicos del balance. En primer lugar, el balance se calcula por lo general en fases sucesivas(57). En segundo lugar, la operación del balance es neutra en términos económicos para el gestor técnico del sistema, del modo que la circular establece. Finalmente, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas del sistema de balance se exigen garantías a los usuarios, lo cual conecta con el apartado cuya exposición comienza a reglón seguido.

2. Prevención del fraude en el sistema de balance

Aunque el sistema de balance previsto en la normativa anterior de la CNMC (Circular 2/2015, en esencia) exigía disponer de garantías para responder de las obligaciones relativas al balance y establecía la suspensión de la cartera de balance en caso de incumplimiento, ello no impidió que la inobservancia reiterada de sus obligaciones por algún comercializador causase un perjuicio al sistema(58).

En vista de ello, la nueva Circular 2/2020, de balance, realiza un mayor esfuerzo de prevención del fraude, en síntesis, de dos formas distintas. La primera, ajustando a diario las garantías del usuario a su nivel de riesgo. La segunda, para casos graves, deshaciendo operaciones. Se desarrolla brevemente a continuación.

a) CÁLCULO DIARIO DE GARANTÍAS

La circular de balance regula de forma novedosa las garantías para la liquidación de desbalances (capítulo VII)(59). En resumen, el gestor

(57) Al día siguiente (desbalance provisional), a los tres meses (desbalance final provisional) y a los quince (desbalance final definitivo), que toman en consideración la información más actualizada en cada uno de esos momentos, salvo en el AVB, donde el día siguiente al de gas se calcula el desbalance final definitivo.

(58) A tal fin pueden consultarse diversos procedimientos sancionadores tramitados por la CNMC por incumplimiento de las obligaciones económicas en materia de desbalance (significativamente, expedientes SNC/DE/7/16 y SNC/DE/81/16). La sanción impuesta en este último procedimiento fue confirmada por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2019 (recurso 535/2017).

(59) La disposición transitoria sexta de la circular de balance estableció la entrada en vigor del nuevo sistema de garantías el 1 de octubre de 2020, aplicándose hasta esa fecha el régimen anterior. Recordemos que, como se señaló al tratar las garantías para el acceso, Mibgas actúa como gestor de las garantías.

técnico del sistema determinará las garantías exigibles a cada usuario conforme a su nivel de riesgo para cada día de gas(60). Si el usuario no presta las garantías correspondientes a su nivel de riesgo se limitará su capacidad de operar en el sistema.

El nivel de riesgo de un usuario es la suma de su riesgo en las tres zonas de balance (PVB, TVB, AVB). Ese nivel de riesgo se calcula a diario por el gestor técnico del sistema, con arreglo a las fórmulas de la circular (artículo 27)(61). El cálculo se efectúa tras finalizar el último ciclo de renovación del día de gas y antes del día de gas siguiente y se expresa en euros(62). A través de ese cálculo se determinan las garantías que debe prestar el usuario para el día de gas siguiente.

Cuando el nivel de riesgo (en euros) del usuario para un día de gas sea superior en más de 10.000 euros a las garantías prestadas, se realizará un requerimiento inmediato de garantías. En caso de que el usuario incumpla el requerimiento se limitará la operación de su cartera de balance. Así, se rechazarán las operaciones de ese usuario que supongan la transferencia de gas o la salida de gas del sistema español. También se le retendrán las cantidades económicas que le puedan corresponder por desbalances positivos en cualquier zona de balance (PVB, TVB, AVB).

Del mismo modo, en caso de que el usuario deje de abonar los recargos por desbalance, el gestor técnico del sistema comunicará el impago al gestor de garantías. Este último ejecutará las garantías en el importe correspondiente al impago y, si es preciso, requerirá que se aporten nuevas garantías (artículo 24). Si tal requerimiento no fuese atendido, se procederá limitando la cartera del usuario según lo descrito en el párrafo anterior.

b) OPERACIONES CON DESBALANCE ELEVADO

La circular de balance regula un remedio adicional para prevenir el fraude económico en el sistema de balance. Consiste en la posibilidad de deshacer operaciones con fuerte desbalance negativo.

(60) Aunque la circular de balance (artículo 26) permite que mediante resolución de la CNMC se modifique transitoriamente la periodicidad del cálculo de nivel de riesgo y el requerimiento de garantías (que pasaría a efectuarse durante el día de gas) para mitigar el riesgo derivado de situaciones concretas de carácter excepcional que puedan afectar al equilibrio físico o económico del sistema gasista.

(61) Muy en esencia, las fórmulas de cálculo tienen en consideración las nominaciones de entrada y salida de gas en las distintas zonas, las cesiones y adquisiciones de gas del usuario, las existencias iniciales del sujeto el día de gas y la tarifa de desbalance de compra de gas en el día de gas, así como la suma de recargos pendientes de abonar por el usuario.

(62) Es decir, ese nivel de riesgo se calcula entre las 3:00 a.m. y las 5:59 a.m. de un día de gas con relación al día de gas siguiente, que comienza un minuto después, a las 6:00 a.m.

En particular, cuando un usuario tenga un nivel de desbalance superior a sus garantías en el equivalente económico a 30 GWh, se le requerirá de modo inmediato para que preste garantías adicionales (artículo 6.7 y disposición transitoria décima) (63).

Caso de que el requerimiento resulte incumplido se desharán las operaciones bilaterales del usuario no cubiertas por garantías hasta llegar al nivel de las garantías de que disponga (las cuales cubrirán el resto de desbalance) (64). Ello afectaría a los usuarios que contrataron con el sujeto en situación de desbalance negativo, de modo que el gestor técnico del sistema les comunicará tal circunstancia.

VI. Aspectos económicos: la sostenibilidad económica y financiera del sistema de gas natural

Este apartado, previo a la recapitulación con la que se termina, se refiere a dos aspectos económicos íntimamente conectados: la retribución de las instalaciones y su financiación mediante peajes. De ello se ocupan las circulares de metodología de retribución de transporte y de distribución de gas natural, así como la circular de metodología de peajes. Es una idea esencial que el sistema de gas natural ha de ser sostenible. Esto es, debe tener capacidad para satisfacer la totalidad de los costes que ocasiona. Se desarrolla de manera ordenada de lo general a lo particular.

1. La sostenibilidad económica y financiera del sistema de gas natural

La sostenibilidad del sistema gasista es el principio esencial que inspira sus aspectos económicos.

La Ley 18/2014, de 15 de octubre, se refiere al principio de sostenibilidad económica y financiera como «la capacidad del sistema para satisfa-

(63) Artículo 6.7, citado: «En el caso de que un usuario presente para un día de gas un desbalance negativo en el conjunto del sistema gasista, calculado como la suma de los desbalances provisionales negativos en TVB y PVB y el desbalance final definitivo negativo en AVB, superior a sus garantías en el valor que se defina mediante resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [30 GWh, a tenor de la disposición transitoria décima], el gestor técnico del sistema procederá a requerir garantías al usuario. El requerimiento será de cumplimiento inmediato. Si el usuario no repone las garantías solicitadas, el gestor técnico del sistema reducirá la cantidad comunicada en todas las notificaciones de cesión de gas del usuario no realizadas a través de una plataforma de comercio o una entidad de contrapartida central. Se reducirá solo la parte no cubierta por las garantías, de manera proporcional a la cantidad señalada en cada notificación. El gestor técnico del sistema comunicará la reducción a los usuarios afectados».

(64) Lo cual implica que en desbalances negativos de menor entidad no se desharán las operaciones, lo cual supone a su vez que el sistema asume un riesgo de pérdida de unos 600.000 euros (valorando 30 GWh a 20 euros/MWh).

cer la totalidad de los costes del mismo, conforme a lo establecido en la legislación vigente» (artículo 59.1) (65).

Ese principio legal se estableció en vista del déficit estructural del sistema de gas natural (66). Tal déficit, si bien no es tan pronunciado como el del sector eléctrico, constituye, desde luego, un problema acuciante (67).

Así pues, los costes del sistema serán financiados mediante los ingresos. Los costes e ingresos están establecidos legalmente (artículo 59.4 de la Ley 18/2014).

La Ley distingue entre los costes asociados al uso de las instalaciones (la retribución de las actividades que emplean activos regulados) y los no asociados al uso de tales instalaciones (las anualidades para devolver a los agentes los importes del déficit que han debido soportar, o la retribución del operador del mercado, entre otros).

Las circulares de la CNMC se refieren singularmente a los primeros, esto es, a los costes asociados al uso de las instalaciones, y en particular a los relativos al transporte, la distribución y la gestión técnica del sistema, en los cuales se hará aquí énfasis (se prevén en el artículo 59.4, letra a, de la Ley 18/2014) (68). Esos costes se recuperan necesariamente a través de los peajes. Lo relativo a los costes no asociados al uso de las instalaciones está asignado al Ministerio para la Transición Ecológica y

(65) Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, modificada, en lo que aquí interesa, por el Real Decreto-Ley 1/2019, repetidamente citado.

(66) El preámbulo de la Ley 18/2014 señaló lo siguiente: «Este desajuste entre ingresos y gastos del sistema gasista puede considerarse como un déficit estructural y obliga a la actualización del marco regulatorio de la retribución de las actividades regulada [...]. En primer lugar se establece el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema gasista, que será un principio rector de las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos del sistema gasista. En virtud del mismo, cualquier medida normativa en relación con el sector que suponga un incremento de coste para el sistema gasista o una reducción de ingresos deberá incorporar una reducción equivalente de otras partidas de costes o un incremento equivalente de ingresos que asegure el equilibrio del sistema. De esta manera se descarta definitivamente la posibilidad de acumulación de déficit».

(67) El déficit acumulado a 2014 junto al desajuste de ingresos y costes de 2016 pendientes de amortizar en 2020 ascienden a más de 800 millones de euros (artículo 5 de la Orden TEC/1259/2019, de 20 de diciembre, por la que se establecen la retribución de la actividad de almacenamiento subterráneo básico y los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2020).

(68) Artículo 59.7 de la Ley 18/2014: «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establecerá la metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones de transporte, distribución, plantas de Gas Natural Licuado respetando el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema gasista y de suficiencia para cubrir los costes asociados al uso de dichas instalaciones, de acuerdo con lo previsto en la presente ley y normativa de desarrollo. Asimismo, establecerá la metodología de la retribución de la gestión técnica del sistema».

el Reto Demográfico (69). El Ministerio también determina la metodología de retribución y los precios por el acceso a los almacenamientos subterráneos básicos (70).

Como se indicó al principio, la CNMC ha aprobado circulares de metodología relativas a cada uno de los señalados costes asociados al uso de las instalaciones. Se trata de la Circular 9/2019, sobre la retribución de la actividad de transporte y plantas de gas natural licuado; la Circular 4/2020, sobre la retribución de la actividad de distribución de gas natural; y la Circular 1/2020, de retribución del gestor técnico del sistema gasista.

Según se viene indicando, la retribución de las instalaciones tiene como contrapartida los peajes, que tras el Real Decreto-Ley 1/2019, establece la CNMC. Los peajes están calculados para recuperar la inversión y una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos (artículo 92.1 de la Ley 34/1998). La Circular 6/2020 establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural.

Se insiste en que las circulares de la CNMC son de «metodología», es decir, establecen principios generales o fórmulas abstractas para calcular, bien la retribución de las instalaciones o bien los precios por el derecho de acceso a ellas. Las metodologías se aplican de manera particular en las resoluciones que aprueben la retribución anual de las instalaciones y los precios por el acceso o derecho de uso de dichas instalaciones, del modo que enseguida se indica (71).

(69) Singularmente, artículo 91.2 de la Ley 34/1998: «El Gobierno, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establecerá la estructura y la metodología de cálculo de los cargos destinados a cubrir otros costes regulados del sistema que no estén asociados al uso de las instalaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, sin perjuicio de lo dispuesto para los peajes y cánones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado». Asimismo, artículo 59.8 de la Ley 18/2014: «El Gobierno establecerá la metodología para el cálculo de los cánones de los servicios básicos de acceso a los almacenamientos subterráneos, para el cálculo de la retribución de los almacenamientos subterráneos básicos, así como para el cálculo de los cargos destinados a financiar otros costes regulados que no estén asociados al uso de las instalaciones y que se recogen en el apartado 4.b) del presente artículo y en el artículo 66».

(70) Artículo 92.1 de la Ley 34/1998: «El Gobierno establecerá la metodología para el cálculo de los cánones de los servicios básicos de acceso a los almacenamientos subterráneos. El titular del Ministerio para la Transición Ecológica, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, aprobará los precios de los cánones de acceso a los almacenamientos subterráneos básicos».

(71) Artículo 92.1 de la Ley 43/1998: «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará, mediante resolución que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», los precios de los peajes y cánones de acceso a las instalaciones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado de acuerdo con la metodología y estructura que a estos efectos sea aprobada por dicha Comisión». También artículo 7.1 bis de la Ley 3/2013, sobre la función de la Comisión consistente en: «Aprobar, mediante resolución, los valores de los peajes de acceso a las redes de electricidad y gas, así como las cuantías de la retribución de las actividades de transporte y distribución de electricidad, y de transporte y distribución de gas natural y de las plantas de gas natural licuado, para lo que habrá de atenderse a las respectivas metodologías aprobadas conforme a lo previsto en el apartado anterior».

Estas ideas esenciales se amplían de forma sintética en los apartados que siguen a continuación.

2. La retribución de las actividades reguladas del sector del gas natural

Según lo indicado, la CNMC ha aprobado sendas circulares de metodología de retribución que se refieren, de un lado, a las actividades de transporte y regasificación (Circular 9/2019) y, de otro lado, a la actividad de distribución (Circular 4/2020). La Comisión establece asimismo la retribución anual de tales actividades mediante resolución. Antes de tratar tales circulares por separado se expone una cuestión de ámbito temporal de aplicación de las metodologías que es común a ambas.

a) EL ÁMBITO TEMPORAL DE LAS METODOLOGÍAS

La retribución de las actividades reguladas debe guardar un delicado equilibrio. De un lado, debe poder adaptarse a situaciones económicas o contextos regulatorios cambiantes. De otro, debe tener cierta continuidad económica o estabilidad regulatoria de modo que favorezca la inversión en las instalaciones.

El legislador ha resuelto tal paradoja asignando a las metodologías de retribución de las actividades de transporte y distribución una duración determinada a la que denomina «período regulatorio» (72). Los actuales períodos regulatorios tienen una duración de seis años (artículo 60.2 de la Ley 18/2014) (73). La estabilidad que se pretende, determina que las

(72) El establecimiento de períodos regulatorios está presente en cierto modo en el Derecho de la Unión Europea. Así, el artículo 3.5 del Reglamento (UE) 2017/460 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establece un código de red sobre la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas, establece que la determinación de la retribución de las actividades se efectuará conforme a períodos regulatorios.

(73) Artículo 60.2, citado: «Los parámetros de retribución de las actividades de regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución se fijarán teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, la demanda de gas, la evolución de los costes, las mejoras de eficiencia, el equilibrio económico y financiero del sistema y la rentabilidad adecuada para estas actividades por períodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años, salvo que una norma de derecho comunitario europea establezca una vigencia del período regulatorio distinta». Tales períodos se establecían ya en el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio (del cual procede la Ley 18/2014). Obsérvese que la distinción en períodos regulatorios afecta a la retribución de las actividades de transporte, regasificación y distribución de gas natural, pero deja al margen lo relativo a la gestión técnica del sistema. En vista de ello, la Circular 1/2020, sobre la retribución de dicho gestor, contempla, por excepción, un período regulatorio de tres años (2021-2023).

metodologías de retribución no puedan variarse durante el período (seis años) al que sean de aplicación.

Las vigentes metodologías de la CNMC (Circular 9/2019 y Circular 4/2020) se aplicarán al período de seis años comprendido entre 2021 y 2026 (artículo 65 de la Ley 18/2014 y artículo 7.1.h de la Ley 3/2013) (74). La CNMC aprobará cada año la retribución de las empresas con base en la metodología del correspondiente período regulatorio.

La CNMC podrá revisar los parámetros de la retribución (es decir, la metodología) antes del comienzo del siguiente período regulatorio. Si no lleva a cabo esa revisión se prorrogarán al período siguiente los parámetros vigentes (artículo 63.2 de la Ley 18/2014).

Los periodos de seis años para la retribución de las actividades son aplicables asimismo, con carácter general, a la metodología para la determinación de los peajes (disposición adicional segunda de la Circular 6/2020, sobre metodología de peajes). Ello permite la coherencia entre la retribución de las instalaciones y su contrapartida (los peajes). En cada período regulatorio (retributivo) podrán existir distintos períodos tarifarios (cada año de gas) con un mismo nivel de precios (peajes), con la duración máxima de dicho período regulatorio (seis años).

En relación con esto último, y para finalizar este apartado, se hace una última precisión relativa a las particularidades del llamado «año de gas». Según lo comentado, dicho año de gas transcurre entre el 1 de octubre de un año y el 30 de septiembre del año siguiente. Pues bien, los peajes se determinan anualmente por la CNMC conforme a dicho año de gas (75). En atención a ello, aunque la CNMC deba fijar la retribución de las actividades conforme a su propia metodología a partir del inicio del primer período regulatorio (1 de enero de 2021), las circulares de retribución establecen el modo de acompasar las retribuciones al año de gas, determinando que el año de gas 2021 transcurrirá desde el 1 de

(74) Artículo 65, citado: «Para las actividades de transporte, regasificación y distribución el primer período regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, y finalizará el 31 de diciembre de 2020. A partir del 1 de enero de 2021 se sucederán los siguientes periodos regulatorios de forma consecutiva y cada uno de ellos tendrá una duración de seis años, salvo que una norma de derecho comunitario europeo establezca una vigencia del periodo regulatorio distinta». Durante el período anterior previsto en la Ley 18/2014 la retribución de las actividades de transporte y distribución de gas natural se efectuó conforme a la metodología prevista en los anexos X y XI de dicha Ley. Asimismo, artículo 7.1.h) de la Ley de creación de la CNMC: «Entre otros, corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia fijar, en su caso, los valores unitarios de inversión, de operación y mantenimiento y la vida útil regulatoria de los activos con derecho a retribución a cargo del sistema de gas natural de las empresas de distribución, transporte y plantas de gas natural licuado para cada período regulatorio».

(75) Es decir, los peajes o precios por el acceso a las instalaciones se determinan por períodos que transcurren desde el mes de octubre de un año al mes de septiembre del año siguiente.

enero hasta el 30 de septiembre de 2021 (disposición adicional segunda en ambos casos) (76).

b) LA RETRIBUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE Y REGASIFICACIÓN

La Circular 9/2019 establece la metodología para calcular la retribución de la actividad de transporte y plantas de gas natural licuado o regasificación de gas natural (77).

La metodología de la circular se atiene a la exigencia legal de retribución «adecuada a la de una actividad de bajo riesgo» que considere «los costes necesarios para realizar la actividad por una empresa eficiente y bien gestionada de acuerdo al principio de realización de la actividad al menor coste para el sistema gasista» (artículo 60.1 de la Ley 18/2014 y artículo 3 de la Circular).

Tales exigencias determinaron que, tras el oportuno análisis de costes, la circular estableciese una metodología de la cual resultaría una reducción de la retribución que venían percibiendo las actividades de transporte y plantas de gas natural licuado (78).

Como se anunció en la introducción de este trabajo, se prescindirá de pormenores técnicos, lo que se hace extensivo a las fórmulas retributivas de la circular, cuya exposición se hará solo en términos generales.

Muy en esencia, la retribución de una empresa de transporte comprende el coste de inversión en instalaciones, la retribución por operación y mantenimiento y otros costes entre los que figuran unos ajustes a la retribución por productividad y eficiencia (79).

(76) Aunque a partir de 1 de enero de 2021 la retribución que determine la CNMC se calculará conforme a su propia metodología (la de las circulares), la disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 1/2019 asignó a la CNMC la competencia para aprobar las retribuciones desde 1 de enero de 2020. Por eso la resolución de retribución aprobada por la CNMC para 2020 aplica la metodología previa a la de sus circulares, esto es, las de los anexos X y XI de la Ley 18/2014 (Resolución de 18 de diciembre de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la retribución para el año 2020 de las empresas que realizan las actividades reguladas de plantas de gas natural licuado, de transporte y de distribución).

(77) No está de más recordar que conforme al artículo 58.a) de la Ley 34/1998 los gestores de plantas de regasificación (como los gestores de la red de transporte y de almacenamientos subterráneos) se consideran transportistas: «Los transportistas son aquellas sociedades mercantiles autorizadas para la construcción, operación y mantenimiento de instalaciones de regasificación de gas natural licuado, de transporte o de almacenamiento básico de gas natural [...]».

(78) En particular, la pág. 89 de la memoria de la circular, disponible en la web de la CNMC, contiene una estimación sobre la reducción media anual en la retribución de las actividades de transporte y plantas de gas natural licuado.

(79) Estrechamente vinculada a los costes de inversión y de operación y mantenimiento está la futura circular de valores unitarios de la CNMC, actualmente en preparación, incluida en el Plan de actuación del organismo para 2020.

A su vez, la retribución por inversión de la empresa viene constituida por la amortización de los activos y una retribución financiera, aunque también puede incluir la retribución por el gas vehiculado por las instalaciones que se autoricen a partir de 1 de enero de 2021, fecha a partir de la cual será de aplicación la metodología de la circular(80). Esto último pretende desplazar el riesgo de construcción de nuevas instalaciones en el promotor, pues su retribución dependerá del uso que se haga de ellas, en línea con lo dispuesto por las orientaciones de política energética del Gobierno(81). En último término, la orientación del Gobierno obedece a que el sistema de gas español está suficientemente dimensionado para atender a la demanda, sin que deba olvidarse que en un contexto de descarbonización el gas natural parece tener carácter transitorio y una tendencia paulatina a su menor uso.

Merecen también un breve comentario los ajustes retributivos por productividad y eficiencia. Entre ellos figura la retribución por extensión de vida útil, que responde a la apuntada necesidad de no incentivar la nueva instalación en un sistema bien dimensionado y maduro, así como la retribución por continuidad del suministro. Esta última constituye un aspecto importante del nuevo sistema. Tal componente retributivo era uno de los previstos en la retribución anterior a la metodología de la CNMC(82). La Circular 9/2019 suprime tal retribución, conforme a la justificación que realiza la memoria de la norma(83). Pero, teniendo en cuenta el impacto de su eliminación en las retribuciones de las empresas, el recorte será progresivo.

C) LA RETRIBUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL

Si de la retribución al transporte dijimos que se efectuaba «por activos», es decir, atendiendo en esencia al coste de las instalaciones, de la

(80) La retribución financiera se calcula conforme a la Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de cálculo de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural.

(81) Artículo octavo de la Orden TEC/406/2019, de 5 de abril: «2. La metodología de retribución no debería incentivar la inversión en nuevas infraestructuras, salvo en el caso de activos necesarios para garantizar el suministro del conjunto del sistema o que resulten estratégicos para el cumplimiento de los objetivos de política energética. Con objeto de garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema gasista, el marco retributivo en el resto de instalaciones debería trasladar el riesgo de demanda al promotor».

(82) Figuraba, por tanto, en el anexo XI de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

(83) En síntesis, página 92: «con el objeto de establecer una retribución para una empresa que realiza su actividad bajo los principios de realizarla al menor coste para el sistema gasista y con una rentabilidad razonable, se propone la eliminación progresiva de la retribución por continuidad de suministro (RCS) en el periodo regulatorio 2021-2026 dado que la metodología propuesta incluye conceptos retributivos que responden a los costes incurridos en inversión, operación y mantenimiento, así como incentivos de extensión de vida útil y mejora de productividad que aseguran la rentabilidad razonable de la actividad».

distribución podemos decir que se retribuye «por actividad», es decir, atendiendo al nuevo mercado captado, es decir, al incremento en el número de clientes y ventas de energía.

Dicho modelo hace recaer en la empresa las decisiones de inversión. Como señalamos al hablar del transporte, en un sistema bien dimensionado y, se supone, con un uso en declive, parece contraproducente incentivar la nueva instalación.

La retribución por actividad, o en función del nuevo mercado captado, se adoptó por el regulador energético a la vista de las alegaciones del Ministerio y de distintos operadores en el trámite de audiencia del primer proyecto de circular, el cual se basaba en un sistema retributivo por el valor neto de los activos, semejante al de la actividad de transporte, y que suponía un cambio sobre el modelo de retribución por actividad que desde hace casi dos décadas viene establecido para la distribución de gas natural (84).

Dicho modelo histórico de retribución se fundamentaba en un valor inicial de retribución que se ha venido incrementado sucesivamente en función del mercado captado (clientes y ventas). Así, en 2002 se fijó la retribución inicial con base en los estados contables de las empresas y se adoptó una fórmula paramétrica para determinar las retribuciones de las inversiones posteriores. En 2014 se recalculó la retribución base inicial y se fijaron nuevas retribuciones unitarias para las inversiones posteriores (85).

A raíz de las observaciones recibidas sobre el primer proyecto de circular, la Comisión decidió revisar su propuesta, sometiendo el nuevo modelo a audiencia. El modelo finalmente adoptado, de modo continuista con la metodología del anexo X de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, mantiene una retribución de la inversión en función del mercado captado, en lugar de por activos. Sin perjuicio de ello, incluye un recorte (aunque inferior al previsto en la metodología por activos del primer proyecto) (86).

(84) En síntesis, el informe del Ministerio, disponible en la web de dicho departamento ministerial (www.energía.gob.es), estimó relevante el efecto de la propuesta inicial de la CNMC en las inversiones acometidas por las empresas en el periodo comprendido entre 2002 y su entrada en vigor. Señaló que al aplicar a decisiones de inversión adoptadas de acuerdo con un marco retributivo que es función del mercado captado (ventas y clientes), un nuevo modelo basado en el valor de los activos netos, podía afectarse más allá de lo razonable a la rentabilidad de inversiones iniciadas antes de esa modificación.

(85) El recálculo de la retribución inicial tuvo lugar, en esencia, minorando la retribución de 2013 en 110 millones de euros y aplicando ciertos cálculos. Las inversiones posteriores se retribuyeron conforme a nuevas retribuciones unitarias por mercado neto captado (clientes y ventas). El detalle figura en el anexo X de la Ley 18/2014, de 15 de octubre.

(86) La página 92 de la memoria de la circular prevé estimaciones del impacto económico medio anual de la metodología de retribución de la distribución propuesta en dicha circular.

3. La metodología de determinación de los valores de los peajes de gas natural

Como se viene señalando, los peajes deben recuperar el coste asociado a las instalaciones reguladas. La metodología de peajes consiste, por tanto, en definir unas reglas para asignar a los consumidores el coste de dichas instalaciones en función de determinados inductores de costes. La metodología establecida por la CNMC se aprobó mediante la Circular 6/2020, de 22 de julio, ya citada.

La aprobación de dicha circular estuvo sujeta a determinaciones de orden sustantivo y procedimental resultantes del Reglamento (UE) 2017/460 (87). Ello merece una somera explicación.

El citado Reglamento (UE) pretende la armonización de las tarifas de transporte de gas natural en Europa. Dicha armonización está enfocada, en último término, al propósito de establecer un mercado único de gas natural, proceso complejo que se ha de acometer en fases progresivas y que está todavía incompleto (88).

El Reglamento (UE) se refiere únicamente a la red de transporte, la cual se identifica con la red troncal de transporte en clave interna (89). La Circular 6/2020, en cambio, tiene un ámbito de aplicación más amplio. Se refiere a la metodología para la determinación de los peajes tanto de la red de transporte (red troncal), como de las redes locales (transporte primario no troncal, transporte secundario y distribución), así como de los peajes de regasificación de gas natural, según lo pretendido por el legislador español (90).

En todos esos casos (transporte, redes locales y regasificación) la circular establece la estructura de los peajes, los criterios de asignación y resto de parámetros necesarios para el cálculo de los peajes.

(87) Reglamento (UE) 2017/460 de la Comisión, de 16 de marzo de 2017, por el que se establece un código de red sobre la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas.

(88) La vigente Directiva 2009/73/CE de mercado gasista se adoptó en 2009 en el citado tercer paquete normativo en materia de energía, sobre el cual se puede consultar a J.E. SORIANO (2009). También acerca del complejo proceso de liberalización, en particular en lo relativo a la actividad de distribución de gas natural y sus mercados conexos, puede leerse a A. ANGULO GARZARO (2019). «La competencia en el sector del gas natural: el mercado regulado de la distribución del gas natural a la luz de la política energética de la Unión Europea». *Revista Vasca de Administración Pública*, 113, págs. 431-454.

(89) En lo relativo a la red troncal, véase el apartado III.1 de este trabajo.

(90) Entre otros, artículo 92 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre: «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobará, mediante resolución que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», los precios de los peajes y cánones de acceso a las instalaciones de transporte, distribución y plantas de gas natural licuado de acuerdo con la metodología y estructura que a estos efectos sea aprobada por dicha Comisión».

Por lo que se refiere a los peajes para plantas de regasificación, la circular permite culminar el sistema de acceso previsto en la Circular 8/2019, al establecer el precio de los nuevos servicios que dicha circular de acceso de la CNMC determina.

VII. Breve recapitulación de los aspectos tratados

El presente trabajo describe en sus aspectos generales el diseño del sistema de gas natural que resulta de las primeras circulares aprobadas por la CNMC, para la regulación de dicho sistema, en cumplimiento del Real Decreto-Ley 1/2019. Las circulares establecen las metodologías sobre el acceso a las instalaciones, su balance y retribución, así como sobre los peajes necesarios para recuperar el coste de los activos regulados.

Los aspectos anteriores están estrechamente conectados. Así, los sujetos autorizados para introducir el gas en el sistema podrán acceder a las instalaciones, esto es, hacer uso de ellas, cumpliendo las obligaciones en materia de balance físico de las instalaciones (es decir, la equivalencia de entradas y salidas de gas cada día), y abonando los peajes o precios necesarios para recuperar el coste resultante de la retribución de tales activos regulados.

Las circulares de la Comisión presentan aspectos novedosos que, más allá de sus pormenores técnicos, se han sintetizado aquí, con énfasis en los problemas de orden jurídico.

La principal novedad del sistema de acceso consiste en lo que aquí se ha llamado «virtualización del sistema». Así, tras la creación de un tanque único de GNL, la circular de acceso considera ubicado todo el gas del sistema en alguna de las tres grandes zonas de balance que a tal efecto se distinguen: el mencionado tanque único, el punto virtual de balance de la red de transporte y el almacenamiento único de gas natural. En todas esas zonas la contratación de capacidad se hará mediante mecanismos de mercado. Ello permitirá, cabe esperar, una mayor eficiencia en el uso de las instalaciones, lo cual debería repercutir positivamente en los precios de gas para el consumidor final.

Por lo que se refiere al balance, la circular hace énfasis en la prevención del fraude. A tal efecto establece dos mecanismos novedosos para evitar situaciones como las que, en el pasado, supusieron un quebranto para el sistema debido a los incumplimientos de ciertos usuarios. Dichos mecanismos son, de un lado, el mantenimiento de un nivel de garantías del usuario ajustado diariamente al nivel de riesgo de su operativa y, de otro lado, para incumplimientos graves, la posibilidad de deshacer operaciones que hayan determinado un elevado nivel de desbalance.

Finalmente, las circulares han atendido estrictamente, en sus aspectos económicos, al principio básico de sostenibilidad del sistema gasista. De este modo, tras el oportuno análisis de costes, las metodologías de retribución de los activos de transporte y de distribución de gas natural han diseñado un sistema cuya aplicación a partir de 2021 determinará la reducción de las retribuciones reguladas. Tal reducción atiende a los estrictos términos del mandato legal de permitir a las empresas recuperar la inversión realizada y obtener el beneficio que razonablemente corresponda a una actividad de bajo riesgo, según el principio de realización de la actividad al menor coste. La metodología de peajes diseñada por la CNMC asigna a grupos homogéneos de consumidores los costes necesarios para recuperar el coste de dicha retribución que se determina, de forma novedosa, para el periodo retributivo de seis años con inicio el 1 de enero de 2021.

VIII. Bibliografía

- ALFONSO RODRÍGUEZ, A. (2009), «Sujetos que actúan en el sistema», en *Temas de Derecho Energético* (P. Sala Atienza, Dir.), Bosch, Barcelona, págs. 339-352.
- ANGULO GARZARO, A. (2019), «La competencia en el sector del gas natural: el mercado regulado de la distribución del gas natural a la luz de la política energética de la Unión Europea», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, págs. 431-454.
- ERIAS REY, A. (2017) «El mercado organizado de gas en España: situación y elementos importantes en su desarrollo», en *Cuaderno de Energía núm. 51*, Club Español de la Energía, págs. 88-110.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2010), *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Marcial Pons, Madrid.
- SORIANO GARCÍA, J.E. (2009). «El mercado interior del gas. Previsiones del tercer paquete comunitario», en *Derecho de la regulación económica, III. Sector Energético, tomo II* (S. Muñoz Machado et al., Dir.), Iustel, Madrid, págs. 1209-1274.
- GUILLEN CARAMÉS, J. (2009), «Marco y régimen de las actividades del sector gasista en la LSH», en *Derecho de la regulación económica, III. Sector Energético, tomo II* (S. Muñoz Machado et al., Dir.), Iustel, Madrid, págs. 1067-1125.
- JOVER, J.M.^a (2020), «La potestad normativa de la CNMC», en *Revista de Administración Pública*, núm. 211, págs. 71-110.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J. (2009), «Separación de actividades», en *Temas de Derecho Energético* (P. Sala Atienza, Dir.), Bosch, Barcelona, págs. 395-419.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a del Pilar (2017), «El acceso de los terceros a las redes gasistas: sujetos, instalaciones y contratos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45.



La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020

The execution of the European recovery funds.
Measures on public procurement introduced
by Spanish Royal Decree Law 36/2020

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha
joseantonio.moreno@uclm.es
ORCID: 0000-0001-5504-6880

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.09>

LABURPENA: Bi gauza aztertzen dira lan honetan: erosketa publikoek zer egin dezaketen ekonomiaren susperraldia bultzatzeko, eta «Next Generation EU» funtsak kudeatzeko eta exekutzeko neurriak. Funts horiek —gogora dezagun— 36/2020 Errege Lege Dekretuaren bidez taxutu ziren, dekretu horrek premiazko neurri batzuk onartu ondoren Administrazio Publikoa modernizatzeko eta Errekuperazio, Eraldaketa eta Erresilientzia Plana gauzatzeko. Arauak kontratazio publikoaren arloan jasotzen dituen berezitasunak aztertuko dira. Ez dira edonoz aplikatzen; ikusi behar da sektore publikoko edozein entitatek zer egiten duen funts europarren bidez finantza daitezkeen proiektuak eta jarduerak kudeatzeko eta exekutzeko, orduan soilik aplika daitezke. Ondorioztatu dugunez, egintza horiek ez dira asko, eta ez dira urrun iristen.

HITZ GAKOAK: Europako funtsak. Kontratazio publikoa. Premia. Prozedura ireki sinplifikatua.

ABSTRACT: The work analyzes the role of public purchases to promote economic reactivation and the measures for the management and execution of the «Next Generation EU» funds adopted through Royal Decree-Law 36/2020, which approves urgent measures to the modernization of the Public Administration and for the execution of the Recovery, Transformation and Resilience Plan. The public procurement specialties included in the standard are the object of study, which will apply only to the actions of any of the public sector entities aimed at the management and implementation of projects and actions that are financed with European funds and that at work it is concluded that they are limited and of little scope.

KEYWORDS: Next Generation EU. Public procurement. Urgency. Simplified open procedure.

RESUMEN: El trabajo analiza el papel de las compras públicas para impulsar la reactivación económica y las medidas para la gestión y ejecución de los fondos «Next Generation EU» adoptadas por medio del Real Decreto-Ley 36/2020, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Son objeto de estudio las especialidades en materia de contratación pública que recoge la norma, que se aplicarán sólo a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiadas con los fondos europeos y que en el trabajo se concluye que son limitadas y de escaso alcance.

PALABRAS CLAVE: Fondos europeos. Contratación pública. Urgencia. Procedimiento abierto simplificado.

Trabajo recibido el 4 de enero de 2021

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Introducción. El papel clave de la contratación pública para la reactivación económica. Los antecedentes con la crisis económica de 2008: el Plan Europeo de Recuperación Económica y los Fondos del Estado español de Inversión Local y Especial para la Dinamización de la Economía y el Empleo.—II. Los Fondos de recuperación «Next Generation EU» y el Plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia. Influencia de la Agenda 2030 de Naciones Unidas.—III. Fundamentación, objetivos y ámbito de aplicación del RD-Ley 36/2020. Las reformas en materia de contratos públicos sólo se aplicarán a las actuaciones para la gestión y ejecución de los fondos europeos.—IV. Excepción de la autorización para contratar.—V. Tramitación urgente de los procedimientos.—VI. Cuantías para la utilización del procedimiento abierto simplificado y supersimplificado.—VII. Ampliación del plazo de vigencia de los contratos energéticos.—VIII. Elaboración de pliegos-tipo de contratación.—IX. Encargos a medios propios.—X. Período de recuperación de la inversión en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.—XI. Ejecución de contratos de concesiones de obras y de servicios a través de sociedades de economía mixta.—XII. Instrucciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.—XIII. Medidas en relación con el recurso especial en materia de contratación.—IX. Bibliografía.

I. Introducción. El papel clave de la contratación pública para la reactivación económica. Los antecedentes con la crisis económica de 2008: el Plan Europeo de Recuperación Económica y los Fondos del Estado español de Inversión Local y Especial para la Dinamización de la Economía y el Empleo

Debido a la importancia política, social y económica de la contratación pública (1), ante un escenario como el actual de gravísima crisis económica, con una caída entre abril y junio de 2020 del 12% de la actividad económica en el eurozona (2) y una variación interanual del producto interior bruto en España de un -21,5% en el segundo trimestre de 2020 y del -8,7% en el tercer trimestre (3), la convocatoria de procedimientos de

(1) Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen más del 19% del Producto Interior Bruto comunitario, es decir, unos 2,3 billones de euros («Fichas temáticas del semestre europeo. Contratación Pública», https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf (fecha de consulta 28 de noviembre de 2020).

(2) Véase la web de Eurostat, <https://ec.europa.eu/eurostat/data/database>, consultada el 20 de diciembre de 2020.

(3) De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística disponibles en <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4214/cntr0320a.pdf>, consultado el 13 de diciembre de 2020.

contratación va a ser decisiva para la reactivación económica, en especial para las pequeñas y medianas empresas (4).

Las compras públicas pueden impulsar esta reactivación, que la Unión Europea plantea que sea digital (5), sostenible, inclusiva e integrada globalmente, como se desprende del Pacto Verde Europeo (6) y del histórico fondo de reactivación económica para paliar los daños de la COVID-19 aprobado por los 27 Estados de la Unión por unanimidad y dotado con 750.000 millones de euros y un marco financiero para 2021-2027 de más de un billón de euros (7).

Como propone el profesor RAZQUIN LIZÁRRAGA «pongámonos manos a la obra de la contratación pública de la post-alarma» (8). En este sentido, acertadamente plantea el profesor GIMENO FELIÚ que resulta imprescindible una nueva cultura de contratación pública «responsable, abierta, innovadora (9), cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo» (10).

En la crisis financiera mundial de 2008 ya se mostró el potencial de la compra pública, especialmente los contratos de obras, para la reactivación de la economía. Así se desprende de las líneas de actuación de la Declaración de la Cumbre sobre Mercados Financieros y Economía Mundial del G-20 celebrada el 15 de noviembre de 2008 en Washington (11), y

(4) MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2020), «La necesaria reactivación de la actividad contractual del sector público durante el estado de alarma», en <http://obcp.es/>, consultado el 6 de junio de 2020.

(5) Conclusiones del Consejo «La configuración del futuro digital de Europa», Doc. prec. 8098/1/20.

(6) Puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo» (COM (2020) 21 final, de 14 de enero de 2020).

(7) https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, consultada el 29 de diciembre de 2020.

(8) RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2020), «La contratación pública post-alarma», en www.obcp.es, consultado el 28 de mayo de 2020.

(9) DE GUERRERO MANSO, C. (2020), «¿Compra pública de innovación en tiempo de COVID-19? La utilización de las consultas preliminares del mercado», en www.obcp.es, consultado el 13 de junio de 2020; y PEIRÓ BAQUEDANO, JARAMILLO VILLACÍS, BUESO GUILLÉN y DE GUERRERO MANSO (2020), «Oportunidades para afrontar el COVID-19 y crisis similares a través de la Compra Pública de Innovación —una perspectiva legal y económica—», en www.obcp.es, consultado el 20 de julio de 2020.

(10) GIMENO FELIÚ, J.M. (2020), «La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas», disponible en <http://www.obcp.es/>, consultado el 18 de junio de 2020.

(11) <http://obela.org/contenido/declaracion-cumbre-mercados-financieros-economia-mundial-del-g20-15-noviembre-2008>, consultada el 26 de diciembre de 2020.

del Plan Europeo de Recuperación Económica, Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 26 de noviembre de 2008 (12).

En España, el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, creó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, que conllevó asimismo la aprobación de créditos extraordinarios por un total de 11.000 millones de euros con cargo al Presupuesto de 2008, de los cuales 8.000 millones correspondieron al primero de estos fondos y los restantes 3.000 millones, al segundo. Ambos fondos se financiaron con deuda pública.

Desde el punto de vista de la contratación pública, la importancia del RD-Ley 9/2008 fue más allá de la financiación de obra pública local y estatal, en la medida en que estableció desde reglas generales sobre clasificación de los contratos a normas especiales sobre tramitación, preparación y adjudicación de los contratos de obras previstos por los fondos (13).

Para la gestión administrativa de los fondos se introdujeron medidas de simplificación como el que la contratación de estas obras se tramitara por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 96 de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre, y con los plazos previstos en el artículo 9.1 del RD-Ley 9/2008, a saber: adjudicación provisional en el plazo máximo de 20 días naturales y elevación a definitiva de la misma en de 5 días hábiles.

Con posterioridad, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-Ley por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre), dando continuidad al Fondo Estatal de Inversión Local, aunque rebajando su cuantía desde los 8.000 a los 5.000 millones de euros.

Ahora bien, la ejecución de los fondos se realizó con falta de planificación y con importantes defectos en los procedimientos de contratación, sobre los que llamó la atención el Tribunal de Cuentas. Así, los Ayuntamientos utilizaron en sus pliegos «criterios de valoración dispares y heterogéneos»; «con carácter general, los PCAP elaborados por los Ayuntamientos no establecieron la utilización de sobres separados en el procedimiento abierto para los criterios evaluables mediante una fórmula y para los criterios que dependían de un juicio de valor, ni determinaron el plazo de inicio de la ejecución de las obras, tal y como recomendaba la Junta de Contratación Administrativa»; «en la mayor parte de los PCAP analizados se puntuaron determinados aspectos que eran considerados como una mejora de la oferta valorada, tales como la calidad y el valor técnico de la obra, la colocación de elementos auxiliares o la reducción de molestias a los usuarios, o

(12) Documento COM 2008, 800 final.

(13) FUEYO BROS, M. (2009), «Especialidades en materia de contratación del Fondo Estatal de Inversión Local», en *Contratación administrativa práctica*, núm. 83, págs. 67 y ss.

se establecieron «otros criterios» como la elaboración de diversos estudios, programas de trabajo o la acreditación de las certificaciones ISO 9001 y ISO 14000, sin que en ningún caso se determinase con claridad y suficiente concreción su valoración y puntuación» (14).

II. Los Fondos de recuperación «Next Generation EU» y el Plan nacional de recuperación, transformación y resiliencia. Influencia de la Agenda 2030 de Naciones Unidas

Los fondos de recuperación conocidos como «Next Generation EU» fueron aprobados por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020 (15).

El Instrumento Europeo de Recuperación implicará para España unos 140.000 millones de euros en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-26 y pretende apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis, así como la adopción de medidas para impulsar la inversión privada, como destaca la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En España, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española va a movilizar cerca de 72.000 millones de euros de los recursos europeos entre los años 2021 y 2023. El Plan recoge las prioridades de los fondos europeos de recuperación, de forma que la inversión «verde» representa más del 37% del total del Plan y la digitalización cerca del 33% (16).

Tanto los fondos de recuperación europeos «Next Generation EU» como el Plan de Recuperación español están inspirados y elaborados teniendo en cuenta la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU.

(14) Informe del Tribunal de Cuentas de 25 de abril de 2013, sobre fiscalización del Fondo Estatal de Inversión Local (<https://www.tcu.es/repositorio/d2d7b924-41f5-4b93-8bb0-0a9f4fc55f83/1982.pdf>, consultado el 27 de diciembre de 2020).

El Tribunal de Cuentas también emitió el Informe de la «Fiscalización de las contrataciones desarrolladas por las entidades locales en relación con las inversiones financiadas por el FEIL, creado por Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre», que fue aprobado por Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas del 26 de septiembre de 2012.

(15) El 10 de noviembre de 2020 se alcanzó un acuerdo entre el Parlamento Europeo y los países de la Unión Europea en el Consejo sobre el próximo presupuesto de la UE a largo plazo y «NextGenerationEU», en https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, consultada el 20 de diciembre de 2020.

(16) El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española está disponible en https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2020.

Así lo reconocen las conclusiones del Consejo «Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente» (17) y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía española, que señala expresamente que «El Plan no parte de cero. Muy al contrario, se inspira y elabora sobre la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU» (pág. 11).

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015(18) y que sustituyó a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, plantea 17 grandes objetivos y 169 metas que abarcan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente.

Entre estos objetivos, el núm. 12, de carácter transversal, plantea garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. En este sentido, quiere fomentar el uso eficiente de los recursos y la energía, la construcción de infraestructuras que no dañen el medio ambiente, la mejora del acceso a los servicios básicos y la creación de empleos ecológicos, justamente remunerados y con buenas condiciones laborales.

Una de las metas a alcanzar en este sentido es «promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales» (meta 12.7).

Se alinean de esta forma los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas con una de las principales novedades de las de la cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratación pública(19), que a su vez se recoge en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador(20): impulsar un uso estratégico de los contratos públicos(21).

(17) DOUE 2020/C 412 I/01, de 30 de noviembre de 2020.

(18) Resolución de Naciones Unidas «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).

(19) GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 39 y ss.

(20) Documento de la Comisión COM 2010, 2020.

(21) Véase VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), «Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos», en *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 349 y ss.; ALONSO GARCÍA, C. (2015), «La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE», en *La Ley Unión Europea*, núm. 26, págs. 5 y ss.; y PERNÁS GARCÍA, J. (2011), *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid y (2012) «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, págs. 299-323.

III. Fundamentación, objetivos y ámbito de aplicación del RD-Ley 36/2020. Las reformas en materia de contratos públicos sólo se aplicarán a las actuaciones para la gestión y ejecución de los fondos europeos

El Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se justifica, como señala la exposición de motivos de la norma desde sus primeros párrafos, en la lucha contra la pandemia de la COVID-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, cuyo drástico impacto económico y social en el conjunto de los países de la Unión Europea, ha motivado «la necesidad de reaccionar de forma rápida y de adoptar medidas urgentes y contundentes con el objetivo de amortiguar el impacto de esta crisis sin precedentes, e impulsar la pronta recuperación económica, sentando las bases del crecimiento de las próximas décadas».

Hay que recordar que la contratación pública se ha visto muy afectada por la normativa adoptada en España durante la vigencia del estado de alarma, sobre todo por lo establecido por los Reales Decretos-Leyes 7, 8, 9, 10, 11, 15, 16 y 17/2020; así como por el Real Decreto 463/2020(22).

El RD-Ley 36/2020 incorpora en su Título IV un conjunto de especialidades en materia de gestión administrativa, dirigido a simplificar y facilitar el desarrollo y ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Entre estas especialidades se encuentran las que afectan a la contratación pública, que recoge el Capítulo III del citado Título, como ámbito del ordenamiento jurídico (junto al presupuestario, los procedimientos de elaboración normativa y la tramitación de los procedimientos administrativos, los convenios administrativos, las subvenciones y algunas técnicas de colaboración público-privada) relevante para garantizar, en palabras de la norma, «la materialización de todas las actuaciones dirigidas a la transformación estructural de la economía española, en el marco de las prioridades determinadas en el Plan de Recuperación de la Unión Europea».

Las reglas sobre contratación pública, como dispone el apartado 2 del artículo 2 del RD-Ley 36/2020, se aplicarán sólo a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiables con los fondos

(22) Puede verse en general sobre estas normas el trabajo del profesor GIMENO FELIÚ, J.M. (2020): «La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87 (monográfico dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 42 y ss.

europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.

De acuerdo con la Disposición adicional tercera del RD-Ley 36/2020, estas especialidades previstas en materia de contratación pública serán aplicables a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del Libro Primero del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Se plantea con estas reformas la agilización de estos procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, de manera que la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia pueda llevarse a cabo de la forma inmediata, para que los efectos previstos sobre la economía española se comiencen a notar lo antes posible.

La nueva regulación, señala la propia norma, «compagina dicha agilidad equilibrándola con fórmulas que permitan el desarrollo adecuado de los irrenunciables controles de legalidad y eficacia de la actuación administrativa, así como con un elevado nivel de garantías para los ciudadanos y los operadores económicos. Todo ello se hace, además, como no podría ser de otro modo, de forma respetuosa con los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea como los de igualdad, no discriminación, concurrencia, competencia efectiva en el mercado, transparencia y publicidad».

Ahora bien, estos ambiciosos objetivos y los controles y límites planteados, sólo muy parcialmente se pueden considerar cumplidos con las medidas previstas en materia de contratación pública, que son limitadas y de poco alcance como será objeto de análisis a continuación, cuando podrían haberse abordado muchas otras (23). De mucha importancia re-

(23) Pueden consultarse las propuestas recogidas en el webinar del Observatorio de Contratación Pública «Retos jurídicos y oportunidades de transformación en la gestión de los fondos Next Generation EU», celebrado el 5 de noviembre de 2020, donde distintos expertos del área de la gestión pública hablaron sobre cómo la Administración debe afrontar los Fondos de Recuperación Europeos. Las principales conclusiones del webinar están publicadas en <https://mailchi.mp/obcp/conoce-las-novedades-sobre-covid-2746848?e=1d623288af>, consultado el 3 de enero de 2020.

También los trabajos de VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2020), «Fondos europeos Covid-19: pautas para la gestión exitosa de las contrataciones públicas maximizando los fondos y evitando las correcciones», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 170; HERNÁNDEZ SALGUERO, E. (2020), «Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa Next Generation. Simplificación sí, pero no solo», en www.obcp.es, consultado el 30 de noviembre de 2020; y LARREA VILLARROYA e IRIBARREN HERNÁIZ, «Ley de Contratos: Plan de desescalada», en www.obcp.es, consultada el 18 de enero de 2021.

sultaría también, como señaló MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «anticiparse, planificar, organizar y reforzar los recursos existentes», como medidas imprescindibles y eficientes para afrontar con acierto la gestión de los fondos europeos (24).

IV. Excepción de la autorización para contratar

Los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia quedan excepcionados del requisito de la autorización para contratar prevista en el artículo 324 de la LCSP.

Este precepto obliga a los órganos de contratación de las entidades del sector público estatal que tengan la consideración de poder adjudicador a recabar la autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el valor estimado del contrato, calculado conforme a lo señalado en el artículo 101 LCSP, sea igual o superior a doce millones de euros.
- b) Cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años.
- c) En los acuerdos marco cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros. Una vez autorizada la celebración de estos acuerdos marco, no será necesaria autorización del Consejo de Ministros para la celebración de los contratos basados en dicho acuerdo marco.

V. Tramitación urgente de los procedimientos

Una de las principales medidas de aceleración de los procedimientos de contratación es la previsión de que en los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia les podrá ser de aplicación la tramitación urgente del expediente prevista en el artículo 119 de la LCSP.

Frente al Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del CO-

(24) «Apuntes para la gestión contractual de los fondos comunitarios de recuperación del MFP», en www.obcp.es, consultado el 18 de noviembre de 2020.

VID-19, que determinó la tramitación de emergencia para la contratación de todo tipo de bienes o servicios que precise la Administración General del Estado para la ejecución de cualesquiera medidas para hacer frente al COVID-19(25), el RD-Ley 36/2020 establece que al licitar los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, los órganos de contratación deberán examinar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación, procediendo aplicar la tramitación urgente del expediente prevista en el artículo 119 de la LCSP. En aquellos casos en los que los órganos de contratación justifiquen el recurso a la tramitación urgente, la norma contempla unas especialidades que podrán ser de aplicación.

De acuerdo con el artículo 119 LCSP, sólo cabrá la tramitación urgente de los expedientes de contratación cuya necesidad sea inaplazable o cuya adjudicación convenga acelerar por razones de interés público.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) 14/2020 considera que una necesidad inaplazable está constituida por una o varias circunstancias, normalmente de índole temporal, que afectan al contrato público en cuestión y que determinan que, si no se emplease la tramitación de urgencia, el contrato no podría adjudicarse o desplegar adecuadamente sus efectos.

Para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (resoluciones 148/2012, 149/12 y 938/2017), la necesidad inaplazable debe identificarse con la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible.

Hay que tener en cuenta que los supuestos que recoge el artículo 119 LCSP son distintos del que prevé el artículo 168.1.b) LCSP, que permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando una imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución que no pueda lograrse mediante la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119.

Pues bien, en aquellos casos en los que los órganos de contratación justifiquen el recurso a la tramitación urgente de los procedimientos de contratación a financiar con fondos procedentes del Plan de Recupera-

(25) Debe destacarse también la Comunicación de la Comisión «Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19», de 1 de abril de 2020 (2020/C 108 I/01). Sobre la misma: GALLEGO CÓRCOLES, I. (2020), «De las orientaciones de la Comisión europea sobre contratación pública en la crisis del covid-19 y de sus implicaciones en el caso español», en <http://www.obcp.es/>, consultado el 8 de noviembre de 2020.

ción, Transformación y Resiliencia, el RD-Ley 36/2020 contempla unas especialidades que podrán ser de aplicación (26):

Así, estos contratos gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación sobre cualquier otro contrato.

Los plazos para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes quedarán reducidos a cinco días naturales, sin que quepa prórroga alguna de este plazo.

Para la tramitación del procedimiento abierto, los plazos fijados podrán reducirse hasta la mitad por exceso, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

(26) La LCSP prevé que los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades:

- a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes. Cuando la complejidad del expediente o cualquier otra causa igualmente justificada impida cumplir el plazo antes indicado, los órganos que deban evacuar el trámite lo pondrán en conocimiento del órgano de contratación que hubiese declarado la urgencia. En tal caso el plazo quedará prorrogado hasta diez días.
- b) Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en la LCSP para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo los siguientes:
 - 1.º El plazo de quince días hábiles establecido en el apartado 3 del artículo 153, como periodo de espera antes de la formalización del contrato.
 - 2.º El plazo de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, que se podrá reducir de conformidad con lo indicado en la letra b) del apartado 3) del artículo 156.
 - 3.º Los plazos de presentación de solicitudes y de proposiciones en los procedimientos restringido y de licitación con negociación en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, que se podrán reducir según lo establecido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 161 y en la letra b) del apartado 1 del artículo 164, según el caso.
 - 4.º Los plazos de presentación de solicitudes en los procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación en contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada, no serán susceptibles de reducirse.
 - 5.º El plazo de 6 días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, para que los servicios dependientes del órgano de contratación faciliten al candidato o licitador la información adicional solicitada, será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido. La reducción anterior no se aplicará a los citados contratos cuando el procedimiento de adjudicación sea uno distinto del abierto o del restringido.
 - 6.º Los plazos establecidos en el artículo 159 respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado, de conformidad con lo señalado en el apartado 5 de dicho artículo.
- c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá exceder de un mes, contado desde la formalización.

Se mantendrán sin cambios los plazos establecidos en el artículo 159 apartados 3 y 4 de la LCSP, respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, de conformidad con lo señalado en el apartado 5 de dicho artículo, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos. Asimismo, en los supuestos en que se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración.

Respecto al plazo establecido en el artículo 159.6 de la LCSP para la presentación de proposiciones, será de un máximo de ocho días naturales. No obstante, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de cinco días naturales.

El RD-Ley 36/2020 prevé también que los plazos fijados para la tramitación del procedimiento restringido y del procedimiento de licitación con negociación podrán reducirse hasta la mitad por exceso; salvo el plazo de presentación de solicitudes, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales, y el de presentación de las proposiciones que en ningún caso será inferior a diez días naturales.

La aplicación de las reducciones de plazos para los procedimientos abierto, restringido y de licitación con negociación a los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada requerirá que en el expediente se incluya la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada, motivación que deberá ser incluida igualmente en el anuncio de licitación. Dichas reducciones de plazos no se aplicarán en la adjudicación de los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación utilizado, no siendo los plazos a que se refieren dichos apartados, en estos contratos, susceptibles de reducción alguna.

VI. Cuantías para la utilización del procedimiento abierto simplificado y supersimplificado

El RD-Ley 36/2020 amplía notablemente los importes para la utilización del procedimiento abierto simplificado ordinario y abreviado o supersimplificado.

La LCSP introdujo como una de sus principales novedades para la agilización de los procedimientos de contratación dos modalidades del procedimiento abierto: simplificada y supersimplificada. Se trata de

unos procedimientos muy ágiles que se caracterizan, además de por una reducción de trámites, por su aplicación a unos umbrales determinados.

Para los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia los órganos de contratación podrán acordar la utilización del procedimiento abierto simplificado ordinario previsto en los apartados 1 a 5 del artículo 159 de la LCSP, en los contratos de obras, suministro y servicios cuando se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que se trate de contratos con valor estimado inferior al umbral establecido por la Comisión Europea para los contratos sujetos a regulación armonizada.
- b) Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o de haberlos su ponderación no supere el veinticinco por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el cuarenta y cinco por ciento del total.

De esta forma, se eleva el límite que con carácter general fija la LCSP —valor estimado igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y valor igual o inferior a 100.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios (aunque con la reforma de la LCSP por la Ley 11/2020, de Presupuestos del Estado para 2021, la cuantía para los contratos de suministros y servicios se ha elevado también a las cuantías de los contratos SARA—, esto es:

- los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a 5.350.000 euros
- los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a las siguientes cantidades:
 - a) 139.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
 - b) 214.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entidades del sector público distintas a la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.
 - c) 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV.

— los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o inferior a las siguientes cantidades:

- a) 139.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral solo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo II.
- b) 214.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior.

En cuanto al procedimiento abierto supersimplificado, el RD-Ley 36/2020 permite que se aplique a los contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros y a los contratos de suministros y servicios de valor estimado inferior a 100.000 € que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

Las cuantías previstas en la LCSP para la utilización de este procedimiento son valor estimado inferior a 80.000 euros en los contratos de obras y valor estimado inferior a 60.000 euros en los contratos de suministros y de servicios (la Ley 11/2020 elevó la cuantía para los contratos de suministros y de servicios de 35.000 a 60.000 euros), excepto aquellos cuyo objeto sean prestaciones de carácter intelectual.

Por lo que refiere a la tramitación del procedimiento simplificado, el Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, modificó la letra d) del art. 159.4 LCSP para permitir la publicidad electrónica del acto de apertura de ofertas, tal y como se prevé en el artículo 157.4 LCSP para los procedimientos abiertos.

En el mismo sentido se había pronunciado la JCCPE en su informe 69/18, de 10 de octubre de 2018, en el que señaló que «*De lege ferenda* esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sugiere reconsiderar el criterio sobre la celebración del acto público en el seno del procedimiento abierto simplificado».

Con posterioridad, el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia modificó la letra f) del art. 159.4 LCSP, para hacer referencia a «la apertura del sobre o archivo electró-

nico»; y también dio una nueva redacción a la citada letra d) del art. 159.4 LCSP 2017, que quedó como sigue:

«d) La oferta se presentará en un único sobre o archivo electrónico en los supuestos en que en el procedimiento no se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En caso contrario, la oferta se presentará en dos sobres o archivos electrónicos.

La apertura de los sobres o archivos electrónicos conteniendo la proposición se hará por el orden que proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 145 en función del método aplicable para valorar los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos. La apertura se hará por la mesa de contratación a la que se refiere el apartado 6 del artículo 326 de la presente Ley».

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que deroga el Real Decreto-Ley 16/2020, en su disposición final 7 recoge la modificación de la LCSP en su art. 159.4, apartados d) y f), que había introducido el Real Decreto-Ley 16/2020.

En cuanto a la tramitación del procedimiento abierto supersimplificado, la LCSP prevé que:

- a) El plazo de presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 10 días hábiles, contados desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, si bien, cuando se trate de bienes corrientes disponibles en el mercado, dicho plazo será de 5 días hábiles.
- b) Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica y profesional.
- c) La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.
- d) La valoración de las ofertas se podrá efectuar mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.

A este respecto, no habrá acto público de apertura de las mismas, y por ello, se garantizará mediante un dispositivo electrónico que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo de presentación de las mismas.

- e) Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios infor-

máticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

- f) No se requerirá la constitución de garantía definitiva.
- g) La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

Ahora bien, para facilitar la utilización del procedimiento abierto simplificado había otra medida importante que se podría haber abordado por el RD-Ley 36/2020, como es la supresión del requisito para los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento de estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECSP) o, cuando proceda, en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia (artículo 159.4.a) LCSP).

El 9 de septiembre de 2018 entró en vigor esta previsión de la LCSP cuya vigencia se demoró 6 meses (disposición transitoria 3.ª y 159.4.a) LCSP).

En la Recomendación de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) de 24 de septiembre de 2018 «a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECSP del artículo 159 de la LCSP 2017», la Junta reconoce que

«al menos en el caso de la Administración General del Estado, se ha producido una circunstancia que está impidiendo en algunos casos que la inscripción en el ROLECSP para poder participar en este tipo de procedimientos se produzca. Tal circunstancia estriba en el ingente número de solicitudes que se han producido en los últimos meses, las cuales no han podido ser atendidas en su integridad hasta el momento presente.

Todas estas solicitudes han supuesto un incremento notable del número de peticiones de inscripciones que se encuentran pendientes de tramitación, produciéndose la peculiaridad de que empresas que han solicitado su inscripción tempestivamente con el fin de participar en procedimientos simplificados, no podrían hacerlo.

La situación descrita puede suponer un notable perjuicio para las entidades del sector público y para los potenciales licitadores de los contratos públicos tramitados a través del procedimiento abierto simplificado».

En esta situación coyuntural, la JCCPE recomienda acudir a las condiciones de acreditación de los requisitos de aptitud para contratar que establece la LCSP con carácter general. De acuerdo con la interpretación de la Junta, no será obligatorio acreditar la inscripción en ROLECSP para participar en un procedimiento simplificado, y los requisitos de capacidad, solvencia y demás podrán ser acreditados por los medios generales.

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña de 28 de noviembre de 2019, señala que la obligación de inscripción en los registros oficiales de empresas licitadoras que se establece en el art. 159.4 LCSP 2017, con el fin de participar en un procedimiento abierto simplificado, no resulta exigible para participar en un procedimiento supersimplificado del art. 159.6.

Entiende la JCCA que el procedimiento abierto simplificado abreviado se caracteriza por tener una tramitación más breve, en el que además se suavizan las exigencias legales previstas para el procedimiento abierto simplificado. Sin embargo, nada se dice en cuanto a la obligación de las empresas licitadoras que quieran participar en este procedimiento abreviado de estar inscritas en el correspondiente registro oficial. Esto podría interpretarse en el sentido de entenderse como una obligación tácita la inscripción. No obstante, la Junta considera que no puede llegarse a esta conclusión ya que, si el procedimiento exige del cumplimiento de otras exigencias formales para agilizar el procedimiento, también debe ser considerada dispensada la obligación de inscripción.

VII. Ampliación del plazo de vigencia de los contratos energéticos

EL RD-Ley 36/2020 permite que, de forma excepcional, en los contratos de suministro y de servicios de carácter energético se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el artículo 29.4 de la LCSP, con un máximo de diez años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

El apartado 1 del artículo 29 de la LCSP prevé que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus

características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la Ley.

VIII. Elaboración de pliegos-tipo de contratación

Otra medida importante para la homogeneización y agilización de los procesos de contratación por parte de los diferentes centros gestores, es la previsión del RD-Ley 36/2020 de que se promueva la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas, correspondientes a los contratos a celebrar para la gestión de los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente.

En este sentido, pueden tenerse en cuenta el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable, aprobado por el Consejo de Ministros del 12 de abril de 2019 (Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo); el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (Orden PCI/86/2019, de 31 de enero); y los trabajos también en el ámbito estatal de las Comisiones Interministeriales para la incorporación de criterios ecológicos y sociales en la contratación pública (27).

El Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la LCSP 2017 tiene como objetivo primordial, como señala su apartado 5, impulsar la contratación pública estratégica socialmente responsable, fomentando el uso por parte de los órganos de contratación de todas las medidas que prevé la LCSP 2017 en esta materia; tanto en la redacción de los pliegos, como en la sustanciación del procedimiento de licitación, como en la fase de ejecución del contrato correspondiente.

A través de la contratación pública socialmente responsable o la contratación pública estratégica de carácter social, las autoridades públicas pueden promover «oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas.

(27) Estas Comisiones fueron creadas por medio del Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, y del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, respectivamente.

Estas actuaciones permiten influir en el mercado e incentivar a las empresas a desarrollar una gestión socialmente responsable, por una parte de manera directa mediante los bienes y servicios concretos que se adquieren, e, igualmente, por vía indirecta a través del ejemplo de las Administraciones públicas. Todo ello permite impulsar el avance progresivo de la sociedad por la senda del desarrollo sostenible e integrador» (28).

Se pueden encontrar orientaciones y ejemplos de distintas cláusulas sociales y ambientales y referidas a las PYMES en la Guía para acceso de las PYMES a la contratación pública de la Secretaría General de Industria y PYME y la Alcaldía de Valladolid: el Marco Estratégico en Política Pyme 2030 Pequeña y Mediana Empresa, aprobado por el Consejo de Ministros del 12 de abril de 2019; la Instrucción del Ayuntamiento de Valladolid 1/2018, para impulsar la contratación socialmente eficiente: estratégica, íntegra y sostenible; y la Guía de contratación pública municipal para pymes, autónomos, y entidades del tercer sector, del Ayuntamiento de Madrid de 25 de mayo de 2018.

En el ámbito de la Unión Europea pueden destacarse Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital», 10 de marzo de 2020, COM (2020) 103 final y la «Guía de buenas prácticas en contratación pública socialmente responsable» (Comisión Europea, Oficina Publicaciones UE, Luxemburgo, junio 2020 (29)), que recoge 71 ejemplos de buenas prácticas, entre ellas varias de Administraciones públicas españolas.

Asimismo, el artículo 54.2 del RD-Ley 36/2020 prevé que el Ministerio de Hacienda podrá suscribir acuerdos marco que fijen las condiciones a las que ha de ajustarse la contratación de los diferentes ministerios y organismos de la Administración General del Estado, en el ámbito de la asistencia técnica, la consultoría y la auditoría.

IX. Encargos a medios propios

Se facilita en el RD-Ley 36/2020 que se pueda acudir a los medios propios para ejecutar los fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Prevé así la norma que los poderes adjudicadores y las entidades contratantes podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones

(28) Apartado 3 de la exposición de motivos del Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

(29) Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/e8cf51d0-f632-11ea-991b-01aa75ed71a1>, consultado el 1 de enero de 2021.

propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de un medio propio en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, previo encargo a éste, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la LCSP, o al artículo 25 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, según proceda, no siendo exigible en estos casos la autorización del Consejo de Ministros previa a la suscripción de un encargo prevista en el artículo 32.6.c) de la LCSP.

La Ley 11/2020, de 30 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 modifica los artículos 32 y 33 de la LCSP por medio de su disposición final 40. De esta forma se suprime el último párrafo de la letra b) del apartado 2 y el último párrafo de la letra b) del apartado 4 del artículo 32 así como el último párrafo de la letra c) del apartado segundo del artículo 33 LCSP, referidos todos ellos a la obligación de que el cumplimiento efectivo del requisito de que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo, debería quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

Se elimina por tanto esta obligación de reflejo en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y el que fuera objeto de verificación por el auditor de cuentas.

Por otra parte, se suprime del artículo 32 LCSP su apartado 5, que establecía que «el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución».

En relación con los medios propios, la Ley 11/2020, en su disposición final 34, modifica la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dando nueva redacción al artículo 86, que sin embargo de manera inexplicable en su apartado 1 sigue haciendo referencia al ya derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

X. Período de recuperación de la inversión en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios

Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, tal y como establece el apartado 6 del artículo 29 de la LCSP, tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290 LCSP.

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

Pues bien, el RD-Ley 36/2020 prevé en su artículo 56 que en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la LCSP, será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos.

El instrumento de deuda y el diferencial anteriores que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden de la Ministra de Hacienda previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

XI. Ejecución de contratos de concesiones de obras y de servicios a través de sociedades de economía mixta

Una de las últimas previsiones incluidas en la tramitación administrativa del RD-Ley 36/2020 fue la adaptación de la actual regulación de la empresa de economía mixta que contempla la LCSP a las colaboraciones público-privadas que el Plan de Recuperación impulsa que se desarrollen(30). En este sentido, la norma facilita la agilización y flexibilización del procedimiento de selección del socio de la futura empresa de economía mixta.

Debe tenerse en cuenta que la disposición adicional 22 de la LCSP recoge la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta y permite que las concesiones de obras y de servicios puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la propia LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

(30) <https://elpais.com/economia/2020-12-20/el-gobierno-se-apoya-en-la-gran-empresa-para-gastar-los-fondos-europeos.html>, consultada el 30 de diciembre de 2020.

El antecedente de esta previsión de la LCSP lo podemos encontrar en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que dedicó una importante atención a la colaboración público-privada(31) y recogió la colaboración público-privada institucionalizada al añadir una disposición adicional 35 a la LCSP 2007 (disposición adicional 29 TRLCSP 2011) relativa al régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, indicando que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurre capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado(32).

Esta normativa tiene en cuenta la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al respecto, que ha destacado la inaplicabilidad de la doctrina de los contratos «in house» a los supuestos de adjudicación de contratos a sociedades de economía mixta y también que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa vulneraría los principios de igualdad de trato y libre competencia(33).

La sentencia TJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, señala así que «la participación aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios». Y añade el alto Tribunal europeo en sus fundamentos jurídicos 50 y siguientes:

«A este respecto, es necesario señalar en primer lugar que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos

(31) La Ley 2/2011 modificó el artículo 11 de la LCSP 2007 —artículo 11 TRLCSP 2011— para aclarar que podían celebrar el contrato de colaboración público-privada las Entidades Públicas Empresariales y se dio nueva redacción al trámite de evaluación previa que exigía el artículo 118 de la LCSP 2007 —artículo 134 TRLCSP 2011—.

(32) ESTÉVEZ MARTÍN, A.E. (2011), «La colaboración público-privada de tipo institucionalizado como fórmula para la adjudicación de contratos públicos: su incorporación a la LCSP a través de la Ley de Economía Sostenible», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, pág. 46.

(33) GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011), «La gestión de servicios públicos locales mediante sociedades de economía mixta», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 107, págs. 48 y ss.

de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (...). Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva».

Pues bien, el artículo 69 del RD-Ley 36/2020 contempla por su parte que la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando esté sujeto a regulación armonizada en el sentido definido por la LCSP o sujeto al Real Decreto-Ley 3/2020 (que regula la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales)(34), relativo a un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española, podrá adjudicarse directamente a una sociedad de

(34) El Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes, incorporó al Derecho español la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La Disposición derogatoria única del RD-Ley 3/2020 deroga la Ley 31/2007, de 3 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporaron al ordenamiento jurídico español las Directivas 2004/17/CE, 92/13/CEE y 2007/66/CE.

El Estado español tenía la obligación de transponer al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2014/25 hasta el 16 de abril de 2016, el mismo plazo del que disponía para la incorporación de las Directivas 2014/23 y 24 y que incumplió al aprobar la LCSP 2017 en noviembre de 2017 y al disponer su entrada en vigor en marzo de 2018. La falta de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea ha sido todavía mucho mayor con la incorporación de la Directiva sobre contratos públicos en los denominados sectores especiales.

economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado; siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP o en el Libro I del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, según proceda en cada caso, para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.
- b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Por otra parte, la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando no esté sujeto a regulación armonizada o de un contrato que tenga por objeto una actividad sujeta al Real Decreto-Ley 3/2020 pero que conforme a la disposición adicional 8 de la LCSP deba sujetarse a esta última Ley por no superar los umbrales correspondientes (35), cuando dicho contrato tenga por objeto el desarrollo de un proyecto enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española, podrá adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado; siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:

- a) Que la selección del socio privado por una entidad del sector público que no tenga la consideración de Administración pública, se haya efectuado de conformidad con un procedimiento que se sujete a las reglas que establece el artículo 321.2 letra b) de la LCSP, con las especialidades que se indican en el apartado siguiente de este artículo.
- b) Que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Cuando la elección del socio privado deba hacerse por una Administración pública, resultará de aplicación el apartado anterior; si bien dicha selección se hará en todo caso de conformidad con los procedimientos que contempla la LCSP.

(35) La disposición adicional 8 de la LCSP establece que la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la LCSP, resultando de aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.

El apartado 3 del artículo 69 del RD-Ley 36/2020 prevé que cuando de conformidad con lo anteriormente señalado resulte de aplicación el procedimiento establecido en el artículo 321.2 letra b) de la LCSP, deberán observarse las siguientes especialidades:

- a) La documentación de la licitación a que se refiere el artículo 321.2, letra b), punto 1.º de la LCSP deberá incluir al menos: la información relativa y el pliego del contrato que se ha de adjudicar a la futura sociedad de economía mixta y los estatutos de dicha entidad; en su caso, el pacto de accionistas y todos los demás elementos por lo que se regirá la relación interpartes.
- b) Cuando la entidad contratante tenga la necesidad de que, por motivos concretos, algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus términos concretos de aplicación, en la documentación a que se refiere la letra a) anterior, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio.
- c) El anuncio de licitación incluirá información sobre la duración prevista del contrato que la sociedad de economía mixta haya de ejecutar, así como de sus posibles prórrogas y modificaciones.

La modificación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se adjudiquen directamente con arreglo a lo previsto en el artículo 69 del RD-Ley 36/2020, se sujetará a lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP o en los artículos 109 a 112 del Real Decreto-Ley 3/2020, según proceda, todos ellos relativos a la modificación de los contratos.

En el caso de que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como contratista a otros contratos distintos de los referidos en los apartados 1 y 2 del artículo 70 del RD-Ley, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la LCSP o en el Real Decreto-Ley 3/2020, según proceda en cada caso.

En cuanto a los medios de financiación de las sociedades de economía mixta, el RD-Ley 36/2020 prevé que, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

También permite la norma titular los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le en-

comiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

XII. Instrucciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

De acuerdo con el artículo 57 del RD-Ley 36/2020, corresponderá a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado resolver las dudas que se puedan plantear sobre la interpretación de las normas sobre contratación pública del citado RD-Ley. Asimismo, se habilita a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para dictar las Instrucciones que resulten necesarias para coordinar la aplicación de las disposiciones anteriores a fin de la correcta tramitación de los contratos financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, las cuales serán obligatorias para todos los órganos de contratación del sector público estatal.

Pero hay que tener en cuenta también que, de acuerdo con la letra d) del apartado 7 artículo 332 LCSP, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación:

«podrá aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado».

XIII. Medidas en relación con el recurso especial en materia de contratación

En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 LCSP, y siempre que los procedimientos de selección del con-

tratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica, prevé el RD-Ley 36/2020 que:

- a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la LCSP.
- b) El órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de cinco días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad establecidas en la LCSP y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática.

Como ha destacado la profesora GALLEGO CÓRCOLES (36), los plazos suspensivos impuestos por la Directiva 2007/66/CE son uno de los aspectos decisivos para el buen funcionamiento del sistema de recursos en la contratación pública (37).

Por otra parte, la disposición final quinta del RD-Ley 36/2020 modifica el apartado 1 del artículo 45 de la LCSP, de forma que se amplía el número mínimo de vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, para pasar de estar compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales, a estarlo por un Presidente y un mínimo de cinco vocales, número que podrá incrementarse mediante Real Decreto «cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera».

Se añade también en el citado precepto de la LCSP que «el Tribunal estará dividido en un mínimo de dos Secciones, que estarán presididas por el propio Presidente del Tribunal, quien podrá delegar el ejercicio de la función en uno de los vocales que integren la Sección, y formadas por uno o más vocales y el Secretario General», y que «el Presidente fijará mediante acuerdo el reparto de atribuciones entre las Secciones y el Pleno, así como la distribución de asuntos entre las Secciones».

Hay que recordar que el Consejo General del Poder Judicial acordó, en la reunión de su Comisión Permanente celebrada el día 2 de abril de

(36) «Recurso especial, plazos y simplificación administrativa», en <http://www.obcp.es/>, consultado el 1 de febrero de 2021.

(37) VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., «Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración», en AA.VV., *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016, págs. 303 y ss.

2020, aprobar el documento «Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma». Se pusieron en funcionamiento varios grupos de trabajo para la elaboración de los distintos elementos del Plan de Choque, coordinados en cada caso por un Vocal del CGPJ y siempre bajo la supervisión del Presidente.

El Primer Documento de Trabajo contenía la propuesta de un total de 108 medidas de carácter organizativo y procesal, tanto de carácter general como específicas para los distintos órdenes jurisdiccionales; mientras que el Segundo Documento de Trabajo recoge 115 propuestas (38).

Entre estas medidas, la núm. 5.13 propone añadir una nueva disposición adicional 56.^a a la LCSP 2017 para ampliar el recurso especial en materia de contratación pública para que resuelvan las cuestiones derivadas de la crisis COVID-19 relativas a reclamaciones por incidencias en la ejecución de los contratos públicos, ante los numerosos recursos previsibles derivados de lo establecido por los Reales Decretos Leyes 8 y 11/2020. La medida pretende aportar vías de solución previa al contencioso-administrativo que permitan, en la medida de lo posible, una solución extrajudicial de los conflictos en esta materia.

Los Informes sobre la Justicia Administrativa del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa correspondientes a los años 2019 (39) y 2020 (40) (dir. DÍEZ SASTRE, S. y coord. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., CIJA-UAM, Madrid), ponen de manifiesto el importante incremento del número de nuevos asuntos en todos los órganos de recursos contractuales y que los informes relacionan con una importante variación de los datos en torno a la tasa de resolución y la tasa de congestión de los tribunales. Aunque las razones de esta subida pueden ser múltiples, los Informes consideran probable atribuir un importante peso a la reducción de los umbrales económicos que permiten acceder al recurso operada por la LCSP de 2017. También destacan lo preocupante de que este aumento de actividad no se acompañe de más medios, que permitan a los tribunales mantener su eficacia y rapidez.

(38) La Comisión Permanente del CGPJ de 7 de mayo de 2020 tomó conocimiento de este Segundo Documento y acordó dar traslado del resultado final al Ministerio de Justicia, los presidentes de la Audiencia Nacional y de los TSJ, las asociaciones judiciales, el Consejo General de la Abogacía, el Consejo General de Procuradores de España y el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-del-CGPJ-toma-conocimiento-del-documento-de-trabajo-definitivo-de-medidas-organizativas-y-procesales-del-plan-de-choque-para-la-Administracion-de-Justicia-tras-el-estado-de-alarma>, consultada el 3 de enero de 2021.

(39) Disponible en https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2019/07/Informe_CIJA_2019_FINAL_Web.pdf, consultado el 4 de enero de 2021.

(40) Disponible en https://cija-uam.org/wp-content/uploads/2020/09/Informe_CIJA_2020_WEB_2.pdf, consultado el 4 de enero de 2021.

IX. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, C. (2015), «La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE», en *La Ley Unión Europea*, núm. 26.
- DE GUERRERO MANSO, C. (2020), «¿Compra pública de innovación en tiempo de COVID-19? La utilización de las consultas preliminares del mercado», en www.obcp.es, consultado el 13 de junio de 2020
- DÍEZ SASTRE, S., dir., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., coord., (2019), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM, Madrid.
- DÍEZ SASTRE, S., dir., y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., coord., (2020), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020*, Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa-UAM, Madrid.
- ESTÉVEZ MARTÍN, A.E. (2011), «La colaboración público-privada de tipo institucionalizado como fórmula para la adjudicación de contratos públicos: su incorporación a la LCSP a través de la Ley de Economía Sostenible», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110.
- FUEYO BROS, M. (2009), «Especialidades en materia de contratación del Fondo Estatal de Inversión Local», en *Contratación administrativa práctica*, núm. 83.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011), «La gestión de servicios públicos locales mediante sociedades de economía mixta», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 107.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2020), «De las orientaciones de la Comisión europea sobre contratación pública en la crisis del COVID-19 y de sus implicaciones en el caso español», en <http://www.obcp.es/>, consultado el 8 de noviembre de 2020.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Recurso especial, plazos y simplificación administrativa», en <http://www.obcp.es/>, consultado el 1 de febrero de 2021.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87 (monográfico dedicado a: Coronavirus y otros problemas).
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2020), «La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas», disponible en <http://www.obcp.es/>, consultado el 18 de junio de 2020.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2020), «Reflexiones sobre la nueva vuelta de tuerca a la compra pública derivada de las exigencias del programa Next Generation. Simplificación sí, pero no solo», en www.obcp.es, consultado el 30 de noviembre de 2020.

- LARREA VILLARROYA e IRIBARREN HERNÁIZ, «Ley de Contratos: Plan de desescalada», en www.obcp.es, consultada el 18 de enero de 2021.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Apuntes para la gestión contractual de los fondos comunitarios de recuperación del MFP», en www.obcp.es, consultado el 18 de noviembre de 2020.
- MARTÍNEZ FERNANDEZ, J.M. (2020), «La necesaria reactivación de la actividad contractual del sector público durante el estado de alarma», en <http://obcp.es/opiniones/la-necesaria-reactivacion-de-la-actividad-contractual-del-sector-publico-durante-el>, consultado el 6 de junio de 2020.
- PEIRÓ BAQUEDANO, JARAMILLO VILLACÍS, BUESO GUILLÉN y DE GUERRERO MANSO (2020), «Oportunidades para afrontar el COVID-19 y crisis similares a través de la Compra Pública de Innovación —una perspectiva legal y económica—», en www.obcp.es, consultado el 20 de julio de 2020.
- PERNÁS GARCÍA, J. (2011), *Contratación Pública Verde, La Ley*, Madrid.
- PERNÁS GARCÍA, J. (2012), «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2020), «La contratación pública post-alarma», en www.obcp.es, consultado el 28 de mayo de 2020.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), «Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos», en *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VALCARCEL FERNÁNDEZ, P., «Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración», en AA.VV., *Las vías administrativas de recurso a debate*, INAP, Madrid, 2016.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J. (2020), «Fondos europeos Covid-19: pautas para la gestión exitosa de las contrataciones públicas maximizando los fondos y evitando las correcciones», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 170.



Sociedad pública local: el gobierno corporativo como instrumento para la recuperación de una reputación cuestionada

Local public company: Corporate Governance as an instrument for the recovery of a questioned reputation

ALEJANDRO SERRANO ROMERA

Universidad de Granada / Ayuntamiento de Málaga
asromera@correo.ugr.es / asromera@malaga.eu
ORCID: 0000-0003-3720-187X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.10>

LABURPENA: Artikulu honen bidez, sozietateen gobernu korporatiboa delakoa aplikatzeak —zuzenbide pribatuaren korrantea da berez— zuzenbide publikoaren esparruan ekar ditzakeen aukera eta eragozpenetako batzuk helarazi nahi dizkiogu komunitate akademikoari, batez ere tokiko sozietate publikoari dagokionez. Tresna eraginkorra izango da irudia txukuntzeko —azken urteotan kaltetuxea geratu baitzaio— eta alferrik ez dagoela justifikatzeko zilegitasun berriz. Funtsezkoa da behaketa, arauen eta jurisprudentiaren azterketa, bai eta jarduera zer testuinguru sozioekonomikotan garatzen duten ikustea, ea horrela proposamen baliagarriak lortzen ditugun horrelako sozietateak inplementatzeko.

HITZ GAKOAK: Sektore publikoa. Sozietateen kudeaketa. Gobernu korporatiboa. Gizarte-erantzukizuna. Gobernu ona.

ABSTRACT: With this article we intend to convey to the academic community some of the possibilities and disadvantages that the application of the so-called corporate governance of companies, a genuine current of private law, offers in the field of public law, especially in its consideration of the local public society, thus as constituting an effective instrument to repair the damaged image offered during the last years and to justify with renewed legitimacy the need for its own existence. Observation, regulatory and jurisprudential analysis, as well as the socio-economic context in which this type of society operates, will be fundamental in order to obtain useful proposals for their possible implementation.

KEYWORDS: Public sector. Company management. Corporate governance. Social responsibility. Good governance.

RESUMEN: Con este artículo pretendemos trasladar a la comunidad académica algunas de las posibilidades e inconvenientes que la aplicación del conocido

como gobierno corporativo de las sociedades, corriente genuina del Derecho privado, puede ofrecer en el campo del Derecho público, especialmente en su consideración a la sociedad pública local, constituyendo de este modo un instrumento eficaz para reparar la dañada imagen ofrecida durante los últimos años y justificar con renovada legitimidad la necesidad de su propia existencia. La observación, el análisis normativo y jurisprudencial, así como el contexto socioeconómico donde desarrollan su actividad este tipo de sociedades resultarán fundamentales para obtener propuestas útiles de cara a su posible implementación.

PALABRAS CLAVE: Sector público. Gestión de sociedades. Gobierno corporativo. Responsabilidad social. Buen gobierno.

Trabajo recibido el 21 de diciembre de 2020
Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de enero de 2021

Sumario: I. Presentación.—II. ¿Qué se entiende por gobierno corporativo? 1. La evolución conceptual del gobierno corporativo. 2. El gobierno corporativo en España.—III. Problemas en la gestión de la sociedad pública local. 1. Situación. 2. Causas que demandan un buen gobierno. 3. Otros problemas de crucial importancia. A) Distinción entre propiedad y dirección societaria. B) Sistema decisorio. C) Predominancia política en la labor gestora.—IV. Organización corporativa. 1. Junta General. 2. Consejo de Administración. 3. Otros órganos importantes para el gobierno corporativo.—V. Caracterización del control público local.—VI. La responsabilidad social corporativa.—VII. Bibliografía.

I. Presentación

La corriente del gobierno corporativo(1) constituye una de las teorías jurídicas más influyentes de la historia reciente dentro del Derecho de sociedades. Su éxito en el campo del Derecho privado no ha dejado lugar a dudas respecto a la utilidad de sus recomendaciones y propósitos sustanciales durante las últimas décadas.

Esta realidad incontestable ha venido siendo un patrimonio, casi exclusivo, de ese Derecho privado de sociedades. Partiendo de esa realidad, en este artículo trataremos de recoger de manera sucinta la experiencia que, a resultas de la investigación doctoral realizada al efecto(2), ha supuesto trasladar algunos de aquellos instrumentos del gobierno corporativo propios del Derecho privado al rígido escenario de las sociedades públicas (que no de Derecho público), dedicando una especial consideración a la sociedad pública del ámbito local por ser ésta una de las figuras cuya misma existencia se encuentra ciertamente cuestionada.

Como podrá intuirse ya desde el inicio, los paralelismos y las aplicaciones que una metodología dirigida fundamentalmente al sector privado societario en su pretendida homologación al ámbito de la sociedad pública no siempre será de fácil encaje ni, en ocasiones, factible, habida cuenta de la naturaleza tan dinámica y versátil que caracteriza a aquél. Es más, en ocasiones será susceptible de provocar fricciones o elementos de confrontación entre dos campos del ordenamiento jurídico que tradicionalmente se han contemplado de manera contrapuesta y sin posibilidad de interrelación (Derecho privado vs. Derecho público), pues, no en

(1) También denominado *Corporate Governance* si somos congruentes con su origen anglosajón.

(2) Este trabajo forma parte de la tesis doctoral denominada «Medidas de gobierno corporativo en la sociedad pública local: análisis actual y perspectivas de aplicación», codirigida por el Dr. Estanislao Arana García y el Dr. Francisco Javier Maldonado Molina y que fue defendida en Granada el 18 de septiembre de 2020. La misma se encuentra disponible para su consulta en la siguiente URI: <http://hdl.handle.net/10481/63637>

vano, el gobierno corporativo público y el privado no pueden homologarse *ad initio* sin una adecuada hermenéutica jurídica si se considera el condicionamiento originario que el conjunto de normas de Derecho administrativo producen sobre la sociedad pública local.

Así las cosas, en este trabajo veremos qué es el gobierno corporativo tal y como aparece reconocido por los estándares actuales y cómo se concibe en nuestro sistema jurídico para, a continuación, poner de manifiesto algunos de los principales problemas que arroja la gestión ordinaria de las sociedades públicas locales dada su peculiar configuración que viene determinada por la normativa básica de régimen local y demás marco normativo que resulta de aplicación.

Una vez realizada esa primera exposición, abordaremos el análisis independiente de los diferentes órganos de gobierno de la sociedad local como principales destinatarios de las medidas de gobierno corporativo junto con una mención obligada a otros actores que resultan de importancia a este respecto.

Fuera de los aspectos orgánicos recién citados, la posible aplicación del gobierno corporativo también va a desplegar eficacia a través de los sistemas de control a los que se ven sometidas las sociedades locales, así como a través de los conocidos programas de cumplimiento normativo y de transparencia.

Como última parte de este conciso barrido sobre el gobierno corporativo aplicado a la sociedad pública local haremos mención a la influencia que la citada corriente ha supuesto para el impulso de la responsabilidad social corporativa en el espacio de las sociedades públicas, materia ésta de amplio desarrollo dentro del sector privado.

Por tanto, el estudio que aquí se presenta, de un modo evidentemente aproximativo, pretende dar a conocer el vasto campo de posibilidades, tanto organizativas como de gestión, que las sociedades públicas locales pueden adoptar de la mano de las recomendaciones, directrices, estructuras y procedimientos que constituyen, todos ellos, la corriente del gobierno corporativo; corriente o teoría que comienza a formar parte viva de nuestro ordenamiento jurídico fruto de su incorporación progresiva al marco normativo regulador de la figura societaria dentro de nuestro país pero también fuera de él.

II. ¿Qué se entiende por gobierno corporativo?

1. La evolución conceptual del gobierno corporativo

Hablar de gobierno corporativo como de un concepto cerrado es, por lo pronto, una afirmación ciertamente pretenciosa pues existen tantas de-

finiciones del mismo como países en el mundo se han preocupado de tratar de incorporarlo a su sistema normativo y al marco de sus relaciones de mercado(3). Se trata, como veremos, de un concepto vivo y en constante evolución que es capaz de fluctuar y modularse en función del aspecto o el ámbito concreto al que se encuentre referido o contextualizado en cada momento.

No obstante, sí que resulta evidente tanto en su origen como en su evolución posterior que nos encontramos ante una construcción que tiene como destinatario preferencial el mundo de las empresas(4) y donde conceptos como ética, control, eficiencia y responsabilidad comienzan a circundar sus estructuras de gobierno y administración. Y es que de la multitud de definiciones que del gobierno corporativo se han dado a lo largo de su condensada existencia(5) pueden extraerse una serie de rasgos comunes a todas ellas como pueden ser, por citar algunos, el especial interés por la tutela de los diferentes actores implicados en las relaciones empresariales, tratando de observar y mejorar las estructuras internas para que dichas relaciones sean fluidas y transparentes y de este modo puedan alcanzarse, en definitiva, los objetivos propuestos de una manera eficaz, sin dejar de lado y de forma simultánea la responsabilidad y el trasfondo social que cualquier actividad de empresa lleva aparejada.

En definitiva, es posible entrever que cualquier práctica o política de gobierno corporativo va a tener como finalidad última una aspiración inescindible de mejorar(6). Esta última característica nos va a resultar fundamental para acotar lo que debe entenderse hoy día por gobierno corporativo, pues debe recordarse que este concepto, como tal, ya existía con anterioridad dentro del mundo societario en referencia a una acep-

(3) Véase en Instituto Europeo de Gobierno Corporativo (Sección códigos). <https://ecgi.global/content/codes> (Consultado: 11/11/2020).

(4) Sin contradecir lo dicho, la realidad de un mundo crecientemente globalizado e interconectado permite también entrever propuestas normativas que resultan asimismo útiles para otros operadores jurídicos diferentes del sector donde se ha originado dicha corriente (tales como gobiernos o sistemas económicos). Así, MATEU DE ROS, R., «Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales. La aplicación de los principios de Buen Gobierno Corporativo a las Sociedades Mercantiles Estatales y otras Entidades Públicas», en *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2010, págs. 10-11.

(5) OCDE «OECD Principles of Corporate Governance. 2004 Edition»; Informe CADBURY, Sir A., prólogo a «Corporate Governance and Development», Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus 1, 2003; *Private Sector Corporate Governance Trust*, «Directrices para el Buen Gobierno Corporativo en las Empresas Estatales», Kenia, 2002. Véase, para mayor conocimiento, la recopilación que, en este sentido, se comprende en FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M.A. *et al.*, «El gobierno corporativo como motor de la responsabilidad social corporativa», en *Colección Economía y Gestión*, núm. 8, Edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I, 2010, págs. 21-23.

(6) Mejorar las relaciones, mejorar las estructuras sociales, una mejora de la productividad, de la eficacia, de la prosperidad y, en fin, una mejora de todo aquél aspecto de la actividad societaria que sea susceptible de contribuir al progreso conjunto.

ción mucho más limitada que aludía a la estructura de gobierno de una sociedad en unión al conjunto de directrices que guiaban su funcionamiento básico.

Como decimos, actualmente, esa acepción ha evolucionado de forma extraordinaria y enmarcada en ese contexto socio-político que ha venido caracterizado por las profundas crisis económicas padecidas por las economías mundiales en las últimas décadas(7), aquel tradicional gobierno corporativo, tan reprobado, se convierte actualmente en esa corriente —o teoría— que va a englobar el conjunto de prácticas, recomendaciones, hábitos e incluso obligaciones normativas dirigidas a la mejora de la conducta empresarial *lato sensu*. Es por ello que resulta más ajustado a su realidad conceptual el realizar una referencia al llamado «buen» gobierno corporativo cuando nos queremos referir a su significado vigente. Sobre esta provechosa cualidad acertadamente señala MATEU DE ROS que «el Buen Gobierno se mueve entre la identificación y el reconocimiento de los estándares de conducta organizativa societaria cuyo éxito ha sido comprobado en la praxis y la identificación de nuevas líneas de gestión que en principio son capaces de potenciar la transparencia y la eficacia de las organizaciones empresariales» (8).

Aglutinando, a modo de anticipo, todas las cualidades y bondades que un buen gobierno corporativo pudiera ofrecer a los poderes públicos para su utilización en el marco de las sociedades públicas podríamos afirmar que con la expresión «gobierno corporativo» estamos haciendo referencia, en definitiva, a ese conjunto de instrumentos, regulaciones y estructuras aplicadas a estas entidades (las sociedades públicas), que son ampliamente admitidas y de las cuales se va a valer el poder público de una manera legítima con el ánimo declarado de obtener, tanto una mejora de la eficiencia en su gestión como una democratización progresiva de su funcionamiento, simultáneamente comprometida con la gestión de los intereses generales, los cuales, por la propia naturaleza pública del ente, aparecen representados en el objeto social de este tipo de personificaciones.

2. El gobierno corporativo en España

Para hablar del gobierno corporativo en nuestro país ciertamente tenemos que hacer cierta referencia a su origen primigenio. En este sen-

(7) Donde algunas de las grandes empresas han personificado la cabeza visible de un cúmulo ingente de irresponsabilidades institucionales y de deficiente funcionamiento en la dirección societaria.

(8) *Vid.* MATEU DE ROS, R., «Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...», *op. cit.*, págs. 5-6.

tido, puede aseverarse que el germen de lo que se denominó como *corporate governance* surgió geográficamente al otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos de América, donde, desde mediados de los años setenta comienzan a salir a la luz enormes escándalos protagonizados por las grandes compañías americanas (como los casos *Penn Central* o *Enron*). Del mismo modo, corrupciones políticas como la destapada tras el caso *Watergate* (donde políticos nacionales y extranjeros fueron objeto de sobornos y corruptelas varias) constituyeron el detonante definitivo para el replanteamiento de la gobernanza societaria. Fue a partir de entonces cuando se puso de manifiesto la escasez de controles existentes en la fiscalización de las grandes empresas y la necesidad de ponerle coto a dichos desmanes(9).

En Europa, por su parte, la situación no era muy distinta. En el caso de Reino Unido resultaba fácilmente perceptible la existencia de un descontento generalizado con todo lo relacionado con el modo de gobernar las grandes empresas, cuyas malas prácticas fueron el origen de desmedidos escándalos financieros como los casos *Maxwell* en la década de los ochenta o *BCCI* en 1991.

Todo este tipo de situaciones, que se dieron con mayor o menor intensidad en muchos de los países del viejo continente, inauguró un movimiento (a la europea) que ya se venía desarrollando con cierta naturalidad en Norteamérica y que se fue materializando en un movimiento codificador o recopilatorio donde se van recogiendo las principales recomendaciones, directrices o principios que deberían presidir una buena gestión societaria(10).

España no estuvo ajena a esta tendencia generalizada y fue acompañando de manera progresiva la incorporación de dicha corriente en los sistemas nacionales europeos con una publicación periódica de diversos textos que iban dirigidos de forma fundamental al gobierno corporativo de las empresas.

Así, la primera muestra vino representada por el conocido como Código Olivencia(11) de 1998 que incluía, además de un diagnóstico de las empresas españolas junto a un informe sobre los Consejos de Ad-

(9) Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., «El gobierno corporativo en España», LA LEY 15104/2011, Doctrina perteneciente al libro *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Edición 1.ª, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, págs. 1-20.

(10) Gran repercusión en Estados Unidos tuvo, por ejemplo, los Principios de gobierno corporativo de 1994 publicados por el *American Law Institute* (Principios ALI). También el *Combined Code* británico de 1998, éste último precursor e inspirador de algunos de los principales textos realizados en España con posterioridad sobre el gobierno corporativo.

(11) Vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «El sistema de Gobierno Corporativo. Situación actual y nuevas perspectivas», en *Diario La Ley*, Núm. 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, Ref. D-145, LA LEY 813/2005, pág. 1.

ministración, un código con recomendaciones y consideraciones generales (carente, por tanto, de fuerza imperativa); le siguió el Informe Aldama(12) de 2003, pionero en la enunciación del Informe Anual de Gobierno Corporativo (IAGC) y donde es posible diferenciar el distinto tratamiento entre el Gobierno de las Sociedades (en régimen autorregulatorio) junto a la igualdad de derechos de los accionistas, por un lado, y la transparencia informativa (en régimen normativo)(13), por otro. Una manifiesta tercera etapa en el desarrollo evolutivo del gobierno corporativo español viene constituida por el denominado Código Conthe o Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) de 2006 que instaura de manera definitiva en nuestro sistema societario el principio general de «cumplir o explicar»(14) en relación con las prácticas y recomendaciones de buen gobierno que se ofrecían a las sociedades mercantiles españolas.

Los tres hitos mencionados han servido de puntal para el desarrollo posterior de nuevas versiones codificadoras o para la elaboración de informes relacionados con esta materia(15) hasta llegar, en una última instancia en la que nos encontramos actualmente, a consumir ese trasvase del gobierno corporativo español desde una presencia no vinculante que evidentemente venía caracterizada por su voluntariedad, a una incorporación efectiva a nuestro sistema normativo transformándose en normas de obligado cumplimiento.

Algunos de sus principales exponentes son las prescripciones incluidas tanto en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo como en la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley

(12) Vid. «Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados financieros y las sociedades cotizadas», en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF> (Consultado: 11/11/2020).

(13) Vid. OLCESE SANTONJA, A., «Situación del Gobierno Corporativo en España», en *Diario La Ley*, Núm. 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, LA LEY 811/2005, pág. 1.

(14) Principio que básicamente daba la opción a las empresas de cumplir las recomendaciones sugeridas por las autoridades o bien explicar las causas de su no aplicación. Al respecto, la Guía técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio «cumplir o explicar» de 15 de julio de 2016 ofrecida por la CNMV, en <https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/GuiaCumplirExplicar.pdf> (Consultado: 11/11/2020).

(15) Por mencionar algunos podemos referirnos al Informe del Centro de Buen Gobierno de 2016 conocido como las «Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo para empresas no cotizadas» (a iniciativa conjunta del IE Business School y Grant Thornton); la Guía de Buen Gobierno del Consejo General de Economistas y CEPYME de 2018 que recoge una serie de recomendaciones y principios que resultan de aplicación a los órganos de administración de las pequeñas y medianas empresas o, muy recientemente, la revisión de junio de 2020 operada en el CUBG.

22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas , en materia de información no financiera y diversidad.

III. Problemas en la gestión de la sociedad pública local

1. Situación

Llamaremos sociedad pública local, a efectos de nuestro estudio, a aquella empresa o sociedad constituida por alguna entidad local territorial donde, siendo el capital social íntegramente público (único o participado por varias Administraciones) tiene por objeto la gestión de servicios públicos o el ejercicio de actividades de naturaleza económica y el control dominante pertenece a la entidad local de adscripción. Dejaremos así de lado, como decimos, el resto de posibilidades societarias que a nivel público local pueden encontrarse (sociedades mixtas; sociedades constituidas por entes de naturaleza instrumental, sociedades filiales o grupos de sociedades).

Debemos constatar, no obstante al análisis que sucede a este primer inciso, que la vida de la sociedad pública local se encuentra marcada, aun con sus deficiencias, por un contexto normativo de Derecho público administrativo que, si bien en cierta medida han contribuido a reconducir el devenir societario hacia procesos más justos, éticos, transparentes y financieramente más sostenibles, no por ello dejan de suponer una limitación a la libertad de acción para la autonomía corporativa de las citadas sociedades públicas locales (16).

En este sentido, deberán tenerse en cuenta, por ejemplo, las directrices que para este tipo de figuras prevén la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o, más concretamente para el sector público local, la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (17).

2. Causas principales que demandan un buen gobierno

El (buen) gobierno corporativo nace merced a la constatación de marcadas irregularidades y dificultades tanto de tipo organizativo, de go-

(16) *Vid.* DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ MIMBRERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Edit. El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2013.

(17) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

bierno, presupuestario e incluso de resultado material de la actividad en su vertiente de servicio público o actividad dirigida al ciudadano.

De entre los principales motivos de censura que suelen achacarse a la sociedad pública local es tradicional preponer a otros el de su escasa eficiencia (18). La eficiencia pública a la que nos referimos alude fundamentalmente a la consecución y al desarrollo del Estado social en el que vivimos y que es entendido como un mecanismo de transformación de la sociedad donde se persigue como objetivo último la satisfacción del interés general.

Podríamos hablar de las siguientes razones como causas de la ineficiencia en la empresa pública (19) y que exigen un replanteamiento en su concepción, entre otros: a) Amplios y heterogéneos objetivos, incluyendo con frecuencia aspectos no comerciales; b) Rigidez de la gestión por la dependencia de la Administración (burocracia); c) Coexistencia de diferentes grupos de interés en un contexto de información asimétrica; d) Actuación en ámbitos escasamente competitivos o bajo monopolio; e) Aislamiento y dejación respecto a las turbulencias del mercado por el permanente respaldo público.

En una segunda consideración merece la pena destacar que nos encontramos ante una personificación jurídica que no cuenta con un propietario definido, sino que su propiedad queda diluida entre organizaciones públicas con multitud de objetivos y competencias y que reciben su financiación del erario público. Es evidente que, cuando en una sociedad pública los actores implicados interiorizan que sus remuneraciones e incentivos nada tienen que ver con el resultado de su trabajo y que la tutela económica pública podrá interceder cualquiera que sea el desempeño ofrecido, la motivación y la estimulación sencillamente desaparecen.

Por último, no puede obviarse la necesaria naturaleza política que impregna el acto de creación de la sociedad pública local, que, de igual modo, se irá manifestando posteriormente a lo largo de su funcionamiento cotidiano. Esta realidad implica ya de partida que ciertas decisiones van a estar impregnadas de altas dosis de oportunidad, conveniencia, afinidad o dependencia que nada tienen que ver con las verdaderas necesidades estratégicas que motivan el nacimiento de cualquier tipo de sociedad mercantil.

(18) Vid. ARENAS ALEGRÍA, C., «Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento actual», en VV.AA., *El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 60-64.

(19) Vid. ARGIMÓN, I.; ARTOLA, C. y GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., *Empresa Pública y Empresa Privada: Titularidad y eficiencia relativa*, en *Banco de España-Servicio de Estudios*, Madrid, 1997, págs. 9-12.

3. Otros problemas de crucial importancia

A. DISTINCIÓN ENTRE PROPIEDAD Y DIRECCIÓN SOCIETARIA

En las, estadísticamente predominantes, sociedades públicas locales participadas íntegramente por la entidad local constituyente, suele tener lugar una cierta confusión de orden interno entre las figuras del socio propietario y socio administrador, fundamentalmente por la habitual participación de los representantes públicos en este último órgano. Se da en estos casos, además, una situación de absolutismo accionarial que implica necesariamente un poder de control sustancialmente distinto y más intenso que se contrapone a las múltiples posibilidades que pueden advertirse en las sociedades existentes en el ámbito privado.

A este particular ámbito, va a ser posible extrapolar el juego de distribución de poderes y el equilibrio de intereses que generalmente se produce en el marco interno de cualquier sociedad a ese proceso de toma de decisiones que, con normalidad, tiene lugar en los órganos de gobierno de los entes locales, donde, como sabemos, cabe el debate, la réplica y la disparidad en el sentido del voto, si bien la decisión resultante que salga adelante constituirá la «voz» del socio único (20).

Debemos hacer mención además a que, considerando la normativa de sociedades, pareciera que la condición de socio principal o único derivada de la propiedad pública del ente no conllevaría, de manera directa y taxativa, un deber de lealtad para con la sociedad y con el objeto social (21); situación que, sin embargo, se plantea de forma diferente en el caso de los administradores los cuales, con base en los artículos 225 y 227 de la Ley de Sociedades de Capital (22) (LSC), se encuentran legalmente sometidos a desempeñar su cargo con la debida diligencia y la lealtad propia de un fiel representante (23). Esto puede suponer, de facto, una confusión de los papeles a desempeñar como socios, por un lado, y como administradores, por otro, que resulte realmente paradójica.

(20) Esta situación es especialmente acusada en las sesiones de la Junta General societaria, donde, con habitualidad, el órgano de gobierno plenario de la entidad local actúa como tal órgano de gobierno societario (en el caso de haberse configurado estatutariamente de este modo) y que permite evidenciar como ese régimen de mayorías y contrapesos permite influir lícitamente en la dirección y planificación social en un sentido similar al establecido en cualquier sistema societario con carácter general.

(21) Sin perjuicio del deber de ejercitar sus derechos conforme a la buena fe contractual o las posibles exigencias de responsabilidad recogidas en el Código Civil y demás normativa de aplicación a este respecto.

(22) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

(23) Ambos deberes son incorporados a la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, como pieza clave de cualquier sistema de este tipo.

Pese a todo, hay que tener en cuenta que será la originaria *causa societatis* la que limitará las posibilidades de actuación del socio único en el ejercicio de sus facultades, debiendo subordinar los intereses particulares o extrasociales que pudieran existir al interés conjunto de la sociedad.

No hay que olvidar tampoco en este sentido, el régimen obligacional y de responsabilidad que desde el ámbito administrativo se impone a los representantes públicos en el ejercicio de sus cargos (24).

En cuanto a la responsabilidad de la entidad propietaria (25) como tal, si observamos las palabras de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la misma se extiende a la necesidad de modificar sus estrategias de gobierno corporativo y en ello tiene gran importancia el proceso de identificar, nominar y elegir a los miembros integrantes del órgano de administración societario, sobre todo cuando la Administración pública resulta ser el socio único o mayoritario, siendo recomendable, a fin de minimizar los posibles conflictos de interés, evitar elegir un excesivo número de miembros procedentes de la propia Administración Pública (26).

Conjugando en cierto modo lo expuesto hasta el momento, puede llegarse a mantener, tal y como lo expresa GARNACHO CABANILLAS (27), que con independencia de los necesarios esfuerzos doctrinales para delimitar los conceptos de propiedad y dirección en las sociedades públicas locales, «sí habría de predicarse un deber de lealtad societario *stricto sensu* (o deber fiduciario) para los socios que participan de una manera activa en la gestión de la empresa», y ello ya sea por acumular el cargo de administrador social (de hecho o como persona jurídica vinculada) a su condición de socio, ya sea para dar debido cumplimiento a las responsabilidades públicas de carácter institucional que como representantes del socio único titular societario les incumbe.

Es de destacar el hecho de que algunas de las nuevas aportaciones del buen gobierno corporativo aluden a la posibilidad de instaurar dentro del sector público programas de cumplimiento normativo (*Compliance*) que recojan medidas tendentes a evitar esos riesgos de interferencia política o incluso de pasividad o falta de supervisión de la gestión social a los

(24) Cfr. Artículos 73.2 y 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y 12 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

(25) Es decir, entidad responsable del ejercicio de los derechos de propiedad, o lo que es lo mismo, derechos políticos y económicos. Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, pág. 11.

(26) *Ibid.* pág. 30.

(27) Vid. GARNACHO CABANILLAS, L., «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, pág. 10.

que hemos hecho mención. Algunas propuestas en este sentido podrán hacer alusión a: fomentar estructuras de gobierno corporativo férreas que faciliten la suficiente información a los órganos de gobierno con objeto de adoptar las decisiones de forma ética y atendiendo al interés social de la empresa (28); también la efectiva asunción de responsabilidad por las decisiones del Consejo de administración que pueda incentivar un nombramiento suficiente de consejeros no ejecutivos realmente independientes; o la toma de decisiones que impidan o dificulten la interferencia política sin dejar de lado la facultad de supervisión pública (29).

Finalizaremos este apartado destinado al tema de la propiedad social y su administración llamando la atención de una realidad como es la posibilidad de que la Junta General de la sociedad pública local se aleje de una conformación representativa de la corporación política local —pues no existe obligación legal para ello— permitiéndose incluso una tendencia en el sentido contrario vía estatutos sociales (30) (haciéndola así coincidir con algún otro órgano colegiado local de composición más sesgada).

No obstante esta realidad, se puede observar como ciertos principios y recomendaciones de gobierno corporativo, aún destinadas a un sector societario específico, apuntan decididamente hacia la apertura y facilitación a la participación activa en la Junta General de accionistas; véase por ejemplo el Principio 7.º y las Recomendaciones 9.ª y 10.ª del Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (CUBG en su versión de 2015). En concordancia con esta vocación, resultaría incomprensible actualmente que en el ámbito institucional público la tendencia se encaminase hacia una dirección totalmente opuesta.

B. SISTEMA DECISORIO

En el caso de la sociedad pública local, al igual que sucede con las sociedades privadas, el proceso de toma de decisiones dependerá, de un lado, del órgano titular de la competencia en relación al tipo de acuerdo que deba adoptarse; y de otro, del sistema de mayorías establecidas para

(28) Vid. MATEU DE ROS, R., «Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales...», *op. cit.*, pág. 6; cuando identifica el interés social con el interés común de todos los socios, con la estabilidad, la continuidad y la creación de valor económico para la sociedad como fin último del buen gobierno corporativo.

(29) Vid. HERNÁNDEZ CUADRA, E., «Los tres retos de la empresa pública con el *compliance*», en *Revista Compromiso Empresarial*, junio de 2017, en <https://www.compromisoempresarial.com/transparencia/buen-gobierno-transparencia-2/2017/06/los-tres-retos-de-la-empresa-publica-con-el-compliance/>. (Consultado: 19/08/2018).

(30) Vid. Artículo 85 ter 3.º LRBRL.

este tipo de sociedades. Tanto en uno como en otro caso les serán de aplicación, dada su singular naturaleza, las normas de derecho público y de derecho privado con absoluta normalidad.

Los principales problemas detectados a este respecto basculan entre la posible actuación políticamente dirigida —o vinculada a órdenes superiores— del Consejo de Administración, pudiendo alejar de este modo su funcionamiento del objeto e interés social de la empresa (su fin público originario)(31); y la posibilidad de trasladar las discrepancias o disparidades de decisión del ámbito administrativo al régimen mercantil en el caso de las votaciones que tengan lugar en Junta General.

Esta dificultad ya era apuntada por ALONSO UREBA cuando reconocía la práctica imposibilidad de distinguir entre el voto y el acuerdo adoptado en aquellas sociedades en que el accionista es único(32) pues como señala la tradición clásica mercantil «cualquiera que sea el sentido que tenga, el voto correspondiente a todas las acciones de un mismo dueño debe ejercerse de forma unitaria» a lo que se añadía el hecho de que «al accionista se le reconoce la libertad para votar como quiera, pero solo puede hacerlo en un único sentido»(33).

Como sabemos, la sociedad pública íntegramente local, persona jurídica, es fruto de la expresión de un accionista único, el socio fundador, que asume ese rol de accionista que intercede como representante entre la sociedad y los accionistas reales o derivados que quedan personificados en la ciudadanía como sujeto pasivo del interés general que justifica el sentido último de la actuación pública. Este hecho de actuar por cuenta de otros, es la imagen viva de la representación política pública y diversa que queda identificada perfectamente en la composición del órgano plenario local, con sus grupos políticos y sus diferentes ideas y concepciones sobre cómo debe ser la gestión local.

La posibilidad de realzar el papel de todos y cada uno de los integrantes de la Junta General en consonancia con esta representación propor-

(31) En este sentido, resulta indudable que la defensa de la profesionalidad directiva en la composición de este órgano va a representar una alternativa fundamental a la hora de dirigir la sociedad pública. Además, esas posibles «servidumbres políticas» no implican una exoneración de la responsabilidad personal de cada uno de los miembros del órgano de administración, los cuales han aceptado libre y voluntariamente su nombramiento y disponiendo, al margen de su pertenencia política, de amplias facultades de dirección, gestión y ejecución respecto a la sociedad. A este respecto, *vid.* MUÑOZ GIL, C., «Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)», en *Diario La Ley*, núm. 8371, Sección Doctrina, 2014, LA LEY 4974/2014, págs. 5-6.

(32) *Vid.* ALONSO UREBA, A., *La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 334.

(33) *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La propuesta de generalización del voto divergente», doctrina que forma parte del libro *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Edición núm. 1, Edit. LA LEY, Madrid, 2015, LA LEY 2882/2015, pág. 2.

cional de la ciudadanía inherente al órgano colegiado local que vaya más allá de una mera reseña en el debate del acta de las sesiones, hace que quepa plantearse la posibilidad de trasladar la figura del «voto divergente» propio de las sociedades cotizadas(34) al funcionamiento de la Junta General de la sociedad local, siempre y cuando dicha sociedad mantenga el tradicional sistema de colegialidad en su toma de decisiones que ha quedado en cierto modo desnaturalizado(35) con la declaración contenida en el artículo 85 ter 3.º LRBRL, antes aludido.

C. PREDOMINANCIAS POLÍTICAS EN LA LABOR GESTORA

Es evidente que en las sociedades públicas de capital íntegramente local existe una estrecha relación entre los órganos de gobierno local y el sistema de administración societaria que se podrá manifestar bien vía designación de consejeros bien mediante un «auto» nombramiento en dicha condición.

No en vano es posible comprobar como en la inmensa mayoría de las sociedades municipales la Junta General se va a encontrar encarnada por el órgano plenario del ente local, que actúa en funciones de la misma representando la totalidad del capital aportado por el socio único (o en cualquier caso de capital íntegramente público) y manteniendo asimismo su condición de máximo órgano de representación del ente local propiamente dicho pudiendo así tomar decisiones de capital importancia para el devenir societario (36).

La ajustada relación entre el campo de la decisión política y la gestión societaria prácticamente aparecen solapadas en cierta medida. Esto no debe implicar, por principio, una circunstancia desventajosa para el buen curso de la sociedad; no obstante, a nadie engañamos cuando se afirma que el hecho de detentar cierto poder de decisión ha sido, en no pocas ocasiones, objeto de abuso con el ánimo de influenciar y consolidar ciertas designaciones interesadas.

Este aserto no implica un deseo de abogar por un sistema totalmente independiente de gestión societaria, desligado de directrices políticas; al contrario, el necesario impulso y dirección política en la dirección correcta resulta imprescindible para alcanzar la realización efectiva del ob-

(34) Figura que viene ya reconocida legalmente en nuestro derecho con su inclusión en la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma para la mejora del gobierno corporativo del año 2014. (Artículo 524.1).

(35) En el caso de las sociedades destinadas a la prestación de servicios públicos locales.

(36) Como condicionar a autorizaciones ciertos actos de administración, aprobar cuentas anuales, aplicar el resultado, nombrar a los administradores.

jeto social. En este sentido señalaba MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES(37) que «uno de los principales retos en el gobierno de las empresas públicas es el de encontrar el equilibrio entre la responsabilidad pública municipal de ejercer activamente sus funciones de propiedad (como puede ser el nombramiento de los integrantes de órgano de administración) y al mismo tiempo abstenerse de realizar «interferencias políticas» *indebidas en la gestión de la empresa*».

En el ánimo de las corrientes del gobierno corporativo está precisamente evitar una intromisión perniciosa en la gestión societaria. Ejemplos de ello que resultan en cierto modo homologables a la figura de las sociedad pública local los podemos encontrar en las Directrices de la OCDE sobre el GC de las Empresas Públicas (2015) donde tanto en su principio II.B como en las notas al principio II.B se defiende la autonomía de gestión en este tipo de empresas limitándose el socio propietario a circundar las decisiones operativas y ceñirse a las cuestiones estratégicas y a los objetivos de interés general o en el principio II.C y notas al principio II.C que ponen de relieve la importancia de la independencia de los miembros de los Consejos de Administración en el ejercicio de sus funciones(38). Debemos destacar también el proceso de remodelación o formación del Consejo de Administración que plantean los principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas del IC-A(39).

D. CONCIENCIA FIDUCIARIA DE LA RESPONSABILIDAD GESTORA

El hecho de implantar una conciencia fiduciaria de la responsabilidad en la gestión societaria pública pasa por introducir de manera decidida lo que el gobierno corporativo ha denominado como deberes inherentes a la administración de una sociedad; hablamos de lealtad, diligencia, honestidad, profesionalidad, etc., debiendo acompañar o conectar, por lo tanto, unos determinados deberes con sus correspondientes responsabilidades.

La interiorización de esos deberes ha tenido ya amplio reflejo en el campo del Derecho de sociedades (véase así el Capítulo III del Capítulo VI de la LSC, artículo 225 a 232). En el caso del Derecho público, las expe-

(37) *Vid.* MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., «Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 35, junio de 2014, pág. 4.

(38) *Cfr.* Directrices de la OCDE sobre el gobierno corporativo de las Empresas Públicas. 2015. Principios II y III y Notas al capítulo II.B y II.C. págs. 37-38.

(39) Principios de buen gobierno corporativo para empresas no cotizadas. Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A) perteneciente a la Asociación española de Consejeros, Madrid, 2005. Última revisión de marzo de 2017.

riencias al respecto continúan siendo en cierto sentido novedosas y objeto de un desarrollo cada vez más específico: sería el caso del Código de Buen Gobierno Local (40) impulsado por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y cuya introducción señala desde un primer momento que la recuperación de la confianza ciudadana solo se restablecería a través de una intensificación y exteriorización efectiva de los valores públicos. Otro ejemplo lo constituiría el Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, destinado precisamente a esta última mención, «el buen gobierno».

En buena medida, la corriente del *Corporate Governance* que estamos apoyando va a estar conformada por todas aquellas acciones destinadas a aumentar la eficacia de la gestión social y a establecer un verdadero sistema de responsabilidad para los encargados de llevarla a cabo (41), es por ello que los deberes fiduciarios, es decir, los deberes y obligaciones de quienes tienen a su cargo la administración social deben estar perfectamente delimitados con el objeto de que los intereses de unos pocos no puedan perjudicar los intereses de todos.

En este sentido, la gestión local de una sociedad pública va a tener a su disposición sendos bloques limitativos (formados por normas legales, reglamentarias e incluso de carácter estatutario) ante las posibles tropezas que puedan producirse por parte de los gestores públicos en el ámbito de dicha sociedad local, uno constituido por el grupo de leyes, normas y textos de buen gobierno pertenecientes o destinados a sujetos de Derecho público y el otro conformado por las obligaciones de la misma naturaleza o jerarquía que atañen a todos sujetos relacionados con el gobierno de una sociedad de capital en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

IV. Organización corporativa

1. Junta General

El considerado como órgano principal de las empresas mercantiles adquiere en el ámbito de la sociedad pública local una especial relevancia

(40) Cfr. Código de Buen Gobierno Local FEMP. Aprobado en Junta de Gobierno de 24 de marzo de 2015. http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2Z5a0ypjGDF7hVCHy14AjBJqzzGBaprl61UXG91P195HSkFd8QIM5YD (Consultado: 01/09/2019).

(41) Vid. GARRIGUES WALKER, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico», Círculo de empresarios, Boletín 62, *Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada*, Madrid, 1997, pág. 246.

a los ojos del buen gobierno corporativo. Y es que, su peculiar configuración(42) permite hablar no solo de dos órganos diferentes sino de personalidades jurídicas diferenciadas (públicas y privadas)(43).

Su función como máximo órgano decisor de los asuntos sociales se complementa con una facultad de supervisión, especialmente sobre el órgano de administración, y, en este sentido, la normativa contempla la posibilidad de que ésta pueda intervenir en asuntos propiamente de gestión y decidir sobre estos asuntos de gestión o de administración cuya autorización previa esté prevista y reservada para ella en los estatutos y que incluiría además una competencia para dictar instrucciones o trasladar orientaciones a los administradores. Hoy día, las actuaciones supervisoras de intervención recién mencionadas se recogen como derecho material en el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital.

Dicho esto, el principal problema que, a nuestro juicio, se observa en el funcionamiento ordinario de la Junta General de la sociedad pública local va a residir en el déficit de información del accionista principal o único (el ente local propietario); cuestión ésta de la información, que ha sido tratada de forma recurrente por las políticas y propuestas de buen gobierno corporativo tanto en lo atinente a las sociedades cotizadas como a las no cotizadas. Pero en nuestro caso no nos referimos a un déficit de disponibilidad informativa, sino más bien a una imposibilidad material para formarse un juicio extenso y adecuado de las materias que van a ser objeto de acuerdo por la propia naturaleza que ostenta el miembro que integra la Junta (Diputado, Concejal, Directivo, etc.).

Dicha falta de información o de conocimiento adecuado sobre la particularidad de los asuntos que suele vislumbrarse en los miembros de la Junta General, si bien entendemos que es primeramente una responsabilidad de carácter personal, no puede ser achacable en su totalidad a sus integrantes pues un sistema como éste que ha sido tácitamente admitido y ampliamente extendido tampoco otorga mayor margen de maniobra a estos efectos.

Desde las políticas del gobierno corporativo se ha defendido, especialmente para aquellas empresas de menor tamaño que no entran en los mercados de cotización bursátil, el establecimiento de procedimientos informativos de carácter asiduo que procure evitar esa dispersión en el tiempo y ese alejamiento progresivo de los «accionistas» respecto de la evolución gestora de la empresa. Ese contacto informativo debe cons-

(42) Que, como sabemos, vendrá determinada por sus estatutos sociales y que, siguiendo la dinámica tradicional suele identificar (pese a no ser obligatorio) a esta Junta General con el órgano plenario local en la inmensa mayoría de los casos.

(43) *Vid.* ARANA GARCÍA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997, pág. 79.

tituir un flujo constante de relación entre los decisores máximos y el órgano encargado de la administración que no debe limitarse a facilitar sus contenidos con ocasión de la celebración de las sesiones programadas o exigidas legalmente. Esta información, asimismo, debería ser presentada por el órgano de administración de manera clara y concisa de forma tal que permita su comprensión respecto a la situación de la sociedad y su posible evolución futura (44).

En relación con lo anterior, hoy día la facilidad que las nuevas tecnologías ofrecen para el suministro inmediato de información en las Administraciones locales (*v.gr.* repositorios multimedia de carácter interno; correos electrónicos institucionales; portales de transparencia) no hacen más que poner de manifiesto que lo que escasea en este terreno es una decidida voluntad de cambiar la forma de hacer las cosas sin esperar a que sea la coactividad legal la que venga, *a posteriori*, a intentar resolver situaciones ya difícilmente encauzables.

En cualquier caso, son muchas las referencias que los textos de gobierno corporativo dedican a la Junta General, con el objeto de acabar con su tradicional papel secundario subordinado a la actividad desempeñada por el órgano de administración. Algunas de esas propuestas serán perfectamente homologables a nuestra sociedad pública local como sería el caso de la materia de nombramiento de consejeros o de adopción de acuerdos.

Tanto en estas cuestiones como en materia de ampliación de información a la Junta General ha tenido una incidencia fundamental la modificación operada en la Ley de Sociedades por parte de la ya mencionada Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, que ha sido incorporada a la operativa local sin mayores tensiones en aspectos fundamentales como pueden ser la votación separada de asuntos o la asistencia de personal técnico a las sesiones que celebre, aunque debe reconocerse que esa homologación ha venido facilitada en buena medida porque alguna de las mismas ya constituyen procesos ampliamente consolidados en el ámbito del Derecho administrativo.

2. Consejo de Administración

Podemos afirmar que el intento de llevar a efecto una prudente homologación entre un Consejo de Administración que se ve influido por las nuevas políticas del gobierno corporativo con su figura homónima propia del campo público local no va a ser una tarea sencilla.

(44) *Vid.* HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, *Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 56.

El devenir evolutivo habido en este órgano como ente supervisor del equipo gestor (45), tratando de eliminar su imagen originaria de mera prolongación de dichos gestores, no obtiene su correspondencia en el régimen local pues en éste último caso la gestión social en su sentido más amplio va a corresponder precisamente a dicho órgano de administración, dejando al equipo gerencial las tareas de administración ordinaria o de la marcha del día a día de la sociedad local.

Este sistema que podría calificarse como monista de administración con delegación de facultades —frente al dualismo que representa la confusión del Consejo con el equipo gestor— es el propio del régimen local, pues si bien es cierto que la relación entre gestores y consejeros puede catalogarse como de reciprocidad, en ningún caso puede afirmarse que el equipo gerencial de la sociedad pública local pudiera ostentar grado alguno de supremacía o de jerarquía sobre los miembros del Consejo, dado que su propia competencia suele derivar de las atribuciones que el Consejo no reserva para sí o que le son delegadas precisamente por éste (46).

El hecho de hablar de una política específica de gobierno corporativo para la sociedad pública local implica poner en el foco del análisis las diferentes medidas que a lo largo de su implantación en el común de las sociedades puedan resultar válidas o al menos, sean consideradas como propuestas para una modificación de *lege ferenda* del actual modelo de sociedad pública local. Cuestiones tales como las referentes a la propia estructura del Consejo (47) en su función gestora y ejecutiva va a chocar en muchas ocasiones con la realidad práctica de unos integrantes de naturaleza política que, no pocas veces, vienen a simultanear su pertenencia al Consejo con su condición de miembro de la Junta General; o de igual modo cuando hablamos de las limitaciones que en materia de racionalización y sostenibilidad orgánica imponen las últimas normas que integran el cuerpo del régimen público local (48).

Otro aspecto al que las medidas de gobierno corporativo presta especial atención se encuentra en los sistemas de evaluación periódica de la actividad del Consejo (mediante comisiones, consejos asesores, progra-

(45) Vid. PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., «El gobierno corporativo en...», *op. cit.*, pág. 1.

(46) Reparto competencial que, como venimos diciendo, será establecido en los respectivos estatutos sociales de la sociedad pública de que se trate.

(47) Como la existencia de consejos asesores y de apoyo adjuntos al Consejo de Administración. En este sentido, Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, *Gobierno corporativo en sociedades...*, *op. cit.*, págs. 42-43.

(48) Cfr. Disposición adicional novena de la LRBRL denominada «Redimensionamiento del sector público local» en la redacción aprobada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre).

mas de *compliance*, nombramientos externos o incluso un específico reglamento que regule su funcionamiento), medidas que son defendidas y recogidas en algunos de los principales textos de buenas prácticas que se dirigen a las sociedades no cotizadas, como son el Código de Buenas Prácticas del EcoDA o el Código Buysse II (49).

Sin embargo y en alusión a este último extremo, pensamos que, al menos desde un punto de vista económico-financiero, la actividad del Consejo de Administración de una sociedad perteneciente a la Administración Local resulta ya actualmente ampliamente fiscalizada por los medios que arroja el ordenamiento jurídico vigente (50), quedando cubierta suficientemente la supervisión de la gestión de acuerdo con las exigencias que en este sentido marca el texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo) en su artículo 213. No obstante, no podemos olvidar el contrapeso en materia de fiscalización, pero a su vez, de constricción en materia de libertad corporativa que supone la aplicación de ciertas normas presupuestarias y contables que resultan de obligada aplicación a nuestras sociedades públicas locales; hablamos por ejemplo de las repercusiones derivadas de la aplicación al sector público de normas como el Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales, coloquialmente SEC 95, o los nuevos criterios de control público introducidos por el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, conocido asimismo como SEC 2010.

A colación precisamente de esta supervisión, el carácter supervisor del Consejo de Administración que decididamente impulsa el buen gobierno corporativo va a ir encaminado al diseño de una estrategia de acción (la conocida como planificación estratégica corporativa) donde se precisen los objetivos de la sociedad, se valoren los nombramientos directivos, se aprueben o denieguen determinadas inversiones, se realicen evaluaciones del desempeño y, en consecuencia, tenga lugar una supervisión material y efectiva basada en el seguimiento de la labor ejecutiva.

En relación con esto, la realidad práctica nos dice que esa labor activa del Consejo de Administración para desempeñar su actividad supervisora en el marco de la sociedad pública local no suele pasar más allá de la labor de información previa y el conocimiento *in situ* durante las sesiones que se celebren de aquellos pormenores y cuestiones fundamentales que

(49) Vid. HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, *Gobierno corporativo en sociedades...*, *op. cit.*, pág. 43.

(50) Así, a la obligación inicial de formular las cuentas, el informe de gestión, la aplicación del resultado, etc., se le debe unir la posterior auditoría de dichos documentos, que vendrá practicada bien por un auditor externo (en el caso de no estar exceptuados de esta obligación *ex* artículo 263.2 LSC) o bien por el órgano interventor de la Entidad Local correspondiente de acuerdo con la normativa aplicable, que en cualquier caso realizará un control financiero de su actividad.

caracterizan los asuntos que se encarga de desarrollar el sector ejecutivo de la empresa.

La idiosincrasia del colectivo local reunido en Consejo de Administración implica ser conscientes de que el sector público dependiente de un ente local de tamaño medio que opte por dotarse de sociedades de capital público para el desarrollo de sus servicios o actividades económicas no puede seguir el camino actual de la recurrente personación directa del cargo público en dichos órganos de administración, pues la multiplicidad de empresas, la falta de dedicación exclusiva a este sector y, no en pocas ocasiones, la falta de experiencia en la gestión empresarial redundan en un déficit de eficacia del que se resienten muchos de estos entes y que, a la postre, se pone de manifiesto cuando los resultados presupuestarios muestran su escasa eficiencia.

Esta parvedad tanto en lo referente a la profesionalización de los miembros del Consejo de Administración como en la posibilidad material de desarrollar activamente las labores que tal puesto demanda cabe ser compensada con el auxilio externo que puede ser proporcionado por personal cualificado para tal cometido (51).

3. Otros órganos importantes para el gobierno corporativo

Los consejeros de administración de la sociedad pública local, individualmente considerados, también van a ser relevantes para la corriente del *Corporate Governance*. Se quiere hacer hincapié en la necesidad de la profesionalización de estos sujetos en su cualidad propia de administradores societarios y donde su designación debería estar presidida por unos principios de conciencia y responsabilidad, de modo que queden superadas definitivamente las tan habituales situaciones de dependencia política o de ligazón representativa que suelen estar detrás de estos nombramientos.

Se defiende que el consejero, con la aceptación de su cargo, se convierte en un sujeto independiente con capacidad de decisión y administración sometido a responsabilidad (52).

Además, la especial capacitación de los consejeros, que ya viene requerida por la propia normativa local desde hace años (53), es una de las

(51) Recuérdese, por ejemplo, la existencia de un consejo asesor adjunto al Consejo de Administración, antes propuesto.

(52) Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Posición orgánica, contrato de administración y mandato colectivo», en *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, 2018.

(53) Así, el artículo 93.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955) cuando expresa que «Los Consejeros serán designados libremente por la Junta general entre personas especialmente capacitadas [...]».

bazas fundamentales que juega la corriente del gobierno corporativo. Sin embargo, esta exigencia de especial capacitación no viene a ser más que uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados existentes en nuestro ordenamiento jurídico que solo pueden ser determinados y concretados *a posteriori* a través de un acto volitivo del órgano al que incumbe dicha labor y al cual la norma en cuestión otorga, de manera concreta y deliberada, ese poder discrecional (54), en nuestro caso particular, a la Junta General.

En cualquier caso, sí debemos poner de manifiesto que la actuación que desarrolle la Junta General en el nombramiento de los Consejeros en orden a garantizar suficientemente su competencia para el puesto habrá de realizarse en el marco de un juicio de oportunidad, utilizando cualesquiera consideraciones, siempre que se acredite que las mismas se encuentren en la órbita de los hábitos de la buena administración, la responsabilidad, la vocación de servicio público y demás elementos que, ahora especialmente con las nuevas corrientes de gobierno corporativo, deben ser exigibles para el desempeño de un cargo en el sector empresarial público (55). Papel importante en materia de gobierno corporativo a estos efectos es el representado por el Instituto de Consejeros-Administradores (IC-A) que engloba entre sus objetivos y propósitos «El desarrollo profesional, actualización y formación de Consejeros, Administradores, Altos Directivos y demás actores del Gobierno Corporativo, conforme a modelos consolidados, de forma que se facilite la profesionalización de su función» (56).

Pasando seguidamente a tratar otros sujetos relevantes y sin perjuicio de que en Derecho de sociedades algunas de las nuevas propuestas de gobierno corporativo presten particular atención a figuras no tan extendidas en el ámbito local como son las del administrador de hecho, el consejero independiente o el consejero delegado, no podemos dejar de mencionar algunos de los órganos tradicionales que integran o circundan la organización de la sociedad pública local. Aquí destacaremos la presidencia, la gerencia y los usuarios.

Si hablamos de la figura de la presidencia —de la Junta General o del Consejo de Administración— lo cierto es que, como órganos de gobierno corporativo de la sociedad pública local, las presidencias de estos órganos de gobierno, especialmente del Consejo de Administración, van a desempeñar un papel de garante de la efectividad en la

(54) Vid. MARTÍN GONZÁLEZ, M., «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967, págs. 252-255.

(55) Cfr. STS de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4781).

(56) Misión y objetivos del IC-A, impulsor del Buen Gobierno. <http://iconsejeros.com/quienes-somos/mision-y-objetivos> (Consultado: 15/09/2019).

acción de gobierno y como engarce entre el ente empresarial y la entidad pública propietaria. En este sentido se expresa, por ejemplo, la OCDE cuando en sus «Directrices sobre el gobierno corporativo de las empresas públicas» señala que «El Presidente se responsabilizará del funcionamiento eficaz del Consejo y, en coordinación con otros consejeros, si fuera necesario, actuará de enlace en las comunicaciones con la entidad pública propietaria» (57).

En todo caso, considerando la *rara avis* de la sociedad pública local dentro del universo empresarial público, creemos conveniente mantener un cierto equilibrio dentro de la figura presidencial entre las atribuciones y funciones de estricto carácter ejecutivo que se defienden desde el más ortodoxo gobierno corporativo junto con un cierto grado de representatividad pseudo-institucional que, especialmente en las sociedades locales gestoras de los servicios públicos básicos, van a transmitir esa sensación de cercanía, accesibilidad y visibilidad de las políticas locales que son desarrolladas por la Administración local a través de sus entes dependientes.

Por otro lado, respecto al equipo gerencial (unipersonal o colegiado) podemos señalar que dicha figura, en sus múltiples apelativos de Gerente, Director ejecutivo, Director-gerente y demás, es un órgano eminentemente técnico que, unido a la Junta General y el Consejo de Administración, dirigen y administran la sociedad pública local. Dicho llanamente, la Gerencia asume el control y gestión cotidiana de la sociedad, impulsando o ejecutando los acuerdos sociales, coordinando y planificando actividades, controlando los servicios o proponiendo mejoras.

Algún autor ha visto en la figura del Gerente el equivalente al consejero delegado de las sociedades mercantiles, como responsable de atender todas las funciones de gestión social que tuviera delegadas (58), no obstante, sus elementos configuradores son sustancialmente distintos, sin ir más lejos, desde de la naturaleza de su designación.

Sin duda, lo más destacable en relación con las medidas de gobierno corporativo que afectan a la figura de la Gerencia se pueden resumir en aquellas prácticas que son recomendadas para que el Consejo controle la eficacia y diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones especialmente mediante la implementación de políticas de buen gobierno en el ámbito de la sociedad, así como para la evaluación del desempeño de

(57) Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VII. Responsabilidades de los consejos de administración de empresas públicas. Letra F.

(58) Así, ALBI CHOLVI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 382; citado por ORTUÑO PÉREZ, M.E., *La empresa pública en forma privada: antecedentes romanos...*, op. cit., pág. 144.

este órgano mediante la autoimposición de sistemas basados en la transparencia y en la información veraz (59).

Finalizamos este apartado hablando del usuario de la sociedad pública local, entendiéndolo por ello a toda persona (física o jurídica) que pueda ejercer influencia en el desarrollo de las políticas de gobierno corporativo o incluso aquellos que, más allá de contribuir a su necesario impulso, representen por sí mismos, por su condición subjetiva de usuario de la sociedad, un elemento transformador del funcionamiento corporativo.

Numerosas de las buenas prácticas que se proponen por parte del gobierno corporativo recaen sobre la ciudadanía y tienen como común denominador la publicidad y la transparencia respecto a toda la información que debe ser suministrada por la entidad pública en cuestión. Esta información debe incluir especialmente aquellos aspectos que repercutan singularmente en los usuarios y en aquellas actividades calificadas propiamente como de interés público (60).

Esta obligación de responder ante los usuarios mediante la información y la transparencia implica una nueva forma de entender la empresa que se exige especialmente de las sociedades públicas. Los usuarios de la sociedad pública local constituyen quizá el más cercano ejemplo de que éstos conforman, junto con los demás, un importante grupo de interés dentro de las políticas de gobierno societario lo cual va a exigir una cuidada ética empresarial que nos conecta con la asunción de una responsabilidad social corporativa.

En definitiva, se está caracterizando al usuario como un elemento más de la sociedad pública la cual, desde este punto de vista, actuaría más como institución social (o de la sociedad) que como un ente preocupado exclusivamente de un resultado financiero ventajoso (61).

La incorporación de las buenas prácticas en la sociedad local y en su actividad tiene un efecto directo en la sociedad a la que sirve y en la ge-

(59) Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VII. Responsabilidades de los consejos de administración de empresas públicas. Letra D. 2.

(60) Cfr. Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015. OCDE 2016. Apartado VI. Publicidad y transparencia. Letra A, en cuyo subapartado 1.º se relaciona, entre otra, la información que deberá ser aportada citando de manera ejemplificativa «Una declaración clara dirigida a los ciudadanos sobre los objetivos de la empresa y su cumplimiento».

(61) Como indica MARÍ FARINÓS, J., «Del Gobierno de las personas al buen gobierno: caminando hacia el nuevo contrato social», en *Diario La Ley*, núm. 8977, Sección Tribuna, mayo 2017, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 4730/2017, «Con todo, desde una visión más amplia y acorde con la realidad actual, la empresa, como institución social, que atiende los intereses no solo de los propietarios, sino de los grupos que afectan o son afectados por su actividad comercial, el interés de la sociedad es un auténtico interés social que incluye a estos últimos grupos. Por ello, la visión estrictamente financiera o resultadista, de obtención y maximización del beneficio, está dando paso a la visión global, integrada y comprometida de la empresa».

neración de una confianza recíproca ciudadano-servicio público, lo que acreditaría el éxito que en materia de gobierno corporativo se espera de una progresiva transformación en la concepción actual de la gestión societaria pública.

V. Caracterización del control público local

El control es lo que va a permitir asegurar una buena marcha societaria, así como el cumplimiento específico de los objetivos que se hayan propuesto. Este es, además, uno de los propósitos principales del buen gobierno corporativo, que califica el control como el modo de velar por los intereses de todos y de defender el buen hacer societario evitando abusos y posibles conculcaciones de derechos (62).

Resultan evidentes las consecuencias que una falta suficiente de control ha tenido sobre la sociedad pública en general y sobre la local en particular (estamos pensando en una gestión manifiestamente mejorable, en el despilfarro del gasto público o incluso en la falta de pertinencia o utilidad concreta de algunas sociedades actualmente existentes). A este respecto, en la investigación que ha servido de base a este breve trabajo se concluye la necesidad de analizar el catálogo de propuestas que nos ofrece el buen gobierno actualmente para, en consonancia con un examen individual de cada una de las sociedades, determinar qué sistema es el más adecuado para obtener un funcionamiento eficaz, eficiente y transparente.

Ante esta realidad, se podrán analizar los distintos tipos de control que se nos ofrecen, diferenciando entre aquellos que tienen un origen interno de otros de origen externo.

De entre los primeros destaca el ejercido por el propio Consejo de Administración que, en su dimensión local, deja de lado ese rol de supervisión sobre otros órganos que le otorga el gobierno corporativo para dirigirlo sobre sus propias actuaciones, destacando con valor propio la figura del consejero independiente (63). Igualmente se califica como interna la labor de auditoría, pero, en este caso, en su concepción menos sistemática como aquel proceso necesario para la mejora de la gestión del riesgo y de obtención de aquella información de utilidad que deba ser objeto de publicidad en consonancia con las exigencias de un buen go-

(62) Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., «El sistema español de gobierno corporativo», en *Diario La Ley*, núm. 1, Sección Temas de hoy, 2.º trimestre 2005, LA LEY 846/2005, pág. 1.

(63) Vid. DEL VAL TALENS, P., «Los consejeros independientes ante el activismo accionarial», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136/2014, parte crónica, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 4.

bierno (64), asimilándose así a los procesos de calidad que ya se encuentran ampliamente implantados en el seno de muchas Administraciones Públicas.

No olvidemos tampoco la virtualidad de la potestad normativa local, cuya reglamentación permite convertir en norma muchas de las recomendaciones que eran incorporadas desde los textos del buen gobierno corporativo.

Trascendental importancia para nuestro interés poseen los programas de *Compliance* (65), muy vinculados a las políticas de integridad institucional (66) y donde en su aplicación al ámbito local, entre otras cuestiones, se defiende la existencia dentro de las sociedades de una figura responsable encargada de llevar a cabo la doble labor que se les otorga a estos programas, es decir, la mejora continua de la capacitación del personal y sus procesos, por un lado, y la supervisión de sus comportamientos ajustados a la normativa vigente, por otro.

Sobre el contenido sustancial de los programas propiamente dichos y tomando como base los modelos de *Compliance* del orden penal, cabe mencionar que deberán recoger, como poco, los siguientes aspectos en consonancia con lo apreciado por CAMPOS ACUÑA (67) para la gestión pública local:

- Detección de posibles riesgos o áreas de debilidad reflejados de una manera sistemática.
- Clara delimitación de los procesos de toma de decisión para facilitar la comprobación del nivel de cumplimiento.
- Encauzar y proteger adecuadamente la posibilidad del *whistle-blower* o denunciante de buena fe ante la advertencia de irregularidades o incumplimientos.
- Previsión de un sistema sancionador frente a posibles incumplimientos.
- Sistemas de revisión periódica y verificación continua del programa para su actualización y ajuste permanente.

(64) Vid. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., «Sociedad mercantil local: el nuevo marco...», *op. cit.*, pág. 130.

(65) Cfr. en este sentido, el Informe Núm. 1398 de 29 de octubre de 2020 del Tribunal de Cuentas, de Fiscalización del grado de implementación de los modelos de prevención de delitos y de comportamientos contrarios a la ética en las Sociedades Mercantiles Estatales en el ejercicio 2018. URL: <https://www.tcu.es/repositorio/ebb28a45-7bff-4bd2-b6d7-3ad1bcabda15/11398.pdf>

(66) Vid. ARAGÓN ROMÁN, A., «Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local «Local Public Compliance», en *Revista digital CEMCI*, núm. 42, abril-junio de 2019, págs. 1-2.

(67) Vid. CAMPOS ACUÑA, C., «Funcionarios de Habilitación Nacional y *Compliance* en el empleo público local. ¿Una oportunidad de colaboración o una contradicción legal?», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V, Sección A Fondo, Edit. Wolters Kluwer, noviembre de 2019, págs. 9-10.

En lo que a control externo se refiere, debemos resaltar el destacado papel que ocupa en este sentido el derecho a la información. La información, su publicidad y la transparencia llenan un espacio primordial en la práctica de un buen gobierno corporativo y entendemos que su amplia regulación en el ámbito mercantil inunda las posibles limitaciones que una normativa administrativa obsoleta en lo que al régimen de la sociedad local respecta pudiera encontrar, más si cabe si tenemos en cuenta la vis expansiva que tiene actualmente el concepto de transparencia y de participación ciudadana en los asuntos públicos.

Esta transparencia, coronada actualmente en el ámbito del Derecho público por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, representa un perfecto exponente de la preocupación cada vez mayor del poder público por acercar la gestión y la actividad pública al ciudadano y en la misma se pueden observar perfectamente las obligaciones de transparencia que incumben a las sociedades mercantiles del sector público.

Así lo reconocía la OCDE cuando afirmaba que «la transparencia es un concepto relacionado con la posibilidad de que la información real de una empresa, gobierno u organización puede ser consultada por los diferentes sujetos afectados por ella, de tal modo que éstos pueden tomar decisiones con conocimiento de causa y sin asimetría de información» (68).

No podemos terminar esta caracterización generalista del control societario local sin una cita a la función fiscalizadora realizada, también de manera externa, por el Tribunal de Cuentas, así como al destacado papel que cumple en este cometido la introducción progresiva de las nuevas tecnologías como fuente de información.

Como señala ALONSO ALMEIDA «El uso de la tecnología de Internet permite a las empresas poner un gran volumen de información a disposición de los terceros interesados en cualquier parte del mundo, con un bajo coste. Pero lo que es más importante, puede restablecer la confianza perdida en la empresa y sus órganos de gobierno» (69).

VI. La responsabilidad social corporativa

En este último apartado queremos hacernos eco de manera tangencial a la cuestión relativa a la responsabilidad dimanante de la gobernanza en

(68) Vid. PERRAMON, J., «La transparencia: concepto, evolución y retos actuales», en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 16, 2013, pág. 12.

(69) Vid. ALONSO ALMEIDA, M.M., *El gobierno corporativo electrónico. Análisis desde el enfoque de confianza*, Edit. Visión Libros, Madrid, 2007.

las sociedades públicas locales. Y es que la reputación o la credibilidad en el sector público se encuentra siempre en el punto de mira; la sociedad compleja de nuestros días enfocada en la satisfacción de intereses cada vez más fragmentados e individualistas somete a los poderes públicos a tensiones novedosas tanto en materia de gestión como de prestación de servicios públicos.

La idea fundamental que subyace tras la exigencia de una gestión responsable tiene que ver con el compromiso ético y de sensatez en la aplicación de las políticas de empresa que trasciende del mero cumplimiento de las obligaciones legales vigentes y que adquiere su máxima expresión con el referido fenómeno de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) (70).

Es posible afirmar que el buen gobierno corporativo y la RSC son dos conceptos mutuamente relacionados; dice LIZCANO ÁLVAREZ al respecto que «el buen gobierno entra dentro de la responsabilidad social de las organizaciones, o, dicho de otra forma, se es socialmente responsable aplicando un buen gobierno» (71).

Un estudio agregado de la RSC con las políticas de buen gobierno nos ha permitido llegar a ciertas conclusiones sobre esta cuestión, las cuales, de forma muy sucinta podrían concretarse en: 1.º destacar la importancia que poseen todos los grupos de interés a la hora de valorar la gestión social; 2.º la necesidad de introducir políticas de gestión sostenibles y 3.º un establecimiento de procesos de gobierno transparentes.

Y es que sobre estas cuestiones el buen gobierno tiene mucho que decir y no son pocos los textos de gobierno corporativo en los que se aboga por la implantación de estas políticas de corresponsabilidad (72).

(70) A modo exclusivamente ejemplificativo, una de las muchas definiciones que se ofrecen de la RSC fue la aportada por la Comisión Europea en su Comunicación COM (2011) 681 final, sobre responsabilidad social de las empresas, cuyo apartado 3.1 señalaba que «para asumir plenamente su responsabilidad social, las empresas deben aplicar, en estrecha colaboración con las partes interesadas, un proceso destinado a integrar las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y su estrategia básica, a fin de maximizar la creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio; así como para identificar, prevenir y atenuar sus posibles consecuencias adversas».

(71) Vid. LIZCANO ÁLVAREZ, J.L., «Buen gobierno y responsabilidad social corporativa», en *Partida Doble*, núm. 182, Sección artículos, noviembre 2006. Edit. Especial directivos, LA LEY 7677/2008, pág. 1. Esta relación bilateral también fue apreciada por la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA) cuando afirmaba que «el gobierno corporativo socialmente responsable busca la satisfacción no sólo de los accionistas, sino de los grupos de interés, asegurando el diálogo y el establecimiento de relaciones con todas las partes. Su objetivo es asociar la creación de valor económico con el compromiso social de la actividad empresarial»; véase en «Marco conceptual de la RSC», AECA, Comisión de Responsabilidad Social corporativa, diciembre de 2003, pág. 23.

(72) Entre los más recientes, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CBGSC) en su versión de 2015 que dedica a la RSC varias de sus recomendaciones.

La propia Administración Pública viene introduciendo medidas y políticas de responsabilidad social no solo desde un punto de vista normativo regulador, sino con acciones concretas de colaboración, de apoyo institucional y de fomento o promoción de actividades socialmente responsables (73).

En lo que a nuestra sociedad local se refiere, hemos podido corroborar como existen al alcance de la mano posibilidades para implementar determinadas políticas sociales dentro de este ámbito, fundamentalmente a través de los estatutos sociales correspondientes, pero también en otras manifestaciones de su actividad donde es posible comprobar como el Derecho público favorece este tipo de políticas socialmente responsables, desde la facultad más primaria como es la potestad normativa (74) hasta las aplicaciones sectoriales de las normas que regulan la materia de contratación pública o de transparencia.

En cualquier caso, y concluyendo, consideramos viable e incluso recomendable que esta preocupación por el interés de todos los sujetos que se vean afectados por la gestión de la sociedad pública local se traduzca en la instauración real de mecanismos específicos para la gestión de estas políticas de responsabilidad social, y en ello adquiere una prominente relevancia la utilización de los recursos y propuestas que nos ofrece el gobierno corporativo.

VII. Bibliografía

- ALFARO AGUILA-REAL, J., «Posición orgánica, contrato de administración y mandato colectivo», en *Almacén de Derecho*, Derecho Mercantil, Lecciones, 2018.
- ALONSO ALMEIDA, M.M., *El gobierno corporativo electrónico. Análisis desde el enfoque de confianza*, Edit. Visión Libros, Madrid, 2007.
- ALONSO UREBA, A., *La Empresa Pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1985.

(73) Cfr. «Estudio sobre el estado de la Responsabilidad Social en las empresas públicas», publicado por FORETICA en 2016.

(74) Pues, como señala LÓPEZ DONARIE, aunque la RSC suele aludir más a compromisos voluntarios de cumplimiento en los ámbitos social, económico o medioambiental por parte de la Administración que suelen exceder del estricto seguimiento normativo, si estos sujetos de derecho no cumplieren las previsiones legales mínimas establecidas por estas leyes respecto a su responsabilidad en el ejercicio de su facultad normativa, si no justificaran esa actividad en función de un coste/beneficio, si no fueran conscientes de las limitaciones y sus posibles implicaciones en el contexto socioeconómico en que deben aplicarse, dichos poderes públicos aparecerían ante la opinión pública como unos auténticos incumplidores. Vid. LÓPEZ DONAIRE, B., «Análisis sobre las novedades introducidas en las Leyes 39/2015 y 40/2015 para mejorar la calidad de las normas. ¿Quién lleva a cabo la evaluación? Reflexiones sobre formas posibles de evaluación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, Sección Actualidad, mayo de 2017, Edit. Wolters Kluwer, págs. 1 y 4.

- ARAGÓN ROMÁN, A., «Guía práctica para la implantación de un sistema de prevención de riesgos jurídicos y administrativos en el sector público local «Local Public Compliance», en *Revista digital CEMCI*, núm. 42, abril-junio de 2019.
- ARANA GARCÍA, E., *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.
- ARENAS ALEGRÍA, C., «Las Sociedades Públicas, régimen jurídico y replanteamiento actual», en VV.AA., *El sector público económico de ámbito estatal: su régimen jurídico y realidad actual*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013.
- ARGIMÓN, I.; ARTOLA, C., GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., *Empresa Pública y Empresa Privada: Titularidad y eficiencia relativa*, en *Banco de España-Servicio de Estudios*, Madrid, 1997.
- CADBURY, Sir A., prólogo a *Corporate Governance and Development*, Foro Mundial sobre Gobierno Corporativo, Focus 1, 2003.
- CAMPOS ACUÑA, C., «Funcionarios de Habilitación Nacional y Compliance en el empleo público local. ¿Una oportunidad de colaboración o una contradicción legal?», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. V, Sección A Fondo, Edit. Wolters Kluwer, noviembre 2019.
- DEL VAL TALENS, P., «Los consejeros independientes ante el activismo accionario», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136/2014, parte crónica, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. y RODRÍGUEZ-CHÁVEZ MIMBRERO, B., *El régimen de constitución, organización y contratación de las sociedades mercantiles locales*, Edit. El consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ IZQUIERDO, M.A. *et al.*, «El gobierno corporativo como motor de la responsabilidad social corporativa», en *Colección Economía y Gestión*, núm. 8, Edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I, 2010.
- GARNACHO CABANILLAS, L., «Deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018, parte Estudios, Edit. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- GARRIGUES WALKER, A. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «El gobierno de las sociedades: un punto de vista jurídico», *Círculo de empresarios, Boletín 62*, «Los Consejos de Administración españoles en una economía globalizada», Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. y DORREGO DE CARLOS, A., «El sistema español de gobierno corporativo», en *Diario La Ley*, núm. 1, Sección Temas de hoy, 2.º trimestre de 2005, LA LEY 846/2005.
- HERNÁNDEZ CUADRA, E., «Los tres retos de la empresa pública con el compliance», en *Revista Compromiso Empresarial*, junio de 2017.
- HIERRO ANIBARRO, S. (Dir.) *et al.*, «Gobierno corporativo en sociedades no cotizadas», Edit. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- LIZCANO ÁLVAREZ, J.L., «Buen gobierno y responsabilidad social corporativa», en *Partida Doble*, núm. 182, Sección artículos, noviembre de 2006. Edit. Especial directivos, LA LEY 7677/2008.

- LÓPEZ DONAIRE, B., «Análisis sobre las novedades introducidas en las leyes 39/2015 y 40/2015 para mejorar la calidad de las normas. ¿Quién lleva a cabo la evaluación? Reflexiones sobre formas posibles de evaluación», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, Sección Actualidad, Edit. Wolters Kluwer, mayo 2017.
- MARÍ FARINÓS, J., «Del Gobierno de las personas al buen gobierno: caminando hacia el nuevo contrato social», en *Diario La Ley*, núm. 8977, Sección Tribuna, mayo 2017, Edit. Wolters Kluwer, LA LEY 4730/2017.
- MARTÍN GONZÁLEZ, M., «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967.
- MATEU DE ROS, R., «Buen Gobierno y Sociedades Mercantiles Estatales. La aplicación de los principios de Buen Gobierno Corporativo a las Sociedades Mercantiles Estatales y otras Entidades Públicas», en *Investigaciones y publicaciones del Centro de Gobierno Corporativo*, 2010.
- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., «Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal», en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 35, junio de 2014.
- MUÑOZ GIL, C., «Responsabilidad de los administradores de derecho y de hecho de las sociedades públicas (1)», en *Diario La Ley*, núm. 8371, Sección Doctrina, 2014, LA LEY 4974/2014.
- OLCESE SANTONJA, A., «Situación del Gobierno Corporativo en España», en *Diario La Ley*, núm. 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre de 2005, LA LEY 811/2005.
- OLIVENCIA RUIZ, M., «El sistema de Gobierno Corporativo. Situación actual y nuevas perspectivas», en *Diario La Ley*, núm. 1, Sección Temas de hoy, Segundo trimestre 2005, Ref. D-145, LA LEY 813/2005.
- ORTUÑO PÉREZ, M.E., *La empresa pública en forma privada: Antecedentes romanos y un apunte histórico en la legislación de régimen local preconstitucional en España*, Edit. Dykinson, Madrid, 2017.
- PERDICES HUETOS, A. y RIAÑO LÓPEZ, D., «El gobierno corporativo en España», en *Ética empresarial y Códigos de Conducta*, Edición 1.ª, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, LA LEY 15104/2011.
- PERRAMON, J., «La transparencia: concepto, evolución y retos actuales», en *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol. 16, 2013.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La propuesta de generalización del voto divergente», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2015.

Bibliografía

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María (2019): *Vox populi: consultas populares y procesos participativos*. Thomson Reuters-Aranzadi.

I

En el *Curso de Derecho Administrativo* de los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ aprendimos la distinción, que se ha hecho clásica, entre la participación orgánica, funcional y cooperativa de los ciudadanos en la Administración Pública. Esta *summa divisio* iba a ser desarrollada y expandida por los diferentes trabajos al respecto del profesor SÁNCHEZ MORÓN. Al lado de esta luz conceptual, el profesor Alejandro NIETO nos había avisado de los riesgos de la participación con su famosa alusión a la «participación-botín».

Ahora bien, antes de seguir debemos apuntar que, en gran medida, la cuestión participativa se había afrontado dentro de un cauce estrecho influido por un implacable Derecho positivo y por ideas añejas y resistentes. Así, en primer lugar, el indiscutible señorío de la democracia representativa, con pedestal asegurado en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Aparte de este pódium jurídico, siempre me ha llamado la atención el argumento clásico en favor de esta democracia indirecta: el tiempo libre que deja en manos de los ciudadanos para que estos se dediquen a las cuestiones de su existencia per-

sonal inmediata (su familia y su profesión, sus amigos y las gentes que les rodean, su formación, su entretenimiento o su tedio y sus libérrimas formas de contemplar la vida). Alguien ha de asumir, no obstante, la pesada gestión de lo colectivo y, en la sólida tradición del mandato civil, nombramos como representantes a los dirigentes y autoridades políticas. El art. 23.1 de la Constitución se refiere expresamente al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de tales representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Sin embargo, una marea de preocupación por lo colectivo — más o menos alta, según el momento — exige otras maneras de intervenir en lo político.

Para empezar, hay que recordar que el ordenamiento no se cierra en banda, como sabemos, a la democracia directa, a la decisión tomada ya sin mediación representativa. Algunos de sus instrumentos fueron acogidos en la Constitución. En concreto, el régimen de concejo abierto (art. 140), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3) y las distintas modalidades de referéndum (art. 92.1 junto a las demás referencias contempladas por la Norma Suprema). De la lectura de estos preceptos se deduce que la democracia directa presenta un punto de excepcionalidad o de solemnidad, ya que queda reservada para las definiciones culminantes (por ejemplo, los referendums de reforma constitucional o estatutaria) o para experimentos singulares configurados con intensas restricciones (me refiero aquí a la ini-

ciativa legislativa popular e incluso al concejo abierto).

Sin embargo, parece que todo lo anterior es insuficiente y algunos acontecimientos recientes y ciertas doctrinas organizativas nos han hecho volver la mirada hacia otras fórmulas de conexión entre administrados y poder público. Se habla en esa línea de renovar el arsenal ya descrito de la democracia directa y de la indirecta y, sobre todo, de esculpir un *tertium genus* denominado «democracia participativa». El tema ha sido estudiado recientemente por CARMONA GARIAS, en su monografía *Democracia y gobierno abierto. Una nueva cultura administrativa*(1). Esta autora señala entre los principales motores del debate el aumento de la corrupción y las movilizaciones contrarias a la partitocracia (2). Ello ha dado lugar a una crisis más amplia de legitimación y a lo que VILLASANTE llamó en su día la «participación por irrupción» (3).

Por supuesto, no todo son diamantes en este universo que hemos empezado a transitar. De hecho, ha sido tradicional la formación de grupos que se especializan en la práctica participativa y que consiguen monopolizarla de facto (o que son, en realidad, correas de transmisión

más o menos ocultas o más o menos dependientes de los partidos políticos, con lo cual sería más transparente y barato permanecer en las aguas de la denostada democracia representativa).

II

Los profesores FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, que ya llevan bastantes años trabajando por separado diversos temas sobre participación ciudadana y transparencia administrativa, se han atrevido a recorrer el agreste camino del Derecho positivo de las consultas populares y de los procesos participativos. Exploramos una comarca normativa de configuración legal que ha sido arada principalmente por la legislación de ciertas Comunidades Autónomas. Se alejan, pues, estos autores, del precitado estudio de CARMONA GARIAS, que ha optado por una reflexión muy influida por la ciencia política y que ha ido a parar a la refulgente (pero aún inédita) sala del gobierno abierto (*Open Government*).

La monografía que comentamos se enfrenta, pues, con la norma ya impresa en los boletines oficiales. Justamente en ellos ha encontrado dos profundas canteras:

- En primer lugar, la institución de la consulta popular.
- En segundo lugar, la inmensa paño-plia —poco trabajada aún en nuestra disciplina como conjunto global— de los procesos e instrumentos participativos.

(1) CARMONA GARIAS, S., *Democracia y gobierno abierto. una nueva cultura administrativa* McGraw Hill, Madrid, 2019.

(2) CARMONA GARIAS, *op. cit.*, págs. 28 a 34.

(3) VILLASANTE, Tomás R., *Comunidades locales, movimientos sociales y alternativas*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, págs. 243-247

III

Vayamos a lo primero, a la consulta popular. Después de un importante epígrafe introductorio (muy clarificador conceptualmente) sobre la noción constitucional de consulta, los autores entran en una institución específica: la consulta popular municipal referendaria. Obsérvese, por tanto, que este libro no trata de las consultas populares expresamente contempladas en la Norma Suprema. Por el contrario, baja un escalón y entra en el terreno de la democracia directa y de la democracia participativa construidas por el legislador ordinario.

La consulta popular municipal referendaria se incluye dentro del gran *genus* de los referéndums, pero pronto empieza a mostrar singularidades. En primer lugar, debemos insistir en que no se trata de una de las modalidades de referéndum expresamente previstas en la Constitución y a las que el art. 92.3 CE reserva su regulación a la Ley Orgánica. A este respecto, la disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las distintas modalidades de referéndum, dispone que sus disposiciones «no alcancen en su regulación a las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».

Nos hallamos, por tanto, ante una materia situada en el marco del régimen local. Ello permite a los autores describir la regulación estatal y, también, los preceptos que nacen de las Comunidades Autónomas e incluso de la normativa local. Por lo que respecta a la primera —las bases estatales—, ha demostrado ser en la práctica enormemente restrictiva, sobre todo por la exigencia de autorización del Gobierno de la Nación. Ahora bien, incluso con esos mimbres, lo cierto es que algunas Comunidades Autónomas han desarrollado sus posibilidades (en concreto, Andalucía, Navarra, Cataluña e Islas Baleares).

El libro recoge exhaustivamente toda la articulación de esta consulta municipal referendaria, definiendo su objeto y límites, la iniciativa para impulsarla, la aprobación por el ayuntamiento y la autorización gubernamental, así como su convocatoria y organización. No eluden los autores los puntos de fricción. Por ejemplo, la hipótesis —si así lo dispone la norma autonómica— de que la consulta sea vinculante. En efecto, consideran los autores que el art. 71 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) no se pronuncia expresamente sobre los efectos de la consulta popular. Por otra parte, es verdad el art. 69.2 LRBRL determina que «las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la ley».

Ahora bien, los autores sostienen que esta regla se dirige a las Corporaciones Locales, como límite a su autonomía organizativa, pero no alcanza a la legislación autonómica.

Sin embargo, el explícito carácter vinculante no podría imponerse sin el respeto de dos premisas: sólo tendrán derecho a participar en la consulta las personas con derecho de sufragio activo en las elecciones municipales y, además, ha de asumir su organización la administración electoral (para asegurar la neutralidad y la independencia). La opción por esta eficacia reforzada, por cierto, da pie a nuevos interrogantes —porcentajes de participación, repetición del referéndum, etc.— que los autores plantean agudamente. Queda claro, no obstante, que un simple reglamento municipal de participación ciudadana no puede arrogarse la imposición de dicho carácter vinculante.

IV

El segundo capítulo de la monografía recoge una herramienta que ha acabado teniendo un rostro extraño: la consulta popular no referendaria mediante votación. Y decimos que es extraño porque el Tribunal Constitucional ha pulido sus contornos, ha eliminado las consultas de carácter general y sólo ha dejado en pie las sectoriales. Es aquí, por tanto, donde nos movemos y donde los autores enfocan su análisis.

El decreto de convocatoria de la consulta popular no referendaria fija

—sin mengua del principio de igualdad y no discriminación— las personas que pueden participar, en función del ámbito territorial y de los intereses afectados directamente por el objeto de la pregunta. Es decir, el asunto ha de ser de interés público, pero sólo es llamado a votar un conjunto definido por una determinada circunstancia personal. Suele aludirse aquí a las franjas de edad, aunque también podría tenerse en cuenta, por ejemplo, la categoría sexual para cuestiones de género. Mayores problemas presentaría una acotación territorial de los votantes, que fácilmente podría ser considerada como exclusión injusta para el resto de residentes en la circunscripción (ya fuese local o autonómica).

Pese a la dificultad conceptual reseñada, lo cierto es que diversas comunidades autónomas se han atrevido con la arquitectura de estas consultas y las han regulado tanto a nivel autonómico como, en algunos casos, en el nivel local. Es ahí donde puede incidir, por cierto, la norma local contenida en los reglamentos de participación ciudadana.

Igual que ya hicieron con las consultas municipales referendarias, los autores profundizan en el océano del régimen jurídico de estas consultas populares que no alcanzan el grado de referéndum y que no constituyen, en consecuencia, un llamamiento al cuerpo electoral. Así, se examinan sus elementos y límites materiales, la iniciativa para su realización, la convocatoria y la organización. Llama la atención, por cierto, la posibilidad de que participen personas

que van más allá del estricto cuerpo electoral (por ejemplo, extranjeros o menores de edad).

V

El tercer y último capítulo se destina a los procesos e instrumentos participativos. En este caso, la ventaja radica en una mayor flexibilidad en el entramado normativo, lo cual da lugar a un florido menú de utensilios. Antes de estudiarlos, los autores tienen el acierto de ilustrarnos sobre algunos derechos conectados con estos mecanismos. Por ejemplo, el derecho a la información, el derecho a recabar la colaboración de la Administración o el derecho a la iniciativa para promoverlos.

Los ejemplos, como ya he anticipado, son múltiples, aunque el libro se encarga de clasificarlos y de precisar sus características distintivas. Creo que ese es uno de los grandes méritos del estudio, ya que se observa una tendencia a crear muchas y muy variadas fórmulas, que parecen a menudo los mismos perros con distintos collares (si se me permite la expresión). Así, se nos habla en primer lugar de los procesos participativos, que incluyen las modalidades del proceso deliberativo y del ya famoso presupuesto participativo. Posteriormente, se nos informa del abigarrado conjunto de los instrumentos de participación ciudadana: audiencias públicas, encuestas, foros de participación, paneles ciudadanos y Jurados ciudadanos. Es interesante observar que los intervinientes reales o potenciales en estos ritos pue-

den ser todos los ciudadanos, colectivos específicos, expertos, entidades ciudadanas e incluso, en algún caso, personas elegidas por sorteo o por votación democrática entre los previamente inscritos en un registro o censo.

Es verdad que los resultados de todos estos trámites no son vinculantes, pero los autores indagan en otros efectos que sí concede el ordenamiento jurídico. Incluso, llegan a plantear la posibilidad de que exista en el futuro un régimen sancionador aplicable a estos mecanismos (por ejemplo, cuando una persona no acuda a las sesiones estipuladas o cuando se falsifiquen las firmas de los promotores).

Por otra parte, llama la atención la aparición en varios momentos del libro (tanto respecto a la consulta popular no referendaria como respecto a los procesos e instrumentos participativos que ahora comentamos) de la figura del registro de participación, un elemento sinuoso que debe enfocarse como herramienta para facilitar la consulta o foro, pero no como un obstáculo para impedir la presencia de los no inscritos. Los autores discuten además la posibilidad, articulada por la Ley 10/2019, de la Comunidad de Madrid, de que el registro implique también un compromiso de participación y colaboración. Conviene añadir, por cierto, que suele preverse la inscripción registral tanto de personas físicas como de personas jurídicas.

El libro disfruta de una ventaja abrumadora respecto a otros estu-

dios sobre el tema: da por supuesta la retórica participativa que hoy es ya un lugar común y se ensucia las manos con las cuestiones concretas que una Administración Pública ha de afrontar ante una consulta popular o ante un instrumento participativo: cuál ha de ser su objeto, qué pasos han de seguirse, qué conflictos concretos aparecen en el iter organizativo, cuál es exactamente la modalidad que debemos (o queremos) ejecutar, cuáles son los derechos y deberes de ciudadanos y administraciones, cuáles son sus efectos, etc. Esta voluntad de ataque pormenorizado se manifiesta a lo largo de todo el texto y no se escabulle el bulto para afrontar temas como —por ejemplo— las papeletas, las actas, el voto electrónico o anticipado o el escrutinio de las consultas ni —con la misma voluntad agotadora— la iniciativa, los gastos generados o las técnicas de fomento que exciten la dinámica participativa. Del mismo modo, se le proporcionan al lector tres interesantes anexos, que incluyen la normativa autonómica, relevantes reglamentos locales en la materia y un completísimo listado de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

El futuro de las sociedades occidentales se ha inundado de incertidumbre. Un problema sanitario de extraordinaria magnitud ha provocado un enorme golpe económico y ha hecho temblar las estructuras jurídicas y políticas. Se observa a la vez un repliegue individualista —«sálvese quien pueda»— y una reclamación generalizada de información y

transparencia. A medida que la crisis vaya abriendo grietas, las decisiones sobre las cosas del común serán más discutidas y, probablemente, el marco será más tenso. En este contexto, el libro que aquí he comentado va a ser una aportación imprescindible, no sólo para el necesario debate teórico, sino para que una concreta autoridad pública, una asociación o un puñado de ciudadanos se dispongan a levantar el entramado de la solemne ceremonia participativa.

JOAN AMENÓS ÁLAMO

Universidad Autónoma de
Barcelona.

joan.amenos@uab.cat

ORCID: 0000-0002-5957-4338

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.11>

GARRIDO JUNCAL, Andrea: *Los servicios sociales en el siglo XXI: nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020. 313 págs.

La obra «Los servicios sociales en el siglo XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación» contribuye al tratamiento jurídico de un servicio público que no ha sido objeto del merecido estudio en las últimas décadas, por ello resulta de tanto interés el estudio exhaustivo y sistemático elaborado por la Dra. Andrea Garrido Juncal, deteniéndonos ahora brevemente en la estructura de su argumentación.

En el primer capítulo, titulado «La evolución histórica y la situación actual de los servicios sociales», el esfuerzo de la profesora Garrido se centra en esclarecer cómo los poderes públicos han ido progresivamente implicándose en la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables. Este mayor compromiso ha tenido su reflejo, de manera paulatina, en la normativa y se ha materializado, de manera vigorosa, tras la aprobación de la Constitución Española, la irrupción del Estado autonómico y en épocas de crecimiento económico. A pesar de que en la actualidad es indiscutible que la igualdad o la solidaridad, por ejemplo, son principios asumidos en nuestro ordenamiento jurídico, su cumplimiento efectivo ha sido objeto de incontables polémicas. Uno de los objetivos principales de los servicios sociales es reducir las desigualdades sociales, las cuales pueden tener un origen distinto o ser más acentuadas en función del territorio al que nos estemos refiriendo. Desde ese punto de vista, parece lógico que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en esta materia y que, en base a la misma, hayan optado también por reconocer funciones en este campo a los entes locales. Es indudable que la cercanía permite conocer a la población y adaptar mejor las prestaciones a sus necesidades, aunque la realidad nos demuestra que, a veces, las diferencias en los servicios ofertados no se apoyan tanto en especificidades de los colectivos a los que van dirigidos, como en el presupuesto que cada Administración disponga en ese momento o en la vo-

luntad caprichosa del gobernante de turno por aplicar correctamente las normas o mejorar día a día los servicios. En definitiva, la obra incita a la reflexión sobre el valor de las disposiciones jurídicas en este ámbito o sobre el impacto de la descentralización administrativa en la atención de los más desfavorecidos.

En el segundo capítulo «El concepto y la naturaleza jurídica de los servicios sociales», Garrido Juncal describe de un modo claro y didáctico, pero sin merma de rigor y precisión, qué son los servicios sociales y además clarifica cuál es su naturaleza jurídica. Se trata de un capítulo extenso, pero amable a la lectura y que alcanza con creces su intención, que es la de identificar el lenguaje más correcto para referirse a estos servicios, así como los criterios a partir de los cuales cabría ajustar una clasificación de éstos. En esta monografía los servicios sociales se describen desde tres perspectivas. De esta forma, en primer lugar, atendiendo a su contenido, se diferencia entre prestaciones técnicas, tecnológicas y económicas. En segundo lugar, en función de su configuración como derecho subjetivo, se distingue entre prestaciones garantizadas y no garantizadas. Y en tercer y último lugar, en base a la participación del beneficiario en el coste de las mismas, otra clasificación posible es la de prestaciones sujetas a copago y prestaciones gratuitas. A partir de las distintas clasificaciones apuntadas, se van poniendo sobre la mesa cuestiones que han suscitado una fuerte controversia, como, por ejemplo, la exigencia del pago de prestaciones

patrimoniales de carácter público no tributario por parte de los usuarios de estos servicios.

En el capítulo tercero, al hilo de la exposición de los puntos débiles del marco jurídico de los servicios sociales, el libro recopila algunas de las fórmulas con las que se ha intentado blindar el Estado social, como la defensa cruzada de derechos, la irreversibilidad de las conquistas sociales o la inclusión de un catálogo de derechos en los Estatutos de Autonomía. Asimismo, en esta parte de la obra se hace eco de un acontecimiento normativo de primera magnitud, la revisión del régimen competencial de las entidades locales de la LBRL como consecuencia de la aprobación de la LRSAL. Si bien el Tribunal Constitucional terminó recordando al Estado que no disponía de título competencial alguno para alterar las leyes autonómicas de servicios sociales que atribuían a los municipios competencias propias sobre esta materia (STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016), las discusiones no han cesado y como prueba más evidente podemos nombrar la reciente Sentencia 82/2020, de 15 de julio de 2020, en la que se avala que una ley autonómica pueda imponer a sus diputaciones provinciales que aborden ciertas actuaciones en materia de servicios sociales siempre y cuando se acaten determinadas condiciones. La mencionada sentencia declara la constitucionalidad de algunos preceptos impugnados de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de la Generalitat, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, mientras que afirma la inconstitucionalidad

de otros porque infringen la autonomía local. Esta monografía contribuye a delimitar el escenario en el que las Comunidades Autónomas y el Estado pueden ejercer su potestad legislativa, evitando los conflictos competenciales que no deja de ser sorprendente que sigan vigentes cuando no ha transcurrido tanto tiempo desde los pronunciamientos del TC relativos a la LRSAL.

Como elemento de cierre, el cuarto capítulo se ocupa de «El concierto en la gestión de los servicios sociales». Después de una cuidada exposición de la evolución histórica del concierto, la profesora Andrea Garrido da cuenta de la entrada en vigor de la llamada cuarta generación de Directivas sobre contratación pública como el punto de inflexión que provocó que el concierto dejara de regularse definitivamente en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En ese contexto las Comunidades Autónomas han regulado la prestación indirecta de los servicios sociales al margen de las diversas formas de contratación, pues bien, el libro que presentamos profundiza de forma sagaz en estos cambios del ordenamiento jurídico. El propósito que se persigue aquí es precisamente uno de los alicientes más interesantes de la obra recensada, descubrir si el concierto diseñado por la normativa autonómica puede catalogarse como un contrato, un convenio, una subvención

o, por el contrario, estamos ante una nueva modalidad de gestión. La falta de estudio sobre la cuestión desde el punto de vista de Derecho tiene como consecuencia la duda de si la solución de equiparar el concierto como un instrumento no contractual resulta suficiente para ofrecer un tratamiento favorable al tercer sector frente a las entidades con ánimo de lucro, comprometiendo los principios de concurrencia o el de igualdad entre proveedores. Tras ordenar, resumir y someter a crítica muchas de las especialidades del régimen jurídico del concierto, se extrae la conclusión de que éstas se han justificado en la medida que contribuyen a que los servicios sociales se presten con mayor calidad; sin embargo, es posible que esto no sea argumento sólido como muy bien advierte la autora, siendo una señal el actual acuerdo de elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el decreto del Consell 181/2017, de 17 de noviembre de 2017, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales por unidades de iniciativa social como fundaciones, organizaciones de voluntariado, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana admite, de esta forma, la necesidad de recabar la interpretación de la institución judicial europea, a fin de determinar si una norma, que permite a la Administración autonómica y las administraciones locales adjudicar la prestación de toda suerte de servicios sociales a entidades sin

ánimo de lucro, con la consiguiente exclusión de esa acción concertada de empresas como potenciales presatarias, se ajusta al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a las Directivas sobre contratación pública.

CLAUDIA HERNÁNDEZ LÓPEZ

Prof.^a Dra. de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna
chernanl@ull.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.12>

SIMOU, Sofía: *Derecho local del cambio climático*. Marcial Pons, Madrid, 2020. 492 págs. ISBN 978-84-9123-759-4

El cambio climático es uno de los temas transversales que ocupa las agendas políticas, académicas y sociales de muchos países. Naciones Unidas señala que existe una diferencia creciente entre la senda real de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y las obligaciones asumidas por los Estados Parte con el Acuerdo de París de 2015 sobre cambio climático. En este mismo sentido, el 29 de mayo de 2020, el Congreso de los Diputados remitía a las Cortes el Proyecto de Ley de cambio climático y transición energética. Precisamente, el artículo 1 —Objeto de la Ley— señala que es necesario «asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, adoptado el 12 de diciembre de 2015, firmado por

España el 22 de abril de 2016 [...] y facilitar la *descarbonización* de la economía española, de modo que se garantice el uso racional y solidario de nuestros recursos; promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente».

Cabe otrosí mencionar que precisamente la actual pandemia debida a la COVID-19 sienta una de las bases para captar los fondos europeos necesarios para la denominada «transición verde» que desde luego deberá considerar el cambio climático como uno de sus ejes vertebradores. El reto es enorme. Las instituciones deberán cerciorarse de que sus políticas se dirijan hacia un cambio de paradigma en el tratamiento del medio ambiente y del cambio climático.

En esta senda, las Comunidades Autónomas se han anticipado al Ejecutivo central estableciendo su propia hoja de ruta con miras a los objetivos 2030.

De la misma forma las Administraciones locales participan activamente en este cambio de rumbo. Los Alcaldes y las Alcaldesas se convierten así en los intérpretes del cambio climático a nivel local. Es de ellos y de ellas la difícil tarea de entregar a las nuevas generaciones unas ciudades que, en los distintos sectores, hayan redundado en la mitigación del cambio climático.

Ciertamente la investigación, en todas sus disciplinas, no se queda

ajena al estudio del cambio climático y de sus efectos. No importa si la aproximación a esta materia llega a través de las ciencias exactas, abstractas o sociales. Lo que importa es que el cambio climático en todos sus aspectos, se convierte en el foco de atención de un gran número de investigadores e intelectuales.

Este antecedente parece obligado ya que el texto de Sofía Simou toma conciencia de los elementos que hemos intentado poner de manifiesto en esta premisa. Una cognición que, con sabiduría, la autora transporta a la realidad local. De esto nos relata el Profesor Francisco Velasco Caballero que en su brillante prólogo de la obra reseñada hace hincapié en la capacidad de la autora de desenvolverse entre cuestiones multidisciplinarias sin por eso perder la mira *iuspublicista* que la obra, jurídica, debía de mantener.

Ahora bien, parece necesaria una previa explicación acerca de la estructura de la obra. Debido a su extensión material y conceptual, la obra de Sofía Simou se desdobra sapientemente en dos partes que finalmente ofrecen al lector cierto orden durante la lectura. Así, tras el «Prólogo» (págs. 21-28) y una «Introducción» (págs. 29-45), existe una «Parte General» titulada «Fundamentos, herramientas y límites a la actividad local para la lucha contra el cambio climático», compuesta por cinco apartados (págs. 47-127) y una «Parte especial» que, sin identificar un título, se organiza en dos partes, referenciadas con las letras A y B. La letra A

(págs. 131-242), desarrolla un único capítulo organizado en apartados y subapartados. La letra B, a su vez, desarrolla tres capítulos estructurados en apartados y subapartados (págs. 243-468). Finalmente, la obra termina con la reseña bibliográfica que se extiende de la página 469 hasta la página 492.

Tras identificar los apartados y subapartados que componen la estructura descrita con una numeración arábiga clásica, la autora opta por un desarrollo de los conceptos mediante una numeración progresiva, en negrita (a través de números enteros) que finalmente esquematizan sus aportaciones en párrafos breves. Aunque no se trate de un sistema estilístico estructural común en las recientes monografías, en realidad, *a posteriori*, se agradece el uso de este formalismo ya que permite, por ejemplo, que el lector y sobre todo el investigador o investigadora pueda recopilar el dato que interesa otorgándole así mismo una ubicación exacta (por ejemplo, a modo de cita) al concepto que se quiera utilizar. En otras palabras, dentro de la parte correspondiente, el número entero permite situar precisamente el concepto que interesa (por ejemplo: en materia de «políticas públicas urbanísticas respetuosas con el clima», la autora introduce el concepto de «elección ecológica del lugar». Dicho concepto se encuentra en la página 143 de la obra reseñada, sin embargo, debido al uso de números enteros podemos ser más específicos y señalar que se halla en el número 26 de la misma página).

La estructura, en su conjunto, deja entrever un alcance bidireccional de la obra reseñada. Es a la vez una monografía y un manual didáctico-académico que precisamente por su estilo asiste a los estudiantes en la comprensión de cuestiones complejas.

Entrando en el *quid* de la reseña, debemos destacar, y de esto nos avisa la misma autora, que la obra reseñada identifica la culminación de la correspondiente Tesis Doctoral de la que trae su origen. Este dato, que reportamos por justicia académica, identifica la obra como un texto extremadamente actualizado y que tiene el propósito de convertirse en una referencia en materia de cambio climático en la realidad local.

La parte general de la obra se ocupa de identificar la definición de cambio climático, elemento portante de todo el trabajo. Así mismo cuestiona las políticas gubernamentales multinivel (internacional, europea, nacional, autonómica y local). Aunque los conceptos propuestos puedan ser considerados una etapa obligada en un trabajo de esta envergadura, en realidad la forma de aproximación parece interesante. No se trata de una mera recopilación, sino que el estudio aborda el cambio climático desde las normas existentes que finalmente necesitan de una interpretación atenta y extensiva. En este sentido, la autora hace referencia, por ejemplo, al artículo 45 de la Constitución Española. Esta norma, que reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las

personas, debe ser considerada en concordancia con las principales declaraciones, pactos y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así, entre otras, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 12) se convierte en una de las claves para entender el alcance del artículo 45 de la Constitución Española. Así mismo es necesario conocer los mecanismos internacionales de denuncia y protección del medioambiente para descifrar los elementos profundos de la norma constitucional que aparentemente no afronta el tema del cambio climático de la forma en la que estamos acostumbrados a tratarlo. En este mismo sentido, a nivel nacional, el tratamiento del medioambiente y por ende el cambio climático encuentran respaldo también en el Defensor del Pueblo que actúa como garante del artículo 45 CE o en la prohibición de aprobar Decretos Leyes que afecten el derecho a disfrutar de un medioambiente adecuado. En el ámbito autonómico, el tratamiento del cambio climático es, en la actualidad reciente, una prioridad. La autora nos da cuenta de esto introduciendo una tabla exhaustiva en materia de «Instrumentos de políticas autonómicas de cambio climático» (Tabla 2, pág. 68).

Naturalmente, la parte general de la obra se ocupa de la «Respuesta gubernativa a la problemática del cambio climático a nivel local». La participación de las Entidades Locales en la lucha contra el cambio climático es esperanzadora. La organización territorial propuesta

por el artículo 137 de la CE, reconoce un papel activo tanto a las Diputaciones como a los Municipios. Aunque la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, no reconoce fehacientemente a las Entidades Locales competencia en materia de políticas de cambio climático, es posible deducir que las normas autonómicas parecen tender la mano a las Entidades Locales. Es el caso de la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía. Señala el punto V.º de la Exposición de motivos de la ley andaluza: «El capítulo II está dedicado a los planes municipales contra el cambio climático, que constituyen instrumentos de planificación complementarios al Plan Andaluz de Acción por el Clima, todo ello en el ámbito de las competencias propias de los municipios». Parece claro el llamamiento a los artículos 25 y 26 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local en materia de competencias y prestaciones de servicios por parte de los municipios. En definitiva, se concreta una verdadera *ósmosis* jurídica que permite afirmar que los municipios, en el seno de sus competencias, pueden desarrollar políticas de cambio climático.

La parte especial (parte A) de la obra reseñada abre con una disquisición puntualizada sobre las «Políticas y técnicas jurídicas locales de ordenación urbanística: hacia un modelo de planteamiento urbanístico *filoclimático*». Resulta intere-

sante este aparente cambio de paradigma. Ahora, la atención de la autora se dirige al binomio cambio climático-urbanismo. Avisamos de que este cambio es solo aparente. En realidad, Sofía Simou estudia y critica los elementos típicos de la actividad urbanística como elemento esencial de las políticas locales de cambio climático. En otras palabras, la autora traslada al lector la idea que el urbanismo es una de las herramientas que colaboran con la lucha contra el cambio climático. Lo hace detenidamente en el apartado titulado «Políticas públicas para el establecimiento de un modelo urbanístico municipal respetuoso con el clima» (p. 136). Es aquí, en donde Sofía Simou aboga por una reversión de los modelos urbanísticos actuales a favor de modelos sostenibles. Compartimos esta visión. Se trata de proponer un nuevo enfoque de ocupación y distribución en el territorio urbano en el que las viviendas, equipamientos sociales, actividades e infraestructuras en general deberán considerar las características actuales y futuras del clima y los efectos que estas producen sobre el cambio climático. Un paradigma que modifica la estructura y el *metabolismo* urbano adaptándolo a las condiciones de constante cambio del clima. En definitiva, Sofía Simou *dibuja*, casi de forma arquitectónica, una nueva ciudad. En las páginas de la obra, el *pincel* de la autora proyecta nuevos espacios que aúnan características dinamizadoras: elementos «libres y zonas verdes» y nuevas formas de materializar infraestructuras, equi-

pamientos, servicios («Sistemas o redes generales y locales»). Así mismo, la autora replantea la forma de entender los aparcamientos o analiza las denominadas «Incentive zoning» que como señala —parafraseando J.C Jurgensmeyer y T.E. Roberts— consisten «en apremiar a ciertos propietarios/promotores a que se vinculen a proporcionar a un área ciertos espacios públicos o materializar beneficios de carácter público adquiriendo a cambio un *bonus* de densidad o intensidad edificatoria».

La parte B —según la organización anteriormente mencionada— se ocupa de un tema trascendental. La autora, sin perder de vista el planeamiento urbanístico, indaga acerca del derecho de propiedad. Se trata de un estudio que inicia poniendo el foco en el artículo 33 de la CE. Se nos avisa de la naturaleza compuesta de la norma y es a través de esta interpretación que Sofía Simou estudia lo que ella define como la «Reserva de ley flexibilizada/relativa» en materia de derecho de propiedad. En definitiva, así como lo indican distintas Sentencias del Tribunal Constitucional, el derecho de propiedad no es ilimitado. Así el suelo, por ejemplo, es objeto de un juicio de prevalencia y de proporcionalidad que deberá responder al interés general.

Precisamente este arquetipo, limitador de la propiedad privada, debe ser utilizado como instrumento de realización de la configuración *filoclimática* de la propiedad. Configuración de la que la autora dejó

precisamente constancia en un precedente trabajo titulado «La configuración filoclimática del derecho de propiedad» publicado en el número 3-2017 de Indret: Revista para el Análisis del Derecho.

La obra continúa desarrollándose a través del mismo hilo conductor. Ahora lo hace a través del tratamiento de la energía y de la energía renovable, asumiendo una vez más la importancia de las políticas locales en la materia. Sofía Simou resalta el valor de los instrumentos jurídico-locales en materia de energía con vistas a la reducción de los gases de efecto invernadero. Esta última materia es, naturalmente, de significativa redundancia en cualquier texto sobre cambio climático. En la obra que nos ocupa, la autora hace hincapié en el papel del derecho administrativo local. Precisamente el derecho administrativo local se ocupa de las licencias, autorizaciones y resuelve las evaluaciones ambientales. En este sentido, los municipios normalizan la intervención jurídico-administrativa en la regulación *filoenergética* de las ciudades. Una intervención que obligatoriamente debe pasar, según la autora, por ordenanzas que favorezcan un uso sostenible de la energía y que consideren también la rehabilitación como medida de lucha contra el cambio climático.

Finalmente, la obra aborda otro de los ejes principales e imprescindibles de la lucha local contra el cambio climático: la movilidad urbana sostenible. Efectivamente, la movilidad urbana individualiza la hoja de ruta

de los municipios cuyas competencias en la materia son indudables. En la obra reseñada, la autora asume y desea que precisamente los municipios establezcan los estándares de la calidad climática como propósito para fundamentar políticas *filoclimáticas*. De esta manera, y a sabiendas de que la movilidad urbana representa uno de los pilares de la lucha contra el cambio climático a nivel local, Sofía Simou apuesta por relatar acerca de las que ella define como «medidas de incentivos positivos y negativos para impulsar la ordenación *filoclimática* local de la movilidad». Así, la autora expone críticamente elementos como los peajes urbanos, la tasa de estacionamiento regulado o el impuesto de tracción mecánica para los vehículos más contaminantes. En definitiva, se trata de adaptar instrumentos conocidos o de crear nuevas herramientas que en el marco de la movilidad urbana permitan contrarrestar el cambio climático.

Debemos reconocer que, en este sentido, algunas ciudades españolas se muestran más sensibles que otras. Aunque no podamos entrar ahora en el meollo de la cuestión, pensemos, por ejemplo, en las últimas regulaciones en materia de vehículos de movilidad urbana personal (más conocidos como patinetes eléctricos —aunque la definición de VMUP es más compleja—). Las ordenanzas municipales deben moverse entre dos ejes prioritarios: el primero consiste en la regulación de la circulación de estos vehículos que garantice los derechos y la incolumidad de todos los usuarios de

los espacios urbanos. El segundo, estrechamente relacionado con el primero, consiste en abogar por políticas públicas municipales que vayan más allá de la mera regulación. Es el caso, por ejemplo, de la ciudad de Sevilla. El pasado 20 de octubre de 2020, El Ayuntamiento de Sevilla aprobó un proyecto piloto autorizando la instalación en suelo público de una zona de estacionamiento y recarga de patinetes eléctricos de forma sostenible a través de energía solar. Este proyecto, aprobado por la Gerencia de Urbanismo y Medio Ambiente mediante la autorización concedida por la Comisión Ejecutiva y por el Área de Transición Ecológica, se enmarca en los proyectos de lucha contra el cambio climático y reducción de las emisiones, en la actualidad, prioritario para la ciudad de Sevilla.

En nuestra opinión, Sofía Simou se refiere precisamente a este tipo de iniciativas que, entre otras, comprometen a las administraciones locales hacia una renovación y adaptación de los planes de movilidad urbana según las exigencias que depara la lucha contra el cambio climático.

La obra reseñada no cuenta con un capítulo conclusivo. Esto, encuentra cierta respuesta en la misma introducción de la obra. La autora informa (en la parte denominada estructura expositiva (p. 43), que el análisis de los conceptos tratados se hace a través de una visión horizontal, transversal, estática pero también dinámica (en la segunda parte de la obra). Esta transversalidad y dinamismo consiguen ofrecer unas re-

flexiones finales en cada uno de los apartados que componen la obra.

En este mismo sentido, el texto reseñado hubiera podido dividirse en por lo menos cuatro monografías separadas pero unidas por un mismo común denominador: el cambio climático. La primera inherente a la actividad local para la lucha contra el cambio climático, la segunda relativa al papel de las entidades locales en el ámbito urbanístico, la tercera referente a los instrumentos jurídico-locales en materia de energía y, por último, la cuarta, sobre políticas de movilidad urbana como cambio de paradigma hacia una movilidad sostenible. En todo caso, la obra es profunda y, al final, hemos tenido la sensación de que la autora tuvo que hacer un ejercicio de *autocontrol* para no extenderse más allá del número de páginas que finalmente componen el texto.

Charles Baudelaire decía: «Para trabajar basta estar convencido de una cosa: que trabajar es menos aburrido que divertirse». Sofía Simou, sin duda, ha trabajado en su personalísima creación. Sería interesante preguntarle si también se ha *divertido* en su labor de investigadora, profesora, escritora. Tras leer su obra todo parece apuntar que así fue.

DR. GABRIELE VESTRI

Universidad de Cádiz
gabriele.vestri@uca.es

ORCID: 0000-0002-7959-0458

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.13>

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020. 165 págs.

A su conocida obra *Derecho de la función pública*, que este año ha visto publicada su decimotercera edición, el Prof. Miguel SÁNCHEZ MORÓN ha sumado recientemente otra que, al igual que aquélla, resulta de gran interés para el estudio del empleo público. Se trata de una monografía titulada *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, que ahonda en una cuestión que ya protagonizara alguno de sus artículos, que trataba de la «consagración» del funcionariado interino indefinido.

La nueva monografía cuenta con una Introducción sobre las causas y efectos de la temporalidad en el empleo público, siete Capítulos que desgranar el estado actual de la situación y un Epílogo que recoge concretas propuestas de reforma; todo ello, acompañado por el correspondiente apartado bibliográfico final.

I. Tras haber señalado que en el empleo público las relaciones de servicio temporales, lejos de ser «una mera patología», en muchos casos, «son, en sí, una necesidad», en su Introducción, el Catedrático de la Universidad de Alcalá indaga en las causas del uso y abuso de la interinidad en las administraciones públicas, al hilo de un recorrido de su regulación jurídica en el ordenamiento español, desde el Estatuto de Maura hasta la ya derogada Ley 7/2007, una sucesión de normas que no ha logrado

impedir el aumento de una interinidad excesiva.

Este apartado introductorio se cierra con la alusión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictada en resolución de cuestiones prejudiciales relativas a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, que sanciona el Acuerdo Marco de la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones Empresariales y Patronales de Europa y el Centro Europeo de Empresas Públicas y Servicios Públicos sobre el trabajo de duración determinada, que ha repercutido en ciertas decisiones legislativas, aunque, simultáneamente, haya sido objeto de matización por parte de los tribunales internos. Todo ello ha esbozado un panorama de «relativa inseguridad jurídica» que esta monografía va esclareciendo en los apartados siguientes.

II. El Capítulo I, dedicado a la definición de interinidad y sus supuestos en el vigente Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), establece las bases del análisis que se desarrolla en los cuatro Capítulos posteriores.

A partir de la definición legal, un tanto vaga, de persona funcionaria interina que ofrece su art. 10, subraya algunos de sus elementos (la naturaleza administrativa o estatutaria del vínculo de empleo, su carácter temporal o transitorio, la excepcionalidad de su situación y de su nombramiento, así como el carácter taxativo de las causas

en las que procede este último), para diferenciarla luego de otros tipos de empleo público temporal: tanto de las personas empleadas con contrato laboral por tiempo determinado (así como del personal empleado público laboral indefinido no fijo y de las relaciones laborales especiales de duración determinada de sectores concretos: ámbito universitario, de investigación y sanitario), como también de las relaciones temporales de empleo público de la órbita del Derecho Administrativo (personal eventual, y otras figuras recogidas por leyes concretas, de entre las cuales se detiene particularmente en el personal estatutario temporal de los servicios de salud, para finalizar con una alusión al personal contratado en régimen administrativo, por tiempo determinado, regulado por la normativa foral navarra).

A continuación, analiza detalladamente los cuatro supuestos de interinidad recogidos por la legislación básica: los debidos a vacante cuya cobertura por personal funcionario de carrera no resulta posible; los que efectúan una sustitución transitoria de la persona titular (porque ésta haya pasado a otra situación administrativa, se encuentre de vacaciones o disfrute de permiso o licencia, se encuentre en comisión de servicios, o se haya acogido a una reducción de jornada); los que dan respuesta a programas temporales (concepto que el jurista entiende que hay que interpretar de modo sustantivo y no formal) y, finalmente, los debidos a la necesidad de refuerzo (por exceso o acumulación de tareas).

Acaba este Capítulo con una referencia a la interinidad de larga duración, paradójicamente, una situación nada inusual. Aunque reconoce que existe una «única causa legítima de prolongación duradera» de la interinidad (la sustitución de funcionarios con reserva de puesto cuya incorporación se retrasa o no se produce), repasa los distintos supuestos en los que la interinidad se alarga durante años. De hecho, alude a la creación jurisprudencial de la figura del «interino de larga duración» (aquella persona que haya prestado, indicativamente, más de cinco años de servicio), que no es asimilable, en cuanto a garantía de estabilidad, al personal contratado laboral indefinido no fijo.

Sobre los mimbres establecidos en este primer Capítulo, en los cuatro siguientes irá confeccionando la estructura de la relación de servicio del funcionariado interino, y concretando sus pormenores.

III. Así, el Capítulo II analiza el acceso a la condición de persona funcionaria interina. El administrativista subraya en este apartado los presupuestos de hecho que habilitan para disponer el nombramiento de personal interino, que, aparte de los ya mencionados, son la «necesidad» y la «urgencia», dos conceptos jurídicos indeterminados, cuyo control puede ser complicado, aunque ello, como es sabido, tampoco significa que sea impracticable (de hecho, aporta algún ejemplo jurisprudencial que lo corrobora).

Una vez tomada la decisión anterior, y ante la falta de regulación

específica de los requisitos necesarios para la selección de tal personal, el autor cree que han de ser los mismos que los exigidos al personal funcionario de carrera, abogando por una aplicación rigurosa de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Destaca, al respecto, que la normativa específica raramente ofrece referencias al acceso de personas con discapacidad, por lo cual resalta la conveniencia de hacerlo, para poder verificar convenientemente lo dispuesto, entre otros, por el art. 59 TREBEP.

El Catedrático pasa seguidamente a identificar los procedimientos de selección de personal funcionario interino, cuya regulación legislativa es «prácticamente inexistente» en la actualidad (con alguna honrosa excepción), aunque, por otra parte, exista una extensa normativa reglamentaria de diverso rango en las distintas administraciones. Consta, en todo caso, que son previamente negociadas con los sindicatos de la función pública, ante lo cual alerta acerca de posibles tratos de favor a los que puede dar lugar en la práctica la discrecionalidad existente en relación con criterios, sistemas o méritos valorables. Por ello, aboga por la regulación absolutamente objetiva y transparente de los procedimientos de acceso a la función pública interina, mediante disposiciones del mayor rango posible.

Ante la ya aludida variedad normativa, SÁNCHEZ MORÓN expone resumidamente los procedimientos de selección habituales. En relación con el sistema más difun-

dido, el de las bolsas de trabajo o listas de espera de empleo interino, recalca la importancia de la publicidad de esas bolsas o listas y de los llamamientos, como también de su aceptación o rechazo, puesto que se trata de los resultados de un procedimiento de concurrencia. Destaca críticamente, por otra parte, la práctica existente de crear comisiones (*ad hoc* o permanentes), compuestas, junto con personal funcionario, por representantes sindicales (a quienes no corresponde la interpretación y aplicación de las normas de acceso, sino la garantía de los derechos de las personas empleadas públicas y de las aspirantes a serlo). Objeta asimismo el autor que muchas comunidades autónomas prevén también que representantes sindicales participen en los tribunales calificadoros de convocatorias específicas, otra de las posibilidades analizadas (utilizada mayoritariamente por las entidades locales), cuya objetividad pone en entredicho, puesto que, de ordinario, no existe una reglamentación previa. Aunque no dispone de datos que permitan corroborarlo, el nombramiento realizado por mediación de los Servicios Públicos de Empleo parece constituir una fórmula residual.

Finaliza este capítulo con una alusión al acto de nombramiento, cuya publicidad y la de los actos de gestión de bolsas está regulada de manera deficiente, en opinión del Profesor, quien estima que debería imponerse normativamente la exigencia de publicidad, para que toda persona interesada pueda conocer-

los sencilla y ágilmente. Por otra parte, reivindica un control de legalidad, en vía de recurso, de los nombramientos de personal interino tan intenso como el que se ejerce respecto a los de funcionariado de carrera.

IV. Los derechos y obligaciones de la persona funcionaria interina son el objeto de estudio del Capítulo III, que se aborda a partir de la igualdad con el funcionariado de carrera, que tiene su origen en una tendencia iniciada en 2007, confirmada jurisprudencialmente, en la medida de lo posible, por las limitaciones que conlleva la expresión «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición» (art. 10.5 TREBEP).

Resulta particularmente interesante el detenido y pormenorizado análisis que realiza el Doctor sobre si al funcionariado interino le corresponden (y, si es así, en qué grado) el derecho al cargo o a la función, el derecho a la carrera, los derechos retributivos y de Seguridad Social, los derechos a la jornada, vacaciones y permisos, así como otros derechos (como el de la libre expresión, los derechos colectivos de libertad y acción sindical, de negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, de huelga, de planteamiento de conflictos colectivos, de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, ayudas sociales, etc.) y la constatación final de la existencia de una igualdad de deberes, incompatibilidades y responsabilidades, aunque se observe alguna particularidad en el ámbito disciplinario.

V. Ya en el Capítulo IV efectúa una notable incursión en la relación entre interinidad y situaciones administrativas de las personas funcionarias. Parte de la originaria imputabilidad de las situaciones administrativas a la interinidad (art. 85 TREBEP), pues, por definición, no encajan en las relaciones temporales de empleo. Ahora bien, las interinidades de larga duración han dado lugar a una evolución en la jurisprudencia reciente, críticamente recibida por el docto administrativista, pero que ha llegado a tener su reflejo normativo. En los apartados siguientes, el conocido Profesor desgrana las matizaciones jurisprudenciales acaecidas.

La jurisprudencia del TJUE, con base en su doctrina de prohibición de discriminación por razón de la duración de la relación de empleo, considera discriminatorio impedir que una persona funcionaria interina pueda acogerse a la situación de servicios especiales para desempeñar el cargo de parlamentaria (supuesto ya recogido en alguna legislación autonómica), aunque matiza las posibilidades de retorno posterior a su puesto de origen.

El repaso de la normativa, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, le lleva a privar de sentido a un hipotético derecho de regreso del funcionariado interino que acceda al servicio en otras administraciones o a una excedencia por servicios en el sector público.

Considera una situación distinta la excedencia por razones de pro-

tección social o física, cuya solución resulta «más compleja»: el Tribunal Constitucional reconoce al personal funcionario interino de larga duración el derecho a excedencia por cuidado de familiares (con base en el art. 14 CE), lo cual recoge ya la legislación autonómica reciente (sin atender a la duración de la relación de empleo). También tendría derecho a excedencia por agrupación familiar y a excedencia voluntaria especial por razón de violencia de género o violencia terrorista, con derecho a recuperar su puesto salvo que ya se haya producido la causa legal de cese o finalización del nombramiento. El autor razona que, de tener sentido, la excedencia particular lo tendría en la interinidad de larga duración.

Una parte de la legislación autonómica reciente reconoce la posibilidad de que el funcionariado interino quede incurso en situación de suspensión de funciones, aunque dependerá de que subsista la causa de su nombramiento: en realidad, sólo cabría cuando haya sido nombrado para un programa temporal de plazo superior al de la suspensión.

El Capítulo que nos ocupa acaba con un apartado final que considera otras situaciones administrativas, como la expectativa de destino y la excedencia forzosa, las cuales, por definición, no se acomodan a la persona funcionaria interina. Sí podrían, en cambio, llegar a serle aplicables, con base en la prohibición de discriminación, las nuevas modalidades de excedencia voluntaria reguladas por distintas legislaciones autonómicas.

VI. A pesar de su transitoriedad, la relación de interinidad no tiene por qué constituir una situación precaria. El funcionariado interino tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no se produzca la causa legal que justifique el fin de tal relación. Va a ser objeto, por tanto, de una extinción causal. A esta fundamental cuestión se dedica el Capítulo V de la obra. A la hora de declarar la existencia de una causa de extinción, con carácter general, la administración no dispone de discrecionalidad alguna. El docente alcalaíno observa, así, que la jurisprudencia tiende a tutelar la posición del funcionariado interino en los supuestos en que se produzcan dudas sobre la concurrencia de la correspondiente causa legal de extinción y que esas causas de extinción no resultan «intercambiables» entre sí, tal y como se deriva de las Sentencias del Tribunal Supremo.

El Profesor indaga en la aplicación de las causas de extinción de la relación de servicio del funcionariado de carrera, las cuales se aplicarían contrastadamente al funcionariado interino. Se detiene de modo específico en la sanción disciplinaria de revocación de nombramiento, sin que finalmente extraiga ninguna razón para echar por tierra la plena equiparación de la revocación con la separación del servicio del art. 96.1.a) TREBEP.

A renglón seguido, el examen de las causas específicas de cese del funcionariado interino, obliga al autor a efectuar un esfuerzo de interpretación del art. 10.3 TREBEP, que

aprovecha para denunciar determinadas prácticas administrativas irregulares que se reflejan, en ocasiones, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ahora bien, en ocasiones se puede producir una desaparición sobreenvenida del presupuesto habilitante y de los requisitos del nombramiento, como consecuencia, por ejemplo, de una nueva valoración administrativa de las necesidades de servicio (valoración discrecional que requiere de una motivación «rigurosa y suficiente»); o podría acontecer que la Administración constatase que la persona funcionaria interina carece de la capacidad profesional necesaria para el desempeño de su labor (sin que quepa en ningún caso encubrir con ello una medida sancionadora, como ha subrayado el Tribunal Supremo en alguna sentencia con la que el administrativista no coincide totalmente); incluso podría suceder que la Administración modificara justificadamente los requisitos de cobertura del puesto de trabajo en la Relación de Puestos de Trabajo y el interino no los cumpliera.

El Capítulo finaliza con las consecuencias del cese. A la persona que ha perdido su vínculo con la Administración se le va a computar el tiempo trabajado a efectos de Seguridad Social, de trienios o de su eventual carrera administrativa posterior, pero no va a tener, en principio, derecho a percibir una indemnización. Así lo sanciona jurisprudencia reciente del TJUE. Y ello será así, en tanto en cuanto el legislador no lo prevea (podría preverlo,

por ejemplo, para aquellos casos de interinidad de larga duración).

VII. Un repaso de la jurisprudencia recaída en esta materia tras el cierre de la obra permite constatar la actualidad del contenido de los Capítulos que se acaba de mencionar: en los últimos meses, el Tribunal Supremo ha seguido dictando resoluciones sobre las cuestiones tratadas en ellos, manteniendo una postura que coincide fundamentalmente con la reflejada en los mismos.

El Alto Tribunal ha reconocido los efectos jurídicos de un permiso de maternidad disfrutados durante una relación de interinidad; la posibilidad de computar el desempeño de un puesto de trabajo como personal interino a los efectos de carrera horizontal, una vez adquirida la condición de personal estatutario fijo; o la situación de servicios especiales en los mismos casos que para el funcionario de carrera y el cómputo del tiempo transcurrido en tal situación como experiencia profesional equivalente a las funciones propias de la categoría a la que se concurre. Al propio tiempo, ha denegado, en varios casos de cese de personal funcionario interino con una única relación de servicios, una indemnización semejante a la prevista en la legislación laboral, así como de su conversión en personal indefinido.

Por otra parte, y en relación con los derechos de carácter colectivo, el Tribunal Constitucional ha otorgado recientemente su amparo a un sindicato, reconociéndole su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación

con su derecho a la libertad sindical, por entender que habían sido vulnerados al denegársele el reconocimiento de legitimación activa para impugnar un Acuerdo sobre criterios para nombramientos de personal interino en centros sanitarios y las instrucciones para la aplicación de tales criterios.

VIII. Pues bien, tras el pormenorizado (y necesario) estudio efectuado en los Capítulos anteriores, en los que el autor muestra «cómo debería ser» la relación de servicio del funcionariado interino, el Capítulo VI se adentra en el concepto de «abuso de la interinidad», concepto jurídico que surge a raíz de la ya mencionada Directiva 1999/70/CE. Es a partir de aquí cuando el Prof. SÁNCHEZ MORÓN afronta la que puede calificarse como finalidad última de su obra: desentrañar correctamente su significado, para, en definitiva, lanzar una serie de propuestas dirigidas a solucionar esta irregular práctica.

La Directiva deja un margen de apreciación nacional que permite afirmar, con carácter general, que la legislación española sobre funcionariado interino se ajusta al Acuerdo Marco; no obstante lo cual, su aplicación administrativa práctica dejaría a veces mucho que desear. El Profesor acude, pues, a la jurisprudencia del TJUE, sobre el «carácter abusivo» de una relación de empleo temporal (concepto en absoluto equiparable al de «interinidad de larga duración» introducido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), para concluir estableciendo cuándo es abusiva una relación de interinidad.

Aunque la Directiva no establezca sanciones concretas a las situaciones de abuso, el TJUE ha confeccionado una matizada doctrina que reconoce que su efecto útil obliga a los Estados miembros a introducir medidas eficaces («apropiadas, proporcionadas y lo bastante efectivas y disuasorias»). Nuestro jurista destaca la «peculiaridad» de la proyección de tal doctrina a nivel interno, distinta en el caso del empleo público laboral y en el de Derecho Administrativo. En este último, las resoluciones judiciales no han sido unívocas, aunque sentencias del Tribunal Supremo sí establecen como doctrina una solución muy similar a la del personal laboral, que nuestro jurista denomina «funcionario interino indefinido», una figura que evidentemente no permite una traslación automática o analógica de las previsiones del Derecho Laboral al ámbito jurídico-administrativo, ni otorga a la persona afectada «un derecho a la estabilidad absoluta en el servicio» (no resulta, pues, trasladable la respuesta al caso de despido de personal laboral indefinido no fijo en cuanto a la indemnización por despido). El autor constata, por ende, la necesidad de que la legislación regule claramente estas cuestiones.

IX. De todo lo anterior deriva un problemático enfrentamiento, en materia de consolidación de la relación de servicios de las personas funcionarias interinas, entre los grupos y sindicatos que las representan y las asociaciones de funcionarios de carrera, del que se hace eco el Capítulo VII. Desde que el Tribunal Constitucional eliminara cualquier resqui-

cio que permitiera la estabilización legislativa automática de las personas empleadas en precario, el *quid* de la cuestión se centra en la viabilidad jurídica de la concesión de ventajas o facilidades para la consolidación de su relación de empleo. Así, sucesivas normas (estatales y autonómicas), la práctica administrativa y continuas resoluciones judiciales han provocado lo que el investigador madrileño califica como «una historia interminable», cuyo devenir normativo detalla la primera parte del Capítulo.

Seguidamente, el investigador alcaláino escruta la jurisprudencia (en particular, la constitucional) recaída en relación con normas o procesos administrativos referidos a la consolidación del empleo temporal. Así, la jurisprudencia constitucional (asumida ya por la legislación básica de empleo público) ha zanjado la polémica sobre pruebas restringidas de estabilización, que actualmente quedan vedadas. También lo estaría la consolidación por la vía del concurso de méritos, pues la jurisprudencia contencioso-administrativa permite predecir al autor la posible inconstitucionalidad de una hipotética ley que la admitiera. Quedaría, por tanto, únicamente, la vía del sistema de concurso-oposición, pero siempre sujeta a ciertos límites: no sólo al impuesto por el art. 61.3 TREBEP, sino también a la necesaria previsión de una fase de oposición «verdaderamente selectiva y competitiva».

No obstante, el Catedrático observa, a día de hoy, una especie de «banalización» de la fase de oposi-

ción (no sólo normativa, sino también detectable en las convocatorias publicadas). Reconoce la dificultad de lograr un equilibrio entre la igualdad de oportunidades y el legítimo interés de los funcionarios interinos de estabilizar su situación. Entiende, empero, que la multiplicación de procesos de consolidación de empleo precario tampoco constituye la solución definitiva del problema, pues siempre podrían reiterarse los casos de abuso relacionados con el funcionariado interino.

X. El Epílogo con el que culmina la obra objeto de recensión resulta, en cualquier caso, su apartado más sugerente. El mismo arranca a partir de la hipótesis de que los problemas del funcionariado interino no provienen tanto de la legislación aplicable, como de una incorrecta gestión del personal, lo cual sería una práctica administrativa muy extendida, difícil de corregir únicamente con reformas legales. Sin embargo, el administrativo estima que tanto la legislación estatal, como la autonómica pueden ser mejoradas, por lo cual lanza una serie de propuestas concretas de reforma.

En orden a prevenir los abusos, el autor propone que la legislación básica establezca la amortización de las vacantes no incluíbles en la oferta de empleo público por restricciones de la tasa de reposición de efectivos, así como la de las vacantes cubiertas por funcionariado interino no incluídas en las primeras ofertas de empleo público y de las no provistas en el plazo máximo de tres años desde la publicación de la oferta. En esos

casos, siempre quedaría abierta la posibilidad de nombrar nuevo personal interino «por programa», por tiempo determinado. En cualquier caso, habría que establecer la imposibilidad de prorrogar el nombramiento interino por más de tres o cuatro años.

Para la interinidad por sustitución, la ley podría prever un límite temporal máximo y obligar a crear y ofertar nuevas vacantes que ofrezcan oportunidades para la estabilización del personal.

Ahora bien, nuestro investigador entiende que todo lo anterior resultaría insuficiente si no se previera precisamente que, además de la responsabilidad penal y disciplinaria correspondiente, las autoridades y funcionarios que prolonguen irregularmente un nombramiento de interinidad respondiesen «personalmente» de las indemnizaciones que hubiera que abonar a las personas afectadas.

Las propuestas tendentes a garantizar la igualdad en la selección y capacidad de las personas candidatas que lanza el docente madrileño se centran en establecer legalmente la necesidad de haber superado una prueba de una oposición anterior o la calificación media de la misma o haberse sometido a una prueba *ad hoc*. Podrían servir de garantía suplementaria, el anonimato de las pruebas de conocimiento específicas y la profesionalidad e imparcialidad de los órganos de selección y gestión de las bolsas. Y, además, el desarrollo por disposiciones con

rango de real decreto o decreto autonómico de la regulación del acceso a la condición de funcionario interino.

El Profesor entiende, incluso, que la legislación debería recoger los derechos que la jurisprudencia ha ido otorgando al funcionariado interino, así como definir de modo expreso y concreto el concepto de interinidad de larga duración, recogiendo también los derechos que le son inherentes (particularmente, el derecho a una carrera profesional).

El legislador estatal debería regular el régimen de indemnizaciones procedentes por cese o extinción de la relación del funcionariado interino: no en caso de cese por causa prevista legalmente (de acuerdo con la jurisprudencia europea e interna), sino en los casos de cese ilegal, de extinción de una relación abusiva y, quizás, de una interinidad de larga duración. Habría que debatir si la indemnización habría de ser similar a la prevista por la legislación laboral o seguir los criterios propios del Derecho Administrativo.

En el apartado conclusivo de este Epílogo, el Prof. SÁNCHEZ MORÓN lanza una serie de propuestas más genéricas, sobre cuestiones que se encuentran conectadas con todo lo anterior, pero cuya profundización evita, por entender no es el lugar adecuado: un replanteamiento de la actual rigidez del régimen de función pública de carrera, que prevea fórmulas más eficaces de selección; el avance en la planificación de los recursos huma-

nos, con un reforzamiento paralelo de las facultades administrativas de redistribución y reasignación de efectivos; y, finalmente, una mayor ductilidad de la legislación garantizadora de la estabilidad presupuestaria, acompañada de sanciones para las administraciones o entidades que eleven ilegalmente los gastos de personal.

En definitiva, se trata de una monografía que no sólo plasma de manera muy certera el estado de la cuestión en la materia (lo cual es muy de agradecer, pues, dada la parquedad del TREBEP, en muchas ocasiones resulta difícil saber a qué atenerse en materia de funcionariado interino) y el amplio dominio que (como es conocido) el autor tiene de la misma, sino que propone sugestivas medidas en orden a atajar los importantes problemas que se ciernen a día de hoy sobre el funcionariado interino (alguna de ellas, podría calificarse, incluso, de provocativa). Las pautas propuestas deberían, sin duda, ser objeto de reflexión, tanto por parte de los distintos legislativos, como por parte de todas las administraciones públicas (cada cual en el ámbito y en la medida que le correspondan).

MIREN JASONE URKOLA IRIARTE

UPV/EHU

Jasone.urkola@ehu.eus

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.14>

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:
Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña), Instituto Vasco de Administración Pública / Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2020. 218 págs.

El trabajo que comentamos en estas líneas, obra del Profesor Dr. Iñaki Lasagabaster Herrarte, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, constituye una aportación fundamental para entender la configuración actual de los órganos superiores del Estado, en especial del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), del poder judicial en general y de su relación con las cámaras legislativas. La modificación operada por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) tuvo su origen en la situación política de Cataluña, tal como manifestó el entonces portavoz parlamentario del PSOE, que señaló que la reforma era innecesaria.

Los orígenes de las normas con mucha frecuencia se olvidan, lo que se ha venido en llamar «interpretación auténtica», por algunos. Su significado para la interpretación, a pesar de su proximidad en el tiempo, se minusvalora. En algunas normas su reforma tiene unas consecuencias aplicativas limitadas. En este caso no es así, sino todo lo contrario. Después de la reforma de la LOTC, el Tribunal Constitucional la ha apli-

cado reiteradamente con una profusión hasta el momento desconocida. Lo que ha producido cierta perplejidad jurídica en muchos ámbitos, que conviene reseñar.

De acuerdo con la teoría jurídica kelseniana, los tribunales constitucionales son legisladores negativos, corrigen las leyes, rechazando las que son contrarias a la Constitución. Estas leyes pueden ser declaradas nulas o inconstitucionales. El control en todo caso se opera con posterioridad a la entrada en vigor. Se trata de respetar al legislador, depositario de la soberanía popular, en virtud del principio democrático. No se controla su funcionamiento propiamente dicho, sino las leyes, una vez que han entrado en vigor.

También puede el Tribunal Constitucional controlar las normas antes de entrar en vigor, una vez elaboradas, el llamado control previo de inconstitucionalidad. Este tiene la virtualidad de no «corregir» al legislador, ya que el tribunal constitucional interviene antes de la entrada en vigor de la norma.

Con el nuevo modelo constitucional incorporado por la LO 15/2015 la funcionalidad del TC ha variado sustancialmente. El autor lo analiza con gran detenimiento siguiendo un método analítico que se va a describir a continuación.

Una vez realizado el planteamiento general del libro, el Prof. La-sagabaster, con gran destreza expositiva, comienza por el análisis de la que se da en llamar una «perspectiva

penal» de la democracia parlamentaria. Ahora bien, al tratar esta perspectiva penal es inevitable analizar una categoría relativamente olvidada en los últimos tiempos, como es la inviolabilidad del Parlamento.

Antes de entrar en el análisis teórico, recuerda en el capítulo II algunos antecedentes en esta materia, en especial uno sucedido en Asturias y el más conocido del procesamiento de la Mesa del Parlamento Vasco por no cumplir los mandatos del Tribunal Supremo, de disolver los grupos parlamentarios vinculados a la conocida en términos generales como izquierda abertzale.

Esos procesamientos tuvieron consecuencias importantes, no resueltas hasta épocas muy recientes, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de junio de 2017 declaró que algunas condenas dictadas contra los miembros de la Mesa del Parlamento eran contrarias al Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Al entrar en el Derecho penal, se trata de ver el significado de la inviolabilidad de las cámaras legislativas y las posibilidades de intervención de los tribunales ordinarios contra las mismas. A su vez podría plantearse la protección penal que la propia inviolabilidad parlamentaria tiene. Es un poco sorprendente que la inviolabilidad parlamentaria el estar protegida penalmente pudiera dar lugar a una denuncia penal contra quienes vayan contra ella, lo que suscita la pregunta de si afectaría tal protección penal a los tribunales también.

La inviolabilidad del Parlamento no hay que confundirla con la inviolabilidad e inmunidad de sus miembros, tal como se nos recuerda en el apartado II.

El capítulo siguiente se dedica a la relación Parlamento-ejecución de sentencias del tribunal constitucional. Empieza el análisis por la LO 15/2015, desentrañando el significado de esta reforma. Los recursos planeados contra ella por la Generalitat de Cataluña y el Gobierno Vasco se enfrentan a un hecho extraño; pues la respuesta del Tribunal Constitucional no respeta el orden de entrada de los recursos, dando respuesta a los mismos en un orden injustificado. A continuación realiza unas consideraciones sobre la argumentación del TC en relación con el control abstracto de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional en el Recurso de Inconstitucionalidad. Esto lleva a estudiar el concepto de jurisdicción y su aplicación al TC, para lo que se recorrerá a examinar la tramitación parlamentaria de la LO 15/2015 y el alcance de la reserva de Ley Orgánica en la regulación del Tribunal Constitucional, es decir, los límites externos y los límites propios. A la luz de esta reflexión acaba planteando el importante problema del control de las intervenciones del Tribunal Constitucional en la propia ejecución de sentencias y las posibilidades de proceder a su control jurisdiccional. Se suscita la importante cuestión de si no se pasa a una consideración de la jurisdicción del TC como una jurisdicción rogada, a un TC que adquiere unas competencias inusita-

das con motivo de la ejecución de sus sentencias.

La inviolabilidad como órgano constitucional, sea de un Parlamento autonómico, del Congreso de los Diputados o del Senado, plantea dudas sobre su alcance subjetivo, en especial con la autonomía de las cámaras legislativas, sus potestades de autoorganización y en definitiva su inviolabilidad. A una consideración teórica sobre estas categorías se acompaña un estudio sobre la práctica desarrollada: en especial por el ATC 141/2016 y el sucesivo ATC 170/2016.

Un supuesto donde se manifiesta con fuerza la contradicción entre los mandatos del TC en ejecución de sentencia y las competencias del Parlamento está precisamente en el mandato que el TC dirige contra el Parlamento catalán en relación con la Resolución sobre la «Comisión de Estudio del Proceso Constituyente». Entiende el TC que la creación de esta Comisión era contraria a la Resolución 263/XI (ATC 170/2016). Aquí se puede comprobar la *vis expansiva* que la ejecución de sentencias tiene, ya que en su virtud se dicta un mandato jurisdiccional que prohíbe una actividad organizativa del Parlamento de Cataluña. Después de analizar los problemas jurídicos que se suscitan en este contexto, pasa el autor a analizar lo que entiende como una anomalía procedimental, tal como se produce con la utilización extraña e indebida del procedimiento de impugnación de resoluciones parlamentarias previsto en el Título V de la LOTC.

El Prof. Lasagabaster llama la atención posteriormente sobre una cuestión de gran importancia, que no está prevista en la LOTC, y que el TC deriva de su propia autoridad, en una elaboración jurisprudencial ciertamente escasa, ya que tiene su fundamento en una mera providencia. La teoría del TC sobre el deber de la Mesa del Parlamento de impedir la aceptación en el orden del día de determinadas cuestiones; en especial las contrarias a resoluciones del propio Tribunal Constitucional, surge como núcleo central de esa construcción jurídica que sitúa al TC por encima de las cámaras legislativas. De aquí se van a derivar unas consecuencias importantes para una nueva concepción de la justicia constitucional, desconocida en Europa hasta el momento y que se ignora hasta donde puede llegar, aunque sus primeros pasos se han evidenciado con el procesamiento de la Mesa del Parlamento catalán.

El autor analiza profundamente la relación Mesa del Parlamento – tribunales, labor para la que es imprescindible estudiar detenidamente el contenido del *ius in officium*, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La importancia se deriva de la protección que el mismo tiene mediante el recurso de amparo, ya que los derechos de los miembros del Parlamento deben garantizarse también frente a las propias instituciones parlamentarias. Se estudia así el principio favorable a la interpretación del alcance del *ius in officium*, atendiendo a una cuestión que se reproduce en otros ámbitos del derecho, la diferencia legalidad -

oportunidad, que en este caso trata sobre el control de oportunidad política y las competencias de la Mesa del Parlamento en la elaboración del orden del día.

Esta función de control sobre los órganos parlamentarios la realiza el TC, quien podrá juzgar la calificación de las iniciativas parlamentarias que se realiza por la Mesa del Parlamento. Más en concreto, el trabajo atiende a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el *ius in officium*, pero específicamente la relacionada con las instituciones de la Generalitat de Cataluña, por lo que, en consecuencia, estudiará las STC 107/2016, STC 108/2016 y STC 109/2016. En el análisis adquiere especial importancia la creación jurisprudencial, por el TC, de un deber de la Mesa del Parlamento, catalán en este caso, de impedir la inclusión de un punto en el orden del día. En este análisis se ha utilizado la providencia como instrumento jurídico que crea esa obligación a las mesas de los parlamentos. La crítica a esta autoasignación competencial, de forma indirecta, del TC, creando deberes donde no existían, y a través de una alambicada elaboración jurisprudencial, se realiza acudiendo a su jurisprudencia, para lo que se analizan la STC 205/1990, la STC 94/1995 y la STC 10/2016.

Una vez analizada la inviolabilidad de las cámaras legislativas, pasa el autor a estudiar la inviolabilidad e inmunidad de los miembros del Parlamento. Sobre estas categorías hace un estudio general, poniendo de manifiesto también la

relación entre esas garantías individuales y la inviolabilidad del Parlamento como institución. Después será obligado comparar esas categorías en las cámaras estatales y en las autonómicas. El estudio general dará paso posteriormente a prestar atención al proceso penal, su desarrollo y su relación con la institución parlamentaria y con el estatus de los parlamentarios. Las diferentes fases del procedimiento penal se deberán tener en cuenta, así la relación entre Derecho penal, el estatus de los parlamentarios y ello durante la instrucción del procedimiento penal, durante el juicio oral y la especial situación en la que se van a encontrar los electos en el Parlamento europeo. Aquí acaba el análisis de la incidencia del Derecho penal en la institución parlamentaria, para pasar a continuación, siguiendo lo establecido por la LO 15/2015, de reforma de la LOTC, al estudio de la previsión legal que permite al TC realizar mandatos en ejecución de sentencia dirigidos a autoridades, empleados públicos y particulares. Con este apartado cierra sistemáticamente el análisis del componente subjetivo en la ejecución de sentencias. En él, el Prof. Lasagabaster pone de manifiesto los problemas que pueden conllevar esa ejecución dirigida a autoridades, sin especificar su alcance y con el problema que puede tener su determinación, así como los mandatos dirigidos a los funcionarios y funcionarias. Sin olvidar la situación particular que se produce en el caso de que los particulares sean los destinatarios de los mandatos del Tribunal Constitucional.

Hecho el análisis del elemento subjetivo es necesario pasar a analizar el componente objetivo en las potestades de ejecución de sentencias por el Tribunal Constitucional. El elemento objetivo tratará de las decisiones que podrá adoptar el TC, no de a quién van dirigidas. En este sentido, se hace preciso entrar en la relación entre esas medidas de ejecución y la potestad sancionadora. En ese orden de cosas se impone la reflexión sobre el significado de las multas coercitivas, su diferenciación de las sanciones, y la regulación de las multas coercitivas en la LOTC. Es obligado atender en ese momento a la importancia que tiene esta nueva potestad del TC, la imposición de multas coercitivas en el proceso de ejecución de sus sentencias, y el modelo constitucional previsto en la Constitución española de 1978 (en adelante, CE). La conclusión obligada es clara, se produce una quiebra de las características del modelo previstas en la CE. Este descompasar el funcionamiento del TC con el reconocimiento de competencias ejecutivas se manifiesta en otro aspecto de necesaria consideración, como resulta ser su relación con el art. 155 CE.

Finalmente, la obra realiza con maestría una interesante reflexión sobre el TC y la consideración de su funcionamiento desde la perspectiva de la teoría de la separación de poderes. Aquí se pasa a una reflexión más profunda, que entra de pleno en las consecuencias que esta potestad de ejecución del TC tiene en la concepción de la división de poderes. La preponde-

rancia del Parlamento en la historia constitucional, hasta este momento, con la primacía del principio de legalidad, exigible frente al ejecutivo y al poder judicial, ha pasado a un planteamiento donde el TC es el preponderante. Ya no actúa sus competencias rogadas, ya que en la ejecución de sentencias le permite ir mucho más allá que los procedimientos formales de acceso a su jurisdicción permiten. Defender jurídicamente la ejecución de sentencias declarativas lleva a un absurdo, y tal como señala el autor a una petrificación del ordenamiento jurídico, eso sí, no de la mano del legislador sino del TC.

DR. JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universitat Rovira i Virgili
josepramon.fuentes@urv.cat

ORCID: 000-0001-5669-6009

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.15>

CUBERO MARCOS, J.I.; LASAGABASTER HERRARTE, I. y otros: *Espacio público y ordenanzas locales: estudio sobre su régimen jurídico*. IVAP, Oñati, 2018. 486 págs.

Los 10 autores nos presentan una panorámica completa y clara de la problemática que se cierne en torno al espacio público, el régimen jurídico aplicable y su incidencia en la convivencia ciudadana y en su vi-

vir diario, que, si cabe, adquiere mayor relevancia a raíz de la pandemia y de las formas diferentes de vida implantadas como consecuencia del Covid.

La metodología utilizada resulta un acierto y ayuda a su lectura, pues, aunque estamos ante una obra extensa, al tratarse de varios autores, cada uno de ellos presenta el tema del libro desde diferente óptica, lo que permite analizarlo desde distintas perspectivas. Ello enriquece los aspectos del tema objeto de análisis a la vez que favorece su comprensión, dada su amplitud y complejidad.

La obra se estructura en doce apartados y, a pesar de que, como se ha dicho, es muy extensa, trataremos de trazar una síntesis.

1. En el Apartado 1, titulado «Normativa Local reguladora del espacio público: ordenanza y ciudadanía», el Catedrático de Derecho Administrativo Iñaki LASAGABASTER HERRARTE y codirector del trabajo que analizamos, se refiere a los principios generales y, en concreto, a las características de la potestad normativa local y la regulación del espacio público. Afirma, que la regulación del espacio público requiere por una parte establecer cual es el concepto de espacio público y también requiere el establecimiento de una serie de conceptos básicos sobre la idea de espacio público y las formas de uso que admite, así el uso común o general, los denominados usos especiales, los usos privativos o los usos municipales.

Menciona que las ordenanzas municipales deberán establecer de qué forma se regulan los diversos usos, para lo que se deberá establecer unos principios generales que rijan la actuación, lo que también significa ver cuáles son las formas de intervención de la Administración en los mismos y, por otro lado, los derechos de las personas en relación con los usos a los que está sometido ese espacio público. Continúa con el análisis de las normas aplicables al espacio público: normativa general de patrimonio, de régimen local y ordenanzas locales y la regulación del espacio público y el concepto de espacio público de acuerdo con dicha normativa.

Los derechos de la ciudadanía en el espacio público y su afectación por la normativa local plantean jurídicamente cuestiones de gran complejidad, al verse afectados derechos y categorías jurídicas fundamentales del Derecho Público. Por ello analiza la reserva de Ley y la potestad normativa local, el principio de legalidad en el ámbito local y su relación con la reserva de Ley, y el derecho a la libertad religiosa: velo, rezos públicos, procesiones.

Finaliza con el análisis del derecho de policía en el espacio público, afirma que la actividad de policía en el espacio público requiere analizar especialmente la Ley de Seguridad Ciudadana. En esta norma existen diferentes preceptos que afectan a la seguridad en los espacios públicos, empezando por la regulación de la entrada y registro en edificios ocupados por organismos oficiales

o por entidades públicas. También se regulan aquellos supuestos en los cuales se pueden producir alteraciones al tránsito y operaciones de control de las vías públicas. Especial atención merecen aquellos supuestos en los cuales se pueden adoptar medidas de seguridad extraordinarias, así como el uso de videocámaras. Considera que habría que considerar aquellos casos en los cuales se establece un régimen de infracciones y sanciones para actividades que tienen lugar en el espacio público. Menciona que constituye infracción leve el incumplimiento de las restricciones a la circulación peatonal o itinerario con ocasión de actos públicos, reuniones o manifestaciones, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos.

2. Por su parte, el Profesor Agregado, y también codirector del trabajo que analizamos, José Ignacio CUBERO MARCOS estudia en el apartado II los «Títulos habilitantes y normas de procedimiento». Comienza con el significado general de las concesiones, licencias, convenios y comunicaciones previas. Desarrolla algunos de los aspectos fundamentales de las categorías de intervención administrativa previa para el uso del espacio público. En concreto, se perfila su concepto, la naturaleza jurídica y algunos aspectos que conforman sus características comunes, sin perjuicio de que la normativa sectorial establezca perfiles distintos.

A continuación, se refiere al título de intervención municipal y la limitación de los derechos funda-

mentales. Afirma, no sin reconocer el riesgo de equivocarse, que el espacio público atraviesa todas las competencias de que disponen los municipios y condiciona de un modo u otro la prestación de los servicios para los que se halla habilitado. La gestión y el aprovechamiento del dominio público municipal amparan y fundamentan la potestad de los entes locales para aprobar limitaciones sobre el uso del mismo, materia que ha sido objeto de regulación por la vía legislativa y que permite un estrecho margen para la regulación del municipio.

En relación con el uso y aprovechamiento del dominio público, analiza la normativa general sobre habilitaciones para utilización del dominio público, la legislación autonómica vasca y navarra, la legislación foral vasca y el problema de la regulación del espacio público y el dominio público.

Sobre las licencias, que habilitan para las utilidades del espacio público privativas o especiales que no impliquen el uso de instalaciones fijas y su duración sea limitada, incide, en especial, en la licencia a precario y los criterios y requisitos para su obtención. Analiza el contenido y efectos de las licencias, así como la responsabilidad por los daños causados, derechos de terceras personas, superposición con otras licencias y el procedimiento de otorgamiento y revocación.

El autor repasa especialmente en las concesiones administrativas.

Analiza los supuestos para su otorgamiento apunta que la concesión conlleva más cargas para el municipio en caso de su revocación, y además su duración es sensiblemente superior a la de las licencias, lo que limita la posibilidad de intervención del municipio. En concreto, aunque su duración es limitada, pueden alcanzar los 75 años con prórrogas incluidas. En cuanto a la utilización del espacio público, la concesión es más excluyente y alguna doctrina lo equipara al derecho real. En todo caso, es evidente que la concesión debe ajustarse al Plan Urbanístico correspondiente y los usos que conlleva la ocupación han de adecuarse al planeamiento vigente. También analiza la exclusividad y licitación en libre concurrencia, el carácter gratuito u oneroso, así como la precariedad de las concesiones.

Respecto a los convenios, el autor analiza los convenios administrativos y fórmulas convencionales en el procedimiento administrativo, los supuestos en que procede, así como la discrecionalidad municipal y el régimen sobre contratación administrativa. También se refiere a la extinción de las autorizaciones y concesiones, enumerando las causas que el artículo 100 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) establece al efecto.

En relación con las comunicaciones previas, comenta que más que una intervención *ex ante*, se trata de una carga que recae sobre la persona que pretende llevar a cabo una actividad. Las comunicaciones de este tipo se vinculan a una autori-

zación que habilita para la ocupación del espacio público con carácter anual pero esporádica o no continua.

Finaliza el apartado con unas disposiciones comunes a todos los títulos analizados anteriormente. Las autorizaciones se otorgan a los peticionarios que reúnen las condiciones requeridas. Así, conforme a la Ordenanza de Bilbao, (analiza con detalle otras Ordenanzas como Barcelona, Valencia. Lugo...) los peticionarios han de ostentar plena capacidad jurídica y de obrar y estar al corriente de sus obligaciones fiscales y para con la Seguridad Social, al margen de no tener deudas pendientes con el ayuntamiento. El incumplimiento de estas obligaciones conduce a la extinción del título y, en su caso, a la revocación.

Con arreglo a otras Ordenanzas, los titulares deben disponer de los elementos indispensables para la recogida y almacenamiento de los residuos que puedan ensuciar el espacio público, lo que a mi modo de ver es algo positivo en relación con el tratamiento de los residuos generados.

3. En el apartado III, el Catedrático de Derecho Administrativo Agustín GARCÍA URETA analiza «los servicios y prácticas sexuales retribuidos en el espacio público». Comienza por precisar que emplea la locución servicios sexuales por ser más genérica que la prostitución o trabajo sexual. Señala que los servicios sexuales continúan estando vinculados a formas de explotación y, en general, de discriminación de aquellas personas que los ofrecen y

que aumentan al unirse a otras realidades como la inmigración, la ausencia de apoyo sanitario y los daños a la integridad física.

Las personas que ofrecen servicios sexuales lo hacen habitualmente en ámbitos de marginalidad y de exclusión social, contando con escasa protección. En todo caso, la prostitución en la vía pública suele constituir un ejercicio peligroso y un lugar principal para la trata de personas. El hecho de que el espacio público sea el lugar de ejercicio de la prostitución no significa tampoco que se ejerza voluntariamente y en libertad.

A continuación, realiza un examen comparado de los modelos legales reguladores de la prostitución en el espacio público: a) el modelo prohibicionista, que criminaliza todas las vertientes relacionadas con los servicios sexuales, tanto en su oferta como demanda, (la mayoría de los Estados Federados en EEUU han optado por este sistema, y en el contexto europeo países como Hungría, Lituania y Rumania lo mantienen); b) el modelo legalizador, que regula la prostitución como otra actividad laboral, pretendiendo la integración en el mundo del trabajo de aquellas personas que la ejerzan. Países Bajos, Suiza, Austria o Grecia, entre otros, han optado por este modelo con el fin de combatir la criminalidad asociada con los servicios de carácter sexual; c) y, por último, el modelo abolicionista que persigue penalizar a los demandantes de los servicios sexuales, lo que se ha enmarcado en un objetivo más general,

a saber, evitar la violencia sobre las mujeres. Este modelo lo hallamos en Irlanda del Norte, Francia, Noruega y Suecia, entre otros.

Continúa analizando la prostitución y el derecho en la Unión Europea, así como en el Estado Español, en el Código Penal y la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). También incide en el contexto competencial en el que se mueven las ordenanzas municipales y su competencia en materia sancionadora, que operan con el rango establecido en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que solo contempla sanciones de naturaleza pecuniaria y no otras de carácter personal, como podrían ser los servicios en pro de la comunidad

Concluye el autor destacando la escasez normativa respecto de los servicios sexuales retribuidos en el Código Penal, que no los prohíbe. Luego analiza la LOPSC, que, sí lo hace, en relación con el demandante de tales servicios, dejando la concreción de los espacios a los entes locales. Concluye afirmando la indefinición del marco jurídico existente, apoyado en unas Administraciones que, a pesar de su cercanía a los ciudadanos y, por ende, al problema de los servicios sexuales retribuidos, no están en la mejor posición para hacer frente a la trata de personas. En todo caso insiste en la invisibilidad del fenómeno, concluyendo que no se pretende afrontar.

4. En el apartado IV, Unai ABERASATURI, Profesor Agregado, se

refiere al «Botellón». Comienza con la consideración del botellón como «problema social», dice que constituye un fenómeno que ha generado gran preocupación en los municipios, sobre todo en las ciudades. Se trata de una práctica que se ha ido generalizando, llegando a considerarse hoy en día una actividad más o menos común entre los jóvenes, por lo menos los fines de semana.

Analiza los principales problemas para una adecuada regulación del botellón, así como sobre la conveniencia de que el botellón se regule en las ordenanzas municipales del espacio público. En este sentido menciona que el botellón debe considerarse una forma de oficializarse en la calle, porque no deja de ser un uso del espacio público que afecta a múltiples intereses y derechos, así como a otros comportamientos que luego se van a estudiar.

Se refiere a la reserva de ley y las ordenanzas locales que regulan el botellón, y concluye que teniendo en cuenta que los entes locales disponen de base legal suficiente para regular el fenómeno del botellón, lo especialmente relevante es determinar cuál es el comportamiento que debe ser controlado o prohibido, distinguiéndolo de otras prácticas que pueden ser objeto de otra regulación.

Continúa con la conveniencia de definir de forma precisa el concepto de botellón y la importancia de concretar con precisión el bien jurídico protegido, es decir, señalar los intereses y derechos que entran en

juego cuando se prohíbe esta práctica. También el derecho a la protección de la salud de los jóvenes como principal bien jurídico a salvaguardar con la prohibición del botellón. Analiza también cuales son las condiciones materiales que definen el objeto de la regulación: si el consumo se refiere al consumo de bebidas exclusivamente alcohólicas, si es necesario una aglomeración de personas, si es necesario que las bebidas hayan sido adquiridas en otros lugares que no sean locales de hostelería, si es necesario en un espacio de la vía pública en el que potencialmente puedan generarse molestias a la ciudadanía.

Refiere la posibilidad de establecer espacios protegidos a la práctica del botellón. Se plantea la posibilidad de que si un lugar es propicio para la práctica del botellón puede condicionar la autorización o no de la apertura de determinado tipo de establecimientos comerciales. También examina las sanciones, medidas provisionales y medidas preventivas.

Concluye mencionando, que las ordenanzas municipales dedicadas a regular el uso del espacio público constituyen una herramienta adecuada para regular el fenómeno del botellón más allá de que pueda haber otro tipo de normas que también se refieran a esta cuestión. Las ordenanzas pueden alcanzar un nivel de concreción que favorece esta regulación sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una materia compleja que reclama medidas múltiples de diferente contenido. En este sentido la lucha contra el botellón exige de

instrumentos sancionadores, pero también preventivos. Finaliza afirmando que las ordenanzas deben referirse a todos los aspectos anteriormente analizados.

5. En el apartado V, Iker BARBERO, Profesor Agregado, se refiere a los «usos impropios del espacio público». Comienza con el análisis del espíritu de la normativa y los usos impropios del espacio público. Comenta que la justificación que muchas ordenanzas hacen para regular los usos impropios o intensivos del espacio público procede de dos ámbitos distintos. Por un lado, de las competencias que les son propias, como son la salvaguarda de la salubridad (artículo 25.2.j de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local (LBRL) o la protección de la seguridad y el patrimonio municipal (artículo 25.2.a). Por otro lado, se fundamenta en el uso racional y ordenado del espacio público y sus elementos.

El concepto de «usos impropios» del espacio público es excesivamente ambiguo en lo que a la seguridad jurídica se refiere. Analiza cómo algunas ordenanzas han recogido en sus exposiciones de motivos que se debe entender por usos impropios o intensivos acampar, dormir, usar bancos o asientos, lavarse, lavar ropa y cocinar, sacudir alfombras, limpiaparabrisas en los semáforos, entre otros. Así, la Ordenanza de Bilbao dice que se trata del «uso que una o varias personas realizan de una concreta porción del mismo con carácter regular o continuo e in-

tensivo, de modo que el espacio público se perciba como inaccesible por el resto de la ciudadanía» (artículo 24 de la Ordenanza de Bilbao).

Analiza también el régimen sancionador de los usos impropios y las intervenciones específicas mediante las cuales los agentes municipales deberían realizar determinadas actuaciones destinadas tanto a un correcto cumplimiento de la ordenanza como a mitigar los efectos negativos que la prohibición genera sobre determinados colectivos. Continúa haciendo unas breves reflexiones en torno a la situación de colisión entre derechos ciudadanos y la regulación del espacio público.

Finaliza comentando que su regulación está en numerosas ocasiones estrechamente vinculada a cuestiones como la moral. Por lo tanto, es necesario regular este ámbito específico de una manera consensuada, con procesos de participación social y política, de manera que no se incluyan conductas o hábitos que puedan colisionar con derechos fundamentales.

En definitiva, la dificultad de ajustar el uso impropio de las normas sociales y de convivencia, a diferencia de otras normas como la seguridad vial o emergencias sanitarias, hace que esta regulación requiera de un consenso social representativo superior a otras materias, así como de una atención constante a las normativas de derechos fundamentales con las que pudiera colisionar (derecho de reunión, manifestación, libertad de expresión...).

6. En el apartado VI, de nuevo, el Profesor Unai ABERASTURI, analiza las «Actividades cívicas, culturales, deportivas y similares». Comienza mencionando que en el ámbito municipal la ciudadanía suele encontrarse con innumerables eventos o actividades de diferentes características que se celebran en el espacio público. Estas actividades han sido objeto de regulación en diferentes Ordenanzas Municipales. La regulación que las normas recojan de estas actividades deberá enfrentarse fundamentalmente a dos retos:

- a) el primero, delimitar de la manera más detallada posible cuáles son los eventos o actividades que se dispone regular, ya que las ordenanzas municipales sujetan la realización de estos eventos al cumplimiento de determinados requisitos.
- b) el segundo, es conveniente que las normas especifiquen cuál es el mecanismo de intervención que la Administración debe emplear para que se desarrollen estas actividades de manera que se garantice de la mejor manera posible la convivencia y un uso adecuado del espacio público.

Efectúa una crítica a las definiciones aportadas por las Ordenanzas Municipales y distingue entre los «eventos» y los «grandes eventos». También hace una distinción entre los «eventos» y el ejercicio del derecho fundamental, así como entre «eventos» y los espectáculos públicos y actividades recreativas. Subraya que el punto de partida a la hora de identificar este tipo

de eventos es determinar si se organizan con fines reivindicativos o no, para poner de manifiesto que si estos eventos también son cauce para ejercer diversas libertades y derechos fundamentales, caso de la libertad de expresión, libertad religiosa, libertad ideológica, deben primar las garantías que protegen el ejercicio del derecho de reunión sobre los requerimientos formales que prevén las Ordenanzas para organizar los eventos.

Analiza la autorización previa, como mecanismo de control de las actividades cívicas, lúdicas, deportivas y similares. Plantea si la exigencia de la autorización es una forma indirecta de limitar el ejercicio del derecho fundamental de reunión, Se inclina por la necesidad de limitar la exigencia de la autorización a los casos mas excepcionales. Examina también los requisitos previstos en la normativa municipal reguladora de los «eventos».

Finaliza con el estudio del riesgo de otorgar un gran margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de conceder o denegar la solicitud de autorización. La obtención de la autorización depende inicialmente del cumplimiento de todos los requisitos establecidos. Sin embargo, más allá de que se presenten todos los justificantes y certificados que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos, la Administración tomará en cuenta una serie de criterios para resolver la solicitud de autorización. Estos criterios considera el autor que son más que discutibles. En algunos supuestos, caso

de la ciudad de Bilbao, a los criterios prefijados en las normas se añaden otros que no se recogen expresamente en ellas, pero se publican en la página web del ayuntamiento. En el supuesto de la ciudad indicada se recoge en su página web oficial que «como regla general no se autorizará la instalación de txosnas ni la celebración de comidas populares. Éstas solo se permiten con ocasión de las fiestas de barrio y Aste Nagusia».

Por todo ello, resulta evidente que tales criterios son difícilmente objetivables, lo que dificulta su control *a posteriori*. Es por ello que la correcta y completa motivación de las resoluciones que concedan o no la autorización será especialmente relevante.

7. En el apartado VII el Profesor Agregado Iñigo URRUTIA LIBARONA se refiere a los «Grandes eventos en el espacio público». Introduce la cuestión afirmando que uno de los ámbitos más clásicos de intervención municipal ha venido siendo el relativo al control de las actividades sociales desarrolladas en la vía pública, constituyendo uno de los fundamentos de la llamada policía administrativa. Aborda el concepto de gran evento y, recoge el caso de la Ordenanza sobre Espacio Publico del Ayuntamiento de Bilbao, cuyo artículo 25 los describe de la siguiente manera:

«Se consideran grandes eventos aquellos espectáculos públicos, actividades recreativas y pruebas de todo tipo que, siendo "singulares" por extraordinarios,

trascienden de la zona de influencia de Bilbao, alcanzando incluso una repercusión estatal e internacional. Tales espectáculos y actividades recreativas de toda índole implican una ocupación privativa del espacio público de Bilbao por un periodo determinado, nunca superior al año, y en los que la asistencia del público o de la ciudadanía a los mismos, exige como norma general el pago de previa entrada».

La idea básica que se desprende de la definición reglamentaria es la de un tipo de actividad que supone un uso intenso del espacio público. La definición es esencial a los efectos de determinar el régimen jurídico que le sea de aplicación. Analiza las características que singularizan los grandes eventos y el régimen de autorización. Afirma que el régimen de autorización no se explicita, por lo que se trata más bien de criterios valorativos y difícilmente reconducibles a parámetros objetivos, lo que dificulta su control judicial.

En cuanto a los ámbitos, en las Ordenanzas sobre espacio público los grandes eventos se definen como espectáculos públicos o actividades recreativas, que cuentan con una específica regulación. Por ello, los grandes eventos en el espacio público entrarían dentro del marco de regulación de esta normativa que establece el concreto régimen de intervención administrativa, cuyos principales caracteres serían los siguientes: la doble autorización, el régimen de intervención

en el caso de utilizarse instalaciones o estructuras eventuales, autorización de las pruebas deportivas en vías urbanas, el régimen de inspección aplicable y el régimen sancionador.

Analiza los grandes eventos y la normativa de autoprotección, los grandes eventos y la seguridad ciudadana, los grandes eventos en el ámbito deportivo y su sujeción a un régimen económico. Efectúa un análisis particular sobre los recintos festivos con ocasión de fiestas patronales y concluye afirmando que la definición precisa de los que se entiende por «gran evento» resulta esencial a los efectos de determinar su régimen jurídico. Para ello, propone la consideración de una serie de criterios que enumera.

Con relación al régimen jurídico aplicable, considera que los grandes eventos en el espacio público exigen una intensa labor de coordinación municipal *ad intra* y *ad extra*. Es decir, de un lado habrán de coordinarse los diversos servicios implicados y, de otro lado, se exige también una intensa colaboración interadministrativa. A este respecto, considera importante caracterizar como «grandes eventos» aquellos que superen las 700 personas de aforo.

En lo que hace al régimen de autorización municipal entiende que convendría que la norma municipal concretara los criterios a utilizar a la hora de autorizar o condicionar los grandes eventos. Finaliza mencionando que un caso específico de «gran evento en el espacio público

«lo constituyen los recintos festivos con motivos de fiestas patronales. Esta regulación puede realizarse bien de forma específica, a través de ordenanzas de fiestas, o bien integrándola dentro de las Ordenanzas de espacio público. Asimismo, habrá de determinarse el régimen de revocación por incumplimiento de las condiciones establecidas en el título habilitante y el régimen sancionador, sin que, como han señalado los tribunales, lo primero pueda arrumbar a lo segundo.

8. En el capítulo VIII, la Profesora Adjunta María del Carmen BOLAÑO PIÑEIRO nos acerca con lucidez y acierto a «la Ocupación del espacio público con terrazas de hostelería». Comienza con la contextualización del trabajo, que es el estudio sobre el régimen jurídico de la instalación de terrazas de hostelería en el espacio público. Para ello analiza la normativa aplicable a la instalación de las terrazas de hostelería en el espacio público, que afirma que es diversa, tal y como lo son las fuentes del Derecho Administrativo, y que se ve afectada por numerosas normas sectoriales o transversales, lo que ilustra con ejemplos de la propia jurisprudencia.

A continuación, define el concepto de terraza de hostelería, que en términos generales podría decirse que es el conjunto de mesas y sillas situadas en el espacio público que componen el espacio auxiliar de un establecimiento hostelero. Sin embargo, afirma que la realidad excede en mucho de esta básica definición. Analiza dos cuestiones fundamenta-

les: el concepto de espacio público y a qué uso o usos del espacio público se atribuye la instalación de las mencionadas estructuras o qué uso o usos del espacio público comprende la instalación de terrazas de hostelería.

Por ello, es importante distinguir entre los variados usos del espacio público: usos comunes, usos privativos, usos normales y usos anormales. Y también es preciso determinar en qué tipo de uso del espacio público, ya sea de titularidad pública o privada se clasifica la autorización para la instalación de terrazas de hostelería. En este sentido y en aplicación del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el uso del espacio público con la instalación de terrazas de hostelería se trataría de un uso privativo y anormal.

Continúa con el análisis del procedimiento administrativo de solicitud de la autorización para ocupar el espacio público con la instalación de terrazas de hostelería y las limitaciones al otorgamiento de autorizaciones para ocupar el espacio público con terrazas de hostelería, así como la renovación y suspensión de autorizaciones para ocupar el espacio público con terrazas de hostelería, las condiciones de la instalación y el lugar de la misma y los criterios estéticos para la instalación de terrazas. También examina otras condiciones del uso del espacio público por terrazas de hostelería autorizadas, como el horario y régimen de funcionamiento, la limpieza y ornato de las instalaciones, las actividades permitidas y el régimen sancionador.

Concluye afirmando que la instalación de terrazas de hostelería en el espacio público se ve afectada por numerosas normas sectoriales o transversales, por ejemplo medio ambiente, el ruido y el paisaje, o el patrimonio histórico. En cuanto a la contaminación acústica, los ayuntamientos deberían denegar el otorgamiento de autorizaciones para instalar terrazas de hostelería si por el número o la cantidad de estas estructuras situadas en una zona no puede asegurarse el cumplimiento del límite de ruido máximo establecido por la normativa. En relación con el paisaje, las corporaciones locales también pueden establecer criterios específicos en las ordenanzas para proteger el paisaje urbano. Asimismo, la normativa sobre patrimonio histórico debe tenerse especialmente en cuenta.

Afirma, al igual que otros autores de la obra que comentamos, que las ordenanzas recogen conceptos jurídicos indeterminados, tales como el concepto central de «terrazza de hostelería», que deberían clarificar en aras de preservar la seguridad jurídica, tanto de los interesados para solicitar la autorización de instalación de una terraza en el espacio público, como de la ciudadanía en general, para que esta pueda participar con información clara en los procedimientos relacionados con esta materia. En definitiva, se trata de un uso privativo y anormal, cuando lo lógico es que el uso normal del espacio es el libre tránsito de las personas y no el aprovechamiento particular del mismo, cuestión que, personalmente, comparto vivamente.

Finaliza diciendo que en algunas calles en las que años atrás alternaban actividades de diferente tipo, actualmente la hostelería es la que alcanza prácticamente al cien por cien del establecimiento. Considera que esto también debe hacer plantear hacia qué modelo de ciudad queremos ir, reflexión con la que coincido plenamente.

9. De nuevo, el Profesor José Ignacio CUBERO MARCOS se refiere en el apartado IX a la «venta ambulante». Comienza con el análisis del concepto y tipos de venta ambulante. Según la Ley del Comercio Minorista, la venta ambulante es la realizada por comerciantes fuera de un establecimiento comercial permanente. El Real Decreto estatal que desarrolla esta materia añade a ese primer concepto el siguiente matiz: «cualquiera que sea su periodicidad y el lugar donde se celebre». Sobre las modalidades, la venta puede realizarse en mercadillos, mercados ocasionales o periódicos, en la vía pública o ser ambulante en camiones-tienda. Las diferentes Ordenanzas recogen sus definiciones. Pero, en definitiva, la venta ambulante puede definirse como aquella actividad que consiste en vender mercaderías y productos fuera de los establecimientos comerciales, en instalaciones o puestos desmontable o móviles, o sin instalaciones, que se lleva a cabo de forma continua, esporádica o puntual.

A continuación, analiza el régimen jurídico y la normativa estatal específica sobre venta ambulante, la autonómica y municipal específica,

así como la legislación transversal. En relación con la autorización municipal, desgrana los requisitos subjetivos, las condiciones de la autorización, así como las potestades de control *a posteriori*, la inspección y sanción, en especial la suspensión de actividades, las modificaciones de las condiciones y su revocación, las limitaciones de venta por mercadillo o espacio habilitado y duración y el procedimiento para la adjudicación de las autorizaciones.

Recoge minuciosamente los derechos y obligaciones de las personas titulares de la autorización y efectúa un análisis de las distintas Ordenanzas y Leyes de diversas ciudades y Comunidades Autónomas, prestando atención a la regulación sectorial, para lo que ha de aplicarse la normativa estatal. En cuanto a la extinción de la autorización, expone que el transcurso del tiempo puede configurarse como una de las causas de extinción. La Ley 1/2010 estableció al respecto que la duración de las autorizaciones no puede revestir un carácter indefinido y que, además, la Administración local ha de velar por conceder al titular un tiempo suficiente para la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

Continúa analizando, con algunas consideraciones críticas, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado y la libre competencia. La Directiva de Servicios en el ámbito de la Unión Europea condiciona la regulación posterior sobre la venta ambulante, especialmente en cuanto a los que se refiere a su esencia, es decir,

la reducción de cargas administrativas adicionales y la simplificación de procedimientos. Comenta la distribución competencial de la Ley mencionada y la prohibición de establecer requisitos de carácter económico, así como otros requisitos prohibidos y el principio de eficacia. Seguidamente, trata la venta ambulante y las normas sobre libre competencia, efectúa el planteamiento sobre la intervención administrativa en la libre competencia, la regulación de la venta ambulante y la libre competencia.

Efectúa una mención especial en relación con el *ius variandi* para la modificación de las licencias. En este punto, la concesión de las licencias puede considerarse que se lleva a cabo en precario. En efecto, si se justifica la modificación de las cláusulas por el interés público y la venta ambulante conlleva la implantación de instalaciones desmontables, provisionales, que *per se* no pueden suponer el otorgamiento o la adquisición de un derecho, no puede proceder la indemnización, porque el legislador, en materia de patrimonio de las administraciones, presume que, al tratarse de bienes que se susstraen a la propiedad privada, su gestión y administración prevalecen sobre los intereses privados.

10. En el apartado X la Profesora Titular Nieves ARRESE nos ilustra sobre «Otros supuestos de venta y ocupaciones del espacio público». Comienza especificando que los supuestos incluidos en la Ordenanza municipal de Bilbao bajo este epígrafe (máquinas expendedoras de productos, máquinas recreativas y

extensiones de establecimientos comerciales, tanto de carácter duradero como ocasional) no son un objeto al que habitualmente se refieran las Ordenanzas Municipales reguladoras de la ocupación del espacio público.

Comienza con el análisis de la venta automática de artículos y máquinas recreativas, máquinas expendedoras y extensiones de establecimientos comerciales. Analiza otras ocupaciones del espacio público, como la instalación de contenedores y sacas de escombros, el tipo de autorizaciones, el uso del contenedor, las condiciones y ubicación de los contenedores y otros elementos auxiliares de obra, así como las case-tas de obra y otros elementos, y las reservas de estacionamiento como las mudanzas, el emplazamiento de grúas móviles, carga y descarga de instalaciones desmontables con ocasión de actos públicos u otras necesidades, recepción masiva de autobuses, rodajes cinematográficos, etc.

La regla general es que la necesidad de la reserva de estacionamiento se comunique con una antelación mínima de setenta y dos horas. No obstante, cuando la necesidad está ligada a la realización de otras actividades o eventos, la solicitud se presentará en el marco de la solicitud global del evento y con su misma antelación.

Finaliza con el estudio de la señalización de las reservas de estacionamiento y comenta que la reserva se realiza a lo largo de la divisoria entre la calzada de rodadura y la destinada al estacionamiento de vehículos, me-

dante la colocación de balizas de señalización, con un mínimo de dos por reserva, conformadas por una base piramidal o cilíndrica de hasta una altura aproximada de 45 centímetros y con un peso mínimo de 2 kilos, así como otras precisiones técnicas.

11. El apartado XI se dedica a la «publicidad, distribución de prensa, cuestaciones e instalaciones informativas y actividades audiovisuales, musicales o artísticas», a cargo del Profesor Colaborador Iñigo LAZKANO BROTONS. Comienza con una introducción para reseñar que las Ordenanzas Municipales reguladoras del uso del espacio público, o de la convivencia urbana en general, entran a menudo a regular una serie de conductas ciudadanas que se venían realizando hasta hace unos años sin prácticamente intervención administrativa previa alguna y de manera casi siempre pacífica, no demasiado intensa en cuanto a la ocupación de bienes públicos y poco generadora de problemas.

La intensidad interventora pública que alcanzan las diversas regulaciones municipales en este ámbito plantea problemas jurídicos importantes por su discutible adecuación al libre ejercicio de derechos fundamentales tan caracterizados como la libertad de expresión y de información, la libre creación artística, el derecho de participación y el derecho de reunión. Este tipo de ordenanzas, que tanto han proliferado en los últimos tiempos, promueven una narrativa del civismo ciudadano que trata de camuflar la coacción que implican algunas de estas regulaciones.

Se ha afirmado que «se favorece un tipo de espacio público donde la clase media se encuentre consigo misma en una especie de fantasía urbana dispuesta para individuos responsables y educados, estables y predecibles». Este aspecto nunca suele ser objeto de consideración por quienes elaboran y aplican estas normas.

A continuación, analiza el tratamiento de la publicidad en el espacio público, así como el tratamiento comercial, el no comercial, la distribución de prensa gratuita de publicaciones periódicas, de otros tipos de prensa, así como las cuestaciones en el espacio público consistentes en la petición de fondos con finalidad benéfica. También las instalaciones o mesas informativas del espacio público tendentes a realizar labores divulgativas o difusoras, no publicitarias, del cometido de organizaciones no gubernamentales, de carácter social y similares, o bien para la recogida de firmas en defensa de proyectos, así como las de todas otras entidades, como el medio ambiente, la salud, la cultura, la igualdad de las personas y la diferenciación cultural. En algunas ordenanzas (como por ejemplo la OM de Bilbao) se establece que estas mesas informativas no podrán referirse a la promoción de ideas que puedan ser contrarias a los derechos fundamentales.

También examina las actividades audiovisuales y las musicales, las relacionadas con los libros, las actividades artísticas y, para finalizar, lo que el autor denomina la cláusula general de control de con-

tenidos. Afirma que uno de los problemas más graves de la regulación de todo este tipo de actividades es el determinar hasta qué punto puede intervenir la entidad local en los contenidos. Y es que jurídicamente la potestad local podría fundamentarse no solo en las previsiones genéricas de objetivos generales de ese tipo de ordenanzas cívicas, que suelen establecer normas generales de convivencia en las que se aluden a deberes ciudadanos específicos, sino que en la propia regulación sustantiva, bien de determinadas actividades, bien en general, se suele señalar que queda prohibida en el espacio público toda conducta de menosprecio a la dignidad de las personas, así como cualquier otro comportamiento discriminatorio, sea de contenido xenófobo, racista sexista u homófobo. Termina afirmando que lo que no se puede hacer es reglamentar, prohibiendo, una determinada actividad que ya cuenta con una sanción concreta en el Código Penal.

12. El último apartado, el XII, se refiere a las «Ocupaciones permanentes o de larga duración del dominio público local» su autor es el Doctor Aratz RAMÍREZ DE LA PISCINA. Con carácter previo realiza un análisis del sistema de fuentes aplicable en materia de bienes de dominio público local. Afirma que, partiendo de la lectura conjunta de la CE y de los Estatutos de Autonomía, la configuración del régimen jurídico aplicable a los bienes de dominio público de titularidad local es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA), sin obviar, por supuesto, la potestad de

autoorganización que detentan sobre dicha materia las propias Entidades Locales bajo la cobertura de la garantía institucional de la autonomía local (art. 137 CE). Como consecuencia directa de este reparto competencial a tres bandas, la normativa objeto de estudio se caracteriza por su condición dispersa y compleja.

Continúa con el análisis de la heterogénea normativa aplicable, en concreto, la normativa estatal (Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas— (LPAP), Reglamento de Bienes de las Entidades Locales - (RBEL)) , la STS del 22 de febrero de 1999, la normativa autonómica y algunas ordenanzas municipales. Analiza el régimen jurídico aplicable a las ocupaciones permanentes o de larga duración: las autorizaciones y concesiones demaniales. Este tipo de ocupaciones permanentes o de larga duración se somete en la mayoría de los casos a una concesión administrativa. No obstante, también se han señalado supuestos en los que, por el contrario, se requiere una autorización municipal para este tipo de aprovechamiento privativo. Examina la situación de precario administrativo, el régimen de adjudicación, los efectos de la obtención del título administrativo, su duración, el régimen económico y de transmisibilidad de los títulos administrativos.

Por último, se refiere a las condiciones de instalación y uso. Las instalaciones deben cumplir determinadas condiciones técnicas que guardan relación, entre otros aspectos, con la dimensión de la estructura, las distancias a respetar con

respecto a otros elementos de la vía pública o el tipo de material y modelo utilizados. Por otra parte, las Ordenanzas Municipales recogen normas que buscan garantizar un uso adecuado de las instalaciones y cuyo incumplimiento genera sanciones.

Recapitulacion

Para terminar, y a modo de recapitulación, dado que se trata de una extensa obra en la que han participado 10 reconocidos autores, trataré de reseñar lo más destacable de todos los apartados. Así, podemos afirmar que la obra recensada contiene un amplio e interesante análisis y repaso del espacio público.

- a) La obra nos descubre las diferentes vertientes que tiene el espacio público y analiza la variedad de ocupaciones de que es susceptible y nos ilustra sobre la regulación jurídica que les corresponde.
- b) Los derechos de la ciudadanía en el espacio público y su afectación por la normativa local plantean jurídicamente cuestiones de gran complejidad al verse afectados derechos y categorías jurídicas fundamentales del Derecho Público.
- c) Podría pensarse que las Administraciones Locales, por su cercanía a los ciudadanos, son la instancia adecuada para dar respuesta a algunas de las situaciones que plantea la ocupación del espacio público (por ejemplo la oferta de servicios sexuales retribuidos y su conexión con la trata de personas, aunque con la dificultad añe-

dida, en este caso, de tratarse de un fenómeno invisible) pero la indefinición del marco jurídico existente y las propias implicaciones y entidad de tales situaciones que desborda el ámbito de las competencias locales, hacen que la intervención pública no resulte todo lo eficaz y satisfactoria que sería de desear.

- d) Insistir en que es necesario regular este ámbito específico de una manera consensuada, con procesos de participación social y política para que quede mejor garantizada la protección de los derechos fundamentales.
- e) Coinciden varios de los autores en que existe un riesgo de otorgar un gran margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de conceder o denegar la solicitud de autorizaciones para ocupar el espacio público, lo que considero puede provocar un mayor grado de inseguridad en la ciudadanía que sería recomendable evitar.
- f) En algunas calles de la ciudad en las que años atrás alternaban actividades de diferente tipo, actualmente la hostelería es la que alcanza prácticamente al cien por cien del establecimiento, y máxime tras la pandemia y las regulaciones del covid, para poder cumplir las distancias sociales.
- g) La intensidad interventora pública que alcanzan las diversas regulaciones municipales en este tipo de materias plantea problemas jurídicos importantes por su discutible adecuación al libre ejercicio de derechos fundamentales tan caracterizados como la

libertad de expresión y de información, la libre creación artística y el derecho de participación.

Por último, procede recordar que lo que no se puede hacer es reglamentar, prohibiendo, una determinada actividad que ya cuenta con una sanción concreta en el Código Penal.

Para finalizar, debemos mencionar que nos encontramos ante una obra de referencia y básica para poder entender todo lo referente al ámbito del espacio público, de su ocupación, de su regulación, de su régimen jurídico, de su incidencia en la participación ciudadana, y de su relación con el respeto los derechos fundamentales.

BEGOÑA CRESPO HIDALGO

Licenciada en Derecho
begotxucrespo@gmail.com

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.16>

BALLESTEROS MOFFA, L.Á.: *Las Fronteras de la privacidad. El conflicto entre seguridad pública y datos personales en una sociedad amenazada y tecnológica*, Comares, Granada, 2020. 247 págs.

1. Presentación de la obra

La obra objeto de la presente reseña pertenece al profesor Luis Ángel Ballesteros Moffa, Catedrático de Derecho Administrativo de la

Universidad de León. El eje central del estudio, tal y como se aprecia en el título del mismo, es el tema de la Protección de Datos y la Seguridad Pública.

Por lo tanto, nos vamos a encontrar, a lo largo de las páginas del libro, con dos temas cruciales hoy en día: la protección de datos, tan sumamente relevante en la actualidad, máxime con la nueva regulación existente sobre la materia, y la seguridad, que es un tema que siempre reviste una importancia destacable. Ello hace que estemos ante un trabajo muy llamativo y que genera una gran expectación en lo que a su contenido se refiere. Esto se acentúa todavía más si tenemos en cuenta quien es su autor, un jurista que es un gran especialista en estos temas.

Ahora bien, dicho lo anterior, debemos resaltar lo indicado por el propio autor en la primera página de la presentación del libro. Así, el profesor Ballesteros advierte que se «(...) aborda el fenómeno de la protección de datos personales desde un ángulo distinto al común denominador de la literatura jurídica especializada. Pero las limitaciones a la privacidad, en particular, por razón de seguridad pública, no impiden alcanzar los mejores frutos de estos derechos, aunque para ello sea necesario dar la vuelta al discurso hacia el lado menos transitado de su envés o reverso. La estación elegida para agitar el árbol de los límites a los derechos fundamentales, no parece que pueda ser más favorables, a la vista de la revisión del modelo de privacidad no solo general sino tam-

bién especial, como el que atiende a los riesgos específicos de las comunicaciones electrónicas (...).».

2. Estructuración

La obra se estructura en siete capítulos diferenciados, los cuales viene precedidos de una breve presentación y culminados por unas conclusiones.

El primero de los capítulos se titula: «La respuesta del derecho frente a la lesividad de la tecnología digital: Del derecho de internet al derecho de la inteligencia artificial y Blockchain». En este capítulo de apertura se presenta el tema aludiendo a determinadas connotaciones jurídicas de la era digital, así como a las tensiones que se originan entre las nuevas tecnologías y los datos personales. Incidiendo también en el denominado «espacio común europeo de datos».

El capítulo segundo lleva por rúbrica: «Revisión del régimen común de privacidad, comunitario e interno». Aquí, el autor ofrece, de una manera clarificadora, una visión del régimen de la privacidad. De esta manera se aborda, como no podía ser de otra manera, el artículo 18.4 de la Constitución Española de 1978, así como los artículos 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por otro lado se trata también la Directiva 95/46/CE y la Ley Orgánica de

Protección de Datos de 1999, para después focalizar la atención en el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Junto con ello, se examina el inevitable problema de qué sucede con la Administración electrónica y la información personal, así como se encuentran las oportunas alusiones tanto a las competencias como a la organización administrativa.

El Capítulo tercero se denomina: «Las edades tecnológicas del instituto de protección de datos personales: su traducción al sector de las comunicaciones electrónicas y tecnologías emergentes». En este punto la atención se centra en la Directiva 97/66/CE y a la 2002/58/CE y su transposición. Al mismo tiempo también se analiza a la propuesta de Reglamento ePrivacy del año 2017.

El Capítulo cuarto se llama: «Vulnerabilidades generales y especiales de al información personal en un entorno de transformación digital: Las amenazas Híbridas». En esta parte se estudian las comunicaciones electrónicas. Estas, a parte de aquellos riesgos a los que se ve sometidos de manera ordinaria, también se van a enfrentar a algunos más concretos y propios de estas comunicaciones.

El Capítulo quinto recibe el nombre de: «Limitaciones al derecho de protección de datos personales». En este punto se nos ofrece una visión muy relevante, siendo esta la de la no equiparación entre lo que es la

privacidad y el anonimato, así como se nos muestra el escenario del choque entre los derechos y las denominadas excepciones a las facultades tanto positivas como negativas de la privacidad.

El capítulo sexto se intitula: «La seguridad pública como némesis de la privacidad: ¿Hay que elegir entre seguridad y protección de datos personales?». Este es, sin duda, la parte más extensa de la obra, la cual se centra en las limitaciones que existen a la privacidad para salvaguardar la seguridad. Junto con ello también se desarrollan otras cuestiones como lo relativo a los tratamientos especiales en lo que a la seguridad concierne.

El séptimo y último capítulo ha recibido la siguiente denominación: «Otras excepciones al alcance de las obligaciones y derechos derivados de la privacidad». Este capítulo, que es el que precede a las conclusiones, trata aspectos muy relevantes que han cobrado protagonismo en los últimos años. Así, por ejemplo, se aborda el tándem del derecho al olvido y la libertad de información. Asimismo, se aborda la utilización de la tecnología y los datos personales en lo que a las actividades electorales se refieren. También se alude al *spam*, a las *cookies* y guías públicas, y servicios de consulta entre otros.

3. Reflexión personal

A modo de conclusión toca hacer una reflexión final sobre el libro re-

censionado. Este es, desde un punto de vista personal, una obra muy interesante, la cual presenta un estudio muy completo y cuidado sobre un tema tan en auge actualmente como es el de la privacidad.

Es evidente que el profesor Ballesteros Moffa ha llevado a cabo una labor encomiable en la realización de este trabajo que estudia una temática nada sencilla de abordar por los distintos entresijos que la rodean y el complejo marco jurídico que subyace.

A lo largo de las páginas queda patente la condición de experto del

autor, que explica de una manera clarificadora cada uno de los puntos que conforman la investigación realizada.

No cabe duda, por todo lo expuesto, que estamos ante una lectura obligada e imprescindible para toda persona estudiosa de estas cuestiones.

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES

Universidad de Santiago de
Compostela
alejandro.villanueva@usc.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.119.2021.17>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

