

Revista Aragonesa  
de  
Administración Pública

55  
Junio 2020

REVISTA ARAGONESA  
DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

55

**Junio 2020**

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

**1. Originalidad.** La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

**2. Objetivo, temática y público.** El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

**3. Compromiso.** El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

**4. Evaluación externa.** Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

**5. Datos identificadores.** En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

**6. Derechos de autor.** La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

### 7. Reglas formales

**Encabezado.** El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

**Bibliografía.** Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

**Citas.** Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

**Envío.** Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico ([flopez@unizar.es](mailto:flopez@unizar.es)).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES.

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324.

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón  
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Ricardo ALMALÉ BANDRÉS

*Director General de Relaciones Institucionales*

María Encarnación BENDICHO HERNÁNDEZ

*Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública*

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO

*Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón*

Andrés LEAL MARCOS

*Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón*

José Luis PINEDO GUILLÉN

*Secretario General Técnico de Presidencia y Relaciones Institucionales, Gobierno de Aragón*

Esteban DEL RUSTE AGUILAR

*Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón*

Julio César TEJEDOR BIELSA

*Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón*

Vitelio TENA PIAZUELO

*Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón*

## CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO

*Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza*

Antonio EMBID IRUJO

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza*

Antonio FANLO LORAS

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja*

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza*

José María GIMENO FELIÚ

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza*

Jorge LACRUZ MANTECÓN

*Asesor del Justicia de Aragón*

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid*

Luis POMED SÁNCHEZ

*Letrado del Tribunal Constitucional*

José TUDELA ARANDA

*Letrado de las Cortes de Aragón*

**Director:** Fernando LÓPEZ RAMÓN

*Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza*

**Secretaria:** Olga HERRÁIZ SERRANO

*Letrada de las Cortes de Aragón*

## SUMARIO

RArAP núm. 55 (junio 2020)

	Páginas
<i>Lista de evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i> .....	6
<i>Lista de colaboradores</i> .....	10
 ESTUDIOS	
L. GRACIA MARTÍN: <i>Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo</i> .....	12
M. CARLÓN RUIZ: <i>Funcionamiento electrónico de los órganos colegiados</i> .....	119
J.J. PERNAS GARCÍA: <i>Intervención administrativa ambiental y contratación pública. A propósito de la evaluación de impacto ambiental de proyectos públicos</i> .....	151
F. LÓPEZ RAMÓN: <i>Teoría de las vinculaciones singulares urbanísticas</i> .....	220
 DEBATES	
O. CARRERAS MANERO: <i>La línea continuista en la apuesta por el gasto social en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2020</i> .....	260
E. PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ: <i>Desafío del independentismo catalán al Estado autonómico</i> .....	278
H. IGLESIAS SEVILLANO: <i>Potestad, función. Una revisión desde el Derecho público transnacional y global</i> .....	362
J. CABRERA RODRÍGUEZ: <i>Función pública temporal y precario administrativo</i> .....	392
A. VILLANUEVA TURNES: <i>Las claves del Tribunal Administrativo de Contratación Pública gallego</i> .....	416
 BIBLIOGRAFÍA	
J. DE LA CRUZ FERRER (dir.), <i>Energía y Derecho ante la transición renovable</i> , 2019 (P. LUCEA FRANCO).....	458
J.M. GIMENO FELIÚ, <i>La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones</i> , 2019 (G. VESTRI).....	463

## LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALENZA GARCÍA, José Francisco:  
Profesor Titular de Derecho  
Administrativo, Universidad Pública  
de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo:  
Catedrática de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática  
de Derecho Administrativo,  
Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:  
Catedrático de Derecho Financiero  
y Tributario, Universidad de  
Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor  
Titular de Derecho Mercantil,  
Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Profesor  
Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad de Cantabria

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:  
Catedrática de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Sevilla

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor  
Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de  
Derecho Administrativo, Universidad  
de Zaragoza (†).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor  
Contrato Doctor de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Zaragoza.

BOUAZZA ARIÑO, Omar:  
Profesor Titular de Derecho de  
Administrativo, Universidad  
Complutense de Madrid.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor  
Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad de Burgos.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:  
Profesora Titular de Derecho  
Administrativo, Abogada,  
Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Coordinadora  
de Investigación del Centre d'Estudis  
de Dret Ambiental, Universidad  
Rovira i Virgili de Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo:  
Catedrático de Derecho  
Constitucional, Universidad de  
La Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Profesor  
Titular de Derecho Administrativo,  
Universidad de Lleida.

COMBARROS VILLANUEVA, Victoria:  
Catedrática de Derecho Financiero  
y Tributario, Universidad de Islas  
Baleares.

DELGADO PIQUERAS, Francisco:  
Catedrático de Derecho  
Administrativo, Universidad de  
Castilla-La Mancha, sede de  
Albacete.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: Coordinador de Relaciones Externas del Centre d'Estudis de Dret Ambiental, Universidad Rovira i Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

GAMERO CASADO, Eduardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de País Vasco, sede de Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Albacete.

GIMENO FELIÚ, José María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

GUERRERO MANSO, Carmen: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Investigador del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Soria.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha, sede de Toledo (t).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Barcelona.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.



LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIAS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

## LISTA DE COLABORADORES

CABRERA RODRÍGUEZ, José: Abogado, Madrid.

CARLÓN RUIZ, Matilde: Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

CARRERAS MANERO, Olga: Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Zaragoza.

GRACIA MARTÍN, Luis: Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza.

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor: Doctor en Derecho, Università di Bologna.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

LUCEA FRANCO, Pilar: Becaria de investigación, Universidad de Zaragoza y Université de Pau et des Pays de l'Adour.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa: Profesora contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de A Coruña.

VESTRI, Gabriele: Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

VILLANUEVA TURNES, Alejandro: Profesor interino de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.

# **ESTUDIOS**

# CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS ERRÓNEAMENTE SUPUESTAS CAPACIDADES DE INFRACCIÓN Y SANCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO (\*)

LUIS GRACIA MARTÍN(\*\*)

*A mi querido y recordado excelso profesor, colega, y amigo, José Bermejo Vera, Catedrático de Derecho administrativo, in memoriam*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. EL SOLIPSISMO POLÍTICO CRIMINAL DE LAS DOCTRINAS PUNITIVAS DE LA PERSONA JURÍDICA.– III. UN MUNDO JURÍDICO AL REVÉS: SI LA PERSONA JURÍDICA ES SUJETO IDÓNEO DE LA INFRACCIÓN Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVAS, POR LA MISMA RAZÓN PODRÁ Y TENDRÁ QUE SERLO DEL DELITO Y DE LA PENA.– IV. LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE INFRACCIÓN Y DE SANCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE CONTRAVENCIONES ALEMÁN.– V. LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA MEJOR DOCTRINA ESPAÑOLA DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO.– VI. LA MODULACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN (INFRACCIÓN) Y CULPABILIDAD PARA LA PERSONA JURÍDICA Y LA LIQUIDACIÓN DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO: 1. La demolición del concepto de acción con su modulación para la persona jurídica. 2. Sobre los usos indebidos del término «sanción» y precisión de su concepto estricto. 3. La total liquidación del concepto de culpabilidad con su pretendida modulación para la persona jurídica.– VII. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTA COMO HORIZONTE DE FUTURO.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** En este artículo, se desarrolla una crítica severa de la doctrina que pretende fundamentar una responsabilidad de la persona jurídica no sólo en Derecho penal sino también en el sancionador administrativo. El autor parte de la tesis de que la configuración de un supuesto de hecho de responsabilidad penal o de tipo sancionador de la persona jurídica sólo puede resultar de un proceso de construcción arbitraria de conceptos en que se ignoran o desprecian no sólo los conocimientos y los saberes de la teoría general del Derecho y de las Dogmáticas del Derecho civil y público, sino también

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 24 de junio de 2020.

(\*\*) Artículo elaborado dentro del Proyecto de investigación RTI2018-098251-B-I00 sobre «Sistema y taxonomía de las consecuencias jurídicas y diferenciación del subsistema de sanciones y consecuencias jurídicas del delito». Entidad financiadora: Fondos Feder y Agencia estatal de investigación.

las reglas y los criterios de la taxonomía y de la nomenclatura jurídicas y, con esto, las de la lógica formal y material. Por el contrario, una construcción jurídica que respete el patrimonio indisponible de conocimientos jurídicos y las reglas de la lógica y del lenguaje conforme a la razón, sólo puede llevar a la conclusión de que toda responsabilidad que pueda ser imputada a la persona jurídica, únicamente puede tener lugar en los campos del Derecho civil y, particularmente, del Derecho administrativo (no sancionador) de policía. Ninguna otra conclusión puede derivarse de la elemental diferencia conceptual entre «culpabilidad» y «responsabilidad», la cual es completamente ignorada o pasada por alto por la doctrina de la responsabilidad penal y sancionadora de la persona jurídica que, por esto mismo, opera de modo completamente arbitrario, es decir, sin atenerse a ninguna regla válida del método de construcción de conceptos jurídicos.

*Palabras clave:* persona jurídica; construcción jurídica de conceptos; semejanza; analogía; arbitrariedad; saber jurídico; Derecho penal; Derecho civil; Derecho administrativo de policía; imputación; hecho propio; hecho ajeno; acción; culpabilidad; autoría; responsabilidad.

*ABSTRACT:* In this paper, a severe criticism of the doctrine which pretends to base the criminal liability of legal persons not only in Criminal Law but also in Sanctioning Administrative Law is performed. The initial author's thesis is that the configuration of a factual situation of «criminal» liability of the legal person can only be result of a process of arbitrary construction of concepts that ignore or despise not only the skills and knowledge of general theory of law and the dogmatic of civil law and public law, but also the rules and criteria of the legal taxonomy and nomenclature and, with that, the rules of formal and material logic. On the contrary, a legal construction that respects the unavailable heritage of legal knowledge and the rules of logic and language according to reason, can only lead to the conclusion that any and all liability of the legal person can only have place in the fields of civil law and (not sanctioning) police administrative law particularly. No other conclusion can be derived from the basic conceptual difference between «guilt» and «responsibility», which however is completely ignored or overlooked by the doctrine of criminal liability of legal persons, which for this reason operates in a completely arbitrary way i. e., without following any rule of construction of legal concepts.

*Key words:* legal person; legal construction of concepts; similarity; analogy; arbitrariness; legal knowledge; criminal law; civil law; police administrative law; attribution; own act; foreign act; action; guilt; authorship; responsibility.

## I. INTRODUCCIÓN

1. La L.O. 5/2010 introdujo en el Código penal español unas disposiciones legales en las que se hace a la persona jurídica sujeto *penalmente* responsable. El art. 31 *bis*. 1 CP establece que, cuando así se disponga expresamente, las personas jurídicas serán *penalmente* responsables por los delitos que cometan en su nombre, por su cuenta y en su beneficio, sus órganos y

representantes legales o quienes están sometidos a la autoridad de éstos (1). En el art. 33.7 CP se introdujo un catálogo de consecuencias específicas para personas jurídicas, a las cuales meramente se las denomina «penas», cuyo contenido es la privación o restricción de bienes y derechos de los que supuestamente son titulares semejantes entes en cuanto sujetos de derecho (2); y en el art. 66 *bis* CP se han previsto unas reglas de determinación de aquéllas conforme a criterios que no tienen nada en común con los relativos a las auténticas penas (3).

**2.** El legislador español quiso motivar su decisión con el fraudulento argumento de que así lo exigían numerosos instrumentos internacionales (4). Por otro lado, cierta doctrina venía invocando desde hace tiempo el argumento del Derecho comparado (5), pero este no puede justificar una decisión tan frontalmente contraria a la Razón y al Derecho como esa. Pues ninguna decisión irracional de uno mismo puede ampararse en el argumento de que sea la misma que ya tomaron antes otros, pues esto no elimina la irracionalidad de la decisión misma ni la de los que la tomaron antes, y tampoco la de quienes, imitándolos, siguen luego su misma senda equivocada (6).

## II. EL SOLIPSISMO POLÍTICO CRIMINAL DE LAS DOCTRINAS PUNITIVAS DE LA PERSONA JURÍDICA

**1.** La decisión del legislador español se puede contemplar como un triunfo de un *solipsismo* político criminal (7). Ante la imposibilidad dogmática de

---

(1) Sobre los supuestos de hecho, véase, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN (2016: pp. 589 ss.).

(2) Véase, por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS (2012b: pp. 48 ss.).

(3) Véase por todos MIR PUIG (2014: p. 29).

(4) Véase el apartado VII de la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, BOE n° 152, de 23 de junio de 2010. Sobre lo infundado de dicho argumento, véase, entre otros, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO (2013: pp. 136 ss.); véanse también las Circulares de la FGE 1/2011, apartado I, y 1/2016, apartado 1.

(5) Véase ZUGALDÍA ESPINAR (1980: pp. 70 ss.); EL MISMO (1994: pp. 617 ss.); EL MISMO (2013: pp. 30 ss.).

(6) De modo similar, véase SCHÜNEMANN (2013: pp. 18 s.); y EL MISMO (2014a: p. 12), quien contra el argumento de la «marcha triunfal» (*Siegeszug*) del constructo en el Derecho comparado, que muchos alegan a su favor con la afirmación de que un Estado que no lo introdujera se quedaría «al final de la cola» (*Schlusslichtthese*), replica acertadamente que «aunque fuera así, en un Estado de Derecho (ello) no podría llevar a que fueran copiadas leyes erróneas de otros países».

(7) Por «solipsismo» político criminal entiende L. GRECO (2010: pp. 42 s.), la actitud de muchos penalistas de no ver ni contemplar a nada más que al ejercicio de poder punitivo como solución a los problemas de nuestro tiempo, que puede describirse con la máxima de

fundamentarla, algunos sectores de la doctrina alemana, española y latinoamericana emprendieron hace aproximadamente cuatro décadas una especie de cruzada contra la Dogmática penal, con el fin de derrotarla para dejar expedito un camino hacia el reconocimiento de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable y punible (8), que no tendría ni el mínimo lugar en ningún sistema jurídico construido a partir de un conocimiento *científico* de los objetos de la realidad empírica y de las posibilidades de valoración jurídica que ofrecen dichos objetos (9). Ciertamente, los promotores de semejante cruzada fueron en principio una clara minoría, pero con el tiempo, aquella fue avanzando posiciones y ganando terreno gracias al infausto proceso de colonización de los sistemas jurídicos romano-germánicos (continentales) por el angloamericano (10), y al creciente número de adhesiones a ella, el cual se ha hecho tan elevado, que hoy se puede decir que en la realidad sociológica se encuentra a un paso de la victoria —si es que no la ha alcanzado ya—,

---

que «las fronteras de mi derecho penal son las fronteras de mi mundo», y como «mi mundo es todo el mundo, el que yo no conozco, no existe»; GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 21 ss.); y EL MISMO (2016e: pp. 11 ss.).

(8) Así ZUGALDÍA ESPINAR (1980: pp. 86 s.): «si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues *peor para ésta última*» (p. 87), porque ante el conflicto entre «la conveniencia político-criminal de exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas» y la imposibilidad de llevarla a cabo por las exigencias de la Dogmática jurídico-penal, lo que hay que hacer es «prescindir de las categorías de un Derecho penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas soluciones» (p. 86); en sentido similar NIETO MARTÍN (2008: p. 17); VOGEL (2012: p. 428). A esta cruzada parece sumarse REBOLLO PUIG (2016a: pp. 225 y 226), al opinar que la negación de subjetividad *penal* a la persona jurídica es un problema de la Dogmática penal clásica (p. 225), que el Derecho penal se veía obligado a recurrir «a construcciones mucho más artificiosas» (p. 225 y nota 15), y que para afirmarla bastaría con «rechazar ciertos inventos penalistas» (p. 226). Si se repara en que los penalistas, tras dos siglos de intensos debates desarrollados en un nivel máximo de pensamiento filosófico racional, han logrado construir una teoría del delito que, como ha enfatizado GIMBERNAT ORDEIG (2001: p. 370), y ratifica DUBBER (2005: p. 247), «constituye un imponente edificio que debe ser considerado como uno de los grandes logros de las ciencias del espíritu», entonces la calificación de ciertas figuras dogmáticas del Derecho penal como «construcciones artificiosas» o «inventos penalistas» —REBOLLO se refiere a la figura de actuar en lugar de otro art. 31 CP— debe contemplarse, siendo prudentes, como una temeridad.

(9) Sobre esto en general, WEIZEL (1962: p. 243); EL MISMO (1975: pp. 9 s.); SCHÜNEMANN (1971: p. 37), quien explica esto así: «ciertamente es posible» —dice— «someter a una silla a las reglas jurídicas sobre las mesas y con esto declararla como mesa en sentido jurídico (con lo cual entonces el concepto jurídico de mesa corresponde más bien al concepto socialmente preformado de mueble); pero no es admisible someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los *seres humanos*, porque la silla carece de la capacidad óptica necesaria para realizar acciones voluntarias».

(10) Véase SCHÜNEMANN (2003: pp. 299 ss. y 306 ss.); también GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 64 s.).

tal como afirman algunos que ya creen poder entonar su marcha triunfal (11). La penetración en nuestro sistema jurídico del pragmatismo jurídico angloamericano alejado de la reflexión teórica, y culturalmente considerablemente más atrasado (12), es uno de los factores —aunque no el único— que más ha influido en llevar a nuestra Ciencia jurídica al estado de gran deterioro en que se encuentra (13), al cual podríamos comparar con el fenómeno que en termodinámica se denomina como «entropía negativa» y designa en general a los procesos y estados de desorden que experimentan los sistemas (14). No obstante, la victoria de la cruzada antidogmática es solo *sociológica*, y en ningún caso *epistemológica*. Pues ninguna manipulación lingüística como las que hacen sus partidarios puede modificar ni modifica la sustancia de las cosas, y con ese proceder no han logrado ni lograrán nunca conquistar ni un solo acre del campo del pensamiento jurídico conforme a la lógica material y a la Razón. Por esto, cabe aún albergar cierta esperanza en que en un futuro, sus insostenibles tesis se tornen *pasadas de moda* (15), y se produzca un retorno a la Razón que encamine de nuevo a la producción de auténtica Ciencia jurídica conforme a las reglas del método jurídico dogmático (16).

---

(11) Véase GÓMEZ-JARA (2010: p. 1): la regulación «al menos deja claro definitivamente que se trata de la imposición de verdaderas penas a las personas jurídicas y, en este sentido, de responsabilidad penal (y) a partir de ahora se discutirán los fundamentos y presupuestos de este tipo de responsabilidad; pero el *trasnochado debate* sobre si una persona jurídica puede ser penalmente responsable *parece haber llegado a su fin*» (cursiva mía); y en sentido parecido, ZUGALDÍA ESPINAR (2013: pp. 15 y 30); FELIÚO SÁNCHEZ (2016c: pp. 47 s.); en la doctrina peruana, GARCÍA CAVERO (2012: p. 57).

(12) Véase SCHÜNEMANN (2002b: p. 28) quien habla, con razón, del «retraso en el desarrollo cultural del Derecho penal angloamericano y de su ciencia».

(13) Véase, en este sentido, SCHÜNEMANN (2006a: pp. 151 s.).

(14) Véase FERNÁNDEZ CASTRO (2000: pp. 259 ss.); y J. ARANA (2001: pp. 231 ss.).

(15) Pues tales doctrinas no son producto más que de la arbitrariedad a que conducen las modas que de vez en cuando penetran en las Ciencias del espíritu; en general, véase SCHÜNEMANN (1995a: p. 222), quien explica que la desfavorable transformación experimentada por la Ciencia jurídico penal, se ha visto favorecida por los siguientes factores: 1) el número de participantes en la discusión científica se ha multiplicado ampliamente; 2) «se ha reducido sustancialmente la formación de escuelas»; 3) «la sociedad postmoderna produce una continua cadena de mensajes valorativos cambiantes, contradictorios o que discurren en círculos, que en su conjunto tienden, igual que los ideales estéticos, hacia la arbitrariedad absoluta»; 4) «la Ciencia jurídica, a diferencia de las empíricas, apenas dispone de un conjunto de reacciones que permitan comprobar la corrección de las tesis sostenidas en ella»; y 5) «no existe previsión institucional alguna en contra de que los argumentos fuertes sean sustituidos al cabo de algún tiempo por argumentos débiles únicamente por el motivo de un cambio de moda».

(16) En una aportación extraordinariamente lúcida y profundamente crítica, MOLINA FERNÁNDEZ (2016: pp. 404 ss.) plantea la pregunta, que muchos nos hacemos, sobre *por qué hemos llegado hasta aquí*; un interrogante que rezuma la desolación que suele provocar un ser que *no debería haber sido ni debe ser* (la respuesta a la pregunta de MOLINA, ya la dio SCHÜNEMANN en el sentido expuesto en la nota anterior). Como bien dice MOLINA FERNÁNDEZ



**2.** No podemos ignorar la fuerza contaminadora del pensamiento que tienen los usos arbitrarios del lenguaje, equiparable a la de las *fake news* respecto a la formación de una opinión pública distorsionada, y por eso la Ciencia jurídica debe tratar de neutralizar los efectos dañinos que producen en la comprensión de la realidad jurídica. La Ciencia jurídica es teleológica, categorial, clasificatoria y sistemática (17), y dispone de un código de nomenclatura que no puede manipularse arbitrariamente. En el metalenguaje de los juristas —dice DELGADO ECHEVERRÍA— «sin palabra adecuada no hay concepto preciso» (18); un caos terminológico —advierte MENDONCA— «puede constituir un indicio de caos conceptual» (19); y si «la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo» entonces —afirma SCHÜNEMANN— «toda nomenclatura errónea será también un error sobre (la substancia de) las cosas» y dará lugar a su tratamiento arbitrario (20), pues de la prohibición de arbitrariedad forman parte «(1.) la prohibición de tratar

---

(2016: pp. 362 s. y 413), «la razón asiste por completo» a quienes afirman que «las PJ no pueden delinquir si el delito requiere imputación subjetiva», y que no podrán serlo «en cualquier caracterización del delito y de la pena» que sean «compatibles con la dignidad del ser humano» (pp. 362 s.); por esto califica al sector doctrinal que la patrocina como «el bando que se equivoca» (p. 413), y advierte que igual a como ya ha sucedido con muchas polémicas históricas, como por ejemplo con la relativa a la esclavitud, que han concluido con la imposición abrumadora de la razón de un bando, también la que aquí nos ocupa tendrá que concluir en algún momento con la imposición de la razón que asiste por completo a quienes niegan toda subjetividad *penal* a la persona jurídica, y sin que para ello se tengan que aportar nuevos argumentos en contra (p. 362), porque todos los posibles ya están sobre la mesa hace tiempo (p. 363). Como dice SCHÜNEMANN (2014a: pp. 1 ss.), los argumentos tradicionales contrarios a reconocer a la persona jurídica como sujeto punible, nunca han podido ser rebatidos en serio, y por esto ve al pretendido Derecho penal de asociaciones como un «zombi político criminal», es decir, como una propuesta que tras un minucioso examen, fue ampliamente rechazada en un momento histórico determinado, y después de un periodo de latencia ha sido desenterrada para provocar una discusión renovada, pero con muy pocos argumentos nuevos, pues hay una preponderancia de los viejos *recalentados* (p. 1); esto es una constante histórica, como hizo notar R. SCHMITT (1958: p. 104) al observar que hay una monótona repetición de los mismos argumentos, que en gran parte no son nuevos porque son los de los juristas de la Edad Media.

(17) Sobre las funciones de la Ciencia jurídica, de elaboración «teleológica» y «categorial» de los conceptos jurídicos *para* realizar la «idea» del Derecho, véase RADBRUCH (2003: pp. 106 ss. y 113 ss.); Arthur KAUFMANN (1997: pp. 98 ss.). Sobre el carácter clasificatorio de la Ciencia jurídica, véase OPPENHEIM (1926: pp. 117 ss., 120 s. y 125 ss.); y RADBRUCH (1967: pp. 170 ss.). DUBBER (2005: pp. 253 s.), sugiere la existencia de una semejanza entre la Dogmática penal y la Botánica y la Zoología, pues la primera clasifica a cada elemento en su lugar correcto en la *taxonomía* del Derecho penal, y solo si a un problema se lo «clasifica» correctamente, se lo resolverá también correctamente.

(18) Véase DELGADO ECHEVERRÍA (2013: pp. 11 s.). Véase también E. MOREU CARBONELL (2020: p. 329).

(19) Véase MENDONCA (2003: p. 22).

(20) Véase SCHÜNEMANN (2014a: p. 15).

igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está sobre las de la Gramática», y por esto se incurre en arbitrariedad y conculcan los principios del habla racional «cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes» (21).

a) Todas las tentativas de construir conceptos de acción, culpabilidad y pena para la persona jurídica, y de hacer pasar a sus productos como «análogos» (22), «paralelos» (23) o «funcionalmente equivalentes» (24) a los correspondientes al individuo, son una maraña de constructos elaborados unilateralmente sin debatir con la doctrina refractaria, en un vacío de teoría jurídica (25), mediante una desfiguración de los conceptos de persona e imputación, y de representación y organicidad (26), que llevan finalmente a falacias lógicas del *quaternio terminorum* (27), al quebranto de las reglas de la lógica

---

(21) Véase SCHÜNEMANN (2014a: p. 4 para la cita, y además pp. 8, 11, 12, 15, 16); ya antes SCHÜNEMANN (1979: pp. 37, 234 s.); EL MISMO (2008b: pp. 431 ss.); y EL MISMO (2013a: p. 200). Ya Francis BACON advirtió sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente «un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza», pues «el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y aunque la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud»; según FOUCAULT (1966: pp. 65 s.), la crítica de la semejanza en BACON concierne «a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetas», las cuales nos harían «creer que las cosas se asemejan entre sí»; según interpreta FOUCAULT (*loc. cit.*, p. 66), se trata de ficciones espontáneas del espíritu» a las que «se añaden —efectos y a veces causas— las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza», y «sólo la prudencia del espíritu puede disiparlos, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza».

(22) Así por ejemplo, véase TIEDEMANN (1988: pp. 1169 ss.); EL MISMO (1996a: pp. 48 ss.); EL MISMO (2014: pp. 164 ss.).

(23) Así por ejemplo, véase HEINE (1995: pp. 271 ss. y 310 ss.); VOGEL (2012: pp. 430 ss.); y *de lege ferenda*, antes de la L.O. 5/2010, ZUGALDÍA ESPINAR (1980: pp. 86 s.); EL MISMO (1994: pp. 620 s.).

(24) La tentativa de construir un sistema del delito para la persona jurídica con «equivalentes funcionales» a la acción y a la culpabilidad, se debe fundamentalmente a GÓMEZ-JARA (2005: pp. 48 ss. y 201-295).

(25) Sobre esto, véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 36 s.); como ha dicho A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 404 s. y 421 s.), invocando la famosa frase de Julius von KIRCHMANN, solo puede intentarse fundamentar una culpabilidad de la persona jurídica si, tirando «a la papelera bibliotecas enteras de literatura jurídica» (pp. 404 s.), se ignoran además los saberes que proporcionan el Derecho civil y la teoría general del Derecho (pp. 421 s.).

(26) Véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 10 s. y la extensa nota 21).

(27) Véase SCHÜNEMANN (2008b: pp. 431 s.): «quien intenta agrupar bajo uno y el mismo concepto a una acción propia y a la imputación de una acción ajena, cae inevitablemente en la falacia lógica del *quaternio terminorum* (que mete en un círculo vicioso)»; EL MISMO (2004: p. 104); EL MISMO (2006b: vor § 25 nm. 23); EL MISMO (2014a: pp. 4 y 11): los

material entendida, como la describe SCHÜNEMANN, como los principios del habla racional (*Grundsätze des vernünftigen Redens*) (28), y a graves errores de comprensión de la substancia de las cosas (*Fehler in der Sache*) (29). Como dice el autor alemán, estamos aquí ante productos de una insensatez (*eine Torheit*) (30), a la que yo, si se me permite expresarlo así, quiero comparar con la de un imaginario concursante en una competición de esgrima que, habiendo perdido su florete, se presentara al concurso con un pez espada diciendo que es análogo, paralelo o funcionalmente equivalente a un florete real apto para la práctica de la esgrima.

b) Por mucho que el legislador y un sector doctrinal, utilicen de un modo irritantemente arbitrario la nomenclatura jurídica, poniendo en relación de grave hostilidad a las palabras y las cosas, así no modifican ni un ápice el dato real empírico de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma, ni convierten en responsabilidad *penal* a una que no es nada más que civil o administrativa policial, y tampoco transforman en penas las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica con su mero etiquetamiento con dicho nombre. Los argumentos tradicionales en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica: que carece de capacidad de acción, de culpabilidad y de

---

constructos de responsabilidad penal de la persona jurídica «no consisten en nada más que en un *quaternio terminorum* del concepto de acción, así como del concepto de culpabilidad, porque la imputación de una acción ajena justamente no es una acción, y la imputación de una culpabilidad ajena no puede crear un presupuesto de la culpabilidad que está ausente, de modo que así ni se responde a la pregunta por la legitimación, ni se respetan las premisas racionales de los fines y los valores del Derecho penal, y en esto no hay nada más que un círculo vicioso tanto ontológica como axiológicamente» (p. 4); «el uso de la categoría 'pena' induce a conclusiones falsas en la configuración de la sanción que, bajo aspectos de la lógica formal, caen en la falacia del *quaternio terminorum*» (p. 11); igual ROXIN (2006: p. 264).

(28) Cfr. *supra* notas 20 y 21 y el texto a que corresponden.

(29) Véase SCHÜNEMANN (2014a: pp. 4 y 15): «la pena individual por la infracción culpable de una norma que protege bienes jurídicos y el pago de una suma de dinero impuesto a una empresa por su deficiente organización son tan diferentes por su contenido, por sus fines y por su legitimación, que cuando se llama 'pena' también a la sanción de la empresa, y en lugar de una deducción teleológica del sistema del Derecho penal, se cita una figura del *Derecho civil*, ignorando con una recaída atávica en el *common law* su —analíticamente— forzosa separación racional teleológica y valorativa del Derecho penal, se acaba así en una 'legitimación artera' con la ayuda de una *contaminación semántica del lenguaje* y de un arbitrario tratamiento igual de lo que es desigual».

(30) Véase SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2 y 14): «Solo puede ser destinatario de una norma un ser humano capaz de comprender la norma y de cumplirla por medio de su actuar, pero no un proceso puramente causal como son, además de los acontecimientos de la naturaleza, también los procesos sistémicos de la sociedad humana que no pueden ser dominados por ningún ser humano individual; cualquier intento de lo contrario sería una *insensatez*, como aquella del gran rey persa Jerjes, quien, según Herodoto, hizo castigar con la pena de 300 golpes de vara a las grandes olas que levantó un temporal en el Helesponto» (p. 2).

pena (31), nunca han podido ni podrán ser rebatidos en serio, y hoy continúan siendo válidos en su integridad (32). No sorprende que los más cualificados arquitectos de la teoría de la persona jurídica, hayan formulado argumentos críticos de gran severidad, y con ironía satírica, contra las pretensiones de erigir a la persona jurídica en sujeto jurídico penal (33).

---

(31) Véase un resumen en GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 6 ss.).

(32) Véase SCHÜNEMANN (2014a: pp. 1 y 12): «hay una total abundancia de razones que marcan a la construcción de una sanción contra agrupaciones en paralelo a la pena criminal como tentativa inidónea» (p. 12).

(33) Y así, entre los más antiguos, véase HOLD v. FERNEK (1903: pp. 16 s.), quien advirtiendo que «en las instituciones y especialmente en las fundaciones falta totalmente el sujeto determinable psicológicamente al que pueda proyectarse el deber», ironizó diciendo que «quien no busque el deber conforme al sentido de la palabra en los órganos o representantes respectivos, le quedara ya sólo una mera caja de caudales como destinatario del imperativo»; VAREILLES-SOMMIÈRES (1919: p. 480), dijo con ironía que «la teoría de la persona real natural enseña, *sin provocar la risa (sin caer en el ridículo)*, que la persona moral puede cometer delitos y sufrir castigos, se le puede infligir caducidad, multa y aun la pena capital», si bien —apostilló— «la pena suprema tiene aquí la ventaja de no ser sangrienta, ni herir la sensibilidad de los espectadores», y concluyó su ironía diciendo que «en verdad los jurisconsultos aventajan a los poetas en imaginación y en invención»; FERRARA (2006: pp. 146, 153 y 159 s.), tachó a las teorías realistas, que están detrás de las doctrinas favorables a la responsabilidad penal de la persona jurídica, de «hipótesis fantásticas» (p. 146), de ficciones con «fórmulas vacías y gárrulas» (p. 153) cuyo valor es solo pictórico artístico y resulta de una concepción poética (pp. 159 s.); KELSEN (1995: pp. 109 y 127), dijo que la afirmación de que la persona jurídica actúa con una voluntad real propia, es típica de un pensamiento mitológico y animista como el del hombre primitivo, el cual hipostasiaba al objeto del conocimiento separando a sus cualidades de su substancia; y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1969: pp. 26 ss. y 35 s.) afirmó que un proceso «relacionado con la responsabilidad penal de las personas morales o jurídicas» (cursiva del autor), estaría más próximo a «los procesos contra animales» que a «los seguidos contra personas físicas» (p. 35), y planteó jocosamente la hipotética y satírica fabulación de que «si un día nos dijese —basta un botón de muestra— que el Banco Nacional de México se hallaba preso en Lecumberri por haber raptado y violado a la Fundidora de Monterrey, soltaríamos la carcajada, y el juez que llegase a dictar tan disparatado auto, no sería mantenido en su cargo más de veinticuatro horas» (p. 36). En la doctrina más reciente, SCHÜNEMANN (2014a: pp. 2 *in fine*, 4, 14), descalifica a tales pretensiones como productos de la insensatez (*Torheit*) y la arbitrariedad derivados de falacias del *quaternio terminorum*; FRISCH (2013: pp. 357 ss.), las tacha de mezcolanzas e intercambios conceptuales que anegan (*verwässern*) totalmente la imputación jurídico penal, y propugna rechazarlas «vigorosamente»; ROBLES PLANAS (2011: p. 15), afirma que con estas construcciones se produce una involución dogmática monumental; A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 338, 393, 398, 402, 416 y 427), las ve como saltos funambulescos en la cuerda floja de la ficción, artilugios, atajos hipócritas y fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables; CIGÜELA SOLA (2015: pp. 105 ss.), como graves errores categoriales; y MOLINA FERNÁNDEZ (2016: pp. 381 y 413 s.), como ejemplo casi perfecto de prosopopeya (n. 381) y de desajustes de las categorías con la realidad apoyadas sólo en una manipulación de las palabras (pp. 413 s.). En GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 73 ss.), propuse irónicamente agrupar a la maraña de estos constructos en un imaginario «Manual de hechicería de vudú haitiano».

**3.** Pese a la dicción literal del art. 31 *bis* CP., la mejor y más cualificada doctrina española niega que la persona jurídica sea sujeto del delito (34), y que sean penas las consecuencias jurídicas aplicables a ella (35). Una jurisprudencia constitucional, haciendo suyo el apotegma de que «el nombre no hace la cosa», afirma que «para determinar la naturaleza de una determinada figura no es decisivo el *nomen iuris* ... que le asigne el legislador» (STC 164/1995), y como dijo la STC 276/2000 tampoco lo son «el (nombre) asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador» (36). Con la mera denominación como acción, culpabilidad y pena de unos objetos que no lo son en absoluto, no se engaña a la Ciencia jurídica. Pues tras la desnormativización de los constructos que se designan fraudulentamente con tales nombres, los objetos reales que quedan al descubierto como sustratos de ellos, son unos cuya consistencia

---

(34) Pues en el art. 31 *bis* CP, no puede ni podría decirse más claro que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en los delitos *cometidos por las personas físicas* que actúan en su lugar; véase S. MIR PUIG (2015b: p. 142).

(35) Véase GRACIA MARTÍN (2016a: pp. 225 ss., 242 ss.); EL MISMO (2019: pp. 1.398 ss.); BOLDOVA (2013: pp. 259 s., 261 s.); EL MISMO (2016b: p. 90); BOLDOVA/RUEDA (2011: p. 276); MIR PUIG (2014: p. 28 s.); SILVA SÁNCHEZ (2013: pp. 32 s.); GÓMEZ MARTÍN (2012: pp. 382 s.); EL MISMO (2017: p. 281); ROBLES PLANAS (2011: p. 14).

(36) Además —dice la primera sentencia— «una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción», pues es preciso tener en cuenta que «entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades características, que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos». Así sucede con las multas coercitivas; como dice, entre otras, la STC 239/1988 —y asimismo SSTC 276/2000 y 121/2010—, con ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo... sino que consisten en una medida de constreñimiento económico (...) tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa»; sobre la naturaleza no sancionatoria de las multas coercitivas, véase GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017: pp. 842 ss.); SUAY RINCÓN (1989: pp. 62 ss.); EL MISMO (2010: p. 169); I. PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 88 ss.); HUERGO LORA (2007: pp. 289 ss.); GRACIA MARTÍN (2006a: pp. 546 s.); LÓPEZ MENUENDO (2010: pp. 467 ss.); para la multa coercitiva del Derecho de policía alemán, véase RACHOR (2012: p. 562); GEIGER (2006: p. 57 nota 176). Cierta doctrina cree que las consecuencias jurídicas aplicables a personas jurídicas, tienen que ser sanciones *penales* por su idoneidad para realizar los fines preventivos del Derecho penal; véase, LUZÓN PEÑA (2016: p. 11); FARALDO CABANA (2015: p. 159 nm. 990); DIEZ RIPOLLÉS (2012b: p. 54); FEIJÓO SÁNCHEZ (2011: p. 118). Esta doctrina pasa por alto la distinción criminológica entre prevención criminal primaria, secundaria y terciaria, y que únicamente la terciaria es prevención *propia del Derecho penal*, es decir, la que se pretende alcanzar por medio de intervenciones coactivas *directas* (penas y medidas de seguridad penales) sobre *individuos*; véase HIRSCH (1989: p. 709); GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 194 ss.); EL MISMO (2016e: pp. 85 ss.); con gran énfasis L. GRECO (2015: pp. 508 ss., 511 ss.); la prevención criminal que se trata de lograr por medio de intervenciones sobre cosas o *situaciones objetivas de hecho* —y una organización no es más que una cosa (véase GARCÍA-PITA [2016: p. 177]; SÁNCHEZ-OSTÍZ [2016: p. 622])—, no es prevención específicamente *penal*; véase GRACIA MARTÍN (2016d; pp. 184 ss.); y EL MISMO (2016e: pp. 95 ss.).

material no aguanta ni en lo más mínimo el peso de ninguna valoración jurídica específicamente *penal*. Esto se explica con certeza porque ninguno de esos constructos es nuevo, pues sus contenidos reales ya están absolutamente perfilados y clasificados desde antiguo por la Ciencia jurídica como figuras de responsabilidad civil o policial (37). Que los constructos que se proponen como de responsabilidad penal de la persona jurídica no son más que figuras de responsabilidad *civil* —eso sí, totalmente desfiguradas—, lo demuestra el hecho de que sus formulaciones lingüísticas no pueden ocultar ni disimular su identidad o analogía morfológicas y sintácticas con las fórmulas descriptivas de los supuestos de hecho de la responsabilidad civil (38).

**4.** Desde comienzos de los años 90 del siglo pasado vengo desarrollando una pluralidad de argumentos extensos y detallados, apoyados en los conocimientos fundamentales con validez permanente en la Ciencia jurídica sobre los conceptos de persona e imputación jurídica, y de representación y organicidad, que demuestran la «evidencia» de que ya por la misma naturaleza de la cosa, y también *axiológica* y *normativamente*, es absolutamente imposible e inconcebible fundamentar una responsabilidad *penal* de la persona jurídica (39); una evidencia que debería percibirse de inmediato, sin «com-

---

(37) En este sentido, véase ROBLES PLANAS (2011: pp. 8 s.); GÓMEZ MARTÍN (2012: p. 383); EL MISMO (2017: pp. 247 ss.); BOLDOVA/RUEDA (2011: p. 287); GRACIA MARTÍN (1996a: pp. 63 ss., y 69 ss.); EL MISMO (2014b: pp. 30, 33 s. y 68 ss.); y EL MISMO (2015: pp. 159, 169, 180, y 216 ss.). Sobre la inequívoca raíz civilística de la *corporate criminal liability* en el Derecho penal de los E.E.U.U., véase EHRHARDT (1994: pp. 94 y 95 ss.); GÓMEZ-JARA (2005: p. 73); e ORTÍZ DE URBINA (2014: pp. 37 ss.). Por otra parte, el supuesto de hecho de la imputación a la persona jurídica es idéntico al de la responsabilidad *policial* por la creación de «peligros» que, en el caso de personas jurídicas, habrán tenido que originar y producir necesariamente las personas físicas que actúan en lugar de ellas y para ellas, y que dan lugar a la imputación de aquella clase de responsabilidad a la propia persona jurídica (o a una física, si el causante del peligro ha sido algún individuo dependiente de la misma); una responsabilidad que resulta inequívocamente de una conducta *ajena*; véase al respecto, DENNINGER (2012: pp. 216 ss.); FERRARA (2006: p. 647); SCHÜNEMANN (2006a: p. 157); JAKOBS (2002: pp. 573 s.); RANSIEK (2012: pp. 302 ss. y 309); LÜDERSSEN (2012: p. 390); ZAFFARONI (2002: p. 428).

(38) Véase GRACIA MARTÍN (2016b: nota 17 en pp. 15 s.), donde hago una comparación lingüística del art. 31.bis CP con los arts. 120.3º y 4º CP y 1903.4º Cc. que regulan la responsabilidad civil subsidiaria. En todo caso está fuera de discusión, que en el art. 31.bis CP, el delito lo comete una persona *física*, y el supuesto de hecho legal es *idéntico* al de la responsabilidad civil por hecho ajeno; véase GÓMEZ MARTÍN (2012: pp. 370 ss.) y MIR PUIG (2014: pp. 24 s.). Como sugiere E. MOREU CARBONELL (2020, p. 331), las palabras no son tan mágicas como para cambiar la realidad con un mero cambio de ellas mismas.

(39) Para mi primera toma de posición véase GRACIA MARTÍN (1985: pp. 7 ss.); y luego, antes de la introducción del art. 31 bis en el Código penal español, EL MISMO (1996a: pp. 35 ss.); EL MISMO (1996b: pp. 455 ss.); EL MISMO (2001: pp. 33 ss.); EL MISMO (2005a: pp. 233 ss.); EL MISMO (2006a: pp. 574 ss.); EL MISMO (2006b: pp. 47 ss.); EL MISMO (2008: pp. 805 ss., 815 ss.); EL MISMO (2011: pp. 159 ss.). Para mi toma de posición después de la

probaciones intermedias» superfluas, con una mirada superficial al sistema jurídico (40). Ningún artificio ni práctica de ilusionismo discursivo y conceptual, sean lo acrobáticos que sean, pueden modificar en nada la certeza de que toda responsabilidad imaginable y posible de la persona jurídica resulta de una *imputación jurídica*, y que por esto es siempre, sin excepción, una estrictamente *objetiva* y exclusivamente por el *resultado* (41). Y puesto que el fundamento de este tipo de responsabilidad es la imputación del resultado a partir de juicios de distribución en el plano de las normas de valoración (42), nada puede impedir que sujeto de la imputación, es decir, *responsable*, sea uno distinto del causante del resultado (43). Pues la imputación resulta solo de la norma que la establece con abstracción total de la causa generadora y productora del resultado o estado de hecho que se imputa (44). Para la imputación

---

introducción en 2010 del art. 31 bis en el Código penal español, véase GRACIA MARTÍN (2014a: pp. 107 ss.); EL MISMO (2014b: pp. 16 ss.); EL MISMO (2015: pp. 149 ss.); EL MISMO (2016a: pp. 242 ss.); EL MISMO (2016b: pp. 1 ss.); EL MISMO (2016c: pp. 1 ss.); EL MISMO (2016d: pp. 147 ss.); EL MISMO (2016e: pp. 1 ss.); EL MISMO (2017a: pp. 115 ss.); EL MISMO (2017b: pp. 966 ss. y 1004 ss.); EL MISMO (2018a: pp. 487 ss.); EL MISMO (2018b: pp. 209 ss.); EL MISMO (2018c: pp. 577 ss.); y EL MISMO (2019: pp. 1395 ss.).

(40) Me refiero a que la Ciencia jurídica elabora un *Sistema* y ordena en él a todos sus elementos singulares diferenciados (tipos), *clasificándolos* de tal modo que el sistema jurídico mismo, como dice SCHÜNEMANN (1984: p. 3), pueda cumplir su función pragmática de «facilitar una visión panorámica lo más rápida y completa posible sobre la totalidad de los enunciados singulares y su orden y asegurar un acceso de inmediato sin ‘comprobaciones intermedias’ superfluas a la respectiva parte del sistema relevante para el problema concreto». El sistema jurídico —*categorial* y *clasificador*— ofrece ya la percepción inmediata de que ningún orden sancionador puede ser lugar adecuado para tratar una responsabilidad de la persona jurídica, que nunca puede tener carácter *personal*, sino solo *patrimonial* o *social* (policial); véase GRACIA MARTÍN (2017a: pp. 121 y 123). Lo mismo que si se observa la realidad del reino animal con la lente del sistema taxonómico de la Zoología, se percibe de inmediato, por ejemplo, que un batracio no encaja en la clase de los mamíferos, así también con la lente del Derecho se tendrá que percibir de inmediato sin comprobaciones intermedias que absolutamente nada que concierna a una persona jurídica puede tener ningún encaje en ningún orden sancionador.

(41) Sobre esto, véanse las citas de KELSEN y FERRARA que se hacen *infra* en nota 304.

(42) Sobre ello véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 31 ss.).

(43) Véase ahora solo KELSEN (1960: pp. 219 ss., 226 ss., 229 s., 231 s.): «el individuo que responde por un injusto ajeno, no es sujeto de la conducta determinada por el ordenamiento jurídico como condición de la consecuencia de lo injusto; solo es *objeto* de una conducta determinada por el ordenamiento jurídico como consecuencia, a saber: del acto coactivo de la sanción», y desde este punto de vista «existe una cierta semejanza entre este supuesto y el que se da cuando el ordenamiento jurídico estatuye los actos coactivos más arriba mencionados *que no tienen el carácter de sanciones*» (pp. 228 s.); véase además KELSEN (1995: pp. 75 ss., 79 ss.).

(44) Véase KELSEN (1923: p. 72): la imputación jurídica es «el nexo efectuado con base en la norma entre un estado de hecho del ser y un sujeto», es decir, «una conexión de elementos completamente peculiar y totalmente diferente e independiente de la causal y teleológica», y se puede caracterizar como normativa «porque resulta de la norma».

jurídica es indiferente si la causa del resultado ha sido una acción humana, un animal o un proceso de la naturaleza, y una imputación no puede fundamentar responsabilidad en ningún orden sancionador, sino única y exclusivamente en ámbitos jurídicos no sancionadores.

**5.** En esta investigación quiero tratar específicamente de un modo crítico —para demostrar su falta de consistencia— solo un argumento que suelen esgrimir los penalistas partidarios de la punibilidad de la persona jurídica en apoyo de sus tesis: si la persona jurídica —se dice— es sujeto de la infracción y la sanción administrativas, entonces no tendría que haber inconveniente alguno para que también pueda serlo del delito y la pena. Pero, ¿es esto cierto?, ¿es la persona jurídica realmente sujeto de la infracción y la sanción administrativas? Anticipando ya conclusiones, la respuesta a dichas preguntas es, por supuesto, rotundamente negativa en contra no solo de lo que afirman los penalistas, sino también un numeroso sector de la doctrina administrativa, al cual se deben oponer los mismos argumentos que a aquellos, si bien de un modo aún más enérgico. Pues en Derecho penal, el pretendido sistema del delito de la persona jurídica, no afectaría en nada a los principios y reglas del Derecho penal *individual*, que se mantendrían intactos y a ultranza con respecto a los individuos. Pero en Derecho sancionador administrativo se observa, al menos en la praxis, sobre todo en el ámbito tributario, que el principio de culpabilidad se invoca de un modo meramente nominal independientemente de si el sujeto de la sanción es un individuo o una persona jurídica, y por mucho que se diga lo contrario, se maneja un concepto de culpabilidad, que tiene de culpabilidad —para decirlo con la gracia del popular *spot* publicitario— lo mismo que tiene un pulpo de animal de compañía, y de ese modo el principio de culpabilidad resulta constantemente violado también con respecto a los *individuos* a quienes se aplican sanciones administrativas (45).

### **III. UN MUNDO JURÍDICO AL REVÉS: SI LA PERSONA JURÍDICA ES SUJETO DE LA INFRACCIÓN Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVAS, POR LA MISMA RAZÓN PODRÁ SERLO DEL DELITO Y LA PENA**

**1.** Entre los penalistas partidarios de habilitar ejercicio de poder punitivo contra personas jurídicas, suele esgrimirse como argumento a favor que si estas son sujetos de infracciones y sanciones administrativas, entonces no

---

(45) Cfr. por ejemplo la inadmisibile tesis formulada en la STS de 5 de febrero de 1999 (RJ 1824): «la culpabilidad exigible en las infracciones administrativas lo es en distintos términos que en el Derecho penal (...) porque el repertorio de ilícitos es inagotable, y no puede sistematizarse la interpretación de dicho concepto, ni exigirse a la persona el conocimiento de todo lo ilícito», pues «si se hiciera así, el Derecho Administrativo sancionador no existiría».



puede haber razón alguna por la que no puedan serlo también del delito y la pena. A partir de la tesis de que en Derecho sancionador administrativo no pueden regir todos los principios del Derecho penal, o al menos no en igual modo (46), QUINTERO OLIVARES afirmó que las personas jurídicas «pueden sin obstáculo alguno ser *sujetos pasivos* de la sanción administrativa» (47), y que «es perfectamente coherente que del mismo modo que las personas jurídicas son sujetos ante la Administración también puedan cometer infracciones» (48). Según QUINTERO, habría que flexibilizar las categorías penales para poder integrar a la persona jurídica en el sistema penal, porque no puede entenderse que lo que es posible en Derecho sancionador administrativo no pueda serlo en el penal (49). Este argumento, al cual quiero denominar argumento de la *reversión*, es invocado también por penalistas que, a diferencia de QUINTERO, dicen partir de la premisa de la identidad substancial entre ambos ordenamientos sancionadores: si en ambos rigen unos mismos principios, y en el sancionador administrativo se ha admitido siempre la capacidad infractora y de sanción de la persona jurídica, entonces no tendría que haber dificultad alguna para reconocerla como sujeto también del delito y la pena (50).

**2.** Ciertamente que las legislaciones hacen a la persona jurídica responsable por la comisión de infracciones y la cargan con consecuencias jurídicas a las que llaman *sanciones* (51). Pero se supone demasiado al afirmar que lo que suceda en Derecho sancionador administrativo tiene que poder ser revertido al penal, y también cuando se afirma sin más que la persona jurídica es sujeto de la infracción y la sanción administrativas. Esta última es una cuestión necesitada de aclaración (52), y según como se resuelva, el argumento de la reversión podría llevar a un laberinto, o mejor dicho, a un callejón sin salida.

a) Si lo que hiciera posible sancionar a la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo fuera que este se rige por principios *diferentes* a los

---

(46) Véase QUINTERO OLIVARES (1991: pp. 256 ss.); EL MISMO (1996: pp. 53 ss.).

(47) Véase QUINTERO OLIVARES (1991: pp. 276 ss., correspondiendo la cita textual a p. 280).

(48) Véase QUINTERO OLIVARES (1996: p. 68).

(49) Véase QUINTERO OLIVARES (2007: p. 169); y EL MISMO (2011: p. 88).

(50) Así, por ejemplo, NIETO MARTÍN (2008: p. 17); ZUGALDÍA ESPINAR (2013: pp. 16 ss.); y GÓMEZ TOMILLO (2015: p. 46); EL MISMO (2008: pp. 377 s.); y en la doctrina del Derecho sancionador tributario, LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 87 s.).

(51) Así en la legislación española, el art. 28.1 LRJSP establece que «podrán ser *sancionadas* por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas [y otras entidades]* que resulten *responsables* de los mismos».

(52) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 86 s.).

del penal (53), o por los mismos pero *modulados* (54), entonces el argumento de la reversión llevará a este callejón sin salida: 1) si la razón que hiciera posible el acceso y entrada de la persona jurídica al Derecho penal fuera su condición de sujeto administrativamente sancionable; 2) entonces la misma tendría que acceder al Derecho penal necesariamente con esa condición, es decir, revestida de aquellos principios diferentes o, en su caso, de los jurídico penales modulados; pues despojada de ellos perdería su condición de sujeto administrativamente sancionable y ya no podría ser sujeto punible en Derecho penal; 3) pero así: o bien, *a*) el Derecho penal quedaría despojado de sus propios principios y sujeto a los diferentes del sancionador administrativo, y se convertiría en un Derecho sancionador administrativo substancialmente diferente a él mismo (55); o bien, *b*) en la hipótesis de la modulación de los principios penales, se caería en el disparatado absurdo de que esa modulación inicialmente hecha para un ámbito sancionador *diferente*, ahora revertiría al Derecho penal mismo, con lo cual este tendría que admitir que sus principios originales se modularan *para él mismo*, lo que en definitiva significaría lo mismo que en el caso anterior si se piensa, como yo lo pienso, que una modulación de los principios penales originales y genuinos, los hace saltar en pedazos sin que quede ni el menor rastro de ellos (56): el Derecho penal modulado se convertiría en un Derecho sancionador administrativo diferente de él mismo que, además, como así sucede ya con el actual Derecho sancionador administrativo fundado en principios penales «modulados», no tendría de sancionador nada más que el nombre, porque materialmente, de sancionador tiene —y vuelvo a hacer uso del famoso *spot* publicitario— lo mismo que un pulpo tiene de animal de compañía (57). Si entre Derecho penal y sancionador administrativo existieran diferencias substanciales, o en el último rigieran los principios del primero «modulados» hasta el punto de tornarlos irreconocibles, entonces la lógica material tiene que vetar toda posibilidad de reversión de materia del uno al otro, por la misma razón que, por ejemplo, en la cesta de la compra de un vegano no puede haber espacio para un chuletón de buey ni para una paletilla de cordero lechal.

---

(53) Véase, por ejemplo, A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 30, 122 s. y 402).

(54) *Cfr. infra* VI.

(55) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 403 s.): la introducción de una responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español «ha sacudido el panorama del sistema represivo tradicional desde el momento en que se ha adoptado una medida que hasta entonces era propia del Derecho Administrativo Sancionador», y así «es el Derecho penal quien se coloca en la estela del Administrativo Sancionador»; en el mismo sentido GÓMEZ TOMILLO (2017: p. 60).

(56) *Cfr. infra* VI.3; VI.1.6; y VI.3.1.

(57) Sobre esto, *cfr. infra* VI.3.

b) Si se parte de la unidad de principios, la suerte del argumento de la reversión empeora, pues subvierte la relación existente entre ambos ordenamientos sancionadores: ya no sería el penal el que determinaría lo posible en el sancionador administrativo (58), sino justo al revés (59). Esto supondría una muy peligrosa involución que hay que impedir a toda costa, pues el crudo *ser*, que no *debe* ni *debería ser*, de la praxis sancionatoria en la Administración española, pone de manifiesto que de hecho la potestad sancionatoria se ejerce de un modo absolutamente arbitrario, y que ni el TC ni la jurisdicción ordinaria controlan sus decisiones porque sus criterios en materia de aplicación de sanciones administrativas son tan arbitrarios como los de los agentes sancionadores (60). Si en Derecho sancionador administrativo se admiten formas de responsabilidad totalmente incompatibles con el principio de culpabilidad, como por ejemplo la responsabilidad *solidaria* (art. 28.3 LRJSP) (61), la misma razón por la que la persona jurídica podría ser revertida de aquel al Derecho penal, podría invocarse a favor de una reversión también de esa forma de responsabilidad; cuando se impusiera una pena solidaria de *prisión* a una pluralidad de individuos, debería tenerse por cumplida con tal que uno solo de ellos ingrese en el establecimiento penitenciario y permanezca en él la totalidad del tiempo de privación de libertad fijado en la sentencia, con lo cual habría que pensar en cómo podrá sustanciarse la acción de *repetición*

---

(58) No obstante, sobre esto, *cfr.* la importante matización que hago *infra* en nota 159.

(59) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 404 s.), quien dice que esto sería *revolucionario*, «porque si durante un siglo este Derecho [el administrativo] había caminado a remolque del Penal, ... he aquí que ahora ha cambiado de signo el proceso y sucede que es el Derecho penal quien se coloca en la estela del Administrativo Sancionador».

(60) Véase el panorama absolutamente desolador descrito magistralmente por A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 26 ss. y 40 ss.), de cuya exposición merecen destacarse los siguientes asertos; y así, en relación con la praxis de los órganos administrativos sancionadores, NIETO advierte que «la conveniencia, y aun necesidad, de la potestad sancionadora no evita que su ejercicio vaya acompañado de tales irregularidades que constituye un sarcasmo, en el estricto significado del término, para los ciudadanos (...)», comenzando «la injusticia con la arbitrariedad de la persecución» (p. 26), y continuando con «la inmensidad de las infracciones», porque el repertorio de ilícitos (...) ocupa bibliotecas enteras» (p. 27), de tal modo que «para las Administraciones públicas ofrece el Derecho Administrativo Sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad» (p. 28); y con respecto al control de semejante intolerable praxis por el poder judicial, expone NIETO (pp. 40 ss.) la total inseguridad jurídica que generan sus resoluciones dictadas a menudo sin referencia a ningún sistema y, por esto, absolutamente contradictorias, pues «cada sentencia parece obra de la ocurrencia personal de un juez» (p. 41), y de este modo la doctrina jurisprudencial queda degradada «a un simple vocerío que no sirve más que para confundir a los analistas» (p. 42); sobre la inseguridad jurisprudencial en la materia, véase también GARCÍA AMADO (2008: p. 28 y nota 20). Añádase a todo esto que, como pusiera de relieve SANZ GANDASEGUI (1985: p. 11), en la historia española la potestad sancionadora de la Administración ha sido utilizada como instrumento político para «eliminar fácilmente a los adversarios políticos».

(61) En este sentido, véase por todos HUERGO LORA (2007: pp. 395 ss.).

del que cumplió efectivamente la pena contra los que no cumplieron ni un solo día de la misma, y adicionalmente en cuál sería la prestación concreta con que podrá satisfacerse la pretensión de la repetición. Pero dejando de lado este gigantesco absurdo, si se toma en serio el postulado de la unidad de principios, y se hacen valer en Derecho sancionador administrativo los del penal de un modo *idéntico*, como *debe ser* (62), sin modulaciones que no dejan ni el mínimo rastro de su substancia, entonces la cuestión que hay que plantear es justamente la inversa a la del argumento de la reversión, a saber: si lo que no tiene cabida en Derecho penal, sí podrá tenerla no obstante en el sancionador administrativo; y como en coherencia con el postulado de la unidad de principios la respuesta tiene que ser negativa, entonces, si la persona jurídica no puede ser sujeto del Derecho penal, tampoco deberá poder serlo del sancionador administrativo.

#### IV. LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE INFRACCIÓN Y SANCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA DOCTRINA DEL DERECHO DE CONTRAVENCIONES ALEMÁN

1. La larga evolución histórica en que se pretendió diferenciar materialmente al Derecho sancionador administrativo del penal (teorías del Derecho penal de policía y administrativo), culminó en Alemania con la OWiG de 1968 (63). Para la opinión dominante en la doctrina alemana, la diferencia entre delito y contravención es solo formal (64). «Contravenciones» —dice BOHNERT— «son *delitos* cuya sanción encomienda el legislador en primera instancia a la Administración» (65); por esto, según MITSCH, «la estructura de la contravención es la misma que la del hecho punible» (una acción típica, antijurídica y reprochable [ § 1 OWiG]) (66), y «el Derecho de contravenciones pertenece al Derecho penal en sentido amplio» (67). Dado que las contravenciones son substancialmente iguales a los delitos, y que el StGB no admite a la persona jurídica como sujeto del delito ni de la pena, la doctrina absolutamente mayori-

---

(62) Porque se diga lo que se diga, el objeto del Derecho sancionador administrativo es el ejercicio de poder *punitivo*; véase ZAFFARONI (2002: pp. 176 ss.); GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 59 s.); y EL MISMO (2015: pp. 207 ss.); véase también GARCÍA AMADO (2008: pp. 11 ss.).

(63) Véase al respecto MATTES (1977: 5-178 y *passim*); MITSCH (2018: pp. 16 ss.).

(64) Véase MITSCH (2005: p. 17).

(65) Véase BOHNERT (2010a: § 1 nm. 1); BOHNERT/KRENBENGER/KRUM (2018: § 1 nm. 1).

(66) Véase MITSCH (2005: pp. 41 ss.); y en el mismo sentido, ROGALL (2018: § 1 nm. 1 y 2); KLESZCZEWSKI (2016: p. 2); BLUM (2016: § 1 nm. 1 y 2); SCHWACKE (2006: p. 12); ROSENKÖTTER (2011: p. 19); GÖHLER/ GÜRTLER (2017: vor § 1 nm. 9 ss.).

(67) Véase MITSCH (2005: p. 4, con referencias doctrinales).

taria niega que aquella pueda cometer contravenciones, y que la multa prevista para ella en el § 30 OWiG sea una sanción auténtica.

**2.** En la doctrina alemana es absolutamente mayoritaria la tesis de que solo puede cometer una contravención una persona natural, y nunca una jurídica porque carece de la capacidad de realizar la acción antijurídica y reprochable constitutiva del concepto de contravención del § 1 (1) OWiG. Según MITSCH, «el círculo de personas a las que se dirigen las normas de la multa está limitado a las naturales»; a las jurídicas «no se les puede reprochar nada, sino sólo hacerlas responder por la conducta de los individuos que actúan por ellas», y esta regla «la confirma» precisamente la previsión de una multa para ellas en el § 30 OWiG, porque éste, en caso contrario, «sería superfluo» (68); por esto —añade MITSCH— «autor de cualquier contravención sólo puede ser una persona natural», pues los presupuestos del § 30 OWiG, «no los realiza la agrupación sino otro sujeto, un individuo humano» (69), dado que «la persona jurídica misma no actúa», y el § 30 OWiG «no *finge* que la persona jurídica misma haya cometido el hecho ni realizado todos los presupuestos» de la multa (70).

**3.** Respecto a la multa, las descripciones doctrinales de sus fundamentos, fines y régimen jurídico, apuntan claramente a que se trata de una consecuencia jurídica *no sancionadora*, ya que en la doctrina alemana existe amplio acuerdo en que su fundamento no es en ningún caso un inconcebible injusto culpable propio de la persona jurídica, sino un supuesto que corresponde al tipo de la responsabilidad por hecho ajeno que no puede tener naturaleza sancionatoria, sino solo la de una responsabilidad estrictamente civil o del Derecho público. La multa para personas jurídicas (§ 30 OWiG) está sistemáticamente alejada de

---

(68) Véase MITSCH (2005: p. 44).

(69) Véase MITSCH (2005: p. 55).

(70) Véase MITSCH (2005: p. 58); y en el mismo sentido la doctrina mayoritaria; véase GÖHLER/GÜRTLER (2017: vor § 1 nm. 31): «autor de una contravención sólo puede ser un ser humano», pues «la multa contra una persona jurídica y contra una agrupación de personas es la consecuencia del hecho de un ser humano»; e incluso el fundamento de la multa contra la persona jurídica, el defecto de organización, «es obra de un ser humano, mientras que la persona jurídica o la agrupación mismas no son capaces de acción»; RENGIER (2018: vor § 8 nm. 4): «capaz de acción y con esto autor idóneo (de una contravención) son únicamente personas naturales (...), no personas jurídicas ni agrupaciones de personas, porque estas no pueden generar ninguna voluntad natural»; ROSENKÖTTER (2011: 191): «las personas jurídicas y las agrupaciones de personas no pueden cometer contravenciones»; BOHNERT (2010a: § 30 núm. 1), la persona jurídica misma «no puede actuar por sí misma, sino solo por medio de sus órganos y representantes»; EL MISMO (2010b: p. 44): «debido al principio de culpabilidad, que también rige en el Derecho de contravenciones (§ 1), sólo pueden actuar de modo contrario al orden personas naturales, no personas jurídicas y agrupaciones de personas»; BOHNERT/KRENBARGER/ KRUM (2018: § 30 núm. 1): «no puede actuar por sí misma, sino solo por medio de sus órganos y representantes».

la auténtica *sanción* de multa, que es la aplicable *exclusivamente* a personas físicas (§ 17 OWiG), pues se encuentra ubicada en el capítulo sexto junto al comiso, y después de la confiscación. La ubicación sistemática no es decisiva para determinar la naturaleza de la multa para personas jurídicas, pero sí indicaría de que no es una sanción, pues según la opinión mayoritaria, el comiso y la confiscación *no son sanciones*, sino «consecuencias accesorias», y estas, según la doctrina dominante, no tienen carácter propiamente sancionador, ni por sus fundamentos, es decir, por los supuestos de hecho a que se asocian, ni por los fines de cada una de sus especies (71). En la doctrina alemana existe amplio acuerdo en que el fundamento de la multa para personas jurídicas no es un injusto ni una culpabilidad, sino un supuesto de hecho semejante al de la responsabilidad por hecho ajeno propia de los Derechos civil y público. Según MITSCH «el § 30 OWiG funciona de acuerdo con el principio de la *accesoriedad*, igual que lo hace, por ejemplo, la responsabilidad del fiador en el Derecho civil o la del Estado por la infracción de deberes de la función pública» (72), y esto explicaría el hecho, por definición absolutamente extraño a toda sanción, de que la persona jurídica pueda «repetir» contra la física que cometió el hecho de acuerdo con lo que dispongan el Derecho de sociedades, el laboral y el de obligaciones (73). Y por si esto fuera poco, la multa a la persona jurídica, según dispone el § 30 (5) OWiG, excluye la confiscación, lo que solo puede explicarse porque entre los fines de aquella destaca uno totalmente ajeno al concepto y función de una sanción: la privación de las ganancias y ventajas ilícitas que es propio de la confiscación (74), una con-

---

(71) Véase por ejemplo JESCHECK/WEIGEND (1996: pp. 789 ss.): la confiscación es «una medida de compensación» (p. 792) y el «comiso de aseguramiento sirve a la protección de la comunidad frente a cosas que son *per se* peligrosas o que pueden ser aplicadas para la comisión de delitos» (p. 796); en igual sentido MEIER (2006: p. 351 ss.); GÖHLER/GÜRTLER (2017: vor § 22 y § 29a nm. 1); GEIGER (2006: pp. 199 ss., 229 ss.); ZIPP (1989: p. 525 nm. 3); MÜLLER-DIETZ (1979: pp. 67 ss.); ESER (1969: pp. 57, 83 ss., 89 ss., 284 ss.); R. SCHMITT (1958: pp. 199 ss., 219, y 230 ss.); SEILER (1967: pp. 258 ss.); GÜNTERT (1983: p. 17). Sobre el concepto de «consecuencias accesorias» (no sancionadoras) del delito, véase GRACIA MARTÍN (2016d: 147 ss., pp. 204 ss.); EL MISMO (2018a: pp. 490 ss.); y EL MISMO (2019: pp. 1.398 ss.).

(72) Véase W. MITSCH (2005: pp. 166 s.).

(73) Véase MITSCH (2005: p. 167); y GÖHLER/GÜRTLER (2017: vor § 29a nm. 12): la multa contra la agrupación se legitima por la imputación a ella del hecho de la persona física que ha actuado, «de modo semejante a como lo hace el § 31 del Código civil (BGB)»; BOHNERT (2010a: § 30 núm. 5): el § 30 OWiG no ofrece «ningún tipo sancionatorio propio»; ROXIN (2006: p. 263 nm. 60): «consecuencia accesoria» que no tiene como presupuesto ni siquiera una acción.

(74) Véase ROGALL (2018: § 30 núm. 18); BOHNERT (2010a: § 30 nm. 41-43); EL MISMO (2010b: p. 39); GÖHLER/GÜRTLER (2017: § 30 núm. 37); ROSENKÖTTER (2011: p. 197 nm. 400); MITSCH (2005: pp. 167 y 171).

secuencia accesoria no sancionatoria (75), y por eso la multa a la persona jurídica la excluye; lo contrario infringiría el principio *non bis in idem*.

4. Como resulta del somero estudio realizado y expuesto, en el Derecho de contravenciones alemán, la persona jurídica no es ni puede ser sujeto activo de la contravención ya por su falta de capacidad de acción y de ser receptor de un juicio de reproche (76). Ya solo el dato de que la multa contra personas jurídicas del § 30 OWiG no tenga su fundamento en un supuesto de hecho constituido por un injusto personal y una culpabilidad propios de la persona jurídica, que son inconcebibles, es por sí solo razón más que suficiente, es más: absoluta, para negar que aquella sea una sanción. La multa contra la persona jurídica es una consecuencia jurídica *accesoria no sancionadora* del delito o contravención que haya cometido un individuo actuando en su lugar.

## V. LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA MEJOR DOCTRINA ESPAÑOLA DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

1. Partiendo de que el Derecho sancionador administrativo sería sustancialmente diferente del penal, un amplio sector de la mejor doctrina española entiende que la responsabilidad de la persona jurídica en aquel orden es, materialmente, una sin culpabilidad, de carácter objetivo y semejante —por no decir idéntica— a la *civil*, y por esto afirma con razón que la estructura de este tipo de responsabilidad no puede ser revertida de ningún modo al Derecho penal.

2. Ya MONTORO PUERTO afirmó que la infracción y responsabilidad administrativas son *sustancialmente diferentes* de las penales (77). La infracción administrativa se agota en el mero incumplimiento objetivo de deberes impuestos por el ordenamiento administrativo, y no requiere dolo ni culpa (78), que solo entran en consideración, como mucho, para determinar la *gravedad* de

(75) Cfr. *supra* nota 71.

(76) Sobre la necesidad de que el sujeto a quien se aplica una sanción sea uno dotado de una conciencia de sí mismo, la cual le falta evidentemente a toda persona jurídica, véase JAKOBS (2002: pp. 568, 570 s.); KÖHLER (1997: p. 562); VON FREIER (1998: pp. 120 y 135 ss.); RUDOLPHI (1984: p. 71); CIGÜELA SOLA (2015: pp. 221 ss., 360 s.); MOLINA FERNÁNDEZ (2016: p. 414): «sólo pueden ser culpables quienes satisfagan ciertas exigencias mínimas de configuración de un yo autorreflexivo y capaz de autodeterminarse y, diga lo que diga quien lo diga esto no se da ni en las cosas, ni en los animales (al menos no en los inferiores en la escala evolutiva) ni en las personas jurídicas».

(77) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 157 s. y 268 ss.).

(78) Véase MONTORO PUERTO (1965: p. 170).

la infracción (79); la culpabilidad no es presupuesto de la sanción administrativa (80). En Derecho administrativo, la imputabilidad que exige el penal, es reemplazada por la mera «capacidad administrativa» de ser titular de una obligación hacia la Administración pública, y no de cometer actos ilícitos (81). Las personas jurídicas —dice MONTORO— no son imputables porque carecen de las facultades de conocer y querer (82). Ahora bien, si se les reconoce la aptitud necesaria para ser titulares de derechos y obligaciones, y si esto es lo que hace posible en general ser sujeto de lo ilícito administrativo, entonces nada puede oponerse a reconocerlas también como sujetos de la infracción y sanción administrativas (83). Sin embargo, MONTORO deja bien claro que esto es posible gracias a la diferencia sustancial existente entre ilícito administrativo e ilícito penal (84). MONTORO distingue —con ZANOBINI— entre la «responsabilidad por la mera atribuibilidad», típica del Derecho administrativo, cuyo fundamento es solo la «capacidad para ser titular de una obligación hacia la administración pública», y la responsabilidad penal, cuyos fundamentos son la imputabilidad y la culpabilidad (85); y asumiendo la distinción entre responsabilidad asegurativo-social, penal y civil, debida a JIMÉNEZ DE ASÚA (86), aclara que la responsabilidad *administrativa* por la mera *atribuibilidad*, coincide con la «responsabilidad asegurativo-social», pues este es el sentido en que se viene entendiendo aquella «por quienes en lugar de hablar

(79) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 166, 170 y 282 s.).

(80) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 154 ss. y p. 271): «en el Derecho administrativo, o mejor aún en el campo de la infracción administrativa, será posible imponer una sanción sin existencia de culpabilidad» (p. 160); en sentido similar, véase DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/ARIÑO ORTÍZ (1983: p. 269).

(81) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 145 s. y 154).

(82) Véase MONTORO PUERTO (1965: p. 154); y DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/ARIÑO ORTÍZ (1983: p. 269), quien advierte sobre lo inútil que resultaría exigir elementos subjetivos en el caso de la persona jurídica.

(83) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 143 ss.), apoyándose en citas de DUSS y ZANOBINI.

(84) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 144 ss.).

(85) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 143 ss.); también CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995: p. 145): «el sujeto activo de la infracción administrativa debe tener dos características: ciertas cualidades y capacidad administrativa».

(86) Véase JIMÉNEZ DE ASÚA (1963: pp. 86 ss.), quien habla de una «responsabilidad por la mera atribuibilidad» basada en la mera comisión de un acto típico y antijurídico, es decir, sin culpabilidad, a la cual denomina «responsabilidad asegurativo-social» y la distingue de la responsabilidad penal, que sí requiere culpabilidad. Téngase en cuenta que para JIMÉNEZ DE ASÚA, el dolo y la culpa son especies de culpabilidad, con lo cual el acto típico y antijurídico que fundamenta aquella responsabilidad «asegurativo-social» sería uno objetivo sin más elementos subjetivos que la voluntariedad exigida por el concepto causal de acción; véase JIMÉNEZ DE ASÚA (1963: p. 86): «lo injusto es *uno* y *objetivo*», es «contradicción del acto de un hombre con la norma».



concretamente de la posibilidad de comisión de una infracción por parte de las personas jurídicas se limitan a hablar de [una mera] ‘responsabilidad’ de tales personas» (87), *sin más especificación*. Por esto MONTORO, rechaza toda posibilidad de reversión de las diferentes estructuras de responsabilidad del Derecho penal y el administrativo, del uno al otro (88), y si se tiene en cuenta la *sustancia* de los conceptos que maneja, entonces la «personificación» de la responsabilidad administrativa que lleva a cabo, que por cierto tanto vale para la persona jurídica como para la física, demuestra sin duda que la responsabilidad administrativa no es de tipo auténticamente sancionatorio, sino una de carácter objetivo y naturaleza civil y administrativa (no sancionatoria), cuyo sujeto es la «persona», mientras que responsable en cualquier orden sancionador es el «individuo», el ser humano empírico u *homo phenomenon* en sentido kantiano (89), y no, en absoluto, la «persona» (90).

---

(87) Véase MONTORO PUERTO (1965: p. 144).

(88) Véase MONTORO PUERTO (1965: pp. 157 ss.)

(89) Pues como afirma MAIWALD (1966: p. 54) en Derecho penal «sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente»; similar HARDWIG (1957: pp. 117 s.); véase extensamente GRACIA MARTÍN (2005b: pp. 214 ss.), con una detallada crítica de la tesis de que el sujeto de la imputación en el Derecho pena sea la «persona»; EL MISMO (2014b: pp. 68 ss.); EL MISMO (2015: pp. 216 ss.).

(90) Como sin embargo creyó erróneamente Kelsen (1923: pp. 142 ss.). Por esto, está condenado al fracaso todo intento de sustituir al individuo por la persona como sujeto del Derecho penal, e idénticamente lo está todo intento de hacer lo mismo en el Derecho sancionador administrativo. El paradigma de tales intentos lo constituye actualmente el rechazable sistema funcionalista sistémico sociológico del Derecho penal edificado por JAKOBS (2003: pp. 70 ss., 72 s.); EL MISMO (2004: pp. 51 ss.); EL MISMO (2011: pp. 34 ss., 37 ss., 41 ss., y 43 ss.); EL MISMO (2012a: pp. 17, 26 s.); y EL MISMO (2012b: pp. 180 ss.); LESCH (1999: pp. 25 ss., 128 s.); PAWLIK (2012: pp. 141 ss., 145 ss., 151 ss.). En la doctrina española esa sustitución fue propuesta por BACIGALUPO SAGESSE (1998: pp. 354 ss. y pp. 359 ss.), y posteriormente la ha desarrollado GÓMEZ-JARA (2005: pp. 201 ss., 219 ss., 225 ss.) siguiendo el método de un llamado constructivismo operativo en el marco de la teoría de los sistemas autopoieticos; según este autor (*loc. cit.*: pp. 221 s.), el Derecho penal tiene que partir de la *persona* como construcción del sistema jurídico, y a partir de esta errónea premisa intenta en vano «desarrollar el concepto de persona jurídico-penal de tal forma que incluya bajo su seno tanto a individuos como a organizaciones empresariales» (*loc. cit.*: p. 230). Si el sujeto del Derecho penal fuera la «persona», entonces el autor español debería haber reparado en que dicho concepto —elaborado por la teoría general del Derecho y válido para *todas* las ramas del Derecho (véase GARCÍA MÁYNEZ [1983: p. 139])—, comprende *per deffinitionem* tanto a la física como a la jurídica (véase solo Kelsen [1960: pp. 312 ss., 316 ss.]; EL MISMO [1995: pp. 110 ss., 113 ss.]; y RECASENS SICHES [2008: pp. 259 ss.]), y en que ya sólo por esto su *intento* tenía que ser uno *ex ante* tan baldío e inútil como lo sería, por ejemplo, el de elaborar un concepto de batracio que comprenda a la vez a ranas y a sapos. La sustitución del individuo por la persona como sujeto del Derecho penal (y del sancionador administrativo), supone confundir la estática con la dinámica jurídica; la *persona* —dice Kelsen (1923: pp. 73 s. y 145 s.)— es «algo pensado en estado de reposo y no en movimiento», no es nada más que «una construcción normativa pensada fuera del mundo del acontecer real»; y puesto que el

**3.** También la mejor y más rigurosa doctrina española actual, a pesar de sus imprecisiones terminológicas, niega o pone seriamente en duda que la persona jurídica sea sujeto de la infracción y que las consecuencias jurídicas que le son aplicables sean auténticas sanciones.

a) La tesis más clara e inequívoca en tal sentido, que suscribo en lo esencial, es la elaborada y sustentada por Alejandro NIETO GARCÍA. Partiendo de que entre Derecho penal y administrativo hay una diferencia sustancial (91), NIETO explica la responsabilidad de la persona jurídica como resumen a continuación: 1) de entrada, tendrían que dejarse atrás «las aguas del Derecho penal» y adentrarse más bien «en las de la responsabilidad civil» (92); 2) lo que la mayor parte de la doctrina presume y califica como responsabilidad de tipo punitivo, en realidad no es más que una forma de responsabilidad *civil* (93); 3) siendo imposible fundamentar una culpabilidad de la persona jurídica (94), toda responsabilidad que pueda cargarse sobre ésta no puede tener más que un carácter objetivo de naturaleza *civil y administrativa* (95); 4) «de lo que se trata, en definitiva, es de *llegar a la responsabilidad, no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de*

---

ejercicio real del poder punitivo, es decir, la pena recae en el ser humano empírico, y no en una construcción jurídica como la persona, por esto —dice SCHÜNEMANN (2001c: p. 655)— «el reemplazo del individuo por la persona como simple portador de un rol en Derecho penal destruye justamente su legitimación», y «por esta razón, debe ser también rechazado»; véase GRACIA MARTÍN (2005b: pp. 214 ss.); EL MISMO (2014b: pp. 68 ss.); EL MISMO (2015: pp. 216 ss.); y EL MISMO (2016c: pp. 70 ss.); y CIGÜELA SOLA (2015: pp. 100 ss.).

(91) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 30 ss., 55 ss., 122 s., y 124-160). Sobre esta tesis de NIETO, quiero aclarar que mi acuerdo con él sería total si a ese Derecho administrativo sustancialmente diferente al penal se lo despoja de todo significado «sancionador» incluso en el nombre, porque materialmente *no* es Derecho sancionador en absoluto, sino más bien un Derecho a caballo entre el civil y el administrativo (particularmente de policía), que cuando se aplica en un contexto delictivo o de una infracción, independientemente de si se llega a aplicar efectivamente o no se aplica la pena o la sanción administrativa a sus autores, tiene que ser configurado técnicamente como un *Derecho no sancionador accesorio* del Derecho penal o, en su caso, del sancionador administrativo; véase GRACIA MARTÍN (2016a: pp. 226 ss. y 246 ss.); EL MISMO (2016d: pp. 204 ss. y 208 ss.); y EL MISMO (2019: pp. 1.404 ss.); en esta línea, véase BOLDOVA PASAMAR (2013: pp. 259 s. y 261 s.); EL MISMO (2016a: pp. 368 s.); EL MISMO (2016b: p. 90); BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (2011: p. 276); MOLINA FERNÁNDEZ (2016: pp. 403 s. y 415); CIGÜELA SOLA (2015: pp. 317 ss., 357 ss., 363 ss. y nota 29 en p. 364); MIR PUIG (2011: pp. 127 s.); EL MISMO (2014: pp. 29 y 31); y para el Derecho sancionador administrativo, HUERGO LORA (2007: pp. 355 ss. y 436 ss.); sobre la tesis de HUERGO *cf. infra* nota 338.

(92) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 421).

(93) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 421 s.)

(94) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 391 y 402, entre otros muchos lugares de su obra).

(95) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 415 ss., 418 ss., 425 ss.).

soportar la sanción», y expresándolo «en términos deliberadamente simplistas, podría decirse, por tanto, que en estos casos responsable no es el culpable sino ‘el que puede pagar’» (96); y 5) no solo niega que la persona jurídica pueda cometer infracciones (97), sino que también parece pensar que la consecuencia jurídica que se le aplica no es ninguna sanción auténtica, pues a la vista de los presupuestos y régimen jurídico peculiares de algunas figuras de responsabilidad en el Derecho administrativo, bien podríamos estar —concluye NIETO— ante una «difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción» (98). Además de NIETO, otros muchos autores —administrativistas y penalistas— también niegan o cuestionan seriamente que la persona jurídica sea sujeto de la infracción y/o que las consecuencias jurídicas que se le aplican sean auténticas sanciones en sentido estricto (99).

---

(96) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 402).

(97) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 414 ss., 418 ss.), quien afirma que la persona jurídica es sólo *responsable*, mientras que *autor* de la infracción es siempre alguna persona física.

(98) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 351).

(99) Así, entre otros, véase ZORNOZA PÉREZ (1992: pp. 51 s., 181 s. y 184): la culpabilidad no puede imputarse «en términos propios de la teoría penal a la persona jurídica» (p. 181); «las personas jurídicas no son capaces de acción en sentido natural», e imputarles las conductas realizadas por sus administradores da lugar a «una suerte de responsabilidad por el hecho de otro difícilmente compatible con los principios constitucionales del ordenamiento sancionador», porque esto «choca con la regla *nulla poena sine culpa*, violentando además el principio de personalidad de la sanción» (p. 182); DEL REY GUANTER (1990: pp. 130 ss., y pp. 242 ss.): «no es posible que la culpabilidad forme parte de la conceptualización de dicha infracción», por lo que «parece que estamos en un ámbito de responsabilidad objetiva» (p. 246); FUSTER ASENCIO (2001: pp. 103 s. y 106): «las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad y, en consecuencia, no son sujetos susceptibles de responsabilidad»; ALENZA GARCÍA (2002: p. 605), quien habla de «una especie de presunción de culpabilidad», lo que supone *per definitionem* que la persona jurídica obra sin culpabilidad; GARCÍA GÓMEZ (2002: pp. 124 s.): «se arbitra un sistema complejo de responsabilidad que confunde de manera inaceptable la responsabilidad tributaria y la responsabilidad por la comisión de infracciones» (p. 124); en realidad es «un sistema de responsabilidad objetiva», y por esto es «materia de responsabilidad civil» (p. 125); HUERGO LORA (2007: pp. 378 s.), quien dice que en Derecho sancionador administrativo «no son admisibles fórmulas de responsabilidad familiar o colectiva» (p. 379); RANDO CASERMEIRO (2010: p. 314): las personas jurídicas «se rigen por un sistema de responsabilidad puramente objetiva»; BAJO FERNÁNDEZ (1996: pp. 30 s.): «es imposible mantener el principio de culpabilidad frente al Derecho sancionador (penal) de las personas jurídicas» y «es preferible esta conclusión que prostituir el principio de culpabilidad que, referido a la persona jurídica, siempre sería culpabilidad por el hecho de otro»; CID MOLINÉ (1996: p. 155): «sistema que se acerca a la responsabilidad objetiva»; NAVARRO CARDOSO (2001: pp. 65 ss.): «las personas jurídicas son irresponsables» tanto en el Derecho penal como en el sancionador administrativo, porque la persona jurídica «no es susceptible de ser motivada, careciendo de capacidad de acción» (p. 66); ROBLES PLANAS (2011: p. 8): «La eventual ‘responsabilidad’ de la persona jurídica se mueve al margen de las estructuras jurídico-penales de responsabilidad. Por idénticas razones, tampoco es posible considerar que se basa en la infracción de normas

b) NIETO se pregunta por si su propuesta de reconocer sin ambages una responsabilidad «objetiva» derivada de la comisión de infracciones administrativas será tachada «de inadmisibile herejía constitucional» (100). Sin embargo, lo que deberá ser tachado así, y tal vez como algo aún peor, será toda crítica de su tesis que, como hacen las doctrinas punitivas y sancionadoras de la persona jurídica, se haga en un vacío de teoría jurídica porque no se tengan en cuenta en absoluto, ya sea porque se ignoran, o porque no se comprenden bien, los conceptos fundamentales de persona jurídica e imputación, y de representación y organicidad, que han sido formulados a lo largo del tiempo tras intensos debates por la teoría general del Derecho y las Dogmáticas de los Derechos privado y público (101), y que hoy, por su gran solidez y certeza sobre la corrección de sus contenidos, tienen que ser contemplados como objetos de *un conocimiento con validez permanente* en la Ciencia jurídica y, por esto, como conceptos *indisponibles* que no pueden dejar de tenerse como referencia y ser aplicados a cualquier construcción jurídica que se elabore con pretensión de verdad y validez en el Derecho (102). Una distinción elemental, formulada por la teoría general del Derecho (103), y operativa en diferentes ámbitos jurídicos

---

de conducta de carácter administrativo (sancionador). En uno y otro caso, la responsabilidad solo puede predicarse de la actuación de personas físicas»; GRACIA MARTÍN (1996: p. 45): «si la norma de la que se deduce el tipo de la infracción administrativa es también una norma de determinación, una norma de conducta que únicamente puede tener como objeto acciones u omisiones, las personas jurídicas, a mi juicio, deben ser también, por las mismas razones, incapaces de realizar hechos constitutivos de infracción administrativa. A las personas jurídicas, por ello, no pueden imponérseles tampoco sanciones administrativas»; EL MISMO (2014b: pp. 30, 33 s. y 68 ss.); y EL MISMO (2015: pp. 159, 169, 180, y 216 ss.).

(100) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 426).

(101) Pues como dice RADBRUCH (2003: pp. 86 y 116), «una nueva aspiración jurídica no se realiza nunca en un vacío jurídico», sino que solo puede tener lugar, «o bien por la transformación de un instituto jurídico preexistente, o bien por la inserción de uno nuevo en un sistema jurídico dado», pero en ambos casos «solo construyendo en la arquitectura de un poderoso edificio jurídico que únicamente se modifica en alguna singularidad y de cuyo estilo no se puede escapar» (p. 86); por otro lado, «objeto de la Ciencia jurídica no son las leyes singulares, sino el ordenamiento jurídico» (p. 116), y por esto ninguna Dogmática jurídica sectorial puede dejar de formular y desarrollar sus conceptos particulares sin referencia alguna a la totalidad del sistema jurídico y sin contradecir a todo él o a alguna o algunas de sus partes singulares.

(102) Véase SCHÜNEMANN (1984: pp. 18 y 64), quien en relación con la Dogmática penal, pero ello puede y debe ser extrapolado a cualquier otra Dogmática jurídica sectorial, habla de la necesidad de ordenar y conservar en el sistema a los conocimientos seguros obtenidos tras un largo debate científico, es decir, a «los conocimientos *permanentes* de la Ciencia del Derecho penal adquiridos en los últimos cien años». En otro plano más general, filosófico, WELZEL (1962: p. 240), habla de «nociones supratemporales» (del Derecho), y en ellas incluye a la del «sujeto responsable».

(103) Véase la construcción de Kelsen (1995: pp. 75 ss.); EL MISMO (1960: pp. 226 ss.); NINO (1984: pp. 184 ss.).

específicos (104), es la que diferencia entre culpabilidad y responsabilidad, pero como bien advierte NIETO «se pasa por alto en el Derecho Administrativo Sancionador, cuyo error consiste en no acertar a separar las figuras de autoría y responsabilidad» (105). Como advierte MAIHOLD, un concepto de pena —y yo añado: también de *sanción administrativa*— respecto de la persona jurídica no puede orientarse a la culpabilidad, sino solo a la *responsabilidad* (106). Sin embargo, en contra del autor citado, hay que precisar que no podrá ser pena ni sanción administrativa, ni denominarse así, ninguna consecuencia jurídica cuyo fundamento no sea la realización u omisión personales de una acción de un modo culpable por su autor (107).

**4.** La distinción entre autoría y culpabilidad, y responsabilidad, es decir, entre sujeto de la *acción* y sujeto de la *imputación*, constituye el punto arquimédico de la construcción de NIETO GARCÍA, y como esta es la única vía posible que ofrece la Ciencia jurídica para toda posible responsabilidad —en ningún caso sancionatoria— de una persona jurídica, por eso mismo la construcción global de NIETO es absolutamente correcta, irrefutable e inobjetable (108).

---

(104) Así, en el Derecho francés gozan de tradición las figuras denominadas como *responsabilité pénale du fait d'autrui* y *responsabilité du chef d'entreprise*, que según la doctrina francesa, son tipos de responsabilidad *civil* del jefe o encargado de la empresa en garantía de la ejecución de la pena de multa impuesta al autor de la infracción; véanse los clásicos trabajos de BONNARD (1978: pp. 12 ss.) y CARTIER (1977: pp. 46 s.). Lo mismo sucede con la llamada *responsabilità per fatto altrui* del Derecho italiano; véase el clásico trabajo de PETTOELLO MANTOVANI (1962: pp. 23 y 51 ss.). Sobre estas figuras, véase GRACIA MARTÍN (1985: pp. 49 ss.). A este modelo respondía el deber de pago de la multa impuesta al autor del delito especial, por la persona jurídica, que establecía el derogado apartado 2 del art. 31 CP; véase GRACIA MARTÍN (2008: pp. 818 ss.); ALASTUEY DOBÓN (2006: pp. 632 s.); SILVA SÁNCHEZ/ORTÍZ DE URBINA (2006: pp. 11 s. y 20 ss.).

(105) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 422); lo mismo sucede en el Derecho penal con los penalistas; véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 65 ss.); EL MISMO (2015: pp. 214 ss.); y EL MISMO (2016b: pp. 80 ss.).

(106) Véase MAIHOLD (2005: p. 21); véase también CIGÜELA SOLA (2015: pp. 71 ss.).

(107) Véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 68 s.); EL MISMO (2015: pp. 216 ss.).

(108) Ciertamente A. NIETO GARCÍA incurre en algún desliz, como cuando cita como ejemplo de autores que no son responsables en Derecho penal los supuestos de concurrencia de las eximentes del art. 20 CP, y como ejemplo de responsables que no son autores a los cómplices; véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 418 s.); también incurre en estos errores REBOLLO PUIG (2015: p. 859 nota 51). Sin embargo, quien se suba a una atalaya y contemple desde ella la construcción global de NIETO, percibirá que esos deslices son insignificantes y no afectan en nada a la firmeza y solidez de la estructura del edificio conceptual construido por el gran jurista español, el cual queda absolutamente intacto; una responsabilidad de la persona jurídica, no podrá ser ninguna de tipo *personal* auténticamente sancionatoria, sino solo una forma de responsabilidad *objetiva* de carácter civil o administrativo; véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 351, 421 y 424), quien dice explícitamente con razón: 1) que aquí estamos ante una «difuminación de los conceptos estrictos de infracción y de sanción» (p. 351); 2) que «la responsabilidad por infracciones

a) Autoría y culpabilidad son conceptos unívocos, pues ambas están presentes de modo *inescindible* en el ser existencial del autor de la infrac-

---

administrativas se aparta llamativamente de la responsabilidad criminal para aproximarse a la responsabilidad *civil*» (p. 421); y 3) que aquí «el Derecho Administrativo Sancionador se está aproximando a la institución de la responsabilidad *administrativa*» (p. 424). Por todo esto, las críticas de DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 90 ss.); LA MISMA (2001: p. 41), y LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 77 s.), a la tesis de NIETO son, en parte, correctas, solo respecto a los indicados deslices inesenciales e insignificantes de la misma, pero no afectan en nada a la estructura y substancia de su construcción; las objeciones de DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 88 ss.); LA MISMA (2010: p. 711), y LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 76 s. y 79), centradas en que en Derecho sancionador administrativo no es posible disociar autoría y responsabilidad, y en que NIETO pasaría por alto las diferencias existentes entre las finalidades distintas de lo ilícito civil y lo ilícito administrativo, se quedan en la nada, porque al estar dirigidas a lo que NIETO *no dice en absoluto*, carecen de todo objeto susceptible de crítica. NIETO no afirma ni de lejos que la responsabilidad de la persona jurídica —o en general del responsable, que puede ser también una persona física— sea *por la comisión de un ilícito administrativo*, sino todo lo contrario: dice precisamente que la persona jurídica *no es autora de la infracción* (de lo ilícito), sino que es mero sujeto responsable, y que, por esto, su responsabilidad es meramente *civil* basada exclusivamente en la *relación* de ella con el verdadero autor de la infracción (de lo ilícito), el cual, si se lo llega a sancionar efectivamente, sí será sancionado —él sí— como *autor del ilícito administrativo*; esto parece no entenderlo bien tampoco REBOLLO PUIG (2015: p. 859 nota 51); pero tampoco es cierto, en absoluto, que NIETO proponga ninguna disociación de la autoría y la responsabilidad en *Derecho sancionador administrativo*; lo que propone es una disociación de *dos* especies de responsabilidad absolutamente *diferentes*: una *sancionatoria*, que solo corresponde al *autor* de la infracción (al individuo que la cometió con su acción), y no es transferible a nadie en absoluto, y otra *civil* o *administrativa no sancionatoria*, que sí es transferible de un sujeto a otro, y por eso puede ser imputada a un sujeto distinto del autor como mero *responsable* (civil o administrativo), es decir, lo mismo que sucede en el caso de la disociación de la responsabilidad *criminal* de los autores y partícipes en Derecho penal, que solo es de ellos e intransferible, y la responsabilidad, exclusivamente *civil*, que se le imputa al responsable *subsidiario* porque esta responsabilidad sí es transferible de un sujeto a otro distinto (art. 120 CP). Sobre esto, *cfr. infra* V.4.b) y VI.1.5a), y ahora KELSEN (1960: pp. 226 ss., 229 ss., 231 s. y 235): «cuando la sanción no se dirige contra el delincuente, sino como en el caso de la responsabilidad colectiva, contra otro individuo que se encuentra con el delincuente en una *relación* determinada por el ordenamiento jurídico, la responsabilidad tiene siempre el carácter de una responsabilidad *por el resultado*, dado que no se da ninguna relación interna entre el individuo responsable del delito y el acontecimiento, indeseable según el orden jurídico, provocado, o no impedido por la conducta de un tercero», y si el orden jurídico exige que el delito haya sido cometido intencionalmente, «entonces la responsabilidad tiene carácter de responsabilidad intencional, en relación con el delincuente, y de responsabilidad por el resultado, en relación con el sujeto responsable» (pp. 235 s.); en este caso «tenemos *dos* individuos responsables, aquel que dispone del patrimonio, y aquel que es sujeto del derecho, que es titular del patrimonio; uno responde solo con su *persona*, mientras que el otro lo hace con su *patrimonio*» (p. 228); en sentido similar, FERRARA (2006: p. 622): «estos instrumentos y órganos de la persona jurídica son al fin hombres, y no se puede desconocer que el acto ilícito cometido por ellos es un acto *personal suyo*, aun cuando las *consecuencias* recaigan en la *persona jurídica*; tan verdad es que del mismo delito surge una *doble* responsabilidad, no solo de la *universitas* para con los terceros, sino también del órgano para con la *universitas*». Precisamente porque la responsabilidad del responsable es *civil*, es posible que este pueda ejercer una acción de repetición contra el autor; véase MITSCH (2005: p. 167).

ción, y por esto la responsabilidad que se basa en ellas, es siempre *personal* e intransferible (109); el concepto de «responsabilidad», por el contrario, remite a significados jurídicos muy distintos y variados: la responsabilidad puede ser, por ejemplo, patrimonial o personal, objetiva o subjetiva, directa o subsidiaria, por hecho propio o por hecho ajeno, mancomunada, solidaria, entre otras formas y especies (110). Solo puede ser y llamarse sancionatoria a aquella responsabilidad que ya resulta *por sí misma* de la autoría y la culpabilidad del autor, porque él mismo se ha hecho responsable exclusivamente a sí mismo y, por esto, no precisa serle «imputada», porque sería superfluo e incluso absurdo imputar a un sujeto lo que ya está presente en su mismo ser de un modo *inescindible* de él (111). Por lo mismo, solo podrá llamarse *sanción* a la consecuencia que tenga como fundamento una responsabilidad *personal* basada en la realización de un hecho propio de modo culpable (112). Quien llama penal o sancionatoria a una responsabilidad fundada en una mera «imputación jurídica» de un hecho o estado al sujeto de la imputación, que podrá ser la persona tanto del mismo autor causante, como la de otro ser diferente (otro individuo, una organización), y llama pena o *sanción* administrativa a la consecuencia jurídica de dicha responsabilidad, quebranta el orden categorial clasificatorio del sistema jurídico y su código de nomenclatura, viola principios supremos de todo Derecho sancionador, y erosiona gravemente al Estado de Derecho.

b) «Responsabilidad» significa «tener que hacerse cargo» de las «consecuencias» de un hecho, incluido el cumplimiento del contenido de la sanción, sin que la prestación exigible sea una *sanción*, pues lo será sólo a título de responsabilidad *patrimonial* (113). Responsable es aquel «que ‘responde’

---

(109) Véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 66 ss.); EL MISMO (2015: pp. 214 ss.).

(110) Véase NINO (1984: pp. 184 ss., 187 ss.).

(111) Véase KELSEN (1960: pp. 161 s.): «la imputación, que expresa el concepto de capacidad de imputación, no es —como supone la teoría tradicional— la conexión de una determinada conducta con el ser humano que la ha realizado; para esto no se necesita ninguna conexión por medio de una norma, pues la conducta no se puede escindir en ningún caso del ser humano que la ha realizado»; véase GRACIA MARTÍN (2016e: nota 77 de p. 28 y pp. 73 s.): «decir que la culpabilidad se le *imputa* al individuo que se ha hecho culpable él a sí mismo, es una tautología sin sentido y absolutamente superflua, porque es evidente que todo lo que un individuo se ha hecho él a sí mismo, por definición se encuentra en su mismo ser existencial, y así decir que a un individuo se le *imputa* su propia culpabilidad personal es un enunciado tan superfluo, e incluso absurdo, como serían los de afirmar, hipostasiando las substancias de los seres y sus cualidades, que a un individuo se le ha imputado su propio cerebro, o que a una hoja de un árbol se le ha imputado su color verde» (p. 74).

(112) Véase, con extensión y detalle, GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 85 ss.).

(113) Véase de nuevo la cita de KELSEN hecha *supra* en nota 108 *in fine*; y en relación con la disposición del art. 31.2 CP —hoy derogado—, que establecía para la persona jurídica una obligación de pago de la multa impuesta a la persona física que hubiera cometido el delito,

(solo) de las *consecuencias* del ilícito» y no tiene por qué ser el mismo autor causante del hecho (114). Mientras que la culpabilidad es *inescindible* del ser del autor y no puede ser transferida ni imputada a nada ni a nadie —ni siquiera a él mismo (115)—, la responsabilidad por las consecuencias puede imputarse a un sujeto distinto que ni siquiera haya participado en el hecho cometido por el autor (116). La culpabilidad se contrae siempre al hecho propio y es personalísima, pero la responsabilidad puede ser objetiva y por el hecho de otro (117). El substrato empírico de la culpabilidad (y de la *acción*) es un *equipamiento biopsíquico* del que solo está dotado el ser humano; por esto toda responsabilidad por la culpabilidad es siempre *personalísima* del sujeto de la acción por su propio hecho y, como sucede por definición con todo lo subjetivo, es absolutamente intransferible (118). Por el contrario, la responsabilidad por el hecho de otro es una completamente desvinculada de la acción y la culpabilidad del autor, es siempre objetiva (119), o, como la llama KELSEN, absoluta (120), pues se traduce en una «obligación» que la ley puede *imputar* a un sujeto jurídico distinto del autor de la infracción. Como advierte NIETO GARCÍA, «se es responsable porque así lo declara la ley» (121), y esta puede declarar responsable tanto a la *persona* del autor material directo como a *la* de un individuo distinto. La culpabilidad y la responsabilidad no se confunden ni identifican, como pudiera parecer, cuando la ley determina que el responsable sea la persona del mismo autor del hecho. En este caso (res-

---

véase SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA (2006: p. 24): «estamos ante un supuesto de responsabilidad *civil* por el pago de la pena multa, y no ante una sanción». Según CANO CAMPOS (2009: p. 101); el MISMO (2010b: p. 1.139); EL MISMO (2011b: pp. 380 s.); EL MISMO (2014: pp. 318 ss.); y REBOLLO PUIG (2015: p. 859 nota 51), la responsabilidad subsidiaria de un sujeto ajeno a la infracción, que establecen algunas disposiciones del Derecho administrativo —por ejemplo la del titular de un vehículo por las infracciones que otro haya cometido con el vehículo—, no es sancionadora, sino una de «aseguramiento de una deuda de Derecho público que trae su causa de una infracción cometida por otra persona de la cual dicha persona es responsable, en concreto el conductor del vehículo del que el responsable subsidiario es titular» (CANO CAMPOS), es decir, dichos sujetos son solo «responsables del pago de la sanción, no responsables de la infracción» (REBOLLO); sobre la responsabilidad solidaria como mera responsabilidad por el pago de la sanción impuesta a otro, prevista como figura genérica en el art. 28.4 LRJSP, véase REBOLLO PUIG (2016b: pp. 427 ss.); y CANO CAMPOS (2018: pp. 117 ss.).

(114) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 426 y 427).

(115) *Cfr.* de nuevo *supra* nota 111.

(116) Véase KELSEN (1995: pp. 77 ss.); NINO (1984: pp. 187 ss.); A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 414 ss.); GRACIA MARTÍN (2008: pp. 818 ss.); EL MISMO (2016a: p. 250).

(117) Véase, por todos, A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 402, 418 ss.) y nota anterior.

(118) *Cfr. infra* nota 306.

(119) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 402, 416 y 425); NINO (1984: p. 190).

(120) Véase KELSEN (1995: p. 82).

(121) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 419).



pensabilidad por hecho propio) el autor habrá tenido que ser necesariamente un *individuo* que haya obrado culpablemente, pero este es al mismo tiempo el substrato de una «persona» en Derecho, y el hecho de que ha obrado en esa doble condición (como individuo y persona), da lugar a que en su responsabilidad haya que distinguir un momento *personalísimo*, anclado en su culpabilidad como individuo, que no es susceptible de transferencia ni de «imputación» a ningún otro sujeto, y otro momento *objetivo* respecto del cual quien entra en consideración *prima facie* es su «persona» como sujeto jurídico capaz de imputación; este momento objetivo, que no está referido en absoluto ni a la acción ni a la culpabilidad del causante, sino solo y exclusivamente a las *consecuencias* del hecho, incluida la satisfacción del contenido de la sanción (122), es fuente de «obligaciones» que, a diferencia de la culpabilidad, *sí* serán susceptibles de transferencia e imputación a un sujeto distinto contemplado también en su condición de «persona», es decir, como sujeto capaz de «imputación jurídica» (123). Pero precisamente aquí, en el plano de la imputación, ya no estamos en ningún campo jurídico *sancionador*, sino completamente inmersos en el Derecho civil y administrativo no sancionador, esto es, coercitivo, policial o de la coacción directa.

c) Si el delito y toda infracción consisten en la realización u omisión culpables de una acción por un ser humano dotado de capacidad de acción, por esta razón en todo Derecho de sanciones solo puede hacerse responsable al *sujeto de la acción* y sin tener que imputarle su propia acción ni su propia culpabilidad *inescindibles* de su ser, porque ya él mismo se ha hecho *personalmente* culpable y responsable *a sí mismo* (124). Al *sujeto de la imputación*, sin embargo, solo pueden serle imputados estados o situaciones de hecho, porque solo responde de ellos, y nunca las acciones ni los cursos causales que han producido dichos estados, porque no responde por ninguna acción ni culpabilidad (125). La *imputación* jurídica, como explica KELSEN, «es una conexión totalmente peculiar de elementos, completamente diferente e independiente de la causal y la teleológica», y precisamente esto

---

(122) Cfr. inmediatamente el apartado siguiente c).

(123) Cfr. sobre todo esto KELSEN (1995: pp. 75 s., y especialmente p. 79 s.).

(124) Véase este sentido, L. GRECO (2015: pp. 513 s.). Por esto, el individuo que se ha hecho culpable a sí mismo, responde *personalmente* con sus propios bienes personales, innatos o, en su caso, adquiridos, en la forma de tener que soportar una pena o una sanción de otra especie, porque todo individuo puso a sus propios bienes personales innatos, y a los que pudiera adquirir en el futuro, en *garantía* del cumplimiento por él de las obligaciones pactadas en el contrato social fundacional de la sociedad; véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 75 ss., 79 ss.).

(125) Véase KELSEN (1923: pp. 145 s.): la imputación busca un punto final, y «las acciones y omisiones concretas conformes o contrarias a la norma son solo puntos de transición» (p. 145).

«muestra que entre el objeto y el sujeto de la norma existe la mayor distancia, porque ni siquiera tiene que existir un nexo causal o teleológico» entre ambos (126). Así pues —prosigue KELSEN—, la imputación resulta para una persona, «para algo pensado en estado de reposo y no en movimiento», y esto explica que «solo puede ser causa el 'ser humano', es decir, los movimientos corporales y psíquicos de los que es portador, pero no la persona, que (solo) es sujeto de la responsabilidad, sujeto de la imputación» (127). Esto significa, en primer lugar, que ninguna responsabilidad por imputación puede ser *personal* ni pertenecer a ningún orden jurídico de sanciones, y en segundo lugar que responsable en todo orden sancionador únicamente puede ser el ser humano empírico (el *homo phenomenon* kantiano), porque la responsabilidad sancionadora *sí* se basa necesariamente en la realización u omisión de una acción de modo culpable, y solo aquel está dotado del equipamiento biopsíquico necesario para poder actuar y hacerlo, en su caso, de modo culpable (128). Por esto, toda responsabilidad posible e imaginable de una persona jurídica es *objetiva* en virtud de una imputación jurídica, y no puede tener otra naturaleza que la del Derecho civil o del Derecho público, especialmente del administrativo de policía. En contra de la apelación que a menudo hacen muchos a la errónea afirmación de V. LISZT, de que si la persona jurídica puede contratar, entonces también podrá hacerlo fraudulentamente (129), con la pretensión de «demostrar» la existencia de una supuesta capacidad de acción de la persona jurídica, hay que decir que en las más cualificadas doctrinas del Derecho civil y del Derecho público tampoco se acepta ni reconoce que la persona jurídica tenga una capacidad de acción de la que realmente carece en absoluto (130).

---

(126) Véase KELSEN (1923: pp. 145 s.), pp. 72 s., y en el mismo sentido RECASENS SICHES (2008: pp. 264 ss.).

(127) Véase KELSEN (1923: p. 74).

(128) Pues como dice KELSEN (1923: pp. 707 ss.): «la acción del representante es únicamente *su* acción y no del representado» y del mismo modo «la acción del órgano es su propia acción exclusivamente y no la del organismo» (p. 709); y en el mismo sentido, véase FERRARA (2006: p. 622); RECASENS SICHES (2008: pp. 264 ss., 267 s.).

(129) Véase VON LISZT (1922: p. 125 n. 3); en la doctrina española el argumento de V. LISZT fue asumido por BARBERO SANTOS (1957: pp. 285 ss.) y por SÁINZ CANTERO (1990: p. 482); y aún hoy apelan a él algunos como, por ejemplo, GUARDIOLA LAGO (2005: p. 48) y ZUGALDÍA ESPINAR (2013: p. 62); y en la doctrina alemana, lo acepta también, *inexplicablemente* HIRSCH (1993: p. 12 n. 33). Sobre la total falta de fundamento de la afirmación de V. LISZT, véase MOLINA FERNÁNDEZ (2016: p. 374); SÁNCHEZ-OSTÍZ (2016: n. 11 de pp. 614 s.) y *cfr.* además la nota siguiente.

(130) Carece de todo fundamento la opinión de CUADRADO RUIZ (2007: p. 135), de que «en realidad, nadie niega abiertamente la capacidad de acción de las personas jurídicas». Pues la totalidad de los autores que la rechazan, la niegan incluso para el Derecho civil; véase SEILER (1967: pp. 61 s.), quien destaca con razón que el concepto de acción

## VI. LA MODULACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ACCIÓN (INFRACCIÓN) Y CULPABILIDAD PARA LA PERSONA JURÍDICA Y LA LIQUIDACIÓN DEL DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

1. Las viejas doctrinas del Derecho penal de policía abstraieron y excluyeron totalmente al dolo y la culpa, y a cualquier otro elemento subjetivo, del concepto de infracción (131), y redujeron su contenido al mero estado de hecho objetivamente contrario a la legalidad (132). La responsabilidad derivada de un concepto de infracción como ese tenía que ser una de carácter puramente objetivo (133). La impregnación de la doctrina y jurisprudencia españolas

---

es un «concepto jurídico fundamental» que no puede modificar cada rama del Derecho, y como acción es «una conducta corporal conducida por una voluntad de una persona», por esto «tampoco en el Derecho civil ni en el administrativo existe una acción semejante de una asociación». Como botón de muestra en el Derecho civil, véase solo la afirmación de LACRUZ BERDEJO/DELGADO ECHEVERRÍA (2010: p. 268): a las personas jurídicas «les faltan la conciencia y voluntad en sentido psicológico», ya que éstas son «facultades (exclusivamente) humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres». Para el Derecho penal, véase RODRÍGUEZ MOURULLO (1977: p. 228), quien afirma con razón que «no es que la persona jurídica ‘concluya’ por sí misma contratos, sino que (sólo) queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos; pero el fenómeno de la representación» —prosigue RODRÍGUEZ MOURULLO— «no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito», pues «para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena»; en sentido parecido, JAKOBS (2002: pp. 563 s.), quien afirma con razón que es la persona natural la que «presta» a los elementos de la jurídica —la masa patrimonial, la agrupación de personas misma— que *per se* no pueden participar en el tráfico jurídico, «la capacidad» para que puedan hacerlo «como persona jurídica»; y en la teoría general del Derecho, véase por todos KELSEN (1995: p. 114): «no se puede negar *en serio* que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos».

(131) Así OTTO MAYER (1924a: p. 267): «el delito de policía no presupone en absoluto culpabilidad, los conceptos de dolo e imprudencia serían aquí indiferentes y todo depende solo del tipo objetivo»; igualmente E. WOLF (1930: pp. 575 s.).

(132) Véase OTTO MAYER (1924a: p. 267): «la causación de una situación contraria a la policía basta para ser punible; tiene que imputarse al inculpado si procede del círculo vital del que es responsable; en tal caso le afecta la pena sin consideración a la buena o mala condición de su querer»; ciertamente, como advierte CANO CAMPOS (2009: p. 92 y nota 14), OTTO MAYER (1924a: pp. 267 s.) llega a decir que para imponer una pena de policía hace falta una cierta culpabilidad, pero «muy ligera» (*sehr leicht*), por lo que de hecho la reduce a la nada y se queda en una exigencia meramente nominal, lo que se confirma cuando MAYER llama culpa ya al mero hecho objetivo contrario a la norma de policía; véase también FERRARA (2006: pp. 647 s.): «en las contravenciones cada cual responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que hubo querido cometer un hecho contrario a la ley», porque en las contravenciones «se pena objetivamente la transgresión sin indagar el dolo del transgresor (...) y provenga de quien provenga».

(133) Véase MITSCH (2018: p. 30 nm. 123, con referencias doctrinales); y sobre los delitos formales o puramente materiales del Derecho francés (*délits purement matériels*), véase MATTES (1977: pp. 312 ss., 320 ss.).

con aquellas concepciones explica el predominio de un concepto de infracción puramente objetivo hasta la década de los 80 del pasado siglo (134). No obstante, un sector doctrinal había postulado reconocer una identidad substancial entre infracción penal y administrativa y aplicar los principios del Derecho penal al sancionador administrativo (135), y esta tesis se impuso pronto en la doctrina (136), y caló en la jurisprudencia (137). Sin embargo, estos enunciados formulados en primera instancia tan entusiásticamente, muy pronto quedaron reducidos de hecho a la nada, pues se matizó que los principios del Derecho penal no podrían trasladarse al sancionador administrativo en toda su plenitud, sino «modulados» o adaptados a unas supuestas peculiaridades del mismo (138). Así, empero, como veremos, los principios penales se liquidan totalmente, y vaciados de su substancia quedan reducidos a la nada (139).

**2.** La doctrina administrativa apela a la teoría del delito como modelo de la infracción administrativa (140), pero en general opera con la caduca sistemática causal, que reducía el tipo (infracción) a la mera causación del hecho objetivo contrario a la norma descrito en la ley, y relegaba el lado *subjetivo*

---

(134) Véase LAZCANO BROTONS (2006: p. 101); ALARCÓN SOTOMAYOR (2014: p. 145). El exponente más claro de este objetivismo (*supra* V.2), es MONTORO PUERTO (1965: p. 170); también, CASTEJÓN (1950: p. 67); y VILLAR PALASÍ (1955: pp. 29 s.); sobre la jurisprudencia de la época, véase REBOLLO PUIG (1989: p. 625); y A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 330 ss.).

(135) Véase PARADA (1972: pp. 41 ss., 88 ss.); L. MARTÍN-RETORTILLO (1976: pp. 11 ss., 16); CEREZO MIR (1975: pp. 169 ss.).

(136) Véase ahora solo las referencias dadas por HUERGO LORA (2007: en nota al pie en pp. 20 s.).

(137) Véase REBOLLO PUIG (1989: pp. 437 ss.); EL MISMO (2010b: pp. 321 s., 322 ss.); A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 332 ss.).

(138) Como dijo la STC 246/1991, con remisión a la STC 22/1990, el traslado de principios y garantías penales «no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza». En la doctrina, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA (2006: 250 s.); GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ (2017a: pp. 194 ss. y 200 ss.); SUAY RINCÓN (1989: p. 213); EL MISMO (2008: pp. 58 s.); REBOLLO PUIG (1989: pp. 436 ss.); EL MISMO (2010b: pp. 324 ss.); QUINTERO OLIVARES (1991: 260 ss.); LOZANO CUTANDA (1992: pp. 223 s. y 229); LA MISMA (2010: p. 601); DE PALMA DEL TESO (1996: p. 40); NAVARRO CARDOSO (2001: p. 29); GÓMEZ TOMILLO (2008: p. 89); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2017: p. 118); CUETO PÉREZ (2008: pp. 95 s.); CANO CAMPOS (2011b: pp. 198 s.); EL MISMO (2014: p. 174); EL MISMO (2016: p. 29); EL MISMO (2018: pp. 19 ss.). Sobre las tesis de la modulación, en sentido crítico, véase HUERGO LORA (2007: pp. 41 ss.) y A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 131-139).

(139) Véase en este sentido, con razón, A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 43 y 416): «en el fondo es la negación de los principios» (p. 43), pues «desaparece la substancia» (p. 416).

(140) Así por ejemplo, expresamente, y entre otros, PÉREZ ROYO (1986: p. 269); ZORNOZA PÉREZ (1992: pp. 173 s.); SUAY RINCÓN (1989: p. 199); REBOLLO PUIG (2010a: pp. 51 s.); CANO CAMPOS (2011b: pp. 190 s.); EL MISMO (2014: pp. 165 ss.); EL MISMO (2018: p. 79).

de la acción a la culpabilidad (141), y así la mayoría de administrativistas trata al dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad (142). Quizá esta deficiencia se deba a la rémora del entendimiento histórico de la infracción como estado objetivo de incumplimiento de la norma (143), anclado en la legislación española hasta la LRJAPPAC de 1992, pues el art. 130.1 de esta decía que la infracción se realizaba incluso por *simple inobservancia* (144), y según su art. 131.3.a), el dolo (intencionalidad) era tenido en cuenta solo como factor de graduación de la sanción (145). Cuando jurisprudencia y doctrina se deciden a favor de excluir la responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador administrativo (146), no encontraron otro camino que apelar al principio de culpabilidad, y a la vista del difícil —mejor: imposible— encaje del dolo y la culpa en el concepto legal objetivo de la infracción, se vieron forzadas a tratarlos como elementos de la culpabilidad (147), entendiendo que esta es un elemento de la infracción (148). Esto explica que la doctrina

---

(141) Véase por todas la exposición de SCHÜNEMANN (1984: pp. 19 ss. y 24 ss.).

(142) Véase por ejemplo A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 339 ss.); REBOLLO PUIG (2015: p. 850); EL MISMO (2016b: pp. 412 s.). CANO CAMPOS dota a la infracción administrativa de la sistemática moderna del concepto del delito; *cf. infra* nota 148.

(143) Véanse referencias doctrinales y jurisprudenciales en A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 329 ss.).

(144) Véase por ejemplo A. NIETO GARCÍA (2012: p. 342): «el incumplimiento de un mandato o prohibición ya es, por sí mismo, una infracción administrativa».

(145) Véase, para las infracciones laborales, DEL REY GUANTER (1990: p. 134); según RODRÍGUEZ ESCANCIANO (2009: p. 209), en dicho ámbito la culpabilidad —entendida como dolo o culpa— ha quedado relegada a un mero elemento modal o de graduación de la sanción; para la regulación de la LRJAPPAC, véase DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 133 s.).

(146) Sobre el giro jurisprudencial, véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 332 ss.).

(147) Véase por ejemplo REBOLLO PUIG (1989: pp. 633 ss.), y nota siguiente.

(148) Véase, entre otros, FUSTER ASENCIO (2001: p. 85 y 88 s.), quien entiende correctamente que dolo y culpa son elementos de la tipicidad (pp. 88 s.), pero afirma que «la culpabilidad aparece, pues, como elemento integrante de la infracción tributaria» (p. 85); GALLARDO CASTILLO (2008: p. 154): «la culpabilidad —entendida esta como un comportamiento doloso o culposo— (es) un elemento más del ilícito administrativo»; NIETO GARCÍA (2012: p. 426), quien afirma —probablemente influido por la errónea tesis de Kelsen— que un demente o un menor «son incapaces de *infringir*». CANO CAMPOS (2009: pp. 85 s. y 104) afirma igualmente que «la culpabilidad también constituye un concepto dogmático, uno de los elementos esenciales del concepto de infracción» (p. 85); véase además, EL MISMO (2010a: pp. 558 y 559); EL MISMO (2010b: 1.117 s.); EL MISMO (2011b: p. 198); EL MISMO (2014: p. 173); y EL MISMO (2018: p. 66); sin embargo, puesto que CANO CAMPOS maneja en realidad un concepto de infracción sistemáticamente correcto conforme a la moderna teoría del delito, ubicando al dolo y a la culpa (inobservancia del cuidado objetivamente debido) en la tipicidad, y separando del dolo a la conciencia de la antijuridicidad (véase CANO CAMPOS [2009: p. 104 s. y 112]; EL MISMO [2011b: pp. 204 ss. y 246 ss.]; EL MISMO [2014: pp. 181 ss. y 216 ss.]; EL MISMO [2018: pp. 81 s., 93 y 96 s.]), se puede decir que en el fondo reduce el concepto de infracción a la tipicidad y a la antijuridicidad, y excluye de él a la culpabilidad como

administrativa, rara vez se plantea la cuestión fundamental de la *capacidad de acción* de la persona jurídica y que, suponiéndola, trate de resolver la cuestión de su capacidad de infracción como una propia de la culpabilidad y no como una relativa al concepto mismo de infracción y a su sujeto (149), como es lo correcto y se hace en la teoría del delito (150).

**3.** Un sector numeroso de la doctrina administrativa proclama que el Derecho sancionador administrativo debe sujetarse a los principios del penal,

---

elemento sistemáticamente posterior a ella. Infracción es la realización u omisión de una acción contrarias a una norma de conducta (de determinación). La capacidad de culpabilidad en general —imputabilidad— e *in concreto* —por ej. el obrar con conocimiento de la prohibición— es un presupuesto de la *sanción, adicional* al de la comisión de una infracción de un modo antijurídico, que obviamente solo puede entrar en consideración y debe verificarse con *posterioridad* a la comprobación de la existencia previa de una *infracción* (de una norma de determinación) tipificada por la ley; véase, por todos, Armin KAUFMANN (1954: pp. 160 ss. y 194 ss.). Por esta razón, el *concepto* de infracción en sentido propio y estricto tiene que entenderse necesariamente, y solo puede definirse, como la contradicción de una *acción* o de una *omisión* con una norma (prohibición o mandato). El concepto de infracción es totalmente independiente de la culpabilidad, pues la incapacidad de culpabilidad no excluye la capacidad de acción ni, por esto, la de ser sujeto de la *infracción*; véase por todos ROXIN (2006: pp. 323 s. nm. 93). Si la culpabilidad fuera un elemento del *concepto* de infracción, entonces habría que negarle este carácter absolutamente a toda violación de una norma por sujetos inculpables. A mayor abundamiento, hay penalistas, como BUSTOS /HORMAZÁBAL (2004: pp. 71 s.); y LOS MISMOS (2006: p. 173) quienes con argumentos de peso, proponen reducir el concepto de *infracción* penal (delito), a la tipicidad y la antijuridicidad, y ubicar la culpabilidad, entendida como *exigibilidad*, en una categoría posterior a la de la infracción penal (delito), denominada por ellos como «teoría del sujeto responsable». Como explica ZAFFARONI (2002: p. 651); EL MISMO (2006: pp. 520 s.), la culpabilidad es el *punte* que lleva desde lo injusto, es decir, desde la *infracción* penal, a la respuesta (responsabilidad) de la agencia punitiva, es decir, a la pena (sanción).

(149) Una excepción la representan GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2017: pp. 299 ss.). Sin embargo, es incomprensible que los autores citados (2017: pp. 301 s.) y GÓMEZ TOMILLO (2015: pp. 65 ss.), pretendan hacer pasar como acción propia de la persona jurídica a «una manifestación de la personalidad del ente colectivo» (p. 67), con base en el concepto personal de acción de ROXIN, pues carece de toda lógica tomar como modelo al concepto de acción de un autor que niega tajantemente que la persona jurídica pueda tener capacidad de acción precisamente con base en ese concepto de acción, *porque* si a las personas jurídicas «les falta una substancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas»; ROXIN (2006: p. 262 nm. 59). El concepto de acción de ROXIN es una variante del causal que no prescinde del impulso de la voluntad; como dice el mismo ROXIN (2006: p. 256 nm. 44), la «manifestación de la personalidad» se refiere a «lo que puede atribuirse a un *ser humano* como centro *ánimico-espiritual* de la acción», y todas las «manifestaciones que no son dominadas o dominables por la *voluntad* y la *conciencia* no pueden ser caracterizadas como manifestación de la personalidad ni ser imputadas a la esfera *ánimico-espiritual* de la 'persona'». Véase mi crítica al concepto de acción de ROXIN y a su aplicación a la persona jurídica por GÓMEZ TOMILLO, en GRACIA MARTÍN (2016: nota 154 de pp. 55 s.).

(150) Véase por todos CEREZO MIR (1998: pp. 68 ss.).

y muy especialmente al de culpabilidad, pero luego se desdice cuando postula que hay que «modularlos» (151), demostrando así que la solemne proclama no es más que un ejercicio de retórica engañosa (152). Según dicha doctrina, la modulación se justificaría por supuestas peculiaridades que se imagina que tendría o debería tener el primero por su particular *naturaleza* (153). Si esto fuera cierto, entonces lo que habría que hacer sería realizar un esfuerzo teleológico y dogmático sistemático —que casi siempre resulta laborioso, pero es absolutamente necesario para contener y evitar la arbitrariedad—, orientado a crear un Derecho administrativo «*accesorio*» del propiamente sancionador (154), en el cual pueda tratarse *adecuadamente* una materia que ya solo por tener «peculiaridades» con respecto a la penal, y si se toma en serio la tesis de la identidad ontológica entre delito e infracción administrativa, no podrá ser propia tampoco de un *auténtico* Derecho *sancionador* administrativo. Esto tendría que ser así, porque *debe ser así*, por *imperativo* de la idea *a priori* del Derecho y del *concepto* de este derivado *a posteriori* de la idea *y*, por ende, por imperativo de la Ciencia jurídica que desarrolla y concreta a la una y al otro (155). Pues una materia desigual a otras —aunque sea solo en virtud de una única peculiaridad que no tienen las demás, y respecto a las cuales, a lo sumo, solo será *parecida*, pero en modo alguno semejante (156)— no puede ser tratada igual ni tampoco en el mismo lugar que las desiguales a ella, sino de modo diferente y en el lugar del sistema que corresponda a su naturaleza.

---

(151) *Cfr. supra* nota 138.

(152) En la descripción de A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 338, 393, 398, 402, 414, y 427): «atajos hipócritas» (p. 338); «juegos formales realizados por juristas habilidosos», pero propios de «un comportamiento hipócrita muy extendido en la vida del Derecho» (p. 393); productos del «ingenio dialéctico» (p. 398); «saltos funambulescos en la cuerda floja de la ficción» (p. 398); «artilugios» (pp. 402 y 427); «soluciones más imaginativas que fundamentadas» (p. 414); «hipocresías» (p. 427); y «fórmulas habilidosas teóricamente vulnerables» (p. 427).

(153) *Cfr.* la STC 246/1991, citada *supra* en nota 138.

(154) *Cfr. supra* nota 91 e *infra* VII.6 y notas 336 a 338.

(155) Pues a la *idea a priori* del Derecho, de la que se derivan *a posteriori* su concepto en abstracto y todos los conceptos jurídicos concretos, le es consubstancial la *igualdad* de trato únicamente a lo que sea *igual*; véase RADBRUCH (2003: pp. 34 ss.), y por esto, como explica también RADBRUCH (2003: p. 113): la Ciencia jurídica tiene que llevar a cabo una doble elaboración de su materia: una *categorial* que exponga al Derecho como realización de su concepto y de las categorías contenidas en él, y otra *teleológica* que lo describa como intento de realización de la *idea del Derecho*, de tal modo que «esta doble elaboración se llama *construcción*, y cuando no queda limitada a una sola institución jurídica, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico, se llama *sistemática*».

(156) Sobre el vicio de ver semejanzas entre objetos que son completamente diferentes, *cfr.* la glosa de FOUCAULT a la advertencia de Francis BACON sobre tal vicio, que se expuso en nota 21.

De lo contrario, se incurrirá en arbitrariedad (157), que es la práctica suprema de negación del Derecho (158). La doctrina que aquí se critica y rechaza de plano, sin embargo, opta por la vía más cómoda, pero totalmente errónea, de quedarse en los dominios del Derecho sancionador administrativo, y para poder hacerlo «modula» unos principios que, en contra de lo que se cree, no son monopolio del Derecho penal, sino propios de un único Derecho *sancionador* (159), y con dicha modulación, como dice con razón A. NIETO GARCÍA,

---

(157) Véase Arthur KAUFMANN (1982: pp. 10 s.), donde advierte que una «norma» es un criterio o una pauta «para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad».

(158) Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho, véase LEGAZ Y LACAMBRA ( pp. 651 ss.): «la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad ... (y) presupone el concepto del Derecho» (p. 651).

(159) CANO CAMPOS (2018: p. 19) tiene razón al afirmar que «son los principios básicos que fundamentan la imposición de un *castigo* a los ciudadanos por parte de los poderes públicos de un Estado de Derecho»; pero ya no me parece totalmente, sino solo parcialmente acertada su tesis de que la razón por la que en Derecho sancionador administrativo se tengan que exigir tales principios y los conceptos jurídicos derivados de ellos, como por ejemplo dolo y culpa, no es que se tengan que trasvasar a él «los principios del Derecho penal», sino más bien «una exigencia institucional del sistema, una garantía que deriva del hecho de que las sanciones administrativas son castigos y de la propia función de las sanciones»; en sentido parecido se pronuncia REBOLLO PUIG (2015: pp. 852 ss.). Si comprendo bien lo que CANO quiere afirmar con este juicio, así como REBOLLO PUIG con el suyo similar, habría unos principios y garantías comunes al ejercicio de poder punitivo por toda y cualquier *agencia* punitiva, pero luego podrían concretarse de modo diferente en cada rama sancionadora (penal, administrativa, disciplinaria); y así —dice el autor citado (2018: pp. 19 y 67)—, aunque la culpabilidad sea una exigencia para el Derecho *sancionador* administrativo, «ello no quiere decir que su concreta configuración haya de ser idéntica a la del Derecho penal»; véase ya antes CANO CAMPOS (2011b: pp. 198 s.); y EL MISMO (2014: p. 174). Y en esto mi desacuerdo es total. En mi opinión, no se trata de aplicar los principios del Derecho *penal* al sancionador administrativo, sino de mantener a este dentro de los principios de un único Derecho sancionador que, obviamente, no son monopolio del Derecho penal como rama específica de él solo formalmente diferenciada; lo que ocurre es que como el desarrollo y concreción de esos principios en grados supremos de precisión y refinamiento han sido obra de la Dogmática *penal*, esto induce a la falsa percepción de que lo que se postula por quienes vemos una total identidad material entre delito e infracción administrativa, y entre pena y sanción administrativa, es la aplicación de los principios del Derecho *penal* al sancionador administrativo; pero esto no es así; lo que se postula es que los principios de un único Derecho punitivo *material*, se apliquen de modo *idéntico* a todas las ramas jurídicas sancionadoras, pues lo diferente entre ellas no es más que la atribución de competencia para su aplicación a diferentes agencias —jurisdicción y administración— y los aspectos *procesales*, siempre que no sean de los que afectan a garantías y derechos fundamentales, pues respecto a estos la identidad también deberá ser absoluta. Los conceptos de acción e infracción, culpabilidad, y sanción, son *categoriales*, es decir, no susceptibles ni siquiera de una mínima «modulación» en ningún ámbito jurídico en que se los requiera. Como ya he expuesto en otro lugar (GRACIA MARTÍN [2016: pp. 77 ss.]), la culpabilidad, más que «modularla» —lo que en todo caso, por definición, la haría evaporarse totalmente—, podrá y *deberá* ser totalmente abstraída y eliminada en todo ámbito cuyas consecuencias jurídicas correspondan a una responsabilidad exclusivamente



*patrimonial y social*, que es el tipo de responsabilidad (objetiva) con que todo ciudadano *tiene* que cargar necesariamente por el simple y mero hecho de pertenecer a una sociedad y desarrollar su existencia en ella (por ejemplo pagar impuestos, soportar un internamiento hospitalario forzoso si padece una enfermedad contagiosa, o soportar una expropiación coactiva de bienes por razones de interés general, etc.); véase KELSEN (1960: p. 88); CUERDA RIEZU (2009a: p. 197); es decir, consecuencias jurídicas que *no son en absoluto sanciones*, y que en razón del *supuesto de hecho* que las legitima y justifica no afectan en nada a la *dignidad* del ciudadano a quien se aplican. Por el contrario, una *sanción* en sentido estricto, sea de la especie que sea, y aunque sea cuantitativamente liviana, ya no es una consecuencia jurídica que el ciudadano tenga que soportar necesariamente por el mero hecho de pertenecer a una sociedad y desarrollar su existencia en ella; para ser legítima, una *sanción* solo puede fundamentarse en una responsabilidad *personal* que el sancionado tendrá que saldar con un sacrificio de sus bienes innatos y adquiridos que, como todos los demás individuos, él también ha puesto en garantía de cumplimiento, *por él mismo*, del contrato social al que se encuentra vinculado; véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 78 ss.); L. GRECO (2009: pp. 297 ss. y 303); y EL MISMO (2015: pp. 511 ss., 513 ss.). Una responsabilidad personal, empero, únicamente puede resultar de un ejercicio de la libertad ética y jurídica, en un modo desviado del contrato social, y toda *sanción* con la que se pretenda saldar, más allá de su concreto contenido —privación de libertad, de patrimonio, de ejercer una profesión, etc.—, y también de sus supuestas finalidades preventivas, en última instancia *significa* para el sancionado un *reproche personal* por un supuesto *mal uso de su libertad* que formulan contra él *otros* iguales a él, los cuales lógicamente están obligados a darle explicaciones racionalmente convincentes de que su juicio de reproche está justificado (mi rechazo de las tesis que afirman que la sanción administrativa no conlleva ni expresa ningún juicio de reproche personal contra el sancionado, como sostiene DE PALMA DEL TESO [1996: p. 41]; LA MISMA [2010b: pp. 705 s.], es total; en contra de tales tesis, véase por ejemplo, SCHÜNEMANN [1994: p. 281]; MITSCH [2018: p. 39 nm. 170]; y CEREZO MIR [2004: pp. 55 s.]); y como todo juicio de reproche personal lo es indefectiblemente sobre un ser humano por el ejercicio de su libertad ética y jurídica, por eso *puede* afectar a su *dignidad humana*, y ya solo por esta única razón, que debe tener un valor absoluto, porque también es absoluto e intangible el valor de la dignidad humana, para la imposición de toda y cualquier sanción de cualquier especie, incluso la más liviana por su contenido, debe requerirse inexorablemente culpabilidad (en esto concuerdo totalmente con REBOLLO PUIG [2015: pp. 854 s.]), pero teniendo en cuenta que no se puede llamar ni hacer pasar como tal a cualquier juicio, porque como se ha dicho y se dirá aún más adelante, la culpabilidad es un concepto *categorial* que no admite modulación ni matiz alguno en ningún lugar del sistema jurídico en que la misma sea exigible. Por esto, en Derecho *sancionador* administrativo no debe poderse flexibilizar el concepto de culpabilidad; este —lo mismo que el de acción (véase SEILER [1967: pp. 61 s.]— tiene que ser uno e idéntico para toda rama del Derecho sancionador. La diferencia *específica* entre Derecho penal y sancionador administrativo es solo *formal*, pero *materialmente* delito e infracción administrativa son *idénticos*, como es idéntico también el *significado* (un reproche personal) de la pena y la sanción administrativa; *cf.* las afirmaciones de BOHNERT y MITSCH expuestas *supra* en IV.1. Por todo esto, comparto, por supuesto, el certero juicio general de CANO CAMPOS, y el similar de REBOLLO PUIG, de que hay exigencias y garantías institucionales del sistema, pero cuando estamos ante meras formas diferentes de una misma e *idéntica* materia, las garantías que corresponden a esta deben ser aplicadas de un modo *idéntico* a todas ellas; y aquí, «de modo idéntico» significa «sin la menor alteración», ya se llame a esta modulación, matización, flexibilización o con cualquier otro término que evoque una mínima modificación. No hay más que un único poder punitivo cuyo ejercicio se atribuye a diferentes agencias, y un reparto competencial no es ni debe ser ningún motivo para que alguna de ellas pueda modular ni uno solo de los principios del único y mismo Derecho que, como debe ser, regula y limita a todo ejercicio de

y vamos a ver a continuación, se desvanecen «como el humo» (160). Pero así, lo que queda en aquellos dominios, es solo un nombre —Derecho sancionador administrativo— completamente vacío de su materia real, pues todo lo que resulta de las modulaciones de conceptos categoriales fundamentales y se cobija erráticamente bajo dicho nombre, tiene de la substancia real de un Derecho sancionador —para decirlo una vez más con la gracia del popular y famoso *spot* publicitario—, lo mismo que tiene un pulpo de animal de compañía, o sea: *absolutamente nada*.

## 1. La demolición del concepto de acción con su modulación para la persona jurídica

1. Hay que plantear la cuestión relativa a cómo es posible —o como se pregunta MOLINA FERNÁNDEZ (161), a *cómo se ha podido llegar a*— que sin el menor empacho ni turbación se llame acción y culpabilidad a realidades que tienen de ellas lo mismo que tenían de gigantes los molinos de viento a los que presentaba batalla D. Quijote; esto acaso pudiera ser comprensible cuando quien habla es un lego, pero cuando quienes hacen lo mismo son participantes en la producción y desarrollo de un conocimiento científico técnico especializado, no solo no es ni puede ser comprensible, sino que debe censurarse y rechazarse vigorosamente por la comunidad científica. Esa práctica, muy difícilmente imaginable en las Ciencias de la naturaleza, porque en estas no hay espacio alguno —dicho en términos platónicos— para la *doxa*, sino solo para la *episteme*, en las Ciencias del espíritu es posible porque estas no han logrado aún proveerse de mecanismos de control de las meras opiniones carentes de fundamento ni de la utilización arbitraria de sus códigos de nomenclatura (162), y por eso en ellas es necesario hacer enormes esfuerzos argumentativos para desvirtuar opiniones que ya con una mirada superficial se muestran como absolutamente falsas.

2. Como la doctrina que ahora se crítica y rechaza tiene que plegarse ante la evidencia de que una responsabilidad de la persona jurídica no puede fundamentarse en ningún dato ni siquiera semejante a los que fundamentan

---

poder punitivo, sea quien sea quien lo ejerza. Como advierte HUERGO LORA (2007: pp. 202 s. y 239), hay que distinguir entre los principios y garantías del Derecho sancionador, «que son esenciales a las sanciones por su condición de tales, al margen de su gravedad, y que solo deben aplicarse a las medidas punitivas, y aquellos otros que, por ser simplemente garantías del ciudadano ante inmisiones estatales de especial gravedad, no tiene sentido que se reserven para las sanciones y no se apliquen a otros actos de gravamen».

(160) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 398).

(161) *Cfr.* la cita hecha *supra* en nota 16.

(162) *Cfr.* la cita de SCHÜNEMANN hecha *supra* en nota 15.

la del individuo, se ve forzada a construir para ella un supuesto de hecho adaptado a su modo de ser y funcionar en la realidad social (163), y para ello recurre al expediente de modular los conceptos primigenios de acción y culpabilidad que exige el Derecho sancionador como fundamentos de toda sanción. Esta doctrina afirma que la persona jurídica tiene capacidad de acción y, por esto, que es ella misma quien comete la infracción (164); pero cuando trata de explicar el modo en que lo haría, como se encuentra y tropieza con la realidad empírica de que la persona jurídica es absolutamente incapaz de acción, afirma que esta infringe las normas jurídicas por medio de acciones (u omisiones) que misteriosamente serían a la vez *propias* y *ajenas* a ella: la acción *propia* de la persona jurídica sería la realizada por su órgano —no se puede decir más claro que es *ajena*—, pero sería *propia* de ella *porque* se le *imputa como si* fuera propia suya (165).

---

(163) Véase por ejemplo REBOLLO PUIG (1989: pp. 609 ss. y 766 ss.); DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 193, 197 ss. y 201 ss.); CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (1995: pp. 149 ss.); LOZANO CUTANDA (1992: pp. 223 ss., y 227 ss.); LA MISMA (2010: p. 603); I. PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 347 ss.); CUETO PÉREZ (2008: pp. 108 ss.); RECODER VALLINA (2008: pp. 154 ss.); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2017: p. 493); para el ámbito de las infracciones laborales, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE (2008: 95 ss.); y para el de las tributarias, PÉREZ ROYO (1972: pp. 64 ss.); EL MISMO (1986: pp. 280 ss.).

(164) Así REBOLLO PUIG (1989: p. 609); EL MISMO (2015: p. 861 y nota 55); EL MISMO (2016a: p. 221); EL MISMO (2016b: p. 417); y EL MISMO (2017: p. 1.042); LOZANO CUTANDA (1992: pp. 224 s.); DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 197 s.); CALVO CHARRO (1999: p. 131); LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 105 ss.); CANO CAMPOS (2018: p. 108). Realmente cuesta creer que sea real y cierto, y sin embargo lo es, que en la tan citada y, al parecer, idolatrada STC 246/1991, de 19 de diciembre —comentada por LOZANO CUTANDA (1992: *passim*)—, asumida luego por el TS —por ej. en la Sentencia de la Sala 3ª de 7 de febrero de 2006—, se haga una afirmación tan absolutamente disparatada e incomprensible por falta de todo sentido, como que la «capacidad de infracción [de la persona jurídica] y por ende [su] responsabilidad directa deriva» —dice— «del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma»; véase una crítica de esta extravagante sentencia en A. NIETO GARCÍA (2012: p. 398). Moderadamente, PIZARRO NEVADO (1996: p. 619 nota 47) estima que en la citada sentencia, «el TC ha tenido que buscar razonamientos algo frágiles».

(165) Así REBOLLO PUIG (1989: pp. 610 s): lo que ocurre es que «se mantiene la ficción esencial a las personas jurídicas de que *su voluntad es la de determinadas personas físicas* que imputan su actividad y sus declaraciones a aquellas»; EL MISMO (2016a: pp. 226 s.); y EL MISMO (2017: pp. 1.050 ss.); LOZANO CUTANDA (1992: p. 227); LA MISMA (2010: p. 603); DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 198 y 201 ss.); CALVO CHARRO (1999: p. 131); CARNEVALI RODRÍGUEZ (2001: pp. 225 s.); GALLARDO CASTILLO (2008: p. 209), rechaza que la acción de la persona jurídica sea la de la física imputada a ella, porque esto supondría una responsabilidad por hecho ajeno —lo que es absolutamente cierto—, pero afirma que «desde el punto de vista sustantivo, la actuación ha sido realizada *por la propia persona jurídica*, aunque llevada a cabo de forma efectiva *por la persona física*», con lo que complica más la cuestión, pues ¿en qué consiste esa acción propia de la persona jurídica?

a) Según REBOLLO PUIG, puesto que las diferentes ramas del Derecho dirigen sus normas a personas jurídicas, solo estas, y en modo alguno sus órganos, serían sujetos obligados a cumplir los deberes impuestos por aquellas, y de esta *falsa* premisa cree poder derivar que cuando se incumple un deber que obliga a una persona jurídica, y el incumplimiento está tipificado como delito o infracción administrativa, la autora de la acción *típica* será única y exclusivamente la persona jurídica, y que quienes la han realizado materialmente ¡no han podido realizarla en absoluto! (166), porque no son sujetos obligados por el deber infringido (167)/(168). Esto sería así porque en Derecho sancionador administrativo, «se mantiene la *ficción* esencial de las personas jurídicas de que su voluntad es la de determinadas personas físicas que *imputan* su actividad y sus declaraciones a aquélla» (169), y por esto «la simple aplicación de la teoría de la persona jurídica y del órgano explica que las personas jurídicas cometen, ellas mismas y no las personas físicas de sus administradores, acciones típicas con voluntad y culpa propias» (170).

b) Igual que la doctrina penal, la administrativa moduladora, de la que es claro exponente la tesis de REBOLLO PUIG, se limita a repetir sin más el monótono argumento tradicional (171), y hace tiempo contundentemente rebatido en la Ciencia jurídica por la más cualificada doctrina conducida y liderada por los más gigantes juristas del pasado, de que a la persona jurídica se le imputa la acción de su órgano *como si* fuera suya propia (172). Así, empero, no se estimula ni en un mínimo el pensamiento de ningún receptor del argumento que conozca los conceptos fundamentales de la Ciencia jurídica y tenga en su cabeza el mapa y el orden taxonómico categorial del sistema jurídico, pues su *feed-forward*, es decir, su dispositivo de conocimiento prealimentado y nutrido

---

(166) Sobre esto véase lo que se dice resumidamente luego *infra* en nota 229.

(167) Véase REBOLLO PUIG (1989: pp. 608 y 609); y generalizando este criterio, EL MISMO (2014: p. 2.531); también LOZANO CUTANDA (1992: p. 225); y LA MISMA (2010: p. 603).

(168) Y así por ejemplo, según REBOLLO PUIG (1989: pp. 608 s.), cuando la realización de los delitos alimentarios del art. 346 CP 73 —hoy art. 363 CP 95—, tiene lugar en el curso de la actividad de una persona jurídica, no solo es esta el único sujeto que posee las cualidades de *productor, distribuidor o comerciante* requeridas por el tipo para poder ser autor del delito (esto es absolutamente cierto), sino también el único que habrá realizado las acciones típicas de *ofrecer, fabricar, vender, traficar, elaborar, comerciar, ocultar o sustraer* los productos alimentarios que constituyen el objeto material del delito (esto es absolutamente falso), porque así deriva del hecho de que solo es ella quien opera en tales posiciones y es *sujeto del deber* infringido con dichas acciones.

(169) Véase REBOLLO PUIG (1989: pp. 610 s.); y en sentido similar véase LOZANO CUTANDA (1992: pp. 225 s.).

(170) Véase REBOLLO PUIG (2016a: p. 227); EL MISMO (2017: pp. 1.051 s.); EL MISMO (2015: p. 861 nota 55).

(171) *Cfr.* la cita de R. SCHMITT hecha *supra* en nota 16.

(172) *Cfr.* la cita de SCHÜNEMANN hecha *supra* en nota 16.

de estricta Ciencia jurídica, enseguida le avisará y le hará percatarse *de inmediato* sin ninguna necesidad de tener que pensar (173), que la imputación no remite a nada más que a figuras de responsabilidad que desde hace mucho tiempo están clara e inequívocamente definidas y clasificadas en el Derecho *civil* y en el Derecho *público* no sancionador como propias y exclusivas de ellos. Para comprobar que esto es así, ni siquiera hay que hacerlo con la lente de la doctrina que niega la capacidad de acción de la persona jurídica, pues incluso adalides con el mayor prestigio e influencia de la doctrina favorable a reconocerla, como TIEDEMANN, quien al menos no engaña, no ha tenido más remedio que reconocer expresamente que «el fundamento de la *imputación* de la conducta de las personas naturales a la jurídica resulta sobre todo de la posición de órgano o representante de quien actúa, *por analogía con el Derecho civil y el Derecho público*» (174). Desde el momento histórico en que el Derecho civil se diferenció del penal (175), y luego, gracias a la obra de BRUNS, de 1938, el penal emprendiera su liberación de su anómala servidumbre del pensamiento civilístico que lo había contaminado (176), aunque esa liberación sea una tarea aún hoy no concluida (177), ni en el Derecho penal, ni en cualquier otro Derecho sancionador, pueden tener ningún espacio, ni siquiera microscópico, unas

---

(173) Sobre el significado de esto, *cfr.* lo explicado *supra* en nota 40.

(174) Véase TIEDEMANN (1996: p. 46); y en general GARCÍA AMADO (2011: pp. 125 ss.).

(175) Como explica Kelsen (1995: p. 58): «el Derecho más antiguo era exclusivamente penal; más tarde se hizo un distingo por lo que toca a la sanción: además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente; entonces se desarrolló el derecho civil al lado del penal». Igual sucede con el giro histórico hacia la responsabilidad individual y la superación de la colectiva, tan arraigada en los pueblos primitivos, porque en ellos los individuos carecen de «una conciencia del yo suficientemente destacada»; véase Kelsen (1960: pp. 230 s.); EL MISMO (1995: pp. 66 s.). Como advierte RADBRUCH (2003: p. 117), la variabilidad de los objetos del Derecho no puede ser arbitraria, sino que únicamente puede tener lugar «al dictado de la historia», es decir, «a través de una larga evolución histórica». Para cualquiera que conozca y respete las monumentales construcciones conceptuales que ha logrado elaborar la Ciencia jurídica en el curso de la evolución histórica, toda pretensión de fundamentar una inconcebible figura de responsabilidad *penal* y *sancionadora de cualquier especie* para la persona jurídica, tiene que mostrarse como una gran involución histórica; *cfr.* la cita de ROBLES PLANAS hecha *supra* en nota 33.

(176) Véase BRUNS (1938: pp. 107 ss., 248 ss. y 314 ss.).

(177) Véase SCHÜNEMANN (2019: § 14 nm. 12), quien llama la atención sobre que la teoría de los llamados delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), actualmente muy extendida en la doctrina jurídico penal, conduce a una «esclavización del Derecho penal por el pensamiento civilístico». Pero son las doctrinas punitivistas y sancionatorias de la persona jurídica las que llevan esa esclavización al clímax; véase SCHÜNEMANN (1979: pp. 234 s.); EL MISMO (2008b: pp. 431 ss.); EL MISMO (2013: p. 200); EL MISMO (2014a: pp. 4, 8, 11, 12, 15, 16); asimismo ROBLES PLANAS (2011: pp. 7, 8 s., 12 s., 14 s.); GRACIA MARTÍN (2014a: pp. 116 ss.); y EL MISMO (2014b: pp. 33 ss., 40 ss. y 72 ss.).

figuras de responsabilidad que no tienen otro fundamento que una mera imputación jurídica objetiva con base en la norma (178). Sin embargo, LÓPEZ LÓPEZ ha intentado fundamentar un concepto de acción de la persona jurídica con argumentos que *prima facie*, al menos parcialmente, sí hacen pensar, aunque con la intuición *a priori* de que el resultado del análisis llevará, como en efecto lleva, a comprobar que su construcción es tan artificiosa como todas las demás.

c) Conforme a la construcción de LÓPEZ LÓPEZ para el ámbito de las infracciones tributarias (179), con la que este autor cree poder superar la objeción de quebranto de los principios, relacionados entre sí, de culpabilidad y de personalidad de las sanciones, «en toda *acción* constitutiva de una infracción administrativa sería posible distinguir un aspecto o componente jurídico-formal y otro jurídico-material»; el primero consistiría en el enlace de una *norma de conducta* a un sujeto determinado, a quien el Derecho hace así destinatario de dicha norma, y ya solo por esto será uno que «*actúa* formalmente para el Derecho» (180). Y como la persona jurídica, según cree este autor, sería destinataria de normas, de esta *falsa* premisa deduce que, aunque no puede actuar *materialmente*, porque esto solo lo pueden hacer sus órganos y representantes, sin embargo sí «*actúa* jurídico-formalmente», y por esto —afirma— «el ente moral y el órgano, responden (cada uno) a título *propio* cuando realizan la conducta de manera conjunta; lo que encaja perfectamente con las exigencias que se derivan del principio de personalidad de las sanciones, en la medida en que *no se les hace responder por una acción ajena*» (181). No obstante, como la culpabilidad exige la presencia de un elemento volitivo en la acción infractora, y la persona jurídica carece de toda capacidad volitiva, para poder sancionarla será preciso comprobar la presencia de dicho elemento *en la persona física* que ha actuado *materialmente* (182).

---

(178) Véase, por todos, ROBLES PLANAS (2011: pp. 8 s. y 12 ss.), quien afirma con toda razón que las consecuencias aplicables a personas jurídicas no son más que, por un lado, medidas *civiles* de reparación de daños y eliminación de los efectos de la actuación ilícita de los administradores (pp. 8 s.) y, por otro, «medidas disuasorias de Derecho público» (p. 9), y que la obligación de responder que establece el art. 31 *bis* «no es desconocida por el *Derecho civil*» (p. 12), pues no se trata de otra cosa que de «una responsabilidad objetiva por el riesgo» (p. 13); y ya antes en el mismo sentido, véase ROBLES PLANAS (2009: p. 9 y 11 s.), donde demostró convincentemente que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica corresponde a «una forma de operar (que) es propia del *Derecho civil* y del *Derecho administrativo*» (p. 9), y se trata, en unos casos, de una «responsabilidad [objetiva] por el peligro propia del *Derecho civil y administrativo*» (p. 11), y en otros de una responsabilidad por «la infracción de deberes de colaboración (*administrativos*) para la prevención y detección del delito en la empresa» (pp. 11 s.), es decir: una responsabilidad pura y estrictamente *policial*.

(179) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 105 ss.).

(180) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: p. 105).

(181) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: p. 106).

(182) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 106 s.).

**3.** Las tesis expuestas son radicalmente insostenibles, es decir, absolutamente, porque no puede salvarse ni uno solo de sus enunciados, y la Ciencia jurídica debe rechazarlas de plano.

a) Como en todos los constructos de los penalistas, incluidos los más abigarrados, ya con una mirada superficial se captan de inmediato tanto la palmaria confusión entre *acción* e *imputación* que se halla presente en dichas tesis (183), como el vacío de teoría jurídica en que están formuladas, pues parten de un desconocimiento de la distinción, elemental y operativa en *todo* el Derecho, entre sujeto *de la acción* y sujeto *de la imputación* (184), e incurrir en la falacia del *quaternio terminorum*. Una acción de un sujeto determinado (*sujeto de la acción*), luego *imputada* a otro (*sujeto de la imputación*), pierde toda substancia de una acción ya desde el mismo instante en que se la imputa, y llamarla así quebranta las reglas de la lógica material entendidas —como dice SCHÜNEMANN— como reglas del habla racional (185). Una acción *imputada* tiene de acción, para volver a decirlo en sátira, lo mismo que un pez espada tiene de florete de esgrima, o lo que un pez piedra tiene de mineral lítico: *absolutamente nada* (186).

b) Un discurso cuyas palabras no tienen ni la menor correspondencia con los objetos de la realidad empírica que designan, y que pone a aquellas en relación de grave hostilidad con las cosas a las que hace referencia, es uno elaborado a partir de la invención de un mundo totalmente inexistente, y esto es lo que sucede con el que muestra a las personas jurídicas como seres dotados de una capacidad de acción de la que realmente carecen absolutamente *ab ovo usque ad mala*. Un discurso así podrá tener quizá una cierta coherencia (lógico-formal) interna, como las grandes y admirables creaciones de la ciencia ficción, y los delirios del ingenioso hidalgo de La Mancha, que a pesar de su falta absoluta de correspondencia con la realidad, sin embargo, en el plano de la *lógica formal* son absolutamente coherentes e inatacables (187). Sin embargo, en el plano de la *lógica material*, de la *naturaleza de la cosa*, que es el de la *justicia material* real, un discurso ficticio es absolutamente falso, y como

---

(183) A mayor abundamiento en lo ya dicho a este respecto, y aún se dirá, véase ahora SEILER (1967: pp. 53, 57 y 62 ss.), quien dice con razón que estas afirmaciones «tratan el problema de la capacidad de acción de la asociación con el método de la imputación» (p. 53), con una «especie de ficción (de) *nada* dado en la naturaleza» (p. 57).

(184) Que es otra forma de distinguir —a mi juicio más técnica y precisa— entre autor y responsable (*supra* V. 3 y 4); sobre dicha distinción, véase SEILER (1967: pp. 50 ss.); GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 69 ss.); y EL MISMO (2015: pp. 219 ss.).

(185) *Cfr. supra* notas 20, 21 y 27, y los textos a que corresponden.

(186) Véase ROBLES PLANAS (2011: p. 5); GRACIA MARTÍN (2014a: pp. 112 y 123 s.); EL MISMO (2014b: pp. 36 y 47); EL MISMO (2015: pp. 178 y 184); y EL MISMO (2016b: pp. 42 s. y p. 60).

(187) Véase GRACIA MARTÍN (2017a: p. 123).

casi nunca puede saberse con certeza a dónde puede llevar la ficción (188), la Ciencia jurídica —que *no es política jurídica* (189)— tiene que rechazarlo de plano, pues por la razón indicada conlleva un riesgo permanente de que conduzca a consecuencias contrarias a las pretendidas, y además perjudiciales, como sucede precisamente con los discursos punitivos y sancionatorios de la persona jurídica, los cuales, como está probado y demostrado, abocan a un alto *déficit de prevención* en la práctica (190).

c) Frente a quienes no han llegado a dar un salto vertiginoso a un mundo irreal en que ven personas jurídicas actuando *por sí mismas* (191), y como hace con razón REBOLLO PUIG, tienen en cuenta el dato real irrefutable de que «las personas jurídicas actúan mediante órganos» (192), pero luego pretenden que las acciones de estos sean las propias de aquellas, hay que decir de un modo apodíctico que, como afirma SEILER, si alguien «solo puede actuar por medio de órganos o representantes», esta es ya la prueba más contundente de que «él mismo es *incapaz de acción*» (193), y si a la persona jurídica se le tienen que imputar las acciones de sus órganos y representantes, esta es la prueba más evidente de su incapacidad de acción (194). Quien

---

(188) Véase ZAFFARONI (2002: p. 387): «al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber a dónde va políticamente».

(189) Véase en este sentido Kelsen (1934: p. 15).

(190) Véase SCHÜNEMANN (2002a: p. 27); EL MISMO (2006a: pp. 159 ss.); GONZÁLEZ RUS (2014: p. 40); GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 180 ss.); corroborando que la eficacia preventiva real de los programas de cumplimiento en los EE.UU., es en todo caso discutible, véase VILLEGAS GARCÍA (2016: pp. 326 ss.). Y es que el reconocimiento de una responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva, al menos potencialmente, el riesgo de que la limitación de la responsabilidad de los individuos que la integran, que las formas jurídicas societarias restringen —pues para esto se inventaron— solo a la *patrimonial*, se amplíe también a la *personal*. La experiencia práctica en el Derecho sancionador administrativo lo pone claramente de manifiesto: en cuanto aparece una persona jurídica vinculada a la comisión de una infracción, el poder sancionatorio se afana en sancionar a ella ignorando de plano a la persona física infractora por la que ni siquiera se interesa; véase A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 415 y 426): «el juez que ha logrado identificar al autor directo de una infracción tiene que soltarlo y buscar su presa en otras personas que parecen estar muy alejadas de los hechos» (p. 415), y quién sea el autor de la infracción, «nada de esto importa a la ley, quien quiere ahorrar a la Administración sancionadora investigaciones tan prolijas como inútiles y, dejando a un lado la autoría, señala al responsable aunque no haya participado ni de cerca ni de lejos en la realización de ilícitos», y por eso mismo «las leyes administrativas solo muy raramente aluden a los ‘autores’ y lo que regulan es el régimen jurídico de los responsables» (p. 426).

(191) *Cfr. infra* nota 260.

(192) Véase REBOLLO PUIG (2016a: p. 226).

(193) Véase SEILER (1967: pp. 62).

(194) Véase SEILER (1967: p. 81).



afirma que la acción propia de la persona jurídica es la del órgano *imputada* a ella, confunde de un modo palmario el concepto jurídico fundamental de acción con la institución de la imputación jurídica (195), que es tan extraña a aquel, que no puede tener ni el espacio más microscópico en ningún Derecho sancionador (196). Y por si esto fuera poco, quien cree y afirma que a la persona jurídica se le pueden imputar las acciones de sus órganos, simplemente desconoce en qué consiste la ficción jurídica de la imputación, pues como veremos, según las reglas de esta, ninguna acción es susceptible de imputación jurídica.

**4.** Según REBOLLO PUIG, para resolver la cuestión de la capacidad de acción de la persona jurídica bastará con aplicar las teorías de la persona jurídica, del órgano y de la imputación jurídica, y como en esto tiene toda la razón, vamos a aplicar tales teorías. Ahora bien, apliquemos las correctas, o sea, las que nos han legado quienes las culminaron tras encendidos debates históricos y las formularon casi hasta la perfección —en particular las de FERRARA, KELSEN, y RECASENS SICHES— hasta el punto de que después de ellos la Ciencia jurídica ya no ha podido aportar casi nada nuevo substancial a las mismas (197). Veamos, pues, a dónde nos llevan las teorías indicadas, y para comenzar, vamos a poner de manifiesto el error tan extendido —también presente entre los penalistas (198)— que encierra la falsa creencia de que la persona jurídica es destinataria de normas jurídicas de conducta (LÓPEZ LÓPEZ) y de los deberes a que obligan dichas normas (REBOLLO), pues si ni siquiera lo es la *persona* física, ¿cómo iba a serlo la jurídica, que solo es persona por analogía con esta?

---

(195) Véase FRISCH (2013: pp. 357 ss.).

(196) Véase SEILER (1967: pp. 52, 58, 60 s., 62 s.).

(197) En opinión de RECASENS SICHES (2008: p. 264), que comparto sin reserva, más allá de la monumental y en tantos aspectos *definitiva* teoría de FERRARA sobre la persona jurídica, la construcción kelseniana no sólo es una de las más certeramente desenvueltas y un acierto *decisivo*, sino que tiene un alcance mucho mayor que el que pudo sospechar el propio KELSEN —el cual lo trató como un concepto jurídico puro—, pues según RECASENS (loc. cit.), «brinda una importante inspiración para elaborar algunos conceptos esenciales de la Ontología social (círculo social, yo social de los individuos, personalidad social)»; para esto, véase RECASENS (2008: pp. 274 ss.).

(198) Así lo afirman sin fundamento alguno, entre otros, TIEDEMANN (1988: pp. 1171 s.); EL MISMO (1996: pp. 45 ss.); EL MISMO (1997: p. 36); EL MISMO (2014: p. 164 nm. 374); en el mismo sentido BRENDER (1989: pp. 117 ss.); DANNECKER (2001: p. 111); inexplicablemente HIRSCH (1993: p. 10); JAKOBS (2002a: 560 nota 7); SCHROTH (1993: pp. 13 ss.), y asumiendo la tesis de este último VOGEL (2012: p. 429); EHRHARDT (1994: pp. 81 ss. y 187 s.). En la doctrina española, por ejemplo, ZÚNIGA RODRÍGUEZ (2003: pp. 229 s.); GUARDIOLA LAGO (2004: p. 48); ZUGALDÍA (2013: pp. 61 s.) y GALÁN MUÑOZ (2012: 534 s.), este inventándose unas misteriosas «normas de conducta colectiva».

a) Persona es el género de las dos especies reconocidas por el Derecho: la física y la jurídica. Toda persona en Derecho es persona jurídica (199), y persona jurídica por antonomasia es la física, mientras que la jurídica lo es solo *por analogía* con la física (200). Frente a quienes confunden e identifican a la persona física con el ser humano, hay que decir ya que aquella, como explica KELSEN, es «algo pensado en estado de reposo y no en movimiento», y precisamente no es «el ‘ser humano’ en el sentido de una unidad biológico-psicológica de ciertos procesos vitales referidos a un fin determinado (organismo), sino una construcción normativa pensada fuera del mundo del acontecer real» (201). Una persona natural no es otra cosa que *el conjunto de normas jurídicas* que confieren derechos e imponen deberes a un *individuo*, es decir, *el ordenamiento jurídico parcial* que regula la conducta de ese individuo en relación con *sus* derechos y deberes (202), que solo *tiene* él, y nadie más que él (*cf.* el siguiente apartado b)). Y si la persona jurídica es *análoga* a la física (203), por esto mismo, no podrá ni puede ser nada más que el *ordenamiento jurídico parcial* que confiere derechos e impone deberes a todos y *cada uno* de los *individuos* que forman la agrupación (204), y regula obviamente conductas, sí, pero no las de un ente colectivo inexistente en la realidad y solo presente

---

(199) Véase KELSEN (1960: pp. 312 ss., 316 ss.); EL MISMO (1995: pp. 110 ss., 113 ss.); RECASENS SICHES (2008: pp. 259 ss.).

(200) *Cfr. infra* nota 203.

(201) Véase KELSEN, (1923: pp. 74 [para la cita] y además pp. 145 s.); EL MISMO (1925: pp. 62 s.); y JELLINEK (1976: pp. 169 s.): «el concepto de sujeto del derecho es un concepto jurídico puro, que por eso no designa ninguna cualidad real perteneciente al ser humano, sino que, como todos los conceptos jurídicos, es por su naturaleza una relación».

(202) Véase KELSEN (1925: pp. 63 s.): «la persona física es un complejo de normas jurídicas, y concretamente es el conjunto de todas aquellas normas jurídicas que tienen como contenido la conducta de un hombre, ya sea como deber o como facultad» (p. 63), y «frente al ordenamiento jurídico total, la persona física representa un sistema parcial más o menos arbitrariamente delimitado, un ordenamiento jurídico parcial de ningún modo absoluta, sino solo relativamente autónomo» (p. 64); EL MISMO (1960: pp. 312 ss.): «la llamada persona física no es así un ser humano, sino la *unidad personificada* de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo ser humano» (p. 316); RECASENS SICHES (2008: p. 267): «la persona jurídica individual es, pues, *un sector del ordenamiento jurídico*: aquel sector que regula los derechos y deberes de un hombre, sector o conjunto que concebimos abstractamente de un modo unificado»; «es la expresión unitaria y sintética de los derechos y deberes de un hombre, la porción del ordenamiento jurídico que los establece, concebida como un sistema parcial sobre la base de un punto o centro común de imputación de tales deberes y derechos».

(203) Véase KELSEN (1995: pp. 113 y 117); RECASENS SICHES (2008: pp. 267 y 268 s.); LARENZ (1979: p. 437); LEGAZ Y LACAMBRA (1975: pp. 732 s.); Arthur KAUFMANN (1982: p. 25); EL MISMO (1997: p. 106); y F. DE CASTRO (1981: p. 264).

(204) Véase KELSEN (1925: p. 66): la persona jurídica, «es también la personificación de un ordenamiento jurídico parcial», solo que aquí «el objeto de la regulación está constituido por la conducta de una pluralidad de seres humanos».

en la imaginación de quienes ven realidades inexistentes (205), sino las de *cada uno* de los *individuos* agrupados, relativas a sus derechos y deberes *individuales* en cuanto miembros vinculados a la comunidad (206), si bien tales derechos y deberes inequívocamente *individuales* de cada uno, tienen que ser vistos como *colectivos*, y no porque sean de una persona colectiva inexistente, sino porque cada individuo solo puede ejercerlos y cumplirlos *colectivamente*, es decir, no a su libre arbitrio, sino únicamente en el modo que determine el estatuto de la agrupación (207). Pero entonces, si las personas no son nada más que conjuntos de normas, ordenamientos jurídicos parciales que regulan las conductas de los *individuos* que configuran sus substratos reales —*uno* en la física, y una *pluralidad* en la jurídica—, entonces tendría que estar claro, que las *personas* mismas no pueden ser destinatarias de normas jurídicas ni, por ello mismo, «tener» los derechos ni los deberes que resultan de ellas (208).

---

(205) Como dijo FERRARA (2006: pp. 146, 160, 161, 252 ss.): «toda asociación resulta de determinados individuos y no tiene existencia alguna fuera de su vida», de modo que «no se trata de personas colectivas, sino de *colectividad de personas*» (p. 161); la afirmación de que existen «personas colectivas», como pretendió GIERKE, no es más que una «hipótesis fantástica de un artista del Derecho» (p. 146), que sólo «tiene un valor pictórico artístico» (p. 160), pues no se puede «sostener una cierta unidad evanescente del grupo», que solo es una «unidad de nuestro pensamiento, no de la sustancia del agregado humano» (p. 253), y presentándolo como una unidad conceptual, «por este camino no se llega a ninguna parte» (pp. 253 s.); según KELSEN (1960: pp. 321 s.), quien dice que la corporación actúa «se sirve (...) con esa metáfora antropomórfica de una ficción de la misma clase que la puesta en la atribución de los actos jurídicos de un representante legal al individuo incapaz de acción representado por él» y «la malinterpretación de la metáfora antropomórfica como un ente real, como una especie de superhombre u organismo es la hipótesis inadmisibles de un recurso del pensamiento o concepto auxiliar que está construido por la Ciencia jurídica con el fin de simplificar y explicar la descripción de una situación de hecho jurídica complicada»; KELSEN (1995: p. 127); RECASENS SICHES (2008: pp. 268, 277 s. y 288 s.): «la colectividad no es una realidad sustante, con conducta propia»; solo «ante una visión torpe y superficial podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente y llega incluso a engendrar nuevas entidades por su propia cuenta, pero no es esto lo que pasa en realidad, lo que ocurre es que quienes actúan son única y exclusivamente los hombres individuales, influidos por las representaciones que se han formado del ente colectivo».

(206) Véase KELSEN (1960: pp. 275 ss., 316 ss., 319 ss.); RECASENS SICHES (2008: pp. 267 s.): «la personalidad jurídica del ente colectivo es tan solo la expresión de la unidad del ordenamiento jurídico que rige sus relaciones, es decir, las recíprocas relaciones de los comportamientos de los hombres que lo integran» (p. 268).

(207) Sobre los derechos y deberes «colectivos», véase KELSEN (1995: pp. 120 s.): «aunque normalmente un derecho puede ser ejercitado a voluntad por el individuo a quien pertenece, los estatutos de una sociedad establecen en qué forma los miembros de esta deben ejercitar un derecho que se considera como de la persona colectiva», y así los individuos pertenecientes a una sociedad «no tienen el derecho en la forma usual, es decir, individualmente, sino en forma colectiva»; sobre el *ejercicio colectivo* de derechos *individuales colectivos*, véase GARCÍA INDA (2001: pp. 110 ss.).

(208) Véase extensamente con amplio despliegue argumentativo GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 26 ss., 30 ss.).

b) Como explica KELSEN: «la afirmación de que una *persona* tiene deberes y derechos carece de sentido o es una tautología», pues esto equivale a decir que «un conjunto de deberes y derechos cuya unidad es personificada, ‘tiene’ deberes y derechos», y si se quiere evitar dicha tautología, entonces habrá que interpretar el «tiene» como «es», y decir así con más precisión y exactitud que la persona física «es un conjunto de deberes y de derechos» (209). Y es que —continúa KELSEN— «tiene indudablemente un buen sentido declarar que el derecho impone deberes y confiere derechos a *los seres humanos*, pero no lo tiene decir que el derecho impone deberes y confiere facultades jurídicas a las personas», pues «tal afirmación equivaldría a la de que el derecho impone deberes a los deberes y confiere derechos a los derechos» (210). Pero entonces: 1) si los derechos y los deberes resultan solo de normas jurídicas; 2) si los unos solo pueden ejercerse y los otros cumplirse o incumplirse, respectivamente, por medio de *acciones* y *omisiones* (211); y 3) si «no se puede negar *en serio* que actos y omisiones *sólo* pueden existir en relación con los *seres humanos*» (212); de todo esto tiene que derivar *eo ipso*: 1) que las normas jurídicas solo pueden tener como contenido conductas de *individuos* humanos (213); y 2) que solo los individuos humanos, y no las personas, pueden ser destinatarios de normas jurídicas de conducta y de los deberes impuestos por ellas (214). Y si esto es así con respecto a la persona física, *a fortiori* tendrá que serlo con respecto a la jurídica (215). Como explica KELSEN: «al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el ‘derecho del Estado’ u orden jurídico nacional, *regula la conducta de individuos*», y «los que resultan de este modo obligados y facultados son los *individuos humanos* que obran como ‘órganos’ de la misma», por lo que, en definitiva, «declarar

(209) Véase KELSEN (1995: p. 112); y EL MISMO (1960: p. 314).

(210) Véase KELSEN (1995: pp. 3 s., 110 ss.); ya antes, en el mismo sentido, véase KELSEN (1925: p. 64).

(211) Véase KELSEN (1960: pp. 288 ss., 306 ss., y 312 ss.): «solo por medio de la conducta humana puede ser ejercido un derecho y cumplido o infringido un deber» (p. 314); FERRARA (2006: p. 102): «la voluntad entra en la dinámica, no en la estática del Derecho», y «es el elemento necesario para el ejercicio del derecho, no para la titularidad de este»; RECASENS SICHES (2008: p. 278): «los que actúan son única y exclusivamente seres humanos individuales».

(212) Véase KELSEN (1995: p. 114); EL MISMO (1960: pp. 319 ss.).

(213) Véase KELSEN (1995: p. 112).

(214) Véase KELSEN (1925: p. 64): «la conducta de una *persona* no es nunca contenido de las proposiciones jurídicas; solo lo es la conducta de seres humanos»; RUDOLPHI (1984: pp. 69 ss., 75 ss.): «las proposiciones jurídicas contienen siempre prohibiciones y mandatos del actuar del ser humano» (p. 69); GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 26 ss., 30 ss.).

(215) Véase KELSEN (1925: p. 70): «lo que ya se puso de relieve respecto a la persona física, es todavía más claro respecto a la llamada persona jurídica: que solo el ser humano, pero no la persona, puede ser obligado y facultado en el sentido de que su conducta sea contenido de un modo específico de la norma jurídica».

que el 'derecho del Estado' da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que *un ser diferente de los individuos humanos* resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos *individuos*» (216).

c) La teoría de la persona jurídica dice, pues, precisamente todo lo contrario a lo que afirma REBOLLO PUIG: que destinatarios de normas y deberes de conducta solo pueden ser *individuos humanos*, y en ningún caso las *personas*, y si no puede serlo ni siquiera una persona física, cómo podría serlo una jurídica cuyo substrato real no es nada más que una organización que no puede ser vista ni contemplada más que como un objeto, como una «cosa» (217). Y que todo esto es así, y no es imaginable que pudiera ser de otro modo, no podría ser expresado de otro modo más claro ni mejor que con el famoso dicho popular: ¡verde y con asas!, o con su equivalente: ¡blanco y en botella! No obstante, parece conveniente, hacer algunas aclaraciones al respecto.

aa) En la Ciencia jurídica parece que no hay nada, o casi nada —porque algo, sí hay (218)— con validez supratemporal (219), pues todo concepto jurídico es un producto histórico expuesto a experimentar cambios, y acaso a lo único que se puede aspirar sea a que sirva para resolver problemas para un tiempo más o menos largo (220). Por esto, no pretendo que la construcción de KELSEN sobre la persona tenga que ser aceptada como un dogma eterno, pues semejante pretensión sería propia de un dogmatismo irracional. Pero la Ciencia jurídica sí debe exigir a quienes participan en ella y hacen afirmaciones absolutamente indigeribles por la teoría de la persona jurídica que nos ha legado KELSEN y es de obligado conocimiento, que expliquen la razón por la que operan absolutamente al margen de ella: porque ¿la ignoran absolutamente?, porque ¿la conocen pero si se atienen a ella, ya no podrán afirmar las falsedades que afirman?, o porque creen que carece de validez, y se tiene que reemplazar por otra que diga lo contrario. Si las razones

---

(216) Véase KELSEN (1995: pp. 117 s.); EL MISMO (1960: pp. 318 s.).

(217) Véase GARCÍA-PITA (2016: pp. 170 ss.): «la Empresa *nunca es alguien*, siempre es algo» (p. 177); SÁNCHEZ-OSTIZ (2016: p. 622), quien afirma con razón que «se trata más bien de *objetos* y no *sujetos*, de un *qué* y no de un *quién*»; véase además SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015: pp. 113 s.); y en la doctrina alemana, véase SCHÜNEMANN (2008b: pp. 439 s.); EL MISMO (2014a: pp. 8 s.); y RANSIEK (2012: pp. 298 y 301 s.).

(218) Cfr. *supra* nota 102. La «idea» del Derecho en cuanto ordenación de la vida en común, a mi juicio, sí tiene una validez supratemporal, aunque por supuesto condicionada a la existencia y supervivencia de la especie humana.

(219) Véase Arthur KAUFMANN (1982: pp. 57 s.): «conocimientos jurídicos exactos, calculabilidad del Derecho, no ha habido ni habrá nunca», porque eso es una utopía.

(220) Véase SCHÜNEMANN (1971: pp. 26 y 36 nota 163) y EL MISMO (1984: p. 8): el sistema debe garantizar «orden y ausencia de contradicciones en el ámbito de problemas jurídicos que están resueltos de modo constante para largo tiempo».

fueran las dos primeras, entonces nada de lo que afirman puede tener más valor que el de meras ocurrencias y opiniones huérfanas de todo y el mínimo fundamento científico. Pero si la razón fuera la tercera, entonces: 1) primero deberían recordar y atenerse a la advertencia de RADBRUCH, de que para que un cambio jurídico —una nueva aspiración, como por ejemplo dotar a la persona jurídica de la capacidad de ser «destinataria» de normas, derechos y deberes— pueda pretender validez y ser aceptado, será preciso que quien lo construya lo haga «en la arquitectura de un poderoso edificio jurídico que únicamente se modifica en alguna singularidad y de cuyo estilo no se puede escapar» (221); y 2) dado que ese estilo *obliga* a refutar y rebatir *con argumentos* la validez de lo ya existente, *antes* de formular una alternativa que lo sustituya, deberían rebatir la construcción kelseniana de la persona jurídica. Mientras no hagan esto quienes afirman que esta tiene capacidad de acción y que *actúa ella misma*, es obvio que no pueden pretender que una auténtica Ciencia jurídica tome en serio meras afirmaciones hechas en un vacío total de teoría jurídica, mientras que la Ciencia sí puede y debe exigirles que respondan a la enigmática cuestión de cómo es posible que un ente concebido «en estado de *reposo*» (KELSEN) *realice acciones típicas* y, por el contrario, que no las realicen los individuos humanos *en movimiento* que son los únicos que actúan en lugar de él en la *dinámica* jurídica (FERRARA).

bb) Según LÓPEZ LÓPEZ la persona jurídica tiene que tener capacidad de acción porque es destinataria de normas y deberes, pues sería un sinsentido —dice— dirigir normas a sujetos incapaces de acción (222). Sin embargo, este sinsentido, solo *aparente*, desaparece completamente si se piensa en la distinción, básica y elemental, entre normas objetivas (impersonales) de valoración, por un lado, y normas de determinación (de conductas), por otro. Los incapaces de acción pueden ser, como en efecto son, destinatarios de *normas de valoración* en el plano de la *estática* jurídica, porque en este, en primera instancia, no tiene lugar nada más que la atribución de personalidad, es decir, de capacidad jurídica, y eso significa imputar *prima facie* a las *personas* derechos y deberes objetivos (impersonales) independientemente de si sus substratos reales (un individuo, una organización) tienen o no tienen capacidad de acción (223). De lo que no puede ser destinatario ningún incapaz de acción es de normas de determinación (*de conductas*) ni de deberes personales de acción, de manera que el sinsentido sería dirigir normas de esta clase a incapaces de acción, como por ejemplo a un recién nacido o a una

---

(221) Véase RADBRUCH (2003: p. 86).

(222) Véase LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 105 s.).

(223) Véase AST (2010: pp. 54 ss.), quien afirma que en el plano de las normas de valoración, que él denomina «normas de causación», se opera con la *imputación*, porque tales normas no tienen como objeto ni contenido ninguna acción.

organización que no la tiene en absoluto desde su nacimiento (*ob ovo*) ni podrá adquirirla nunca hasta su final (*usque ad mala*). Ahora bien, si, según se ha dicho, los derechos pueden ejercerse y las obligaciones tienen que cumplirse o se incumplen *solo* por medio de la realización u omisión de acciones en la dinámica social y jurídica, y si los incapaces de acción, aunque sean personas, por definición, no pueden hacerlo *por sí mismos*, entonces las *normas de conducta* relativas al ejercicio de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones se tienen que dirigir necesariamente a *otros* individuos capaces de acción (representantes legales, órganos), que son los únicos destinatarios de dichas normas y los únicos obligados a cumplir *personalmente* el contenido de los deberes objetivos *impersonales* imputados a los incapaces de acción por las *normas de valoración* (224).

d) Más allá de lo anterior, lo que LÓPEZ LÓPEZ llama «aspecto o componente jurídico-formal» de la acción, no es nada distinto a la mera «capacidad jurídica» reconocida y atribuida por el Derecho a un sujeto para que pueda entrar en relaciones jurídicas con otros, en este caso con la Administración, es decir, la abstracta «capacidad jurídica administrativa» (*cfr. supra* IV.2); pero que la capacidad jurídica no tiene absolutamente nada que ver con la de acción, es tan evidente que no precisa de ninguna explicación (225). Por esto, llamar acción *propia* de la persona jurídica, como hace LÓPEZ LÓPEZ, a su mera capacidad jurídica —que él llama erróneamente «aspecto o componente jurídico formal de la acción»—, es un exponente claro de la falacia lógica del *quaternio terminorum*. Por otro lado, si para legitimar la sanción a la persona jurídica fuera imprescindible comprobar la presencia de dolo o imprudencia en el individuo que ha actuado materialmente, como requiere LÓPEZ LÓPEZ, tampoco precisa de ninguna explicación que ese dolo y esa imprudencia serán tan absolutamente *ajenos* al ser de la persona jurídica como lo es el dolo de un menor causante de unos daños, respecto a los seres de sus padres a quienes se imputará una responsabilidad exclusivamente civil (patrimonial) por los daños dolosamente causados por él (226), ni precisa explicación tampoco que imponer una sanción a una colectividad de individuos fundada en el dolo o imprudencia del individuo que actuó materialmente en lugar de ella,

---

(224) Véase, por todos, ARMIN KAUFMANN (1954: p. 266); y mi extensa y detallada exposición, en GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 26-35); y *cfr. infra* apartado 4.c)-bb) de este mismo epígrafe.

(225) Y no solo la capacidad jurídica, sino incluso la «capacidad de obrar» no supone tampoco capacidad de acción; véase, por todos, LACRUZ/DELGADO (2010: pp. 2 ss.); y así el Derecho civil reconoce a las personas jurídicas capacidad de obrar desde su nacimiento hasta su extinción, a pesar de que carecen absolutamente de capacidad de acción; véase LACRUZ/DELGADO (2010: pp. 276 ss.).

(226) Véase Kelsen (1960: pp. 226-236); LACRUZ/RIVERO (2013: pp. 495 ss.); Díez-PICAZO/GULLÓN (2015: pp. 345 s.).

sería una basada en la *imputación de un hecho ajeno*, y que así se violarían flagrantemente los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones, e incluso el de legalidad, pues sin dolo ni imprudencia *proprios* de un sujeto tampoco hay infracción alguna de dicho sujeto.

e) Por si lo dicho hasta aquí fuera poco, según las reglas de la imputación jurídica, tan magistralmente formuladas y explicadas por KELSEN, ninguna *acción* ni *omisión* pueden ser objetos de imputación en absoluto. Objetos de imputación solo pueden ser «estados de hecho del ser» totalmente desvinculados de las acciones causantes de ellos, es decir, de sus nexos causales y psicológicos; objetos de imputación jurídica pueden ser únicamente *efectos* o *resultados* de acciones —o de otros eventos distintos— que, por definición, *no son acciones*, y nunca se pueden imputar las acciones causantes de esos resultados (227). Por esto, sujetos de la imputación —exclusivamente de *resultados*— no tienen por qué ser siempre ni necesariamente los mismos que los de las acciones causantes de los resultados que se imputan, sino que pueden ser otros sujetos distintos. Y si las *acciones* o, en su caso, las *omisiones* de quienes actúan en lugar de la persona jurídica no son ni pueden ser imputadas a esta, entonces que dichas acciones u omisiones no pueden ser vistas como propias de la persona jurídica ni siquiera *ficticiamente*, es tan obvio como que esta no puede realizar ni omitir por sí misma acciones reales (228) (229); y

---

(227) Véase KELSEN (1923: pp. 72 y 73): «la imputación es la conexión entre un estado de hecho del ser y un sujeto efectuada con base en la norma; es una conexión de elementos totalmente peculiar completamente diferente e independiente de la *causal* y de la *teleológica*; se la puede caracterizar como normativa porque resulta de la base de las normas» (p. 72), y precisamente esto demuestra que en la imputación, «entre el objeto y el sujeto de la norma existe la mayor distancia, porque ni siquiera tiene que existir entre ellos un nexo causal o teleológico» (p. 73); y RECASENS SICHES (2008: pp. 264 ss.): «la imputación jurídica, desde un punto de vista normativo inmanente, no se funda en la serie causal voluntaria o involuntaria, ni está necesariamente ligada a esta, pues puede coincidir o no coincidir; la imputación jurídica expresa simplemente el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto; la imputación jurídica parte de un hecho externo al sujeto (el objeto o hecho en cuestión), y lo vincula a un punto o centro ideal, al cual va a parar esa imputación» (pp. 265 s.); JAKOBS (2002: pp. 562 s.): a la persona jurídica sólo se le imputa «la consecuencia jurídica», como sucede en el caso del trabajo, en que lo único que se imputa al empresario es «la propiedad» (consecuencia jurídica) de la cosa elaborada por los trabajadores, y no las acciones de estos con que han elaborado la cosa.

(228) Pues como dice KELSEN (1995: p. 116): «referir un acto de un individuo a la comunidad como orden personificado, es *imputar* dicho acto a la comunidad misma», pero «ésta es, sin embargo, *otra* especie de imputación, *diferente* de aquélla a que nos referimos al tratar el problema de la *imputabilidad* como capacidad jurídica de cometer un *acto violatorio*»; por esto —KELSEN (1923: p. 709)— debería estar claro que «el acto del representante es únicamente *suyo*, y no del representado»; similar FERRARA (véase *supra* nota 108 *in fine*); y RECASENS SICHES (véase *supra* nota 211).

(229) Pero las falacias del *quaternio terminorum* aún las *reduplica* REBOLLO PUIG (1989: pp. 608 y 609), a cuya opinión se han adherido LOZANO CUTANDA (1992: p. 225); LA MISMA



(2010: p. 604); DE PALMA DEL TESO (1996: p. 193), con el incomprensible —por así decirlo— «juego de reversión múltiple de ficciones» que dice que contendría la disposición legal de actuar en lugar de otro (art. 15 bis CP 73 y 31 del actual CP 95). Según estos autores, quien realizaría la acción típica en estos casos no sería *realmente* el representante, sino única y exclusivamente la persona jurídica, y para poder hacerlo penalmente responsable, la disposición de actuar en lugar de otro le *imputaría* a él nada menos que la acción que él mismo ha realizado y que es *eo ipso* exclusivamente suya y además de un modo *inescindible* de su ser (véase solo KELSEN [1960: pp. 161 s.]: «la conducta no se puede escindir en ningún caso del ser humano que la ha realizado»); pero es que por si fuera poco haber despojado al representante de su propia acción para imputársela a la persona jurídica como propia de ella, ahora cuando aquella disposición le imputa al representante su propia acción, resulta que lo hace convertida en una acción *ajena* a él, y por esto la disposición daría lugar a una responsabilidad penal del representante por un hecho ajeno. No puedo ocuparme aquí en desarrollar una crítica detallada de este incomprensible enredo de falsas ficciones; pero no puedo omitir dejar constancia de que con un estudio superficial de la problemática de la figura dogmática de actuar en lugar de otro, se percibe de inmediato que si algo está claro tanto en la doctrina penal como en la del Derecho de contravenciones, hasta el punto de que no hay *ni una sola* voz discrepante, ello es que lo esencial del supuesto de hecho de actuar en lugar de otro es que el *representado no ha realizado en absoluto la acción típica*, lo que ya es de por sí absolutamente imposible cuando se trata de una persona jurídica, y que el único sujeto que la ha realizado ha sido el órgano o representante, y solo ocurre que no se le puede penar por faltarle única y exclusivamente la cualificación personal de la autoría; véase por todos, GRACIA MARTÍN (1985: pp. 69 ss.). Más allá de esto, las reglas de la imputación jurídica no solo excluyen toda imputación a la persona jurídica de las *acciones* y *omisiones* de sus órganos y representantes, y por esto *ninguna rama del Derecho* se las imputa, pues ello supondría una violación de las reglas estrictas de construcción de las *ficciones jurídicas*, que prohíben que estas sean contrarias a la *realidad* (véase GRACIA MARTÍN [2016: nota 176 de pp. 57 a p. 59] e *infra* nota 320), sino que la disposición de actuar en lugar de otro tampoco imputa ficticiamente al órgano o al representante la cualidad personal exigida por el tipo penal especial para ser autor del mismo, la cual concurre única y exclusivamente en la persona jurídica o física representadas, pues semejante imputación daría lugar a una ficción asimismo contraria a la realidad y, por tanto, prohibida: a un individuo que no es en absoluto, por ejemplo, productor, se lo estaría convirtiendo falsamente en un productor, y esto ya no sería una ficción jurídica, sino una «mentira»; sobre las ficciones como mentiras, cfr. *infra* notas 319 y 320; y sobre que la disposición de actuar en lugar de otro no le imputa al órgano ni al representante la cualidad de la autoría que le falta, véase GRACIA MARTÍN (1994: pp. 31 s.); y EL MISMO (1995: pp. 116 ss.). Puesto que organicidad y representación (legal o voluntaria) son lo mismo (cfr. a continuación en el texto), un entendimiento de la cláusula de actuar en lugar de otro como el de REBOLLO PUIG y quienes le siguen, llevaría a tener que afirmar algo tan contrario a la realidad como que en el supuesto, por ejemplo, de un delito de defraudación tributaria cometido por el representante legal de un recién nacido que es obligado tributario, la acción típica de defraudación tributaria la habría realizado el mismo lactante —¿tal vez desde su cuna o cuando se le está alimentando con el biberón?—, y luego le sería imputada al representante legal *como si* fuera suya. En la disposición de actuar en lugar de otro no hay ni una sola ficción, ni es ningún «artificio», ni un «invento penalista», como cree y afirma REBOLLO PUIG (2016a: p. 225 y nota 15); y EL MISMO (2017: p. 1.048 y nota 17); la disposición de actuar en lugar de otro no hace responsable al administrador o representante por nada más que por lo que él mismo, y nadie más que él mismo, ha realizado personalmente: la *acción típica* de un delito especial, y además no por lo que él no es en absoluto —por ejemplo *como si* fuera un productor que realmente no es—, sino exclusivamente por lo que realmente es, es decir, como «administrador o representante» de otro —por

esto es así más allá de que, como queda dicho, si violando reglas de la técnica de la imputación jurídica, se imputaran a la persona jurídica la acción u omisión de su órgano o representante, lo realmente imputado habría perdido toda substancia de una acción o de una omisión (230). Frente a quienes aún crean poder seguir afirmando que la acción del órgano imputada a la persona jurídica es la acción propia de esta, veamos una vez más lo que dice KELSEN: «la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca puede basarse en la culpa de éste*» (231), y «cuando se considera jurídicamente que ciertas acciones de una persona física valen como acciones no de esa persona sino de otra distinta de ella, aquí estamos ante un caso especial de *imputación*» (232), para la cual el acto de voluntad del órgano es «completamente irrelevante» (233).

**5.** La doctrina aquí criticada y rechazada opera en un vacío casi total de teoría jurídica en que brillan por su ausencia las reglas básicas de la técnica jurídica de la representación y del estatuto de los órganos de la persona jurídica, desconociendo las relaciones existentes entre aquellos y esta, que por supuesto el Derecho no ignora, sino que valora y regula específicamente (234).

a) Como explicó KELSEN, en el caso del Estado «a la comunidad jurídica se le atribuye solo aquella conducta a que se refiere el concepto de capacidad jurídica, en la cual *no está incluida la capacidad delictual*» (235), y

---

ejemplo de uno que sí es productor—, y el fundamento de ello no radica en nada más que en que lo injusto de su acción es materialmente *análogo* y, por lo tanto, *equivalente* al de la acción que hipotéticamente hubiera realizado el mismo sujeto cualificado en caso de haber podido actuar él mismo; véase GRACIA MARTÍN (1985: pp. 380 ss.); EL MISMO (1986a: pp. 218 ss. y 235 ss.); EL MISMO (1986b: pp. 26 ss., 36 ss. y 46 ss.); EL MISMO (1993: pp. 221 y 226 ss.); EL MISMO (1994: pp. 22 s. y 31 s.); EL MISMO (1995: pp. 99 s. y 116 ss.); EL MISMO (2010: pp. 96 ss. y 100 ss.); y EL MISMO (2017d: pp. 1.035 s. y 1.038 ss.); en igual sentido SCHÜNEMANN (2019: § 14 nm. 10); la disposición de actuar en lugar de otro —volviendo al revés la afirmación de REBOLLO PUIG— es una cuyo fin inmediato es colmar lagunas de punibilidad mediante una ampliación *legal* de la autoría de los delitos especiales a quienes actúan en lugar de un sujeto cualificado, pero sin imputarle absolutamente nada que no esté dado en su propio ser de un modo inescindible de él, y su fin último es evitar que, como hizo en el pasado la jurisprudencia, dichos tipos penales sean aplicados *por analogía in malam partem*, y nada más en absoluto. Para más detalles, remito al Capítulo VI de la 2ª edición del primer tomo de mi «Actuar en lugar de otro en Derecho penal. Teoría general», en prensa en Ed. IBdeF, Montevideo/Buenos Aires.

(230) Cfr. *supra* nota 27.

(231) Véase KELSEN (1995: p. 82); y EL MISMO [1960: pp. 325 ss. y 334 ss.).

(232) Véase KELSEN (1923: p. 183).

(233) Véase KELSEN (1923: p. 184).

(234) Cfr. lo que se expone a continuación, y lo que se dice *infra* en el apartado 3 de este epígrafe VI núm. 4. a) y b).

(235) Véase KELSEN (1960: p. 279) y para el caso de las corporaciones, pp. 327 ss.

cuando los órganos del Estado no realizan el *contenido* del deber del Estado, incumpliendo así *su propio deber personal impuesto a ellos, y a nadie más que a ellos, por el derecho disciplinario*, en tal caso dejan de representar al Estado, y sus actos antijurídicos *no son imputables al Estado* (236). Por otro lado, KELSEN criticó de un modo absolutamente demoledor, y tan acertado como brillante, a la teoría dominante en su tiempo, según la cual el representante legal de un incapaz no sería sujeto de las obligaciones que tienen que cumplirse con el patrimonio de éste, porque si esto fuera así —advierte—, entonces habría que reconocer la existencia de obligaciones sin sujeto, dado que, por un lado, el incapaz no podría ser sujeto de la obligación de conducta, porque solamente puede serlo un individuo capaz de cumplirla o incumplirla él mismo mediante una acción suya y, por otro, el representante tampoco sería sujeto de esa obligación (237). Por esto KELSEN afirma que el representante legal tiene una obligación *personal exclusivamente suya, distinta* de la del incapaz, consistente en realizar el *contenido material* de la obligación del incapaz en interés de este; de este modo, el incumplimiento por el representante de su propia obligación personal, puesto que su objeto es realizar el contenido material de la del incapaz, dará lugar a consecuencias que se harán recaer *prima facie*, por medio de una *imputación jurídica solo del estado objetivo de incumplimiento*, y no de la acción del representante legal, sobre el *patrimonio* del incapaz, porque solo este es el *punto final de la imputación jurídica*; por el contrario, la responsabilidad del representante

---

(236) Véase KELSEN (1923: pp. 535 s.); EL MISMO (1925: p. 264). Esta afirmación no entra en contradicción alguna con el régimen de responsabilidad *patrimonial* de la Administración pública, pues esta es una responsabilidad objetiva por el *daño*, que es lo único que se imputa a la Administración, y para nada las *acciones* de sus órganos y funcionarios; véase GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ (2017b: pp. 403 s.): «la responsabilidad de la Administración se formula, en efecto, en los artículos 121 LEF y 32 LSP como una responsabilidad directa, no como un sistema de cobertura de los daños causados por los *actos ilícitos de los funcionarios y agentes* de los entes públicos (...); la cláusula general *prescinde* inicialmente, como se habrá notado, *del elemento tradicional de la culpa* (...), pues esta se basa en el desplazamiento del «elemento básico de la *ilicitud del daño* desde la *conducta* del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio», es decir, que la responsabilidad patrimonial de la Administración se basa exclusivamente en el *daño* y no en «la *acción* del agente causal». Todavía más claro puede verse la total abstracción de la conducta del órgano o funcionario en los supuestos de imputación a la Administración de la nulidad de los actos administrativos producidos con desviación de poder. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ (2017a: pp. 513 ss.): “el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad, (...) lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y *no la moralidad del funcionario...*”, y por esto «la desviación de poder (...) se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, *abstracción hecha de la conducta del agente*, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían orientar la decisión administrativa» (p. 515).

(237) Véase KELSEN (1960: pp. 291 y 293 ss.)

por el incumplimiento de su propia obligación será *personal* (238), esto es, *penal* o *sancionatoria* (239).

b) Con respecto al Estado, hay que distinguir entre las normas (de valoración) que le imputan deberes objetivos impersonales, y las normas (de determinación) de conductas que imponen deberes *personales* (de acción) de realizar materialmente los *contenidos* de aquellos deberes, a los *individuos* que actúan como órganos de aquel, que no son otras que las del *Derecho disciplinario* (240). De este modo, «la norma disciplinaria es la que con su subjetivación significa el deber jurídico del órgano» (241), pues en relación con la norma que establece el deber (impersonal) del Estado, el órgano no tiene voluntad ni es persona, ya que en ella solo está presente la voluntad del Estado y solo este es contemplado como sujeto de la imputación, mientras que el órgano solo es persona en relación con la norma disciplinaria que le impone *directamente a él mismo* el deber de cumplir el *contenido material* del deber abstracto impersonal del Estado (242).

c) Por la misma e idéntica razón, en el caso de las personas jurídicas hay que distinguir las normas de valoración que les imputan deberes objetivos impersonales relativos a su giro o tráfico, de las normas de las conductas mediante las que deben realizarse sus contenidos materiales, que no son otras que las relativas a la organización y funcionamiento de la persona jurídica (243), y

---

(238) Desde luego la responsabilidad del representante podrá ser, además de personal, también patrimonial, pero en vía de repetición o regreso contra él si así lo disponen las correspondientes normas del ordenamiento jurídico.

(239) Véase KELSEN (1960: pp. 288 ss.).

(240) Véase KELSEN (1923: pp. 527 ss.). KELSEN no utilizó las expresiones «norma de valoración» y «norma de determinación (de conductas humanas)», pero sí otras análogas en contenido y significado, como las de «campo de vigencia material de la norma», referido al contenido material de la norma, equivalente a la norma de *valoración*, y «campo de vigencia personal de la norma», equivalente a la norma de *determinación de conductas*, pues con este concepto se refiere al *sujeto* del deber impuesto por la norma, que no es otro que el *individuo* determinado a quien esa norma de determinación obliga a realizar el contenido material de la norma de valoración; véase KELSEN (1979: pp. 118 ss.). Esta distinción es fundamental para comprender cómo en el caso de las personas jurídicas, el sujeto obligado *personalmente* al cumplimiento de las normas estatales (de *valoración*) que incumben a la persona jurídica no puede ser esta en ningún caso, sino única y exclusivamente el o los *individuos* facultados por los estatutos a actuar en lugar de ella; véase KELSEN (1960: pp. 323 s.); y EL MISMO (1995: pp. 117 s.); y para el caso de las obligaciones personales que impone el Derecho disciplinario mediante sus normas de determinación a las personas físicas en que encarnan los órganos del Estado (elemento personal de la norma), de cumplir ellos mediante su propia conducta el contenido de las normas (de valoración) que constituyen la voluntad de éste (elemento material), véase KELSEN (1923: pp. 527 ss.).

(241) Véase KELSEN (1923: p. 527).

(242) Véase KELSEN (1923: pp. 528 ss.).

(243) *Cfr. supra* la nota 240 y el texto al que corresponde.

de las cuales solo son destinatarios los individuos que encarnan sus órganos y actúan en tal condición en lugar de todos los que son parte de la organización (244). Como los órganos del Estado, los de una persona jurídica solo son personas en relación con las normas estatales que *indirectamente*, por medio de su conexión con el estatuto, les imponen a *ellos mismos* los deberes personales de cumplir el *contenido material* de los deberes abstractos impersonales de todos los individuos asociados, que son deberes *individuales* que tienen que cumplirse *colectivamente* por medio de los individuos determinados por el estatuto, y de los cuales la persona jurídica misma no es destinataria, sino meramente «portadora» (245).

d) Si las acciones de los órganos se abstraen y eliminan totalmente de la imputación, entonces es afirmar en falso que el Estado o la persona jurídica «quieren» a través de sus órganos (246). Cuando un órgano incumple el deber de *su cargo*, y no realiza el contenido del deber objetivo impersonal imputado al Estado o a la persona jurídica, ese hecho antijurídico propio del órgano solo le es imputable a él, y no al Estado ni a la persona jurídica, pues en tal caso —afirma KELSEN— el órgano ya no es punto de *transición* en el proceso de imputación al Estado o a la persona jurídica, sino punto *final* de la imputación a su misma *persona* (247). En el caso del Estado, «si el órgano infringe esta norma jurídica que estatuye *su deber propio del cargo*, así se efectúan las consecuencias jurídicas disciplinarias, y justo en ese momento *su conducta* ya *no puede ser imputada al Estado*, sino que tiene que ser imputada a él mismo, a la persona del órgano» (248). Y si «representación legal y organicidad son conceptos emparentados» (249), entonces, de un modo análogo, también en los supuestos de representación orgánica de una persona jurídica y de representación legal o voluntaria de una física o jurídica, hay que distinguir entre las obligaciones del representado, cuyo *contenido* tiene que cumplir el representante sin ser suyas, y las propias del representante, que le obligan

---

(244) *Cfr. supra* notas 231 a 233, y el texto al que corresponden.

(245) Pues como dice KELSEN (1960: p. 314): la persona física o jurídica «es un complejo de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa de un modo figurado en el concepto de persona» porque esta «no es más que la personificación de esa unidad», y solo se puede decir que «tiene» obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, en el sentido de que es meramente «portadora» de los mismos, porque en realidad ella misma «es esas obligaciones y derechos subjetivos»; véase además KELSEN (1995: p. 112).

(246) Véase KELSEN (1923: p. 529).

(247) Véase KELSEN (1923: pp. 529 s.).

(248) Véase KELSEN (1923: p. 529).

(249) Véase KELSEN (1960: pp. 295 s. y 320 ss.), y EL MISMO (1923: pp. 707 ss.); LACRUZ BERDEJO/DELGADO ECHEVERRÍA (2010: p. 281): pues «es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*».

a él a realizar personalmente el contenido material de las del representado; a este se le imputará únicamente el mero *estado objetivo* de cumplimiento o incumplimiento del contenido material de sus obligaciones por el representante, y nunca las *acciones* y *omisiones* de este (250). Debería estar totalmente claro que «el acto del representante es únicamente *suyo*, y no del representado», porque entre el órgano y el organismo no media ninguna conexión física ni psíquica, y si desde el punto de vista físico y psíquico el acto del órgano es exclusivamente *suyo*, en su contemplación jurídica se considera que dicho acto —siendo precisos: el *resultado* del mismo— es solo y nada más que *imputado* al organismo, sin que pueda decirse que el *acto* sea propio de este ni siquiera ficticiamente (251).

**6.** Tras lo explicado, pues, se tiene que dar toda la razón a REBOLLO PUIG en que para resolver el problema de la responsabilidad de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo, y por supuesto también en el penal, bastará con «aplicar la teoría general de la persona jurídica y, por ende, del órgano, y de la imputación orgánica» (252). Precisamente esto es lo que acabo de hacer aquí de nuevo, como lo vengo haciendo desde hace tiempo. Mas si se aplican correctamente las reglas de dichas teorías, las conclusiones a las que se llega por fuerza son absolutamente contrarias a las que deriva REBOLLO PUIG de unas teorías de la persona jurídica, del órgano y de la imputación jurídica que, como ya he hecho ver en otros lugares con respecto a las mismas que parecen aplicar los penalistas punitivistas de la persona jurídica, para la Ciencia jurídica son irreconocibles, pues no son ni se parecen en nada a las que logró construir la Teoría general del Derecho y del Estado tras grandes y encendidos debates históricos, y cuyos conceptos y enunciados esenciales tienen que tenerse hoy como unos de validez permanente en la Ciencia jurídica y, por esto, indisponibles, es decir, no susceptibles de modificaciones substanciales, salvo que se logre demostrar su invalidez, naturalmente con argumentos sólidos, serios y convincentes, y no con simples afirmaciones no fundamentadas en absoluto (253). En todo caso, frente a la postura de REBOLLO PUIG, convendría tener en cuenta: 1) que la misma no es nada distinto a lo que R. SCHMITT denominó como una repetición monótona de los viejos argumentos

---

(250) Véase KELSEN (1923: pp. 707 s.)

(251) Véase KELSEN (1923: p. 709).

(252) *Cfr. supra* nota 170.

(253) Tiene, pues, toda la razón A. NIETO GARCÍA (2012: p. 414), cuando a todos los intentos de fundamentar una responsabilidad auténticamente sancionadora de la persona jurídica, los tacha de «soluciones más imaginativas que fundamentadas» (p. 414), lo cual no puede ni debe extrañar, porque por definición, ningún intento de alcanzar lo que *a priori* ya se muestra como imposible e inconcebible de lograr, podrá nunca producir algo con fundamento.

esgrimidos ya por los juristas medievales (254), que tras su derrota total por los contrarios hoy han sido desenterrados y puestos de nuevo en circulación como un zombi para volver a utilizarlos de un modo recalentado (255), lo cual, sin embargo, no modifica en nada el hecho de que sean tan insostenibles ahora como en el pasado, y sin que sea preciso esgrimir contra ellos nada que no se haya dicho ya antes (256); 2) que las ficciones jurídicas de la representación e imputación (257), son tan absolutamente extrañas a todo Derecho sancionador de cualquier especie (258), que operar con ellas en estos sectores no puede conducir a nada más que a hacer saltar en pedazos la estructura de dichas ficciones jurídicas, y por añadidura, a la total demolición de los sistemas jurídicos categoriales de todas las ramas jurídicas sancionadoras; y 3) que la invalidez de tales argumentos es hasta tal punto evidente, que hoy son radicalmente rechazados por su palmaria contrariedad al principio de culpabilidad incluso por los más conspicuos defensores de la responsabilidad penal de la persona jurídica (259), que, al menos, se esfuerzan en intentar fundamentar dicha responsabilidad en circunstancias que ellos suponen concurrentes en el ser mismo de la organización que constituye el sustrato real de la persona jurídica (260),

---

(254) Cfr. *supra* nota 16 *in fine*.

(255) Cfr. *supra* nota 16.

(256) Cfr. la cita de MOLINA FERNÁNDEZ hecha *supra* en nota 16.

(257) Sobre el carácter de ficción jurídica que tiene la imputación jurídica, véase KELSEN (1960: pp. 275 s. y 522 ss.).

(258) Es cierto que BRUNS (1931: p. 9) afirmó en un principio que la representación también debía ser operativa en Derecho penal, pero tal afirmación la hizo a partir de una equivocada interpretación del aforismo medieval *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*, que BINDING (1913: p. 150) había invocado nada más que para explicar la autoría mediata; y BRUNS (1958: p. 463) acabó contradiciéndose, al afirmar después —y ahora con razón— que lo relevante para el tipo penal no es el destino de los efectos jurídico-civiles de un acto, sino *quién* ha actuado y *qué* es lo que ha realizado; una observación que ya había sido puesta de manifiesto tempranamente por FRANK (1917: p. 31) para negar que la representación tenga cabida en el Derecho penal; como ya lo había hecho antes NAGLER (1903: p. 55); sobre la total inoperancia de la representación en el Derecho penal, véase RODRÍGUEZ MOURULLO (1977: p. 228); GRACIA MARTÍN (1985: pp. 183 ss.); y en la doctrina más reciente, véase, por ejemplo, BÖSE (2017: § 14 nm. 3).

(259) Véase por ejemplo GÓMEZ-JARA (2016: pp. 135 ss., nota 24 de p. 135, y p. 137) donde advierte críticamente sobre la imposible «armonización» de la tesis de la imputación de las acciones del órgano a la persona jurídica «con la declarada autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la homóloga de la persona física» (p. 137).

(260) Véase GÓMEZ-JARA (2005: pp. 228 ss., 270 ss., 278 ss. y 286 ss.), quien pretende hacer pasar como capacidad de acción de la persona jurídica a una supuesta «capacidad de organización» que tendría y ejercería ella misma (pp. 228 ss.), y como capacidad de culpabilidad propia, a una supuesta «libertad de organización» que también tendría y ejercería ella misma (pp. 278 ss.), la cual se actualizaría como culpabilidad mediante un ejercicio de la misma por la propia persona jurídica de modo contrario al Derecho, generando así una «cultura empresarial de infidelidad al Derecho» (pp. 270 ss. y 286 ss.); GONZÁLEZ SIERRA

si bien fracasan estrepitosamente ante la absoluta imposibilidad, ya dada *a priori*, de poder alcanzar semejante empeño (261).

## 2. Sobre los usos indebidos del término «sanción» y precisión de su concepto estricto

1. Todo ordenamiento jurídico dispone de un arsenal de «consecuencias jurídicas» cuyos fundamentos y fines son muy diversos. La Ciencia jurídica las diferencia entre sí, y de modo semejante a como hacen otras Ciencias con sus materias específicas, las clasifica en grupos según clases, géneros, especies y otras subdivisiones subalternas, y finalmente las ordena en el sistema jurídico asignando cada una a la rama del Derecho en que tiene que cumplir su función. Estas operaciones taxonómicas se llevan a cabo, desde un punto de vista *material*, en función sobre todo de los *fundamentos* de cada una, es decir, del supuesto de hecho al que se asocian, y de los fines *específicos* que tiene que cumplir cada una en relación con el supuesto de hecho específico al que se aplica, pues entre consecuencia jurídica y supuesto de hecho tiene que darse necesariamente una congruencia material o axiológica (262); una vez hecha la clasificación se asignan *formalmente* a cada clase y especie los nombres

---

(2014: pp. 335 y 338 ss.), pretende hacer pasar como acción e injusto penal propios de la persona jurídica al defecto de organización de la misma, pero entendido, según él, de un modo diferente al de la doctrina mayoritaria, porque esta —según este autor, y en esto desde luego tiene razón— refiere aquel al resultado de acciones y omisiones de los *individuos* que actúan como órganos y representantes de la persona jurídica, y entendido así no puede verse como la acción y lo injusto penal realmente «propios» de la persona jurídica (p. 337), de modo que para salvar «este es el peligro» (p. 335), hay que entender al defecto de organización como «creación de una actitud criminal de grupo o la omisión de medidas de cuidado para evitar, en la medida de lo posible, que las personas físicas que trabajan para la persona jurídica, cometan delitos en nombre, por cuenta y en provecho de ellas» (p. 345); en sentido similar, MAZA MARTÍN (2018: pp. 229 ss., 271 ss.). Y en la doctrina alemana del Derecho de contravenciones, véase ROGALL (2018: § 30 nm. 8); y SCHMITT-LEONARDY (2016: § 30 nm. 13); y en relación con el Derecho penal, LA MISMA (2013: pp. 471 ss.).

(261) Véase GRACIA MARTÍN (2016a: pp. 23 ss.); y también SCHÜNEMANN (2014a: pp. 4 s.).

(262) Como explica ENGISCH (2010: pp. 52, 69 f., 79 s.), las proposiciones jurídicas son proposiciones hipotéticas de deber ser, y por esto el supuesto de hecho de la proposición tiene que comprender *todas* —pero *solo*— las circunstancias que determinan la aplicación de su consecuencia jurídica, y esta tiene que incluir todo aquello que determina el «contenido» del deber ser, de tal modo que su aplicación suponga siempre una actualización del deber ser; véase también, HENKEL (1968: pp. 115 ss.), quien considera que el deber ser de la consecuencia jurídica se actualiza ya como vigente con la realización del supuesto de hecho, aunque luego aquella no pueda ser realizada en concreto (p. 116); LARENZ (1979: pp. 234 s.); ESCUCHURI AISA (2004: pp. 6 ss.); GRACIA MARTÍN (2016b: pp. 39 s.); EL MISMO (2016c: pp. 31 ss. y n. 97); EL MISMO (2016d: pp. 169 s.); y EL MISMO (2016e: n. 152 de pp. 53 s. y pp. 109 ss. con n. 352).



propios de que provee el código de nomenclatura jurídica para identificar a cada una y distinguirla de las demás (263). Sin embargo, existe una tendencia a llamar «sanción» a toda y cualquier consecuencia jurídica (264), que si bien en algunos contextos es inocua, en otros, como precisamente en el de la cuestión sobre la que trata esta investigación, es muy perjudicial. La mencionada tendencia, tal vez se deba, entre otras razones, al lastre de la equivocidad del término sanción en KELSEN, quien a menudo llama así a *todo y cualquier* acto coactivo que se imputa a un ilícito (265), con lo cual parece identificar *pars pro toto* la especie sanción con el género consecuencia jurídica (266). Pero las imprecisiones terminológicas que se hallan en KELSEN, en modo alguno podrían justificar ni justifican la falta de rigor terminológico y la arbitrariedad en el uso de la nomenclatura jurídica que practican las doctrinas favorables a hacer de la persona jurídica un sujeto sancionable.

**2.** En su rigurosa y modélica investigación, HUERGO LORA ha formulado un concepto *categorial* de sanción administrativa substancialmente coincidente con el de pena, y dadas su precisión y la certeza de su contenido, en mi opinión ha fijado un punto de no retorno para el conocimiento jurídico. Según HUERGO, solo son *sanciones* aquellas consecuencias jurídicas que se traducen en una intervención coactiva desfavorable —aflictiva y perjudicial— exclusi-

---

(263) Véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 14 ss., 17 ss.); EL MISMO (2016b: pp. 35 s. y 37 ss.); EL MISMO (2016d: pp. 163 s. y 165 ss.); y EL MISMO (2016e: pp. 6 ss.).

(264) Véanse I. PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 47, 60, 62 s., 69 y 76); GRACIA MARTÍN (2001: pp. 44 ss., 53 s.); EL MISMO (2016e: pp. 85 ss.); y HUERGO LORA (2007: pp. 220 ss.), quien observa que en sentido amplio el concepto de sanción «incluye todas las medidas previstas por el Ordenamiento jurídico para dotar de efectividad a sus normas» (p. 220).

(265) Véase KELSEN (1960: pp. 208 ss.): «la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como ‘acto ilícito’ o ‘delito’, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción» (p. 212); y EL MISMO (1995: pp. 61 ss.).

(266) Sobre la desmesurada amplitud del término sanción en KELSEN, véase CANO CAMPOS (2011a: pp. 100 ss.); CIGÜELA (2015: p. 359); como advierte DIEZ-PICAZO (1999: p. 57), si se llama sanción a toda consecuencia del incumplimiento del deber ser, así «estamos en verdad diciendo muy poco». No obstante, en algún momento KELSEN afina y distingue entre consecuencias que serían sanciones y otras que no lo serían; véase KELSEN (1960: pp. 87 ss.) donde distingue tres extensiones: a) en sentido *estricto* como acto coactivo condicionado por una conducta humana ilícita; b) en sentido *amplio* como acto coactivo condicionado por otros hechos, como la detención preventiva; y c) en sentido que él denomina *amplísimo*, como «todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico si con ello no quiere expresarse más sino que el orden jurídico reacciona con tal acto contra una situación social indeseada, expresando mediante esta reacción la indeseabilidad de la situación», añadiendo que «si se adopta este concepto *amplísimo* de sanción», entonces «por sanción no ha de entenderse solo la reacción frente a un delito, es decir, frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción frente a otras circunstancias objetivas socialmente indeseadas» (pp. 90 s.).

vamente sobre el individuo que ha realizado de modo *culpable* la *conducta* —acción u omisión— constitutiva de una *infracción*, y *porque* la ha cometido él mismo *personalmente* (267). En sentido estricto, solo es sanción, y solo puede ser llamada así propiamente, aquella consecuencia jurídica cuyo fundamento sea una *infracción* (y, además, por supuesto la culpabilidad de su autor) (268). Ahora bien, no se puede ni debe ignorar que solo puede entenderse por infracción, y llamar así con ese nombre, a un supuesto de hecho constituido por la realización *personal* de una *conducta* contraria a una norma de *determinación* (prohibición o mandato de *acción*) por un individuo determinado, lo cual supone necesariamente un obrar *doloso* o *imprudente* del sujeto de la *acción*, y que el dolo y la imprudencia sean elementos constitutivos de la *infracción*, y no de la culpabilidad, pues la causalidad sola por sí misma, esto es, desligada de toda voluntad de un individuo humano, *no infringe* ni podría infringir ninguna ley, sino que, al contrario, más bien cumple y realiza absolutamente todas las *leyes que la determinan necesariamente* (269). Y tampoco se puede ni se debe ignorar que el dolo y la imprudencia, al ser elementos personalísimos y, por lo tanto, *inescindibles* del ser existencial del autor de la infracción, no pueden ser en modo alguno transferidos ni imputados a nada ni a nadie, ni siquiera al mismo autor, porque por definición ya son suyos, y sería totalmente superfluo, e incluso absurdo, imputar a un sujeto lo que ya se encuentra en su mismo ser y es *inescindible* de este (270). Una imputación semejante se basaría en una hipóstasis, es decir, en una disociación de la substancia y las cualidades del sujeto, y esto, que es típico del pensamiento animista del hombre primitivo (271), en el mundo del Derecho en general,

---

(267) Véase HUERGO LORA (2007: pp. 220-247 y el capítulo IV, pp. 249-358). Coincidiendo substancialmente con HUERGO, véase el concepto de sanción que he formulado en GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 85 ss.). Sobre la necesaria «trinidad» entre sujeto, hecho y culpabilidad propios, y pena, véase con claridad y precisión totales, CUERDA RIEZU (2009: p. 187).

(268) Véase en este sentido, también SUAY RINCÓN (2010: p. 174).

(269) Véase KANT (1956: pp. 524 ss.): «la validez del principio que afirma la completa interdependencia de todos los eventos del mundo sensible conforme a leyes naturales inmutables quedó ya establecida como un principio de la analítica trascendental, y *no permite infracción alguna*» (p. 525). Sobre el concepto de infracción, véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 26 ss., 35 ss. y especialmente pp. 41 ss.).

(270) *Cfr.* nota 126, y el texto a que corresponde.

(271) Como aclaró KEISEN (1995: p. 127), «la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un ‘alma’ a los objetos de la naturaleza»; al igual que en el animismo, «esta teoría jurídica implica una duplicación de su objeto» consistente en que «el orden regulador de la conducta de los individuos es personificado, y la personificación es concebida como una nueva entidad, distinta de los individuos, pero a pesar de ello ‘formada’ de alguna manera misteriosa por estos», y de este modo completamente erróneo «los deberes y derechos de los individuos señalados por el orden son entonces atribuidos al ser sobrehumano, al superhombre formado por hombres», de manera que así «se hace la hipóstasis del propio

pero sobre todo en los sectores sancionadores, es políticamente muy peligroso, pues al separar de una substancia sus cualidades y configurar a estas como *entes en sí*, ya no habrá obstáculo alguno para imputárselas arbitrariamente a otro ser totalmente distinto que carece de ellas absolutamente. Desafortunadamente el pensamiento hipostático animista del hombre primitivo aún no se ha superado hoy día: un claro exponente de tal modo de pensar es el que imputa a la persona jurídica unas cualidades ficticias pretendidamente semejantes a las humanas (capacidades de acción, de culpabilidad y de sanción) que no tiene en absoluto, porque en su ser y modo de funcionar en la realidad no hay absolutamente nada que se parezca a ellas ni siquiera en una partícula microscópica.

**3.** No es ni puede llamarse sanción a ninguna consecuencia jurídica cuyo supuesto de hecho no sea una *infracción* cometida por el mismo sujeto a quien se aplica. Un mero incumplimiento o estado objetivo de contrariedad a una norma (de *valoración*), no es *infracción*, sino nada más que un hecho objetivo susceptible de una *imputación objetiva* a cualquier persona que determine la norma, que *podrá ser, pero no necesariamente tendrá que ser* la del mismo sujeto causante del estado de hecho objetivamente imputable, pues sujeto de la imputación puede ser siempre otra persona distinta a la del causante (272). Lo que suele llamarse infracción —un mero estado objetivo contrario a la legalidad— no es, pues, tal, pues una infracción se constituye solo con la *síntesis indisoluble* del hecho objetivo y el dolo o imprudencia del causante (273). Lo que se dice erróneamente que es una infracción propia de la persona jurídica, no es infracción, ni de ella, ni de nadie, pues lo único que se le puede imputar y se le imputa es el hecho objetivo (el mero resultado) y una responsabilidad *objetiva* que resulta de tal imputación (274); pero nada de esto es una infracción *ni siquiera ficticiamente*, pues en el plano de la imputación, como ya hemos visto, los elementos esenciales de toda infracción (acción, dolo e imprudencia) quedan totalmente abstraídos y fuera de toda consideración. Sin embargo, esto es desconocido en general por las doctrinas que, ubicando al dolo y la imprudencia en la culpabilidad, contaminan así a esta con elementos esenciales de la *infracción*, se ven forzadas a tratar la cuestión del sujeto de la infracción en la culpabilidad, y tienen que afirmar erróneamente que una *infracción* la comete solo quien ha causado *culpablemente*

---

orden, es decir, el orden se convierte en una substancia y esta es vista como algo separado, como un ser distinto del hombre y de los individuos cuya conducta es regulada por el propio orden»; véase igualmente RECASENS SICHES (2008: p. 276).

(272) Véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 30 ss.); y EL MISMO (2016d: pp. 186 ss.).

(273) Véase GRACIA MARTÍN (2016c: pp. 77 ss. y especialmente 79 ss.).

(274) Véase GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 31 ss.).

(dolosa o imprudentemente) el hecho objetivo ilícito (275). Por esto, para estas erróneas doctrinas ancladas en el caduco sistema causal del delito (276), la cuestión de si la persona jurídica —como la física— puede cometer infracciones administrativas, depende de si puede actuar *culpablemente*, lo que equivale a actuar dolosa o imprudentemente (277) (278).

### 3. La liquidación del concepto de culpabilidad con su pretendida modulación para la persona jurídica

1. Según la doctrina moduladora («flexibilizadora») de principios y conceptos, en el Derecho sancionador administrativo no se puede prescindir de la culpabilidad como presupuesto de la sanción, pero «ello no quiere decir» —afirma CANO CAMPOS— «que su concreta configuración haya de ser idéntica a la del Derecho penal», pues «dada la menor gravedad que, con carácter general, tienen (o deberían tener) las sanciones administrativas, los requisitos de la culpabilidad y las propias reglas de imputación del Derecho administrativo

---

(275) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 426), quien, como KELSEN (1995: pp. 107 s.), afirma que un demente o un menor «son incapaces de infringir»; sobre que esto no es así, *cfr. supra* nota 148 y el texto a que corresponde.

(276) Algunos administrativistas operan con la moderna sistemática del concepto del delito; así por ejemplo DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 146 ss.), entiende que el dolo es un elemento del *tipo de la infracción*, pero entonces no es posible sostener al mismo tiempo —como sostiene la autora— un concepto de dolo comprensivo de la conciencia de la antijuridicidad, pues ese es precisamente el propio del sistema causal que lo trataba como forma de la culpabilidad; véase CEREZO MIR (2001: p. 121). También CANO CAMPOS (2009: pp. 104 s. y 112); EL MISMO (2011b: pp. 204 ss. y 246 ss.); EL MISMO (2014: pp. 181 ss. y 216 ss.); ubica al dolo y la culpa en el tipo de la infracción, y separa correctamente del dolo a la conciencia de la antijuridicidad: «el error de prohibición» —dice—, «sea vencible o invencible, no afecta al dolo del sujeto» (p. 112); y EL MISMO (2018: pp. 81 s.).

(277) Sobre el viejo y desde hace tiempo caduco modelo causal, configurado inicialmente a fines del siglo XIX por el llamado positivismo naturalista de von LISZT y BELING, que posteriormente evoluciona con los neokantianos a un sistema causal valorativo, véanse CEREZO MIR (1998: pp. 29 s., 60, 81 s. y 120); ROXIN (2006: pp. 201 s.); extensamente SCHÜNEMANN (1984: pp. 19 ss. y 24 ss.). En Alemania, el último Manual en que se adscribió el dolo a la culpabilidad fue el de BAUMANN/WEBER/IMITSCH (2003: pp. 195, 437 y 469 ss.); y en España, el de COBO/VIVES (1999: pp. 615 ss.).

(278) Véase, por ejemplo, DE PALMA DEL TESO (2010: p. 706): «en el Derecho administrativo sancionador la culpabilidad se concreta en la exigencia del elemento subjetivo de la culpa o el dolo». Por supuesto, en la doctrina administrativa no se ignora que a la culpabilidad —entendida como reprochabilidad— pertenecen otras circunstancias individuales del autor distintas al dolo y la culpa, como la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad, etc.; sobre ello, véase CANO CAMPOS (2009: pp. 103 ss.); EL MISMO (2011b: pp. 236 ss.); EL MISMO (2014: pp. 208 ss., 214 ss.); EL MISMO (2018: pp. 94 ss., y 96 ss.); véase también GALLARDO CASTILLO (2008: pp. 168 ss. y 172 ss.); e IZQUIERDO CARRASCO (2010: pp. 316 ss.).

sancionador pueden ser menos rigurosas» (279). Ahora bien, puesto que, al parecer, esta modulación del concepto de culpabilidad se tiene que llevar a cabo, en principio, con carácter y alcance generales, es decir, respecto a *todo* sujeto responsable (280), y una supuesta culpabilidad de la persona jurídica, no podría ser igual a la del individuo, entonces el concepto ya modulado de culpabilidad, tendrá que experimentar una nueva modulación para adaptarlo a las personas jurídicas (281). Así pues, la avidez moduladora lleva a que no solo se pueda hacer saltar en pedazos a los principios y conceptos por medio de una primera modulación, sino que cuando el asunto a tratar no pueda resolverse tampoco con el concepto modulado, el poder sancionatorio administrativo no debe encontrar obstáculo alguno para modular de nuevo a conveniencia lo ya modulado (282), y así sucesivamente en una pendiente resbaladiza en que se

---

(279) Véase CANO CAMPOS (2018: p. 67); sobre la postura general de CANO *cf. supra* nota 159. En general, admite también una cierta flexibilización de las garantías respecto a las sanciones administrativas menos graves, GARCÍA AMADO (2008: pp. 40 s.).

(280) Véase la inadmisibile tesis formulada por la STS de 5 de febrero de 1999 (RJ 1824), citada *supra* en nota 45.

(281) Véase, REBOLLO PUIG (1989: pp. 609 ss. y 766 ss.); DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 193, 197 ss. y 201 ss.); LA MISMA (2010a: p. 692); CARRETERO PÉREZ/A. CARRETERO SÁNCHEZ (1995: pp. 149 ss.); LOZANO CUTANDA (1992: pp. 223 ss., y pp. 227 ss.); LA MISMA (2010: pp. 602 s.); I. PEMÁN GAVÍN (2000: pp. 347 ss.); MELÉNDEZ MORILLO VELARDE (2008: p. 96); RECODER VALLINA (2008: p. 154); CUETO PÉREZ (2008: pp. 108 ss.); CERVILLA GARZÓN/ JOVER RAMÍREZ (2017: p. 26); GÓMEZ TOMILLO/SANZ RUBIALES (2017: pp. 432 y 437).

(282) Y así, solo para dejar aquí constancia de ello: dado que a las *entidades sin personalidad jurídica*, por definición, en principio no se les pueden imputar las acciones de sus gestores y administradores —véase LACRUZ/DELGADO (2010: pp. 305 s.)—, y sin embargo el art. 28.1 LRJSP las hace también sujetos responsables de las infracciones, la culpabilidad ya modulada para la persona jurídica, consistente como vamos a ver precisamente en la *imputación* a ella del dolo o la culpa de sus órganos, no podrá ser atribuida a tales entidades; mas como no debe poder aplicarse ninguna sanción sin culpabilidad del sancionado, entonces habrá que buscar como sea alguna capacidad de culpabilidad en aquellas entidades distinta a la de las personas jurídicas; de este problema se percatan LÓPEZ LÓPEZ (2009: pp. 118 ss.); REBOLLO PUIG (2016a: pp. 234 s.); EL MISMO (2016b: p. 420); EL MISMO (2017: pp. 1.063 s.); y CANO CAMPOS (2018: pp. 109 s.), quienes reconocen expresamente que «no es fácil explicar cómo se atribuye capacidad de acción y de culpabilidad a quienes carecen de personalidad» (así REBOLLO), pero no se resignan a buscar una culpabilidad para ellos, y dicen encontrarla en la atribución de personalidad jurídica a los entes que no la tienen «casi como si la hubiera» (REBOLLO), o reconociendo «que realmente la tienen» (CANO), para así salvar «el escollo de su capacidad de acción y de culpabilidad» (CANO) y para poder «decir de la acción y de la culpabilidad de estos entes lo mismo que hemos dicho de las personas jurídicas» (REBOLLO). Pero con esta equiparación no solo se quebranta la lógica de las modulaciones, sino que si la falsa culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta, como postula REBOLLO (*cf. nota siguiente*), en la aceptación en el Derecho sancionador administrativo de las ficciones de la persona jurídica y de la imputación jurídica que proporciona el Derecho civil, y si este niega personalidad jurídica a tales entidades, entonces está claro que la nueva ficción de que un ente sin personalidad jurídica debe ser tratado *como si* la tuviera, ya no puede tomarse del

podrán ir encadenando sin fin modulaciones de modulaciones previas, y eso sí, sobre todo manteniendo el nombre del concepto prístino —culpabilidad— a cualquier precio, como si el código de nomenclatura jurídica no ofreciera nombres precisos para llamar a lo que resulta de las modulaciones como lo que realmente es y ya se encuentra precisamente clasificado en el sistema jurídico, a saber: *imputación y responsabilidad objetiva por hecho ajeno*.

**2.** Como era de prever, porque no puede ni podría ser de otro modo, la modulación de la culpabilidad para la persona jurídica no consiste en nada más que en la *imputación* a ella del dolo o la imprudencia del autor del hecho (283). Como ya se dijo, tras una larga evolución en que tuvieron lugar encendidos y apasionados debates, hoy en la Ciencia penal reina unanimidad en que dolo e imprudencia no son formas o especies de la culpabilidad, sino elementos de la *acción* típica. Por esta razón, aquí debería terminar todo, porque si dolo e imprudencia son elementos de la *acción* típica, entonces contra la pretensión de *imputar* a la persona jurídica el dolo o la imprudencia exclusivamente concurrentes en la persona física que actuó u omitió, como *culpabilidad* propia de ella, tendrían que repetirse los mismos argumentos que contra la tesis de la acción propia de la persona jurídica. Sin embargo, como estos se referían a la imputación de la parte *objetiva* —externa— de la acción, y ahora se trata de la imputación de la parte *subjetiva*, por esto no podemos detener aún ni terminar aquí el desarrollo de la crítica conducente al rechazo radical de que la persona jurídica pueda ser sujeto de la infracción y sanción administrativas.

a) La pretensión de hacer pasar como culpabilidad *propia* de la persona jurídica a la *imputación* a ella del dolo o la culpa del autor material de la acción, es indigerible para un pensamiento jurídico guiado por la lógica *mate-*

---

Derecho civil, porque en este no existe, y así en el Derecho sancionador administrativo se incurrirá en analogía *in malam partem*. Por otro lado, apelar a la exigencia ex art. 28.1 LRJSP, de que la entidad sin personalidad jurídica tenga reconocida capacidad de obrar por una ley para fundamentar la equiparación, como parece insinuar REBOLLO PUIG (2006a: p. 234); EL MISMO (2016b: p. 420); y EL MISMO (2017: pp. 1.062 s.), es insostenible, pues tal argumento pasa por alto que el Derecho reconoce capacidad de obrar precisamente a sujetos y entes que carecen de capacidad de acción y, por lo tanto, también de culpabilidad; *cfr.* las citas de LACRUZ/DELGADO hechas *supra* en nota 225.

(283) Así, véase, entre otros, REBOLLO PUIG (1989: pp. 610 s.); EL MISMO (2016a: pp. 226 s.); y EL MISMO (2017: pp. 1.050 ss.); LOZANO CUTANDA (1992: p. 227); LA MISMA (2010: p. 604); DE PALMA DEL TESO (1996: pp. 198 y 201 ss.); CALVO CHARRO (1999: p. 131); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2017: p. 83). Es lo mismo que hace la doctrina penal para intentar fundamentar un inconcebible injusto penal propio de la persona jurídica; véase ZUGALDÍA ESPINAR (1993: pp. 73 ss., y 75 ss.): se trata de «valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de la persona jurídica, como *propio* de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno *por una persona física*» (p. 74).

*rial* (284). Como en el caso de la acción (de su parte objetiva externa), de nuevo se incurre aquí en la falacia del *quaternio terminorum*: la imputación jurídica no tiene ni el mínimo parecido con una acción y una culpabilidad (285), y ningún juego artero de ilusionismo conceptual como el de las «modulaciones» puede ni podría nunca hacer aparecer una acción y una culpabilidad allí donde lo único que hay es una pura imputación (286). Con la mera afirmación de que

---

(284) La afirmación de REBOLLO PUIG (2016a: p. 227) y EL MISMO (2017: p. 1.051), de que la persona jurídica no solo «tiene capacidad de acción y de culpa», sino también «tantos otros atributos de las personas físicas», y como estas «no son nada más que los titulares de órganos de la persona jurídica», por esto, «en consecuencia, la voluntad y la culpa de esta es irremisiblemente la de aquellas», es insostenible. Si como ya se explicó, ni siquiera la persona física tiene ni un solo atributo humano, ¿cómo va a tener alguno un ente que solo tiene existencia en la esfera del pensamiento? ¿y cómo se puede compatibilizar que lo *propio* de un ente sea al mismo tiempo *propio* de otro completamente diferente a él? A este interrogante no se podría responder que el atributo sea *realmente* propio del ser humano, y solo *ficticiamente* propio de la persona jurídica, pues quien conozca y haga un uso correcto de la técnica de la ficción jurídica, se abstendrá de dar semejante falsa respuesta; sobre la ficción jurídica, *cf.* a continuación en el texto e *infra* la extensa nota 320. Según FERRARA (2006: p. 238, 239, 249 y 256), «debemos desterrar la idea de que la personalidad vaya aneja al organismo corporal y psíquico del hombre» (p. 249), porque esto es confundir «persona con individuo humano» (p. 238); la persona es «una categoría jurídica, que por sí no implica ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en el investido» (p. 239); «la personalidad es una *forma jurídica*, no un *ente en sí*» (p. 256); según KELSEN (1923: pp. 83 y 145 s.), «la unidad orgánica-teleológica hombre no coincide con el concepto de persona», porque el hombre «es solo persona en cuanto sujeto de la imputación» (p. 83), y «el punto final de la imputación no tiene por qué localizarse necesariamente en el interior del hombre, porque no es necesario que coincidan la unidad zoológica-psicológica hombre y la unidad ético-jurídica persona», y por esto «la norma puede a su arbitrio otorgar la cualidad de la voluntad o de persona a algo distinto a un hombre individual o, por el contrario, no atribuírselas a un hombre individual» (pp. 145 s.); y según RECASENS SICHES (2008: pp. 268 ss. y 272), «en el caso de la persona individual» es cierto que esta «coincide con la unidad real y viviente del hombre, que es su substrato o soporte», pero en el Derecho «lo que funciona como persona jurídica individual no es esa realidad viviente y plenaria del individuo» (p. 272).

(285) *Cfr.* de nuevo *supra* en este mismo epígrafe VI.1.3.

(286) Véase, por todos, SCHÜNEMANN (2014a: p. 4), quien advierte que «la imputación de una culpabilidad ajena no puede crear un presupuesto de la culpabilidad que está ausente, de modo que así ni se responde a la pregunta por la legitimación, ni se respetan las premisas racionales de los fines y los valores del Derecho penal, y en esto no hay nada más que un círculo vicioso tanto ontológica como axiológicamente»; EL MISMO (1994: p. 284): «si se entiende como reproche jurídico tan solo la imputación jurídica sin mención de los fundamentos de legitimación, entonces el concepto de culpabilidad se ha convertido abiertamente en circular, porque se habla de culpabilidad cuando se imputa culpabilidad», y si se prescinde de la «capacidad fáctica del autor», así la atribución de culpabilidad «degenera en una mera *petitio principii*»; NIETO GARCÍA (2012: p. 419): «la autoría de la infracción exige culpabilidad, pero no así la imputación *ex lege*»; para la doctrina alemana minoritaria, el § 30 OWiG, que establece la multa contra personas jurídicas, es una norma de pura imputación (*Zurechnungsnorm*); según SCHMITT-LEONARDY (2016: § 30 nm. 3, p. 236), el § 30 OWiG «no regula ninguna autoría

el dolo o la culpa de la persona física *imputados* a la jurídica son, por obra y gracia de la ficción jurídica de la imputación, la culpabilidad *propia* de la persona jurídica, se ignoran las más elementales reglas por las que se rige dicha ficción, y en particular: 1) que ninguna responsabilidad fundada en una *imputación* puede basarse en ninguna *culpa del responsable* (287); 2) que solo por esto, buscar una culpa del responsable es no solo innecesario, sino tan absurdo como lo sería, por ejemplo, buscar una capacidad de acción en un sujeto (por ejemplo en un recién nacido) para atribuirle la mera capacidad jurídica (personalidad); 3) que para fundamentar una responsabilidad por imputación, la voluntad y la acción del causante del estado de hecho imputado al responsable, son absolutamente irrelevantes (288); y 4) que por esto mismo, la voluntad y la acción del causante quedan totalmente fuera de la imputación a la persona jurídica, y entonces, lógicamente, tiene que ser mucho más que obvio que no podrán ser presentadas luego como algo *propio* de ella en cuanto sujeto de la imputación ni siquiera *ficticiamente*, es decir *como si* fuera propio de ella; afirmar lo contrario, es ignorar las reglas básicas y elementales de la imputación jurídica.

b) El concepto de culpabilidad es *categorial clasificatorio*. Esto significa que el sector de circunstancias de la realidad que se tome en consideración, *será o no será* culpabilidad en lo absoluto. *Tertium non datur* (289). Un con-

---

directa de la asociación, sino el hecho de un representante como hecho desencadenante de la multa a la asociación bajo determinados presupuestos de *imputación*»; con argumentos realmente insostenibles e irritantes, ROGALL (2018: § 30 nm. 8 y nm. 11) pretende hacer pasar a la acción del órgano imputada a la persona jurídica, como la acción propia de esta, y a la infracción de deberes empresariales por los órganos como la culpabilidad propia de la persona jurídica; pero que la disposición del § 30 OWiG es una norma de imputación, es tan absolutamente cierto e irrefutable como que ninguna imputación puede hacer aparecer una acción ni una culpabilidad propias de un sujeto, allí donde, como en el caso de la persona jurídica, no hay ni puede haber el menor rastro de ellas; *cfr.* nota siguiente.

(287) Véase solo KELSEN (1923: p. 183): «cuando se considera *jurídicamente* que ciertas acciones de una persona física valen como acciones no de esa persona sino de otra distinta de ella, aquí estamos ante un caso especial de *imputación*», pero entonces —véase KELSEN (1995: p. 82)— «la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por persona distinta del responsable *nunca* puede basarse en la *culpa de éste*».

(288) Véase de nuevo KELSEN (1923: p. 184): para la contemplación jurídica, el acto de voluntad psíquica del órgano «se muestra completamente irrelevante»; y CIGÜELA SOLA (2016: p. 15): «se descarta cualquier referencia a supuestos elementos cognitivos en la propia organización, como también la *hipotética transferencia de la tipicidad subjetiva desde los administradores*».

(289) Como observa RADBRUCH (1967: pp. 167 ss.), los conceptos clasificatorios están compuestos de elementos cuya existencia sólo cabe o afirmar o negar en relación con un fenómeno individual; véase también Arthur KAUFMANN (1982: pp. 40 ss., 44 ss., 47 s.); sobre la lógica conceptual clasificatoria en general véase, por todos, HEMPEL/OPPENHEIM (1936: pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*); ya antes OPPENHEIM (1926: pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224).



cepto categorial puede subdividirse en clases y especies (culpabilidad por el dolo, por la imprudencia, por el error de prohibición vencible, etc.), pero lo que no soporta de ningún modo es «modulación» alguna de ninguno de sus elementos esenciales, porque esto lo vaciaría de su contenido esencial y lo transformaría en otro concepto diferente (290). Y si el concepto de culpabilidad presupone *autoconsciencia* y capacidad de *autodeterminación* (291), entonces llamar culpabilidad a lo que se imputa a un ente que, como nadie hasta ahora ha osado ni siquiera poner en tela de juicio, carece absolutamente de las mencionadas facultades (292), no puede ser visto más que como una ficción sin contenido real (293), y, para decirlo de un modo proporcionado a la irritación intelectual que ello provoca, como exponente de una especie de afasia anómica (294). Los conceptos categoriales de infracción y culpabilidad —y el de sanción como consecuencia jurídica de estas— no soportan ninguna modulación ni la mínima flexibilización (295), y quien los modula y flexibiliza quebranta principios fundamentales del Derecho y se aleja a gran distancia de la Ciencia y la Dogmática jurídicas: simplemente piensa como un lego en Derecho.

c) Un concepto puede aceptarse como «modulado» si lo que se modifica de él son aspectos o contenidos meramente *accidentales*, pero si se alteran sus contenidos *esenciales*, entonces desaparece y queda sustituido por otro al cual

---

(290) Pues como explican DELEUZE/GUATTARI (2015: p. 25): «los conceptos nunca se crean a partir de la nada», y lo propio de todo concepto «consiste en volver los componentes inseparables *dentro de él*», y esta inseparabilidad constituye el «estatuto de los componentes, o lo que define la consistencia del concepto, su endoconsistencia». REBOLLO PUIG (2015: p. 849 nota 25 y p. 854) afirma que hay matizaciones del principio de culpabilidad que deben rechazarse porque «más que tales, son completas desvirtuaciones del principio», en lo cual tiene toda la razón; sin embargo, afirma que puede haber algunas matizaciones compatibles, e incluso que cabrían en el Derecho penal, y en esto, como tiene que deducirse por sí mismo de mi discurso, mi desacuerdo es radical y absoluto; y precisamente no hay matización desvirtuadora del principio y concepto de culpabilidad que sea comparable a la que REBOLLO, y todos quienes intentan construir un concepto de culpabilidad de la persona jurídica, pretenden hacer pasar como tal.

(291) Véase, entre otros, RUDOLPHI (1984: p. 71); JAKOBS (2002: pp. 568, 570 s.); KÖHLER (1997: p. 562); V. FREIER (1998: pp. 120 y 135 ss.); CIGÜELA SOLA (2015: pp. 221 ss., 360 s.); MOLINA FERNÁNDEZ (2016: p. 414).

(292) Véase MOLINA FERNÁNDEZ (2016: p. 414): «sólo pueden ser culpables quienes satisfagan ciertas exigencias mínimas de configuración de un yo auto-reflexivo y capaz de autodeterminarse y, diga lo que diga quien lo diga esto no se da ni en las cosas, ni en los animales (al menos no en los inferiores en la escala evolutiva) ni en las personas jurídicas».

(293) Cfr. la cita de MOLINA FERNÁNDEZ hecha supra en nota 76 *in fine*.

(294) Como he calificado a esto en GRACIA MARTÍN (2017a: p. 123).

(295) Véase GRACIA MARTÍN (2014b: pp., p. 59); ZAFFARONI (2002: pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss. y 177 ss.); HUERGO LORA (2007: pp. 43 s.).

ya no se lo puede ni se lo debe llamar con el nombre del desaparecido (296), sino por su propio nombre si lo tiene, y si no lo tiene, porque es nuevo y no es ni siquiera análogo a alguno de los ya existentes y conocidos, entonces habrá que inventar para él un nombre asimismo nuevo (297). Y precisamente esto es lo que sucede con la modulación del concepto de culpabilidad. La *imputación* del dolo o la culpa de un individuo a otro ente diferente, ya sea este otro individuo o una organización, no puede fundamentar ni de lejos una culpabilidad del sujeto de la imputación (298), y una Ciencia jurídica seria y rigurosa no debería invertir tiempo ni malbaratar esfuerzos en desvirtuar un error *categorial* tan grueso como el de presentar a esa imputación como culpabilidad y llamarla así con este nombre.

**3.** Sea cual sea el fundamento que se dé al concepto de culpabilidad (poder obrar de otro modo, capacidad de motivación normal, etc.), para que un sector de circunstancias de la realidad empírica pueda ser conceptualizado como culpabilidad en sentido material, tendrá que haber en él cómo mínimo necesario e indispensable el equipamiento *biopsíquico* que ya es necesario para que pueda generarse y realizarse una acción o una omisión. Ahora bien, a esto hay que añadir aún que, puesto que la culpabilidad es siempre *culpabilidad de un individuo por la comisión de una infracción*, entonces ese equipamiento biopsíquico no podrá ser otro que no sea, única y exclusivamente, el del ser del mismo sujeto de la acción u omisión con las que él, y nadie más

---

(296) Véase SCHÜNEMANN (1971: p. 37): «con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto».

(297) Como advierte DELGADO ECHEVERRÍA (2013: pp. 11 s.), «en ciertos casos, se creará un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico». Y como explica MENDONÇA (2000: pp. 115 ss.), mediante las definiciones *lexicográficas* o *informativas* se describe el significado de un término *ya en uso*, mientras que con las *estipulativas* se trata de *asignar* «un significado determinado y especial acuñado *por primera vez* para su uso en un sentido técnico específico»; desde luego, estas últimas definiciones «establecen el significado basadas en la libertad de estipulación, es decir, en la posibilidad de inventar nombres según necesidad o deseo mediante la regla común según la cual cualquiera puede usar el sonido que se le antoje para referirse a lo que quiera, siempre y cuando aclare a qué se está refiriendo al utilizar el sonido» (p. 115); pero en cuanto a las definiciones informativas o lexicográficas, dado que son utilizadas «para indicar el significado actual o pasado de una palabra determinada», entonces según que la definición «se corresponda o no con dicho uso, puede afirmarse de ella que resulta *verdadera* o *falsa*» (p. 116).

(298) Como ha dicho A. NIETO GARCÍA (2012: pp. 398, 427), así «lo único que se hace» es trasladar la voluntad de «una persona física a una persona jurídica», y la culpabilidad «se ha desvanecido como el humo» (p. 398), y llamar «culpabilidad» a esa voluntad imputada es una especie de «hipocresía» (p. 427); y como dice irónicamente en otro lugar (p. 416), «si se suprimen los huevos de las tortillas para adaptarlas a un enfermo de colesterol, ya no será tortilla y habrá que ser más sincero y dar *otro nombre* al alimento que se le prepare».

que él, ha cometido la infracción. Pues lo mismo que es imposible que alguien pueda ser autor de la infracción cometida por otro, también es inconcebible que alguien pueda ser culpable por la infracción cometida por otro (299). Que esto es así en la *realidad empírica* es algo que nadie se ha atrevido aún a negar y ni siquiera a dudar de ello. Y si se pretende que lo que no es posible en la realidad empírica, sin embargo sí puede hacerse realidad *en el mundo del Derecho* por medio de *ficciones jurídicas*, a quien dijera esto no cabría responderle sino que ignora totalmente: 1) lo que es una ficción jurídica; 2) que las posibilidades de ficción en el Derecho están *limitadas* por la misma *realidad empírica*; 3) que todo lo subjetivo de un individuo es *personalísimo* de él; y 4) que lo personalísimo de un individuo, por definición, no se puede imputar a nada ni a nadie, ni siquiera a él mismo, ni puede ser jurídicamente fingido *como si* fuera propio de otro ser, pues esto supondría una violación flagrante de la realidad que nunca se da ni puede darse en ninguna ficción jurídica válida (300).

a) Siendo absolutamente irrefutable que el substrato real meramente sociológico de la persona jurídica —la organización— carece él mismo absolutamente de todo equipamiento biopsíquico, es decir, de conciencia y voluntad (301), entonces nada de lo que pueda fundamentar una responsabilidad de la persona jurídica puede tener ni la mínima substancia de la culpabilidad (como tampoco de la acción u omisión) (302), y ya solo por esto, tendría que tenerse por imposible e inconcebible realizar la idea de construir un sistema de responsabilidad penal y sancionatorio de la persona jurídica análogo,

---

(299) Véase KELSEN (1960: p. 229): «uno está obligado con respecto a una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta *propia*; no puede obligarse uno por la conducta de otro»; JAKOBS (2002: p. 566): «todos los hechos culpables son hechos *propios* de los que en ellos participan».

(300) *Cfr. infra* nota 320.

(301) Véase RECASENS SICHES (2008: pp. 276 y 278): no se puede «suponer gratuita y fantasmagóricamente una *conciencia colectiva* como algo real, en sentido propio y estricto, pues es notorio que no existe; tal conciencia colectiva es solo una *arbitraria imaginación, mera palabrería romántica*» (p. 276); solo «ante una *visión torpe y superficial* podría acaso parecer que es el ente mismo quien actúa con una vida independiente y llega incluso a engendrar nuevas entidades por su propia cuenta» (p. 278); sobre la inexistencia de una voluntad colectiva, véase la severa y demoledora crítica de KELSEN (1923: pp. 162 ss., y p. 698) a la teoría organicista de la «voluntad colectiva» como voluntad del Estado; y EL MISMO (1925: p. 268), donde dice que es «absurdo» pensar en «una voluntad colectiva existente fuera de las psiques individuales o representada por una integración de ellas»; JAKOBS (2001: p. 567): «en todo caso, la voluntad común, *per se*, no puede delinquir, pues primero debe pasar por *la cabeza del órgano*» —de un *individuo*— «para mover su mano».

(302) Véase JAKOBS (2002: pp. 570 y 571): la persona jurídica misma no puede producir ella misma «ninguna desautorización de la norma», porque carece «de una dotación suficiente para ello» (p. 571).

paralelo, funcionalmente equivalente, modulado, o designado con cualquier otro término que evoque semejanza con el del individuo (303).

b) Toda responsabilidad imaginable y posible de una persona jurídica, y aquí estamos en el reino de lo absoluto que no admite ni una sola excepción, es una que solo puede derivar de una *imputación* jurídica objetiva de hechos ajenos, y esto significa, como afirma KELSEN, que es una responsabilidad estrictamente objetiva, exclusivamente por el resultado, absoluta y vicaria (304). Ahora bien, hay que insistir una vez más en que el fundamento de la imputación a la persona jurídica y, por tanto, de su responsabilidad, no son ni podrían ser en absoluto la acción y la culpabilidad del autor de la infracción. Acción y culpabilidad no pueden ser nunca objetos de imputación (305), pues una y otra son *inescindibles* del sistema *biopsíquico* autónomo que se activó él mismo libremente para generar la energía que luego aplicó él mismo directamente para exteriorizarse, es decir, *sin servirse de ningún intermediario*, porque no lo necesita en absoluto; por esto mismo, acción y culpabilidad son manifestaciones *personalísimas* del ser irremplazable del agente y no pueden ser imputadas a ningún otro (306). La base de la responsabilidad de la persona jurídica por el hecho cometido por quien actúa en su lugar, no es otra que la *relación jurídica* que la vincula con el agente, y *absolutamente nada más*. Recordemos, reiterándolo de nuevo, que «cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de la misma»—dice KELSEN—, «no es su conducta, sino su *relación específica* con los autores del acto lo que

---

(303) Véase solo MOLINA FERNÁNDEZ (2016: pp. 397 s.): la autoconciencia «no tiene equivalente funcional alguno» (p. 397), pues «lo único parecido a una mente consciente es otra mente consciente, y las personas jurídicas no la tienen».

(304) Véase KELSEN (1995: pp. 80 ss., 116 y 125): toda responsabilidad colectiva es *siempre* absoluta, vicaria y objetiva por el resultado (p. 82); es «un caso de responsabilidad vicaria o indirecta» (p. 125); EL MISMO (1960: pp. 230, 235 s. y 334 s.); FERRARA (2006: p. 623 nota 88): «la responsabilidad por el hecho de los representantes es siempre responsabilidad por hecho ajeno»; SCHÜNEMANN (1994: pp. 284 s.); EL MISMO (2006b: vor § 25 nm. 23, p. 1840); EL MISMO (2014a: p. 4); ROXIN (2006: p. 264); BOSCH (2002: pp. 48 ss.); ROBLES PLANAS (2011: p. 5); EL MISMO (2009: p. 5); BOLDOVA PASAMAR (2013: pp. 219 ss., pp. 232 s. y 237 s.); BOLDOVA/RUEDA (2011: pp. 277 y 287); FERNÁNDEZ TERUELO (2013: pp. 122 ss.); y CIGÜELA SOLA (2016: p. 6). Vid. también Circulares 1/2011, apartado III.1, y 1/2016, apartado 2.1 de la FGE.

(305) Véase KELSEN (1923: pp. 709 y 183 s.): «el acto del representante es únicamente suyo, y no del representado» (p. 709); para la imputación su acto de voluntad «se muestra completamente irrelevante» (p. 184); EL MISMO (1925: p. 268): la imputación «no se refiere al acto de voluntad (completamente interior) sino a un hecho exterior en todo o en parte».

(306) Véase JAKOBS (2002: p. 565, 566 y 573): «en tales casos, no se trata de la transferencia de lo *personalísimo* a otro, lo cual, por definición, estaría excluido», pues «no hay culpabilidad jurídico penal transferible, porque el delinquir jurídico penal no puede ser una gestión de negocios ajenos»; igual FEIJÓO SÁNCHEZ (2003: p. 354).

constituye el supuesto de la sanción dirigida contra ellos» (307), y en todo caso, «la *responsabilidad* por un acto antijurídico cometido por *persona distinta del responsable nunca* puede basarse en la *culpa de éste*» (308). Esto, empero, no tiene nada que ver con los conceptos de acción e infracción, y menos aún con una culpabilidad y una responsabilidad *personal* que son absolutamente necesarias solo en los Derechos *sancionadores*.

c) Toda afirmación de lo contrario a lo dicho es una falsedad tan burda, que una Ciencia jurídica seria y rigurosa no debería malbaratar ni un solo esfuerzo argumentativo para demostrarlo. Así sucedió en el pasado cuando aquella se encontraba en sus más altos niveles de racionalidad analítica y sistemática, en que bastaron unos pocos argumentos de evidencia aplastante para marginar a las absolutamente minoritarias tentativas de fundamentar una responsabilidad penal de la persona jurídica, y relegar esta cuestión a un lugar absolutamente secundario y marginal en nuestra Ciencia. Pero hoy, debido al lamentable estado de entropía a que se ha visto arrastrado sociológicamente el pensamiento jurídico (309), una Ciencia jurídica rigurosa no tiene otra salida que intentar contener la expansión de errores categoriales tan gruesos como el que aquí nos ocupa, porque, igual a como ocurre en la vida política y social con respecto a las *fake news*, a las cuales es necesario desvirtuar en aras de salvaguardar el derecho a una información veraz, la Ciencia jurídica tiene el deber de hacer todo lo posible para descontaminar al Derecho de las falsedades que de vez en cuando penetran en él y amenazan con sustituirlo por una arbitrariedad que solo puede llevar a la destrucción del Estado de Derecho y a la injusticia incompatible con la idea y el concepto del Derecho (310).

**4.** En todo caso, y esto es lo decisivo, ninguna organización en cuanto tal tiene la capacidad de actuar *por sí misma* directamente, porque para que un ser pueda actuar así es absolutamente necesario que esté dotado del imprescindible equipamiento biopsíquico que permite generar por sí mismo una voluntad libre, y hacer operar a esta en el mundo exterior como *causa*

---

(307) Véase KELSEN (1995: pp. 80 s.).

(308) Véase KELSEN (1995: p. 82).

(309) *Cfr. supra* II.1.

(310) Sobre esto, véase SCHÜNEMANN (2016: pp. 663 y 671), quien tras recordar la tarea que corresponde a la Ciencia y a la Dogmática jurídicas, especialmente a la del Derecho penal, frente a las tendencias actuales que amenazan con liquidarlas (pp. 663 ss.), termina preguntándose por «qué puede esperar uno» del hecho de que se formulen y difundan «tesis tan engañosas y conducentes a error»; en el mismo sentido se orienta mi trabajo «*Quis custodiet ipsos custodes?*: El Derecho penal como contrapoder discursivo de la Razón para la protección de bienes jurídicos y del Estado de Derecho frente a quienes detentan y ejercen poder punitivo», de próxima publicación en Libro Homenaje a Susana Huerta Tocildo.

*libera* actualizándola en él igualmente por medio de sí mismo (311). Y puesto que a una organización le falta absolutamente ese equipamiento, por esto toda organización tiene que llevar a cabo la actividad dirigida a realizar sus fines necesaria e inexorablemente por medio de seres dotados de capacidad de acción, que no son ni podrían ser otros que los individuos autorizados por los estatutos para actuar en lugar de la totalidad de los miembros de la organización (312). Esta constatación irrefutable, demuestra por sí misma la imposibilidad de hacer a la persona jurídica sujeto de responsabilidad en todo orden sancionador.

a) Entre un actuar por sí mismo y un actuar por medio de otro existen diferencias tanto ontológicas como de relación social y jurídica con los demás sujetos que interactúan en los ámbitos en que se actúa de uno o de otro modo, tan significativas y trascendentes, que ningún sector del Derecho podría ignorarlas. El modo de actuar por medio de otro se realiza, por definición, con acciones *propias* de un representante (en sentido amplio), es decir, de un *sustituto*, y representado y representante son y permanecen sujetos independientes, obviamente en la realidad misma, pero también en la esfera jurídica (313). En

---

(311) Véase KANT (1956: pp. 463 s., 523 s.): «debemos suponer una causalidad en virtud de la cual sucede algo sin que la causa de este algo siga estando, a su vez, determinada por otra anterior según leyes necesarias; es decir, debemos suponer una *absoluta espontaneidad* causal que inicie *por sí misma* una serie de fenómenos que se desarrollen según leyes de la naturaleza, esto es, una libertad trascendental» (p. 463); «por libertad, en sentido cosmológico, entiendo» —dice KANT— «la capacidad de iniciar *por sí mismo* un estado» (p. 523) y «la voluntad humana es *arbitrium sensitivum*, pero no *brutum*, sino *liberum*, ya que la sensibilidad no determina su acción de modo necesario, sino que el hombre goza de la capacidad de determinarse espontáneamente a sí mismo con independencia de la imposición de los impulsos sensitivos» (p. 524). Véase JOERDEN (1988: pp. 24 s.): «es preciso suponer al lado de las causas causadas —*causae causatae*— también causas libres —*causae liberae*—, es decir, no causadas, que puedan ser consideradas como nuevo comienzo de una cadena causal que tiene en ellas su punto de partida» (p. 24); véase también GRACIA MARTÍN (2016e: pp. 42 ss.).

(312) Véase KELSEN (1960: pp. 275 ss., 316 ss., 319 ss.); y F. DE CASTRO (1981: p. 272, 287): «la persona jurídica (...) requiere un estatuto o especial reglamentación (...) que han de establecer quiénes son sus órganos o representantes (*persona representata*) por medio de los cuales pueda actuar» (p. 272), porque «la persona jurídica requiere, por su misma esencia, tener un representante (representación necesaria)» (p. 287).

(313) Como explican LACRUZ /DELGADO (2005: pp. 277, 280 ss., 286), en los negocios representativos —los concluidos por el representante, en nombre del representado, con un tercero—, desde luego concurren las voluntades tanto del representado como del representante, pero la una y la otra en distinta forma y con distinto contenido, y en ningún caso se mezclan ni confunden; solo se unen entre sí funcionalmente, pero esto no afecta en nada al dato real de que ambas sean y permanezcan «autónomas desde el punto de vista estructural», y en todo caso, en el negocio representativo, es el representante el que «aporta la voluntad de contenido», que es la «más ostensible», porque es la «dirigida a determinar el contenido efectual del negocio» (p. 281), mientras que la voluntad del representado es meramente virtual, es decir, está presente sólo en el modo de una *contemplatio domini* (p. 286).

el caso de las personas jurídicas, como dicen LACRUZ /DELGADO, «no es concebible que los hombres que actúen por un ente moral anulen totalmente su propia personalidad», pues «es evidente que sigue habiendo dos personas, una de las cuales actúa por la otra y en lugar suyo, y por consiguiente se entra en el ámbito de la *representación*» (314). Como ya explicó NAGLER: «las acciones del representante legal no se agotan, para la contemplación jurídica, en la producción de efectos en la esfera jurídica del representado» sino que «se desdoblán en actividades que tienen lugar dentro de las esferas vitales ajena y propia»; ahora bien, como aquí «los verdaderos portadores de la voluntad y los sujetos reales de la acción» son los órganos y representantes, por esto «se muestra de inmediato, que el ordenamiento jurídico no les impone a ellos los deberes de obediencia, que en sí corresponden al representado, meramente en su calidad de órganos de la vida jurídica ajena, sino sobre todo también dentro de su *esfera individual* (en su ser por sí mismo [*in ihrem ,Fürsichsein'*])» y dado que «según nuestra concepción cultural no hay lugar para una representación criminal» (ni tampoco para la realización de *infracciones* de cualquier tipo y especie), por esto la responsabilidad criminal (y la sancionatoria en cualquier orden), no puede alcanzar en modo alguno al representado, sino «solo al representante», porque «la actividad de la voluntad punible (o sancionable) cae completamente fuera de la esfera vital del representado», dado que ella «concierne únicamente al individuo que actúa como tal» (315).

b) Como establecen las reglas de la imputación jurídica, en el marco de una «relación jurídica representativa» únicamente pueden imputarse normativamente al representado *los efectos* de las acciones del representante, y en ningún caso las *acciones* ni las *omisiones* propias de este (316). Entre un actuar por sí mismo y uno por medio de otro solo es posible fundamentar una *analogía* en el plano de la *estática* jurídica, pero en el de la *dinámica* social y jurídica, que es en el que se cometen los delitos y las infracciones administrativas, es

---

(314) Véase LACRUZ /DELGADO (2010: p. 281) y nota siguiente.

(315) Véase NAGLER (1903: p. 55); FRANK (1917: p. 31), quien advirtió que lo que se imputa al representado son exclusivamente las consecuencias jurídico-civiles del contrato, mientras que la responsabilidad penal incumbe sólo al que concluyó el contrato inmediatamente; BRUNS, (1931, pp. 7 s.): «el representante legal de la persona jurídica no adopta nunca como tal la misma posición jurídica de la persona jurídica misma; se le puede caracterizar como *alter ego*, como *dúplex persona* del representado, pero permanece siempre como sujeto de derecho independientemente distinto de la persona jurídica, a la que solo representa; las cualidades, patrimonio, derechos y deberes de esta nunca son suyos».

(316) Véase LACRUZ /DELGADO (2005: p. 274); JAKOBS (2002: pp. 562 s.): se imputa únicamente «la consecuencia jurídica», como sucede, por ejemplo, en el caso del trabajo, en que lo *único* que se le imputa al empleador es «la propiedad» (consecuencia) de la cosa producida por los trabajadores; RODRÍGUEZ MOURULLO (1977: p. 228): «no es que la persona jurídica 'concluya' por sí misma contratos, sino que (sólo) queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos».

absolutamente imposible fundamentar una analogía. Y si el Derecho no reconoce ninguna relación de representación *criminal* (317), ni para la comisión de infracciones de cualquier especie, entonces no es concebible que nadie pueda cometer infracciones propias por medio de un representante, aunque sí quepa imputarle los *resultados* de las acciones realizadas por su representante. Esta imputación, empero, solo puede fundamentar una responsabilidad *civil o policial* —y nunca una sancionadora— del representado. La única responsabilidad sancionatoria posible será la del *representante*. Ninguna *persona*, ni física ni jurídica, puede cometer infracciones, ni ser sujeto de penas y sanciones. Sujetos de infracciones y sanciones únicamente pueden ser, sin excepción, *individuos humanos*.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTA COMO HORIZONTE DE FUTURO

**1.** Con lo expuesto, queda totalmente desvirtuado el argumento de la reversión de la persona jurídica desde el Derecho sancionador administrativo al penal (*supra* III), pues la afirmación de que aquella es sujeto de la infracción y la sanción administrativas no ha superado la prueba de la verdad a que la hemos sometido. La responsabilidad de la persona jurídica es un *aliud* materialmente tan desemejante a la punitiva de cualquier especie, que no puede ser integrada en el Derecho sancionador administrativo a pesar de que su tratamiento tenga lugar —como *debe ser*— en un *contexto* sancionador, y mucho menos aún podría ser integrada en el Derecho penal.

**2.** Nadie niega, ni podría negar seriamente, que el Derecho *debe* hacer responder bajo determinadas condiciones a la persona jurídica por la comisión de delitos e infracciones por determinados individuos que actúan en su lugar en el curso y contexto de su actividad y funcionamiento en la realidad social, y así lo hacen todas las legislaciones. Pero siendo esto así como *debe ser*, la cuestión substancial es una relativa a *qué clase de responsabilidad* puede ser esa. Como aquí se ha explicado y demostrado, es seguro que tal responsabilidad no puede ser ninguna de tipo sancionatorio de ninguna clase ni especie. A la persona jurídica solamente se le puede atribuir una responsabilidad *objetiva* propia de los Derechos civil y público, y dentro de este, muy especialmente, en el Derecho de policía, para la cual no son necesarias en absoluto ni una acción ni una culpabilidad del *responsable*. Pero ninguna responsabilidad que

---

(317) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO (1977: p. 228): «el fenómeno de la representación no tiene cabida en cuanto a los sujetos activos del delito», pues «para que alguien cometa delito es necesario que haya realizado personalmente la acción conminada con pena».



no se fundamente en una acción y culpabilidad propias del responsable puede ser sancionatoria, ni sus consecuencias jurídicas pueden ser sanciones (318).

**3.** Los constructos de responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica, que elaboran tanto penalistas como administrativistas, son puras ficciones, pero en el sentido de «mentiras» (319), y no en el de ficciones auténticamente jurídicas, pues estas nunca se construyen sobre lo absolutamente inexistente ni sobre objetos existentes pero totalmente desfigurados en su ser, sino siempre sobre objetos existentes y tangibles y tal como son sin modificar ni un ápice su substancia (320). Como advierte ZAFFARONI, cuando en el Derecho

---

(318) En el Derecho de policía, responsable es el «perturbador» (*Störer*), y la responsabilidad presupone solo la existencia de una especial «relación de proximidad» entre el responsable y el peligro que amenaza, que es lo único que fundamenta y justifica la imputación de la situación de hecho objetiva al responsable, sin que a tal efecto interesen para nada los aspectos psicológicos y morales de la esfera interna de este, que quedan fuera de toda consideración; véase DENNINGER (2012: p. 217). Puesto que en el Derecho de policía se trata de hacer frente al peligro o apariencia de peligro que surgen de una situación de hecho objetiva, y en ningún caso de las relaciones personales del responsable, por esto mismo su edad, capacidad de acción, capacidad negocial, capacidad de delinquir, dolo, culpa, error, etc., carecen de toda relevancia; véase DENNINGER (2012: p. 218); HOLLANDS (2005: pp. 57, 101 ss., 116 ss., 131 s.), quien advierte que en el Derecho de policía se tienen que separar la persona y la conducta, y en el caso de la persona jurídica «la representación de un vínculo natural entre persona y conducta tiene que naufragar sin más»; véase además GÖTZ/GEIS (2017: p. 90 ss.); SCHMIDT (2018: pp. 323 ss.); GUSY (2017: pp. 215 ss.); SCHENKE (2018: pp. 192 ss.).

(319) Véase GARCÍA-PITA (2016: pp. 163 ss. y 245 ss.): no hay que confundir las ficciones jurídicas con las «mentiras».

(320) La afirmación de que la persona jurídica tiene capacidad de acción y culpabilidad, no remite a ninguna ficción jurídica, sino que es una «mentira» (cfr. nota anterior). Como explica KELSEN (1923: pp. 180 s.): esa clase de ficciones —las mentiras— radica «en el falso juicio de que (el) concepto contiene un hecho real, (de) que algo que realmente *no existe* pertenece al mundo del ser», y por esto «lo reprochable de este fenómeno espiritual es, justamente, la contradicción lógica contenida en que algo que *no es real sea presentado como real*», es decir, «el error metodológico de buscar hechos existentes en un concepto que no se haya abstraído del mundo del ser», pues una ficción como esta «sí puede compararse con un fantasma cuya existencia en el mundo del ser alguien afirma aunque solo es una creación, *que no debe ser*, de su temor, del deseo de algo». En Derecho —dice Arthur KAUFMANN (1982: p. 24)— «una ficción solo puede ser útil cuando expresa al menos una parte de verdad, *una verdad análoga*»; y como dice MARTÍNEZ GARCÍA (1992: pp. 105 ss.) «a diferencia de la mentira, la ficción no pretende engañar a nadie (y) ni siquiera puede falsear hechos naturales» (p. 106), porque la ficción «*no es lo falso sino lo diferente*» (p. 107). Como advierte SAX (1961: pp. 147 s. nota 45), y suscribe Arthur KAUFMANN (1982: p. 26); y EL MISMO (1997: p. 100 nota 15), las posibilidades de construir ficciones jurídicas son *limitadas*, porque no se pueden formar mediante la comparación *arbitraria* de dos o más objetos *reales* para equipararlos a cualquier efecto. Ninguna ficción jurídica puede construirse a partir de una violación de la realidad, pues lo que hace admisible a una ficción jurídica, como enseña J. ESSER (1969: pp. 26 ss. y p. 105); y EL MISMO (1949: p. 319), es una necesidad de valoración idéntica de distintos estados o situaciones de hecho *reales*; y en el mismo sentido, SAX (1961: p. 147); LEGAZ y LACAMBRA (1975: pp. 71

no se respetan los límites ónticos, los conceptos que se construyen así resultan perversos, porque no son más que invenciones de «lo que en el mundo no existe», y porque «al inventar el mundo lo único que se puede obtener es una coherencia interna del discurso, pero nunca se sabrá cuál es su función y, por lo tanto, no podrá ser dotado de intencionalidad (teleológica), o sea saber *a dónde va políticamente*»; la necesidad de respetar los datos ónticos resulta ya de la aspiración a que se realicen efectivamente los objetivos políticos perseguidos en función de los cuales se construyen los conceptos jurídicos, porque representaría «una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad» —o afirmando la presencia de datos inexistentes—, y porque así se «caería en la ilusión o en la alucinación», y se operará con «un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, *al servicio de cualquier objetivo político*» (321).

---

s.); y MARTÍNEZ GARCÍA (1992: pp. 106 ss.). Por esto toda ficción jurídica, como demuestra Arthur KAUFMANN (1982: pp. 24 ss.); y EL MISMO (1997: p. 100 nota 15), se fundamenta en la *analogía* existente entre objetos o realidades diferentes en referencia a un punto de vista valorativo esencial que hace necesaria o conveniente la equiparación y, en todo caso, *solo a determinados y no a todos los efectos*; como advierte LARENZ (1979: p. 246), la norma a la que la ficción remite el supuesto desigual para equiparlo a los comprendidos genuinamente en ella debe aplicarse a aquel «análogamente». En el caso de las ficciones jurídicas, los objetos o situaciones equiparados son, dice LARENZ (1979: p. 245), empíricamente completamente desiguales, y según SAX (1961: p. 147), conceptualmente contrarios, pues entre ellos no existe *actualmente* la *analogía entis* que generalmente se da entre los distintos objetos y situaciones plurales abarcados por el tipo que se ha construido precisamente a partir de las correspondencias materiales existentes entre ellos; como dice ATIENZA (2013: p. 233): «el recurso a las ficciones puede cumplir en la argumentación jurídica la misma función que la analogía: tratar casos diferentes como si fueran iguales; la diferencia radicaría en que, en la analogía, los casos son diferentes pero semejantes, lo que no parece suceder cuando se recurre a ficciones». Por esto como dicen con alcance general J. ESSER (1969: pp. 31 s.) y LARENZ (1979: p. 246), y para el caso específico de la ficción de la persona jurídica Arthur KAUFMANN (1982: p. 25), hay que evitar siempre el peligro de pasar por alto que la ficción jurídica nunca hace idénticos a los objetos o estados de hecho a los cuales equipara *solo* jurídicamente, y sería inadmisibles traspasar los límites de la ficción atribuyendo a su supuesto de hecho identidades que no tiene con el que es jurídicamente equiparado *solo a determinados efectos*, y derivando luego de esas falsas identidades, de un modo absolutamente acrítico, supuestas e inexistentes consecuencias jurídicas objetivamente indefendibles. En relación con lo que aquí nos ocupa, sobre la inexistencia de una voluntad colectiva en la realidad, véase la extensa, severa y demoledora crítica de KELSEN (1923: pp. 162 ss., y 698) a la teoría organicista de la «voluntad colectiva»; véase la cita de JAKOBS hecha supra en nota 301. Como advierte Arthur KAUFMANN (1982: p. 32), no se comprende en su justa medida el concepto *análogo* de persona jurídica cuando se supone que «su modo de ser sea el mismo que el de la persona natural y se deduce así su capacidad de acción, de honor y de delinquir»; lo que mueve a afirmar que la persona jurídica es capaz de acción y culpabilidad no es más que una ignorancia total sobre el límite a partir del cual la persona jurídica análoga a la física, ya deja de ser análoga y no puede ser equiparada a esta.

(321) Véase ZAFFARONI (2002: pp. 386 ss.)

**4.** Con unos sistemas de responsabilidad de la persona jurídica *sólo nominalmente* designados como «penal» y «sancionador administrativo», pero sin que lo sean ni puedan serlo realmente, no se puede aspirar a nada más que a ofrecer una solución fraudulenta o una mera «ilusión» de solución que no resuelve el problema al que se trata de hacer frente, sino que, por el contrario, lo potencia y agrava, porque así, como dice con alcance general ZAFFARONI, sólo se produce «un discurso cuyos efectos no son en absoluto inofensivos, porque una ilusión de solución *neutraliza o paraliza la búsqueda de soluciones reales o eficaces*» (322). A construir y explicar un sistema de responsabilidad de la persona jurídica *accesorio* de los verdaderamente sancionatorios, tienen que dedicar sus esfuerzos la Ciencia jurídica y las Dogmáticas del Derecho penal y sancionador administrativo, auxiliadas por las del Derecho privado (civil y mercantil) y público, y a partir de los conocimientos con validez permanente, indisponibles y de obligada referencia, que nos ha legado la teoría general del Derecho y del Estado.

**5.** Como ya se dijo con apoyo en jurisprudencia del TC (323), el tenor literal de los preceptos legales que en apariencia declaran a la persona jurídica sujeto responsable en los órdenes penal y sancionador administrativo, no es un obstáculo insalvable para lograr el objetivo propuesto (324). El Derecho es producto de la Ciencia y la Dogmática jurídicas (325). El legislador no es jurista, no es nada más que el cuerpo político a quien la sociedad ha otorgado poder de legislar (arts. 1.2 y 66. 1 y 2 CE), y en principio no tiene otra legitimidad que la que le dan los resultados de unas elecciones democráticas. Esta legitimidad es solo *formal*, porque no supone nada más que una *habilitación para concretar el Derecho* por medio de la legislación; en cambio la legitimidad *material*, que resulta del efectivo cumplimiento del mandato de concretar el Derecho en leyes específicas para cada ámbito vital, tiene que adquirirla y renovarla con cada uno de sus actos de poder (legislativo), y en el Estado de Derecho, esa legitimidad material se dará solo en la medida en que cada uno de ellos sea *conforme a Derecho* (326). La Ciencia jurídica, por el contrario,

---

(322) Véase ZAFFARONI (2002: pp. 22 ss.).

(323) *Cfr. supra* II.3.

(324) Véase GRACIA MARTÍN (2017a: pp. 116 s.);

(325) Véase GARCÍA AMADO (1992: pp. 200 ss.), quien dice con razón que no hay un derecho que sea producto exclusivo del conocimiento o percepción vivencial de los miembros de la sociedad, ni tampoco del conocimiento de quienes lo aplican, porque el Derecho no preexiste a la teoría que lo explica o describe, y en el conocimiento de los aplicadores del Derecho «hay ya un componente teórico esencial», por lo que la praxis jurídica es «una praxis con teoría presupuesta».

(326) Véase Arthur KAUFMANN (1982: p. 11): «la ley no es la realidad del Derecho, sino solo la *posibilidad* del Derecho; para que la ley llegue a ser Derecho se requieren

es portadora de legitimidad material ya *en sí misma*, por el solo hecho de que es actividad creadora del Derecho mediante la Razón, y su fin es controlar y limitar el ejercicio de los poderes políticos por todos sus agentes, dando así respuesta a la pregunta *quis custodiet ipsos custodes?* (327).

**6.** La tarea que la Ciencia y la Dogmática jurídicas tienen por delante es explicar y resolver el problema sobre qué clase de responsabilidad es posible atribuir a las personas jurídicas y con qué clase de consecuencias jurídicas se puede saldar y compensar dicha responsabilidad jurídica.

a) El auténtico problema no es si la persona jurídica puede ser sujeto del delito y la pena y de la infracción y sanción administrativas. Esto ya está resuelto en un sentido absolutamente negativo en el campo de la Razón. Los discursos de moda —totalmente equivocados (328)— que pretenden imponer lo contrario, simplemente, no pueden ser tomados en serio por una Ciencia jurídica rigurosa y —para decirlo con palabras de Kelsen— «libre de ficcio-

---

*componentes adicionales*»; EL MISMO (1997: pp. 135 ss., 141 ss.): «hoy se está ampliamente de acuerdo en que al menos lo «injusto legal» tiene que ser marginado del concepto del Derecho» (p. 144); ENGISCH (1953: pp. 75 ss. y 85 ss.): «se da también concreción como determinación en el plano de la *legislación*, allí donde ‘ideas abstractas’ o ‘planes inconcretos’ pretendan alcanzar la ‘forma concreta’ de normas jurídicas» (p. 77); GARCÍA DE ENTERRÍA (2017a: pp. 58 s.): «el Derecho no es un producto de la ‘voluntad del Estado’, sino una función de la comunidad, función que, frente a un legalismo ingenuo (que no solo la teoría rechaza, sino que la experiencia práctica más elemental desautoriza totalmente), nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos»; SCHÜNEMANN (1971: p. 40): «el legislador se encuentra en cada etapa histórica ciertos *valores básicos preexistentes*, que surgen de las relaciones sociales y culturales sobre la base de un convencimiento común en la sociedad y, por tanto, a la postre, sobre la base de la naturaleza de las cosas. El catalizador reside aquí en la *evidencia* de estos valores, avalada por la *convicción general*. El respeto a estos valores básicos lo consideramos —enlazando con MAIHOFER— como condición previa para la validez de cualquier ley positiva, (y) para el *Derecho penal* de ahí se deduce sólo que las leyes penales que vulneran estos valores básicos ... *no alcanzan a crear Derecho*»; ZAFFARONI (2002: pp. 37 ss., 41 ss., 44 ss., 101 ss.); GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 44 s.); EL MISMO (2015: p. 192); EL MISMO (2016b: pp. 47 ss.); EL MISMO (2016c: pp. 5 ss.).

(327) Véase SCHÜNEMANN (2008a: p. 40), quien afirma con razón que la función social esencial del conocimiento científico del Derecho consiste en «el control por medio de la Razón, de la arbitrariedad de quienes detentan el poder», y que esa función «en ningún ámbito es tan irrenunciable como en el Derecho penal», a lo cual yo añadiría que es igualmente irrenunciable en el ámbito del Derecho sancionador administrativo; la Dogmática jurídica tiene que desempeñar la función de un «*cuarto poder* en el Estado» cuya misión es el control de los otros poderes mediante la concreción de los principios fundamentales del Derecho en enunciados y reglas emanados de la Razón; véase en este sentido SCHÜNEMANN (2001a: p. 8); EL MISMO (2008a: p. 45); EL MISMO (2014c: p. 2); y EL MISMO (2016: pp. 663 s.); ZAFFARONI (2002: p. 83); GRACIA MARTÍN (2014b: pp. 44 s.); EL MISMO (2015: p. 192); y EL MISMO (2016c: pp. 5 ss.).

(328) *Cfr. supra* nota 16, las citas de MOLINA FERNÁNDEZ que se hicieron allí.

nes» (en el sentido de mentiras) (329), y tienen que quedar relegados a lo que realmente son, es decir, a meros discursos desarrollados en un metanivel de lenguaje que no tiene la menor correspondencia con el nivel empírico de los objetos de la realidad, y a los cuales, como sugieren los más grandes juristas artífices de las teorías de la persona jurídica y la imputación jurídica, podríamos designar como meros juegos de poetas (330), de artistas (331), de «metáforas» (332), de «ocurrencias» (333), de «saltos funambulescos en la cuerda floja de la ficción» (334), y con todo tipo de apelativos con sentido valorativamente negativo (335). El verdadero problema que plantea la cuestión tratada en esta investigación, como ya ha quedado dicho, no es otro que el de fundamentar y justificar la atribución a la persona jurídica —igual que a la física—, de una responsabilidad *accessoria* de la penal o sancionadora de los autores que han cometido delitos e infracciones actuando en su lugar, a saber: por qué razón y bajo qué condiciones puede y debe cargarse a un sujeto distinto del autor del delito o la infracción, con una responsabilidad *accessoria* que, en principio, únicamente debería consistir en la obligación de satisfacer el *contenido material* de la pena o sanción impuestas a los autores del delito o la infracción, mediante una prestación solo *simbólicamente equivalente*.

b) A responder a la cuestión planteada, y a fundamentar racionalmente la respuesta que se encuentre para la misma, y no a buscar unas inexistentes e inconcebibles capacidades de acción y culpabilidad de la persona jurídica, es a lo que deberían aplicar su tiempo y esfuerzos la Ciencia jurídica y todas las Dogmática jurídicas sectoriales implicadas, operando necesariamente con los conocimientos de validez permanente e indisponibles que nos ha legado la teoría general del Derecho y del Estado. A la mencionada tarea, entre otras, dedica precisamente su tiempo y sus esfuerzos desde hace un tiempo el autor de esta investigación (336), en una dirección que también han emprendido

---

(329) Véase KELSEN (1995: pp. 112 y 113) y además, *cf. supra* notas 319 y 320.

(330) *Cfr.* la cita de VAREILLES-SOMMIÈRES hecha *supra* en nota 33.

(331) *Cfr.* la cita de FERRARA hecha *supra* en nota 33.

(332) En general, sobre la jurisprudencia de metáforas (*Bilderjurisprudenz*), que tiende a una jurisprudencia de conceptos, véase ENGISCH (2010: pp. 78 s.).

(333) Véase SCHÜNEMANN (2001b: p. 211), donde se refiere a la circularidad de una Dogmática que vive de la «ocurrencia».

(334) Véase A. NIETO GARCÍA (2012: p. 398).

(335) *Cfr.* otras acertadas y precisas descalificaciones de dichos discursos *supra* en nota 33.

(336) Sobre los primeros esbozos de una configuración meramente *técnico jurídica* de un Derecho no sancionador *accessorio* del penal para la persona jurídica, pero que también sería aplicable a las personas físicas cuando se dieran los mismos presupuestos de *accessoria*, y cuyo único fundamento sería la necesidad o la conveniencia de una *concentración en el proceso penal* del conocimiento y enjuiciamiento de los supuestos de hecho no penales

otros, como mis admirados colegas Ricard ROBLES PLANAS en la Dogmática penal (337), y Alejandro HUERGO LORA en la del Derecho administrativo (338). Pero sobre esto, ya no puedo decir ni una sola palabra para no hacer interminable a este ya demasiado largo escrito, y dejo pendiente la tarea para futuras publicaciones de investigaciones que tengo en curso.

---

conexos (accesorios) al supuesto de hecho delictivo, véase GRACIA MARTÍN (2016d: pp. 204 ss., 208 ss.); EL MISMO (2018a: pp. 503 ss.); y EL MISMO (2019: pp. 1.404 ss.). En un sentido parecido, respecto de las consecuencias accesorias de naturaleza administrativa, véase CIGÜELA SOLA (2015: p. 364 nota 29): «su lugar natural es el Derecho administrativo, y las razones a favor de su integración en el proceso penal se reducen a razones pragmáticas y procesales».

(337) Véase ROBLES PLANAS (2011: p. 14), quien propone interpretar que el sistema de responsabilidad de la persona jurídica del art. 31 bis CP «es solo *formalmente* penal, en el siguiente sentido: se trata de un sistema de imposición de *cargas* a las personas jurídicas en el *contexto* de la comisión de hechos delictivos por parte de personas físicas en su seno, que sirve para incentivar a las personas físicas que la dirigen a que adopten sistemas de prevención del delito y, en última instancia, mantengan el patrimonio social al margen de la obtención de beneficios mediante la comisión de delitos. Tal circunstancia produce que *en el contexto del proceso penal* donde se dirime la responsabilidad de la persona física se impongan sobre la persona jurídica *ulteriores* consecuencias jurídicas. Es así como cabría interpretar el adverbio «penalmente» contenido en el art. 31 bis CP: referido no al fundamento o naturaleza de la responsabilidad, sino al *contexto* en el que ésta se deriva (esto es, *en el seno de un procedimiento penal*). El fundamento y naturaleza de esa responsabilidad de la persona jurídica es, por el contrario, ajeno al Derecho penal».

(338) Véase HUERGO LORA (2007: pp. 202 s., y 355 ss.), quien estimó con razón que el art. 129 CP anterior a la reforma de 2010, con la denominación de consecuencias accesorias a las medidas previstas en él contra personas jurídicas, el CP «se ha limitado a utilizar los conceptos con más rigor», pues «se trata de medidas de policía aplicadas por órganos judiciales (pero que podría imponer también la Administración si no estuviera en marcha un proceso penal)», a las que deben aplicarse los principios y reglas «propios del Derecho de policía»; en relación con las sanciones administrativas HUERGO hace ver que hay consecuencias jurídicas accesorias que no son sanciones (p. 203), como es el caso del comiso, que «se aplica como consecuencia de la imposición de una sanción, de forma *accesoria*» (p. 355), pues si su causa es, por ejemplo, la peligrosidad de determinados objetos, que pueden fácilmente causar daños (armas de guerra, por ejemplo, cuya posesión está prohibida a los particulares), entonces el comiso *no será una sanción* sino una *medida de policía*, y podrá adoptarse aun en el caso —excepcional— de que el particular que lo sufra no haya cometido una infracción» (p. 357); y en relación con la aplicación de medidas de protección de la legalidad urbanística a consecuencia de la comisión de un delito urbanístico, HUERGO LORA (2007: pp. 229 y 437) advierte con razón que tendrían que contemplarse como *accesorias* respecto del supuesto de hecho delictivo en el contexto punitivo, porque sería «impensable» que aquellas medidas, cuyo fin es la protección de intereses públicos y de terceros, pudieran quedar sin efecto por alguna circunstancia subjetiva del sujeto afectado, «pues ello equivaldría a reconocer que se admite un daño a esos intereses públicos o de terceros» (p. 229); por esto «una de las principales consecuencias de la calificación *no sancionadora* de las multas coercitivas y las medidas de protección de la legalidad urbanística es la posibilidad de *acumularlas* (accesoriamente) a las sanciones propiamente dichas» sin infringir el principio *non bis in idem* (p. 437).

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014): «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador», en *Revista de Administración pública*, 195 2014, pp. 135-167.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2006): en L. GRACIA/M. A. BOLDOVA/C. ALASTUEY, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1969): *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX*, reedición de la edición de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco, «Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental», en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (dir.)/Rafael LARA GONZÁLEZ (coord.): *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.
- ARANA, Juan (2001): *Materia, Universo, Vida*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- AST (2010): *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina (1998): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (1996): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho administrativo español», en Santiago MIR PUIG/Diego M. LUZÓN PEÑA (eds.): *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 15-34.
- BARBERO SANTOS, Marino (1957): «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Revista de Derecho Mercantil*, 1957, pp. 285-336.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003): *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11ª ed., Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- BINDING, Karl (1913): *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Leipzig, 1913, Verlag von Félix Meiner, reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1975.
- BLUM, Heribert (2016): en Heribert BLUM/Kathi GASSNER/Sebastian SEITH, *Nomos Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1ª ed., Nomos Kommunal- und Schul- Verlag, Baden-Baden, 2016.
- BOHNERT, Joachim (2010a): *OWiG. Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht*, 3ª ed., C. H. Beck, München 2010.

- (2010b): *Ordnungswidrigkeitenrecht (Lehrbuch)*, 4<sup>o</sup> ed. C. H. Beck, München 2010.
- BOHNERT, Joachim/KRENBERGER, Benjamin/KRUMM, Carsten (2018): *OWiG. Ordnungswidrigkeitenrecht. Kommentar*, 5<sup>o</sup> ed., C. H. Beck, München 2018.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2013): «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios penales y Criminológicos*, 33 2013, pp. 219 ss.
- (2016a): «La responsabilidad penal de las Personas jurídicas», en Carlos ROMEO/Esteban SOLA/Miguel Ángel BOLDOVA (coords.), *Derecho penal. Parte General*, Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 349 ss.
- (2016b): en Luis GRACIA/Miguel Ángel BOLDOVA/Carmen ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5<sup>o</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (1<sup>o</sup> ed., 1998; 2<sup>o</sup> ed. 2000; 3<sup>o</sup> ed., 2004; 4<sup>o</sup> ed., 2012).
- BOLDOVA/RUEDA (2011): «La responsabilidad penal de las Personas jurídicas en el Derecho Penal Español», en Pieth/Ivory (eds.), *Corporate criminal liability*, Springer Verlag, Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 271 ss.
- BONNARD, Hervé (1978): *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale du fait d'autrui*, Presses Universitaires de France, Paris, 1978.
- BOSCH, Nikolaus (2002): *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.
- BRENDER, Markus (1989): *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble, Freiburg/Berlin, 1989.
- BRUNS, Hans Jürgen (1931): *Können die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?. Zugleich ein Beitrag zur Methodik der Rechtsanwendung im Strafrecht und zur strafrechtlichen Beurteilung der Einmannsgesellschaft*, Strafrechtliche Abhandlung, Heft 295, Breslau, 1931, reprint de Keip/Yushodo, Frankfurt am Main/Tokyo, 1977.
- (1938): *Die Befreiung des Strafrechts von zivilistischen Denken*, Nicolaische Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1938.
- (1958): «Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung. Zur Regelung des 'Handelns für einen anderen' im Entwurf des Grossen Strafrechtskommission», *Juristenzeitung*, 1958, pp. 461-464.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2004): *Nuevo sistema de Derecho penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006): *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.
- CALVO CHARRO, María (1999): *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999.



- CANO CAMPOS, Tomás (2009): «La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico», *Documentación Administrativa*, 284-285 2009, pp. 83-119.
- (2010a): «Medio ambiente, potestad sancionadora», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
  - (2010b): «Tráfico y seguridad vial, potestad sancionadora», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
  - (2011a): «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *Revista de Administración pública*, 184 2011, pp. 79-119.
  - (2011b): *Las sanciones de tráfico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
  - (2014): *Las sanciones de tráfico*, 2ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.
  - (2016): «El autismo del legislador: la 'nueva' regulación de la potestad sancionadora de la administración», *Revista de Administración pública*, 201 2016, pp. 25-68.
  - (2018): *Sanciones administrativas*, Francis Lefebvre, 2018.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2001): *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo/CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo (1995): *Derecho administrativo sancionador*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995.
- CARTIER, Pierre (1977): «Notion et fondement de la responsabilité du chef d'entreprise», en *Journées d'Etudes de l'Institut de l'Entreprise*, Ed. Masson, Paris/New York/Barcelona/Milan, 1977.
- CASTEJÓN, Federico (1950): *Faltas penales, gubernativas y administrativas*, Madrid, 1950.
- CEREZO MIR, José (1975): «Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1975, pp. 159 ss.
- (1998): *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
  - (2001): *Curso de Derecho penal español. Parte General III*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
  - (2004): *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004.
- CERVILLA GARZÓN, Mª José/JOVER RAMÍREZ, Mª Carmen (2017): *Manual básico de Derecho administrativo sancionador del trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017.
- CID MOLINÉ, José (1996): «Garantías y sanciones», *Revista de Administración pública*, 140 1996, pp. 131-174.

- CIGÜELA SOLA, Javier (2015): *La culpabilidad colectiva en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- (2016): «El injusto estructural de la organización», en *InDret* 1/2016.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999): *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUADRADO RUIZ, M<sup>o</sup> Ángeles (2007): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante ... ¿Un paso hacia atrás?», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 12 2007, pp. 121 ss.
- CUERDA RIEZU, Antonio (2009a): «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2009, pp. 157-209.
- (2009b): «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2009, pp. 211-252.
- CUETO PÉREZ, Miriam (2008): «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación Administrativa*, 280-281 2008, pp. 95-117.
- DANNECKER, Gerhard (2001): «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101 ss.
- DE CASTRO, Federico (1981): *La persona jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis/PÉREZ MACHÍO, Isabel (2013): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados», en José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.)/Norberto DE LA MATA BARRANCO (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 129 ss.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel/ARIÑO ORTÍZ, Gaspar (1983): *La actividad de la Administración*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- DE PALMA DEL TESO, M<sup>o</sup> Ángeles (1996): *El principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- (2001): «La culpabilidad», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho administrativo*, n<sup>o</sup> 1 extraordinario, 2001, pp. 29-52.
- (2010a): «Principio de culpabilidad: causas de extinción y atenuación de la responsabilidad», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- (2010b): «Principio de culpabilidad: Definición y aplicación a las personas físicas», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.

- DEL REY GUANTER, Salvador (1990): *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Madrid, 1990.
- DELEUZE, Gilles/GUATTARI, Félix (2015): *¿Qué es filosofía?*, 11ª ed., Ed. Anagrama, Barcelona, 2015.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2013): *El vigor de las leyes: el campo semántico validez en el Diccionario de autoridades*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2013.
- DENNINGER, Erhard (2012): «Polizeiaufgaben», en Hans LISKEN/Erhard DENNINGER, *Handbuch des Polizeistrafrechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 188-294.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (2015): *Sistema de Derecho civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2012a): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret* 1/2012.
- (2012b): «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», en *Jueces para la Democracia*, 73 2012, pp. 48-64.
- DUBBER, Markus Dirk (2005): «Strafrechtsdogmatik als Botanik», en Roland HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Carl Haymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 245-256.
- EHRHARDT, Anne (1994): *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- ENGISCH, Karl (1953): *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.
- (2010): *Einführung in das juristische Denken*, 11ª ed., Verlag Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 2010.
- ESCUCHURI AISA, Estrella (2004): *Teoría del concurso de delitos y de leyes*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- ESER, Albin (1969): *Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1969.
- ESSER, Joseph (1949): *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates*, Springer Verlag, Wien, 1949.
- (1969): *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen*, 2ª ed., Vittorio Klostermann, Frankfurt/M., 1969.

- FARALDO CABANA, Patricia (2015): «Las penas», en Memento Experto Francis Lefebvre, *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid, 2015, pp. 113 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2003): «¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?», en Eduardo MONTEALEGRE (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal II*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 349-384.
- (2011): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, pp. 65 ss.
  - (2016a): «Los requisitos del art. 31 bis 1», en Miguel BAIJO/Bernardo FEIJÓO/Carlos GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 91 ss.
  - (2016b): «Las consecuencias jurídicas del delito», en Miguel BAIJO/Bernardo FEIJÓO/Carlos GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 273 ss.
  - (2016c): *El delito corporativo en el Código penal español*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ CASTRO, Telmo (2000): *La construcción de los cielos*, Espasa Minor, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2017): en Eduardardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, 18ª ed., Thomson/Reuters, Pamplona, 2017.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (2001): «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en Gonzalo QUINTERO/Fermín MORALES (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, pp. 273 ss.
- (2010): «Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010», *Revista de Derecho penal*, 31 2010, pp. 43-72.
  - (2013): *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.
- FERRARA, Francesco (2006): *Teoría de las personas jurídicas*, traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury, edición y estudio preliminar a cargo de José Luis Monerero Pérez y Cristóbal Molina Navarrete, Ed. Comares, Granada, 2006.
- FOUCAULT, Michel (1966): *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Ed. Gallimard, Paris, 1966.

- FRANK, Reinhart (1917): «Unternehmerdelikte und Zuwiderhandlungen gegen das Höchstpreisgesetz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1917, pp. 28-40.
- FRISCH, Wolfgang (2013): «Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung», en ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 349-374.
- FUSTER ASENCIO, Consuelo (2001): *El procedimiento sancionador tributario*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso (2012): «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la L. O. 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», en Carlos ROMEO CASABONA/Fátima FLORES MENDOZA (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 503 ss.
- (2017): *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GALLARDO CASTILLO, María Jesús (2008): *Los principios de la potestad sancionadora*, Iustel, Madrid, 2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992): «Sobre los modos de conocer el Derecho o de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11 1992, pp. 193 ss.
- (2008): «Sobre el *ius puniendi*: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», *Documentación administrativa*, 281-282 2008, pp. 11 ss.
- (2011): «Responsabilidad jurídica», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 1 2011-2012, pp. 125-132.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (2011): en Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 385 ss., pp. 637 ss., y pp. 975 ss.
- GARCÍA CAVERO, P. (2012): «Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 16, 2012, pp. 55 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1976): «El problema jurídico de las sanciones administrativas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10 1976, pp. 399-430.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2017a): en García de Enterría/T. Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo I*, 18ª ed., Civitas/Thomson/Reuters, Pamplona, 2017.

- (2017b): *Curso de Derecho Administrativo II*, 15ª ed., Civitas/Thomson Reuters, 2017.
- GARCÍA GÓMEZ, Antonio (2002): *La simple negligencia en la comisión de infracciones tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (2017): *Sanciones administrativas*, 4ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017.
- GARCÍA INDA, Andrés (2001): *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1983): *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis (2016): *La personalidad jurídica en el Derecho español*, 2ª ed., Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2016.
- GEIGER, Thomas (2006): *Die Rechtsnatur der Sanktion*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2001): «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 355 ss.
- GÖHLER, Erich/GÜRTLER, Franz (2017): *Ordnungswidrigkeitengesetz*, Beck'sche Kurz-Kommentare, 17ª ed., C. H. Beck, München 2017.
- GÓMEZ-JARA, Carlos (2005): *La culpabilidad empresarial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- (2010): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal», en *Diario La Ley* n° 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 1 ss.
- (2016): «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)», en M. BAJO/B. FEJÓO/C. GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 121 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012): «Falsa alarma, o por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*», en Santiago MIR PUIG/Mirentxu CORCOY (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, pp. 331-383.
- (2017): «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo», en Jon Mirena LANDA GOROSTIZA/Miren ORTUBAY FUENTES/Enara GARRO CARRERA (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código penal tras la reforma de 2015*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 247-284.

- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2008): *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2008.
- (2015): *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2ª ed., Aranzadi, 2015.
  - (2017): «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento», *Revista de Administración pública*, 203 2017, pp. 57-88.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel/SANZ RUBIALES, Íñigo (2013): *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 3ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2013.
- (2017): *Derecho administrativo sancionador. Parte General*, 4ª ed., Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2015): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 151-210.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2014): «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en PALMA/GONZÁLEZ TAPIA, *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo (2014): *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÖTZ, Volkmar/GEIS, Max-Emanuel (2017): *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 16ª ed., C. H. Beck, München, 2017.
- GRACIA MARTÍN, Luis (1985): *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
- (1986a): *El actuar en lugar de otro en Derecho penal II, Estudio específico del artículo 15 bis del Código penal español*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.
  - (1986b): *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986.
  - (1993): «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad penal*, 16 1993, pp. 213 ss.
  - (1994): «Die Strafbarkeit von Handlungen und Unterlassungen im Unternehmen nach spanischem und deutschem Recht», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag KG, 1994, pp. 13 ss.
  - (1995): «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho penal*

*económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 81 ss.

- (1996a): «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en Santiago MIR PUIG/Diego M. LUZÓN PEÑA (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 35-74.
- (1996b): en Luis GRACIA/Miguel Ángel BOLDOVA/Carmen ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- (2001a): «Prólogo» al libro de José Luis Castillo Alva, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.
- (2005a): «Las llamadas ‘consecuencias accesorias’ en el Código penal español como reacciones jurídicas al delito», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 17 2005, pp. 195-244.
- (2005b): *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- (2006a): en Luis GRACIA/Miguel Ángel BOLDOVA/Carmen ALASTUEY, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- (2006b): *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona, 2006.
- (2008): voz «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Javier BOIX/Paz LLORIA, *Diccionario de Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2008.
- (2010): «La responsabilidad penal de los administradores y representantes de la empresa por delitos especiales», en J. R. SERRANO-PIEDCASAS/E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Ed. Colex, Madrid, 2010, pp. 85 ss.
- (2011): «Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código penal español», en José URQUIZO/Manuel ABANTO/Nelson SALAZAR (coordinadores), *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*, vol. I, Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial, Lima, 2011, pp. 159-188.
- (2014a): «La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», en E. GIMBERNAT/L. GRACIA/E. PEÑARANDA/M<sup>o</sup>. A. RUEDA/C. SUÁREZ/J. URQUIZO, *Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas II. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, Gaceta penal & procesal, Lima, 2014, pp. 107-149.
- (2014b): «La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad



- entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», en *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, 2014-2 (septiembre): pp. 16-80.
- (2015): «La inexistente responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», en *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, 2015-2 (septiembre), pp. 149-209.
  - (2016a): en Luis GRACIA/Miguel Ángel BOLDOVA/Carmen ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
  - (2016b): «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-05 2016.
  - (2016c): «Construcción arbitraria y quebranto de conceptos jurídicos fundamentales en el sociologismo y la política criminal libres de empirismo y de Dogmática jurídica», *Revista General de Derecho penal*, 26 2016.
  - (2016d): «Concepto, función y naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del delito», *Revista penal*, 38 2016, pp. 147-225.
  - (2016e): «La serie ‘infracción-culpabilidad-sanción’ desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del Derecho», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 18-18, 2016.
  - (2017a): «¿Tiene hoy sentido —y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance— algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?», en Jesús SILVA SÁNCHEZ et al. (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2017, pp. 115-128.
  - (2017b): voz «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: modelos teóricos», en Javier BOIX/Paz LLORIA, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017.
  - (2017c): voz «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación legal», en Javier BOIX/Paz LLORIA, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017.
  - (2017d): voz «Responsabilidad penal de los administradores y representantes de las personas jurídicas», en Javier BOIX/Paz LLORIA, *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017.
  - (2018a): «Sobre las inconcebibles naturaleza y función penales y sancionatorias de las erróneamente denominadas ‘penas’, medidas de seguridad ‘penales’ u otra especie de sanciones ‘penales’ aplicables a personas jurídicas», en Paz DE LA CUESTA AGUADO et. alt., *Liber Amicorum. Estudios*

- jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Juan M<sup>o</sup> Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 487-505.
- (2018b): «Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica», en Carlos GÓMEZ-JARA (ed.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 209-240.
  - (2018c): «Persona jurídica y Derecho sancionador administrativo», en Fermín MORALES et al (eds.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 577-601.
  - (2019): «A vueltas con el concepto de consecuencias accesorias del delito», en Manuel CANCIO MELIÁ et. al. (eds.) *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 2, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1.395-1.410.
- GRECO, Luis (2009): *Lebendiges und totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- (2010): *Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
  - (2015): «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 515 ss.
- GUARDIOLA LAGO, M<sup>o</sup> Jesús (2004): *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GÜNTERT, Lothar (1983): *Die Gewinnabschöpfung als strafrechtliche Sanktion*, Peter Deubner Verlag, Köln, 1983.
- GUSY, Christoph (2017): *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10<sup>o</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- HAFT, Fritjof (1992): «Derecho y lenguaje», en Arthur KAUFMANN/Winfried HASSEMER, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. de Gregorio Robles, Ed. Debate, Madrid, pp. 219-238.
- HARDWIG, Werner (1957) *Die Zurechnung*, Cram de Gruyter, Hamburg, 1957.
- HEINE, Günther (1995): *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.
- HEMPPEL, Carl/OPPENHEIM, Paul (1936): *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Leiden, 1936.
- HENKEL, Heinrich (1968): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968.

- HIRSCH, Hans Joachim (1989): «Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn /München, 1989, pp. 699-722.
- (1993): *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.
- HOLD V. FERNECK (1903): *Die Rechtswidrigkeit I*, Jena, 1903.
- HOLLANDS, Martin (2005): *Gefahrenzurechnung im Polizeirecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.
- HORN, Dieter (1966): *Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- HUERGO LORA, Alejandro (2007): *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2010): en M. REBOLLO/M. IZQUIERDO/L. ALARCÓN/A. M. BUENO, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Madrid, 2010.
- JAKOBS, Günther (2002): «Strafbarkeit juristischer Personen?», en Cornelius PRITZWITZ et al. (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, pp. 559-576.
- (2003): «La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal», en MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D. F., 2003, pp. 69 ss.
- (2004): *Dogmática del Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- (2011): *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.
- (2012a): *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. Main, 2012.
- (2012b): «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en AA. VV., *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas/Thomson Reuters, 2012, pp. 169 ss.
- JELLINEK, Georg (1976): *Allgemeine Staatslehre*, reimpression no modificada de la 3ª ed., Verlag Athenäum, Kronberg TS, 1976.
- JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1963): *Tratado de Derecho penal V*, 2ª ed., Ed. Losada, Buenos Aires, 1963.
- JOERDEN, Jan C. (1988): *Strukturen ds strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

- KANT, Immanuel (1956) *Kritik der reinen Vernunft*, Verlag von Félix Meiner im Hamburg, 1956.
- KAUFMANN, Armin (1954): *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN, Arthur (1982): *Analogie und «Natur der Sache»*, 2ª ed., R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg, 1982.
- (1997): *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., C. H. Beck, München, 1997.
- KELSEN, Hans (1923): *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, reimpresión de la 2ª ed. de Tübingen 1923, Scientia Aalen, 1960.
- (1925): *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925.
- (1934): *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, editada por Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- (1960): *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Aufl. 1960*, Mohr Siebeck-Verlag Österreich, Tübingen-Wien, 2017.
- (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, reimpresión, no modificada, de 1990.
- (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, 5ª reimpr. de la trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1995.
- KLESCZEWSKI, Diethelm (2016): *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2ª ed., Verlag Franz Vahlen, München, 2016.
- KÖHLER, Michael (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlin, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2005): *Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 3º, Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- (2010): en José Luis LACRUZ BERDEJO *et. al.*, *Elementos de Derecho civil II, Parte General, vol. 2º, Personas*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2013): en José Luis LACRUZ BERDEJO *et. al.*, *Elementos de Derecho civil I, Derecho de obligaciones, vol. 2º, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- LARENZ, Karl (1979): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York, 1979.
- LAZCANO BROTONS, Íñigo (2006): «La culpabilidad», en Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, Lete argitaletxea-IVAP, Bilbao/Iruña, 2006, pp. 99-112.

- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis (1975): *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- LESCH, Heiko Harmut (1999): *Der Verbrechensbegriff*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999.
- LÓPEZ LÓPEZ, Hugo (2009): *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2010): «Figuras afines: multas coercitivas», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- LÜDERSSEN, Klaus (2012): «Interventionsrecht gegen Unternehmen? –Skizze eines neuen Haftungstypus» en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK, *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 387 ss.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (1992): «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (A propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», *Revista de Administración pública* 129, 1992, pp. 211-240.
- (2010): «Persona jurídica, sujeto activo y responsable de las infracciones administrativas», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2016): *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAIHOLD, Harald (2005): *Strafe für fremde Schuld?*, Böhlau Verlag, Köln/Weimar/Wien, 2005.
- MAIWALD, Manfred (1966): «Der 'dolus generalis'. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1966, pp. 30 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1976): «Multas administrativas», *Revista de Administración Pública*, 79 1976, pp. 9 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992): *La imaginación jurídica*, Ed. Debate, Madrid, 1992.
- MATTES, Heinz (1977): *Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten I*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- MAZA MARTÍN, M. (2018): *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- MAYER, Otto (1924a): *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 3ª ed., München und Leipzig, 1924 (citado por la reimpresión inmodificada y conjunta de los 2 tomos, de Duncker & Humblot, Berlin, 2004).
- MAYER, Otto (1924b): *Deutsches Verwaltungsrecht II*, 3ª ed., München und Leipzig, 1924 (citado por la reimpresión no modificada y conjunta de los 2 tomos, de Duncker & Humblot, Berlin, 2004).

- MEIER, Bernd-Dieter (2006): *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª ed., Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2006.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes (2008): «Los sujetos responsables en la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden social», en *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración*, 78 2008, pp. 93-120.
- MENDONCA, Daniel (2000): *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000 (reimpr. 2008).
- (2003): *Los derechos en juego*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003.
- MIR PUIG, Santiago (2011): *Bases constitucionales del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- (2014): «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, 2014-1, pp. 24 ss.
- (2015): «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, 2015-2, pp. 140 ss.
- MITSCH, Wolfgang (2005): *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., Springer, Berlin/Heidelberg, 2005.
- MITSCH, Wolfgang (2018): «Einleitung», en *Karlsruher Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, 5ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2018.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2016): «Societas peccare non potest ... nec delinquere», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 364 ss.
- MONTORO PUERTO (1965): *La infracción administrativa*, Ed. Nauta, Barcelona, 1965.
- MOREU CARBONEL, Elisa: «Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho», *Revista de Derecho público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 313-362.
- MÜLLER-DIETZ (1979): *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, R.v. Decker's, Heidelberg/Hamburg, 1979.
- NAGLER, Johannes (1903): *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Verlag von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1903.
- NAVARRO CARDOSO (2001): *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- NIETO GARCÍA (2012): *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- NIETO MARTÍN (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, lustel, Madrid, 2008.

- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
- OPPENHEIM (1926): *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1926.
- OPPENHEIM, Paul, véase HEMPEL/OPPENHEIM.
- ORTIZ DE URBINA (2013a): «Sanciones penales contra empresas en España (*hispanica societas delinquere potest*)», en KUHLEN/MONTIEL/ORTÍZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.
- (2013b): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su impacto en el Derecho penal económico», en Jesús M<sup>o</sup> SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 463 ss.
- (2014): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the american way», en MIR/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer/Ibdf, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014. pp. 35 ss.
- PARADA VÉZQUEZ, José Ramón (1972): «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial», en *Revista de Administración pública*, 67 1972, pp. 41-93.
- PAWLIK, Michael (2012): *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- PEMÁN GAVÍN, I. (2000): *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2000.
- PÉREZ ROYO (1972): *Infracciones y sanciones tributarias*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1972.
- (1986): *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.
- PETTOELLO MANTOVANI, Luciano (1962): *Responsabilità per fatto altrui. Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.
- PIZARRO NEVADO, Rafael (1996): «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en J. J. GONZÁLEZ RUS (coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 609-621.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1991): «La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», en *Revista de Administración Pública*, 126 1991, pp. 253 ss.

- (1996): «La potestad sancionadora de la Administración y las garantías constitucionales y penales», en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n° 3, 1996, pp. 49 ss.
  - (2007): «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas», en *Estudios de Derecho judicial*, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 115 2007, pp. 157 ss.
  - (2011): «La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 4 2011.
- RACHOR, Frederik (2012): «Polizeihandeln», en LISKEN/DENNINGER, *Handbuch des Polizeistrafrechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2012, pp. 295-607.
- RADBRUCH, Gustav (1967): «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», originalmente publicado en *Revue internationale de la théorie du Droit*, 12 1938, e incluido como apéndice en RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, editado con una introducción por Arthur Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, pp. 167 ss. (aquí se cita por esta última obra).
- (2003): *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., de Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1932, editada por Ralf Dreier y Stanley L. Paulson, en 2ª ed. en C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- RANDO CASERMEIRO, P (2010): *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RANSIEK, Andreas (2012): «Überlegungen zur strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmensträgers», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK, *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 285 ss.
- REBOLLO PUIG, Manuel (1989): *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración pública, Madrid, 1989.
- (2010a): «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal», en M. REBOLLO/M. IZQUIERDO/L. ALARCÓN/A. M. BUENO, *Derecho administrativo sancionador*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 49-55.
  - (2010b): «Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (principios comunes y aspectos diferenciadores)», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
  - (2014): «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», en *Revista Vasca de Administración pública*, núm especial 99-100 2014, pp. 2.527-2.545.
  - (2015): «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en M. REBOLLO PUIG/E. CARBONELL PORRAS/M. LÓPEZ BENÍTEZ, *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas. Libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 843 ss.



- (2016a): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Revista Ius et Veritas*, 53 2016, pp. 220-245.
  - (2016b): «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y las Administraciones locales*, CEMCi, Granada, 2016, pp. 497-554.
  - (2017): «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en L. J. PAREJO ALFONSO/J. VIDA FERNÁNDEZ (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1041-1078.
- RECASENS SICHES (2008): *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008.
- RECODER VALLINA, Tatiana Sonsoles (2008): «Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de los menores de edad», en *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 19 dic. de 2008, pp. 133 ss.
- RENGIER, Rudolf (2018): en *Karlsruher Kommentar OWiG*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2018.
- ROBLES PLANAS, Ricard (2009): «El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», en *InDret* 2/2009.
- (2011): «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, nº 7705, 29 Sep. 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2009): «La potestad sancionadora administrativa en el ámbito laboral», en *Documentación Administrativa*, 282-283 2009, pp. 199-239.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1977): *Derecho penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977.
- ROGALL, Klaus (2018): «Comentario al § 30 OWiG», en *Karlsruher Kommentar OWiG*, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2018.
- ROSENKÖTTER, Louis (2011): *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 7ª ed., Boorberg Verlag, Stuttgart u. a. 2011.
- ROXIN, Claus (2006): *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006.
- RUDOLPHI, Hans Joachim (1984): «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en Bernd SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, de Gruyter, Berlin, 1984, pp. 69 ss.

- SÁINZ CANTERO, José Antonio (1990): *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando/Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (2015): *Instituciones de Derecho Mercantil I*, 37ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.
- SÁNCHEZ-OSTÍZ, Pablo (2016): «Las normas de las personas jurídicas: ¿cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir!», en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 609 ss.
- SANZ ENCINAR, Abraham (2000): «El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del Derecho», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 2000, pp. 27-55.
- SANZ GANDESEGUI, Francisco (1985): *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1985.
- SAX, Walter (1961): «Über Rechtsbegriffe. Gedanken zur Grenze rechtlicher Begriffsbildung», en *Festschrift für Hermann Nottarp*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, pp. 133-148.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger (2018): *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2018.
- SCHMIDT, Rolf (2018): *Polizei- und Ordnungsrecht*, 20ª ed., Dr. Rolf Schmidt GmbH, Bremen, 2018.
- SCHMITT, Rudolf (1958): *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1958.
- SCHMITT-LEONARDY, Charlotte (2013): *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2013.
- (2016): Comentario al § 30 OWiG, en Heribert BLUM/Kathi GASSNER/Sebastian SEITH, *Nomos Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1ª ed., Nomos Kommunal- und Schul- Verlag, Baden-Baden, 2016.
- SCHROTH, Hans Jürgen (1993): *Unternehmen als Normadressaten und Sanktions-subjekte*, Brühlscher Verlag, Gießen, 1993.
- SCHÜNEMANN, Bernd (1971): *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1971.
- (1979): *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979.
- (1984): «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en Bernd SCHÜNEMANN (ed.) *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1984, pp. 1 ss.

- (1994): «Die Strafbarkeit der juristischen Person aus deutscher und europäischer Sicht», en Bernd SCHÜNEMANN/Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Baus-teine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, pp. 265 ss.
- (1995a): «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 201 ss.
- (1995b): Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 49 ss.
- (2001a): «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *Festschrift für Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2001, pp. 1 ss.
- (2001b): «Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jhartausendwende», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 205 ss.
- (2001c): «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2000, pp. 643 ss.
- (2002a): «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2002, pp. 9 ss.
- (2002b): «Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal», en Bernd SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 24 ss.
- (2002c): «Nuevas tendencias en el concepto jurídico-penal de culpabilidad», en Bernd SCHÜNEMANN, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 112 ss.
- (2003): «Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, pp. 299 ss.
- (2004): *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004.
- (2006a): «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Silvina BACIGALUPO SAGESSE/Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (eds.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 141 ss.
- (2006b): Comentario previo al § 25, en *Leipziger Kommentar I*, 12<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlin, 2006.
- (2008a): «Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert», en: *Strafrecht zwischen System und Telos –Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tübingen 2008, pp. 39 ss.

- (2008b): «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?», en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 429 ss.
  - (2013): «Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, pp. 193 ss.
  - (2014a): «Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 1/2014, pp. 1 ss.
  - (2014b): «La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en Miguel ONTIVEROS (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 497 ss.
  - (2014c): «Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2014, pp. 1 ss.
  - (2016): «Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rücksrittspropaganda», *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 10/2016, pp. 654 ss.
  - (2019): «Comentario al § 14 StGB», en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 13ª ed., de Gruyter, Berlin, 2019.
- SCHWACKE, Peter (2006): *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 4ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2006.
- SEILER, Walter (1967): *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1967.
- SEITH, Sebastian (2016): en Heribert BLUM/Kathi GASSNER/Sebastian SEITH, *Nomos Kommentar Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1ª ed., Nomos Kommunal- und Schul- Verlag, Baden-Baden, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ; Jesús Mª (2013): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en Jesús Mª SILVA SÁNCHEZ (dir.)/Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª/ORTIZ DE URBINA, Íñigo (2006): «El artículo 31.2 del Código penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?», *InDret* 2/2006.
- STRENG, Franz (2002): *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2002.
- SUAY RINCÓN, José (1989): *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

- (1994): «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador», en AA. VV., *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* t. III, La Ley, Madrid, 1994, pp. 2.591-2.603.
- (2008): «La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar», *Documentación Administrativa*, 280-281, 2008, pp. 43-64.
- (2010): «Concepto de sanción administrativa», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Ed. Iustel, Madrid, 2010.
- TIEDEMANN, Klaus (1988): «Die 'Bebussung' von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, pp. 1169 ss.
- (1993): *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*: PPU, Barcelona, 1993.
- (1996): «Strafbarkeit von juristischen Personen?», en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN, *Freiburger Begegnung. Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshof*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 30 ss.
- (1997): «Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado», en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *La Reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pp. 25 ss.
- (2014): *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2014.
- URRUELA MORA (2012): «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*», en Carlos Mº ROMEO CASABONA/Fátima FLORES MENDOZA (eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Comares, Granada, 2012, pp. 465 ss.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, Gabriel de Labroue (1919): *Les personnes morales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1955): «Poder de policía y precio justo: el problema de la tasa de mercado», *Revista de Administración pública*, 16 1955, pp. 11-84.
- VILLEGAS GARCÍA, Mª Ángeles (2016): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters/Aranzadi, Pamplona, 2016.
- VOGEL, Joachim (2012): «Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht», *Strafverteidiger*, 7/2012, p. 427 ss.

- VON FREIER, Friedrich (1998): *Kritik der Verbandstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- VON LISZT, Franz (1922): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 24ª ed., editada por Eb. Schmidt, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1922.
- WELZEL, Hans (1962): *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Vandenhoeck & Rupprecht, Göttingen, 1962.
- (1975): «Kausalität und Handlung», en Hans WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 7-22.
- WOLF, Erik (1930): «Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem», en *Festgabe für Reinhart von Frank II*, Tübingen, 1930.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2002): *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- (2006): *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ZIPF, Heinz (1989): en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1989.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan (1992): *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, Civitas, Madrid, 1992.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1980): «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional 'societas delinquere non potest'», *Cuadernos de Política Criminal*, 11 1980, pp. 67 ss.
- (1994): «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *Cuadernos de Política Criminal*, 53 1994, pp. 613 ss.
- (2013): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2003): *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, 2003.

# FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS (\*)

MATILDE CARLÓN RUIZ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS INCORPORADO A LA LEY 40/2015: SUS DISTINTOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN EN CLAVE COMPETENCIAL, CON EXCLUSIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO.– III. EL FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS: 1. Antecedentes, referentes, sentido y alcance de la posibilidad —que no deber— de funcionamiento «a distancia» de los órganos colegiados. 2. La convocatoria electrónica como regla y las excepciones a la rigidez del orden del día: las sesiones espontáneas como —relativa— novedad. 3. La celebración de sesiones —total o parcialmente— electrónicas: constitución, debate y adopción de acuerdos. 4. La utilización de medios electrónicos en la formalización de lo actuado: actas y certificados.– IV. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL.– BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* La situación de confinamiento impuesta por la declaración del estado de alarma ha llamado la atención sobre las previsiones de la Ley 40/2015 posibilitadoras del funcionamiento electrónico de los órganos colegiados. A su análisis, en el contexto de sus antecedentes, referentes y consecuentes, se dedica este estudio, bajo la premisa de que el uso de medios electrónicos no debe reducir las garantías que para cada miembro en particular y para la colegialidad misma caracterizan a estos peculiares órganos.

*Palabras clave:* órganos colegiados; administración electrónica.

*ABSTRACT:* Confinement measures which have been taken under the «state of alarm» have invited to pay attention to those regulations in 40/2015 Act which allow collegiate bodies to act by electronic means. This study aims to analyse these regulations in the context of their background, referents and consequences with the assumption that the use of electronic means should not reduce those guarantees for every member and the very principle of collegiality which are on the root of this peculiar bodies.

*Key words:* collegiate bodies, e-government.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de mayo de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 23 de junio de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la declaración del estado de alarma ha suscitado múltiples cuestiones jurídicas: la primera, la que supone la propia activación con enorme intensidad de un mecanismo constitucional excepcional que solo había sido aplicado una vez, y en términos bien limitados, durante los más de cuarenta años de vigencia de nuestro texto de 1978 (1). Con ello se ha desencadenado un proceso de creación *in fieri* de todo un régimen jurídico excepcional que el BOE ya ha tenido la eficacia de integrar en un «Código electrónico de la Crisis sanitaria Covid-19» que engorda cada día.

Con todo, la prolongada situación de confinamiento impuesta por tal declaración ha servido por sí misma para sacar a la luz o llamar la atención sobre previsiones que, estando ya presentes en nuestro ordenamiento, eran de muy relativa eficacia práctica. Este es, sin duda, el caso de las previsiones contenidas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRSJP), sobre el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, que en algunos de sus extremos venían siendo de aplicación *virtualmente* anecdótica en el grueso de la actuación de las Administraciones Públicas, pero que en este peculiar momento se han reconocido como una tabla de salvación para permitir mantener la actividad, siquiera en términos de mínimos, de amplios ámbitos de la organización administrativa. Para evitar el marasmo administrativo, si se nos permite la expresión (2).

De hecho, estas previsiones contenidas en la LRJSP han inspirado, sin duda, algunas medidas de urgencia adoptadas en relación con otros órganos colegiados excluidos del ámbito de aplicación de la ley. En concreto, este es el caso de las que mediante Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, han introducido una nueva Disposición adicional tercera en la Ley del Gobierno para posibilitar, por vía excepcional, el funcionamiento electrónico del Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, por más que no se trate —esto es clave— de órganos administrativos colegiados sometidos a las normas de la Ley 40/2015, como bien pone de manifiesto su Disposición adicional vigesimoprimera en relación con los órganos de *gobierno* de los distintos niveles territoriales, tal y como tendremos ocasión de destacar. Así como de las que, apenas veinte días después,

---

(1) Nos estamos refiriendo, evidentemente, a la declaración del estado de alarma que se materializó en el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, que duró un mes (previa autorización de prórroga del Congreso de los Diputados).

(2) La expresión, utilizada a veces con cierta ligereza, parece responder con exactitud a la situación desencadenada por el confinamiento generalizado impuesto por el decreto que declaró el estado de alarma, si nos atenemos a la primera acepción que ofrece el Diccionario de la RAE: «Suspensión total de la actividad de una cosa o de la actividad física o mental de una persona».



mediante el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, han incorporado un nuevo apartado 3 al art. 46 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local para permitir que los órganos colegiados de las entidades locales puedan, también, actuar a distancia en términos de excepcionalidad severamente tasados que tendremos ocasión de comentar (3). Bajo estas premisas de excepcionalidad se superan los recelos de inconstitucionalidad que, de otro modo, generaría la jurisprudencia sentada en las SSTC 19 y 45/2019, sobre las que volveremos.

La utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos administrativos colegiados plantea un reto sencillo y complejo a la vez. Y ello por la elementalísima razón de que el uso de tales medios no debe reducir, sino mantener —y, en su caso, ampliar—, las garantías intrínsecas al funcionamiento de los órganos colegiados que hagan posible la adopción de acuerdos en ejercicio de sus competencias sin merma del derecho de todos y cada uno de sus miembros a participar, en plenitud de derechos, en la toma de decisiones. La especial naturaleza de los órganos colegiados, caracterizados por que son varios los sujetos que, en su consideración de miembros —en su caso, representativos de determinadas Administraciones, órganos o colectivos—, confluyen en la fijación de la voluntad del órgano, impone especiales reglas de funcionamiento que requieren su pleno respeto en el «entorno electrónico», lo que exige las necesarias adaptaciones y cautelas.

A comentar estas previsiones se dedicarán las páginas que siguen, con una vocación eminentemente práctica.

## **II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS INCORPORADO A LA LEY 40/2015: SUS DISTINTOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN EN CLAVE COMPETENCIAL, CON EXCLUSIÓN DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO**

El régimen de los órganos colegiados contenido en la Ley 40/2015 se presenta en línea de continuidad con la legislación anterior y, en particular, con las previsiones contenidas en la Ley 30/1992, a salvo dos apreciaciones. Una, de orden competencial, por cuanto el legislador de 2015 pretende superar —con muy relativo acierto— las censuras que recibiera la legislación de 1992

---

(3) Esta novedad, introducida en la LRBRL por la disposición final segunda del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, es mucho más correcta técnicamente que la que, con la misma intención, daba contenido a una proposición de Ley presentada en pleno estado de alarma por el Grupo Parlamentario Popular para modificar la disposición adicional vigesimoprimera de la LRJSP con la intención de posibilitar, precisamente, la aplicación de las previsiones del art. 17, que ocupará buena parte de nuestras reflexiones, a los órganos colegiados de gobierno de las Entidades locales (la proposición se puede consultar en BOCD, serie B, núm 77-1 de 6/04/2020). Y viene a colmar la imprescindible exigencia de cobertura legal específica de unas medidas de contingencia ante la necesidad ineludible de continuidad del gobierno local que reclamaran I. ALAMILLO DOMINGO y J. VALERO TORRIJOS (2020).

en la STC 50/1999, de 6 de abril. Y otra, la que se refiere precisamente a la ampliación de las posibilidades de uso de los medios electrónicos en la gestión de los órganos colegiados que ya se apuntara, durante la vigencia de la Ley 30/1992, en la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La STC 50/1999 declaró, en efecto, la inconstitucionalidad de varios preceptos del Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992 —en la redacción dada por la Ley 4/1999—, relativos a los órganos colegiados, por considerar que excedían de lo básico por resultar demasiado detallados y minuciosos al regular las figuras del presidente (art. 23 en sus dos apartados), del secretario (art. 25, apartados 2 y 3) y de los miembros de los órganos colegiados (art. 24 en sus tres apartados), así como al determinar el contenido de las actas (art. 27, apartados 2, 3 y 5). No así las previsiones del art. 22, que determinaba el régimen jurídico aplicable a los órganos colegiados, y las del art. 26, en relación con las convocatorias y sesiones, en este último caso por cuanto no habían sido objeto de los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña y la Junta de Castilla y León.

El Tribunal asume que al aprobar tales preceptos el Estado habría ejercido la competencia relativa al establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ex art. 149.1.18<sup>ª</sup> CE, en función de la cual a él corresponde establecer «los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas». La virtualidad de este título queda condicionada —en el FJ 3— por la consideración de que el alcance de estas bases será menor «en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas» frente a las que inciden más directamente en su actividad externa, por cuanto el objetivo fundamental, que no único, de estas bases es garantizar «a los administrados un tratamiento común ante ellas». Pero, sobre todo, por la apelación —con cita de la STC 147/1991— a la doctrina conforme a la cual la fijación por el Estado del común denominador normativo que encierran las bases no puede materializarse «con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo». Este es el argumento que, sin más razonamiento que apelar a la simple lectura de los preceptos, sirve en el FJ 7 para justificar la inconstitucionalidad de los arts. 23.1 y 2, 24.1 y 3, 25.2 y 3, por más que se afirme que las normas básicas puedan prever la existencia de las figuras del presidente y del secretario (4). En los términos del

---

(4) La sentencia afirma expresamente que «las Comunidades Autónomas recurrentes admiten que las normas básicas pueden prever la existencia de las figuras del presidente y

FJ 8, por lo que hace a los apartados 2, 3 y 5 del art. 27, relativos a las actas de las sesiones, la censura de exceso en extensión y detalle se concreta en la «regulación acabada del contenido de las actas o incluso en el procedimiento de elaboración de las mismas, señalando incluso plazos concretos (...) o la sesión en la que deben aprobarse las actas», así como en la consagración del derecho de los miembros a hacer constar en las actas sus votos contrarios a los acuerdos, sus abstenciones, el sentido de sus votos favorables o de los particulares.

No dejando de ser discutibles las conclusiones alcanzadas por el Tribunal (5), por cuanto —particularmente en su FJ 6— declara de plano la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos sin ofrecer orientación sobre el posible núcleo de lo básico, el modo en que el legislador de 2015 pretendió enmendar estos vicios depara sorpresas llamativas, por cuanto restringe la aplicación de algunas de sus reglas imprescindibles a la Administración General del Estado, yendo más allá que la propia sentencia.

En rigor, tal y como establece el propio art. 15.1 LRJSP, en términos idénticos al precedente art. 22.1 de la Ley 30/1992 —cuya constitucionalidad, como advertíamos, fue confirmada por la STC 55/1999—, las reglas de la Sección en la que se incardina determinarán el régimen jurídico de los «órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas» —según reza el propio título de la Sección, 3º del Capítulo I del Título Preliminar— «sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en las que se integran» (6). Con todo, este artículo inicia la Subsección primera que,

---

del secretario y, por ello, no impugnan el art. 25». Extremo este inexacto, dado que el único apartado del art. 25 que no impugnan, el primero, solo se refiere al secretario, pero no al presidente del órgano colegiado, regulado en el art. 23, cuyos dos apartados son impugnados y declarados inconstitucionales.

(5) Sobre la sentencia, F. GONZÁLEZ NAVARRO (1999: *in totum*) y J. VALERO TORRIJOS (2002: *in totum*).

(6) En efecto, tanto este apartado como el siguiente —referido a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales o los que estén compuestos de representaciones de distintas Administraciones Públicas, en cuyo caso podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento— son idénticos a los correlativos apartados 1 y 2 del art. 22 de la Ley 30/1992, cuya constitucionalidad confirmó la STC 50/1999. El apartado 3 del art. 15 de la Ley 40/2015 —sin correlato en la Ley 30/1992— exige la publicación en el Boletín Oficial que corresponda del acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros. Esta exigencia no sería aplicable, pues, en el caso de órganos colegiados cuya actuación tenga carácter preceptivo, parafraseando el criterio alternativo que, conforme al art. 5.1 de la misma LRJSP, cualifica como órgano administrativo una unidad administrativa del art. 56. E. CARBONELL PORRAS (2016: 240-242) pone de manifiesto las incoherencias que demuestra esta interpretación literal, acertando al sugerir que probablemente lo que descarte —con buena lógica— el precepto es la publicación de la creación de grupos de trabajo u otras unidades de composición plural que no respondan, propiamente, a la condición de órganos.

bajo el título «Funcionamiento» (arts. 15 a 20), se aplica sin duda a todos los órganos colegiados de cualesquiera Administraciones Públicas —sin perjuicio de la salvedad recién transcrita—, mientras que la Subsección 2ª, integrada por los arts. 19 al 21, se refiere estrictamente a los órganos colegiados de la AGE —incluyendo la Administración institucional estatal- (7), tal y como confirma el apartado 2.a) de la disposición final decimocuarta. El reparto de preceptos entre una y otra Subsecciones no encuentra, sin embargo, explicación en todos sus extremos ni siquiera en la más escrupulosa de las lecturas de la sentencia constitucional.

La Subsección 1ª integra, en efecto, junto con el citado art. 15, que determina el régimen jurídico de los órganos colegiados en los términos que han quedado descritos; el 16, referido al secretario —en punto a su obligada existencia en condición de miembro o no del órgano (ap. 1), a sus funciones básicas (ap. 2) y, de forma indirecta y fragmentaria, a la suplencia (ap. 3) (8)—; el 17, relativo a la convocatoria y sesiones de los órganos colegiados, y el 18, relativo a las actas (en cuanto a su obligada elaboración, su contenido, y elementos para su aprobación). Nada se incorpora en esta Subsección que es de aplicación general a los órganos colegiados de todas las Administraciones Públicas acerca del presidente —sobre cuyo carácter básico, recordemos, se pronunció expresamente la STC 50/1999 (9)— y de los miembros de los órganos colegiados, respecto de los que sí se contienen previsiones en la Subsección 2ª, de aplicación específica a la AGE: arts. 19.2 (funciones y suplencias) y 19.3 (derechos y suplencias), respectivamente. Mientras que los preceptos contenidos en esta misma Subsección 2ª respecto de la figura

---

(7) Este reparto en dos Subsecciones dentro de una Sección incardinada en la Ley 40/2015 es, con todo, un avance respecto del planteamiento original de los Anteproyectos de las Leyes 39 y 40, pues entre ellos se escindían los contenidos de lo que ahora se integra, respectivamente, en una y otra Subsecciones. Seguramente esta integración completa en la Ley 40/2015 del régimen de organización y funcionamiento de los órganos colegidos se deba a las acertadas críticas vertidas por el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Dictamen 274/2005, de 24 de abril de 2015, ap. 1.3.a). No obstante, ni este dictamen, ni el que se pronunció sobre el Anteproyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común (Dictamen 275/2015, de 29 de abril de 2015) hacen crítica alguna, desde el punto de vista del alcance de las bases, respecto del contenido de las previsiones trasvasadas a la Subsección 2ª.

(8) Obsérvese que el propio apartado 1 y, correlativamente, el apartado 3 —que dice literalmente que, «en caso de que el secretario no miembro sea suplido por un miembro del órgano colegiado, éste conservará todos sus derechos como tal»— asumen implícitamente —como no podía ser de otro modo— que la condición de miembro del órgano lleva consigo una serie de derechos que, sin embargo, no quedan fijados en la Ley con carácter básico para los miembros de órganos colegiados de cualesquiera Administraciones distintas a la AGE.

(9) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2018: 138), destaca la mala técnica legislativa en este punto, calificando de incomprensible esta omisión, que también imputa a una lectura errónea de la STC 50/1999.

del secretario (art. 19.4, determinante, por remisión, del régimen general de suplencias, y de la pormenorización de sus funciones) y del contenido de las actas (art. 19.5, en punto al reflejo de la posición exacta de un miembro, en términos de voto o intervención, así como el modo y tiempos de aprobación de aquellas) completan el contenido de los correlativos de la Subsección 1ª sin que se llegue a apreciar con claridad hasta qué punto los extremos que se integran en la Subsección 2ª exceden de lo básico, lo que justificaría la exclusión de su aplicación directa a los órganos colegiados de cualesquiera Administraciones Públicas (10).

Queda así confirmado que el legislador estatal, dada la experiencia con la Ley 30/1992 en este punto, se ha embridado severamente —excesivamente, diríamos— en la fijación de las bases del régimen de los órganos colegiados (11). Con ello, es de advertir, no se deja de plantear un problema toda vez que algunas previsiones contenidas en la Subsección 2ª de carácter imprescindible para la configuración y funcionamiento de los órganos colegiados, como las relativas a presidente y miembros, en rigor no vinculan a las Comunidades Autónomas, a las que solo se les aplicarán de forma supletoria. Supletoriedad que es, por otra parte, la única vía de aplicación de ambas Subsecciones para organizaciones peculiares como son las Universidades públicas, a las que —como es bien sabido— la Ley 40/2015 ha negado —sin razón alguna— la condición de Administraciones Públicas (12).

---

(10) La Subsección 2ª incorpora también previsiones, exclusivamente para los órganos colegiados de la AGE, acerca de los requisitos para constituirlos (art. 20, cuyo apartado 1 incorpora un concepto de órgano colegiado); de su clasificación y composición (art. 21), y de su creación, modificación y supresión (art. 22) que son equivalentes a los que al respecto se contenían en la LOFAGE (arts. 38 a 40).

(11) Al respecto es elocuente que de los recursos interpuestos contra la Ley por Comunidades Autónomas —la de Cataluña, en recurso resuelto por la STC 132/2018, de 13 de diciembre, y la de Canarias, cuyo recurso resolvió la STC 33/2019, de 14 de marzo—, ninguno haya planteado duda de constitucionalidad alguna al respecto.

(12) En las Universidades Públicas actúan múltiples órganos colegiados, que no pueden sino ser calificados de administrativos por más que las leyes 39 y 40/2015 hayan optado —sin explicación— por la originalidad de negar su carácter de Administraciones Públicas. En algunos casos, se trata de órganos de «gobierno y representación» —en los términos del art. 13.e) LOU, Consejo Social, Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Juntas de Escuela y Facultad y Consejos de Departamento, que pueden actuar en Pleno o Comisiones. En otros, meramente burocráticos, como las comisiones de acreditación (art. 57.2) o las juzgadoras para el acceso a las plazas de los cuerpos universitarios (art. 62.3), o la Comisión de Reclamaciones (art. 66.2). Tal heterogeneidad no permite ofrecer una respuesta uniforme a las cuestiones que desgranaremos en las páginas que siguen, pues no se puede plantear en los mismos términos una sesión —parcialmente, menos aún, totalmente— a distancia del Claustro (compuesto por 300 miembros representativos, a los que se suman como miembros natos rector, secretario general y gerente), que la de una Comisión de un Departamento, por poner un ejemplo.

La condición de Administraciones Públicas se ha restringido, en efecto, en la LRJSP, según prescribe su art. 2.3, a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público «vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas», en los términos literales del apartado 2.a) del mismo art. 2, al que se remite aquel, lo que solo puede ser entendido propiamente por referencia a las Administraciones Públicas *territoriales*, pues lo contrario supone introducir lo definido en la definición. Bajo estos parámetros, queda descartada la aplicabilidad de las reglas que nos interesan a los órganos de composición plural de las corporaciones de Derecho Público, como los colegios profesionales, como han hecho expreso recientemente, con buena lógica —para el de abogados— varias SSTSJ del País Vasco de septiembre de 2019 (13).

Por otra parte, tal y como advierte la disposición adicional vigesimoprimera de la Ley, a la que tuvimos ocasión de referirnos en la Introducción, las disposiciones que nos ocupan —las relativas a los órganos colegiados— no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los de las Comunidades autónomas y los de gobierno de las Entidades Locales. Y ello por la razón bien evidente de que se trata de órganos que, aun siendo por su composición colegiados, responden más propiamente a una vis política, más que burocrática, que justifica que estén sometidos a reglas específicas —la Ley del Gobierno, en el caso del de la Nación; las correspondientes leyes de gobierno autonómicas y los arts. 46 y 47 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en el caso de las entidades locales—, lo que encuentra reflejo, precisamente, en la excepcionalidad con la que —como veremos, frente a los órganos colegiados propiamente administrativos— las modificaciones normativas de urgencia aprobadas en el contexto del estado de alarma para el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno locales han posibilitado la celebración de sesiones a distancia a través de medios electrónicos. Bajo estos estrictos parámetros quedó enmarcada, de hecho, la constitucionalidad de la posible celebración telemática de sesiones de los órganos colegiados de gobierno en la STC 45/2019, de 17 de marzo, con cita de la previa 19/2019, de 12 de febrero (14), al censurar las previsiones que en la Ley catalana 13/2003, de 5 de noviembre, de la Presidencia de la Generalitat y del Gobierno, introdujo la Ley 2/2018 en claro mimetismo precisamente

---

(13) De 5 de septiembre (Roj: STSJ PV 2624/2019) y 13 de septiembre (Roj: STSJ PV 2659/2019, FJ 3) de 2019, en relación con la Junta General del colegio.

(14) La STC 19/2019, de 12 de febrero, declaró la inconstitucionalidad de las resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña de 22 y 30 de enero de 2018 que posibilitaban que el acto de investidura del presidente de la Generalitat se celebrara con la participación telemática del candidato.

con las novedades introducidas por la LRJSP para facilitar el funcionamiento electrónico de los órganos *administrativos* colegiados.

En las palabras de su FJ 6,

«De cuanto acabamos de exponer se infiere la singularidad del Gobierno como órgano colegiado, lo que excluye que se le puedan trasladar, sin más, las reglas generales sobre uso de medios telemáticos previstas para los órganos colegiados “administrativos”, como hace la norma impugnada. Habrá actuaciones, como la remisión de la documentación preparatoria, las convocatorias o las actas, en las que el uso de medios telemáticos por el Gobierno no plantee ninguna objeción desde la óptica constitucional (15). En cambio, para aquellas otras que constituyen el núcleo de su función, como es la forma de celebrar las sesiones, deliberar y adoptar acuerdos, la conclusión no puede ser la misma».

Y ello apoyándose en un criterio, en definitiva, gradual, que partiendo de la importancia del principio deliberativo en todo órgano colegiado, cualifica a tales efectos los órganos de gobierno por la naturaleza e importancia de sus funciones:

«En efecto, si el ejercicio de determinadas competencias se confía a un órgano colegiado es para que sean varias personas quienes se corresponsabilicen de la decisión y que, antes de ser adoptada esta, se haga por los miembros un previo turno de exposición de los diversos puntos de vista, mediante el intercambio de opiniones, pareceres y enfoques. Si el debate previo no fuera esencial para la adopción de decisiones colectivas, las sesiones del órgano colegiado se podrían sustituir por la comunicación al presidente del criterio individual de cada miembro sobre cada asunto del orden del día, computándose luego el resultado final.

El debate y deliberación previa, ínsitos a toda decisión colegiada, y la forma en que se desenvuelve, es tanto más relevante cuanto mayor importancia revisten las funciones del órgano en cuestión. En un sistema democrático de Estado de Derecho, junto a las del órgano parlamentario, son las decisiones que se adopten por el Ejecutivo, las que mayor repercusión tienen en la vida cotidiana de los ciudadanos. La Constitución, en referencia al Gobierno de la Nación, dispone que “[e]jerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria” (art. 97 CE) y en el ámbito constitucional de sus competencias, también cualquier Gobierno autonómico ejerce las funciones ejecutivas y la potestad reglamentaria que les son propias, tomando decisiones colegiadas para cuyo recto desempeño no es indiferente que el debate sea presencial o a distancia» (FJ 6.A.a) (16).

---

(15) De hecho, la propia LRJSP, mediante el apartado Sexto de su DF 3º, modificó el art. 9 de la Ley del Gobierno, relativo al Secretariado del Gobierno, para contemplar el uso de medios electrónicos en la preparación de las sesiones de los órganos colegiados del Gobierno.

(16) Este planteamiento del Tribunal Constitucional no ha de ocultar, sin embargo, que precisamente en el caso del Gobierno de la Nación o los autonómicos, el principio presidencialista no deja de modular la condición de miembros en sentido pleno de los ministros o consejeros —lo que tiene como criterio correlativo la inexistencia de votaciones en sentido

Frente a ello, las previsiones de la LRJSP acerca del funcionamiento electrónico de los órganos colegiados —contenidas como están en la Subsección 1ª de previa referencia— son de aplicación generalizada, con carácter básico, a todos los órganos *administrativos* de cualesquiera Administraciones Públicas, sin perjuicio de las salvaguardas de los apartados 1 y 2 del art. 15. Tanto las que se contienen en el art. 17, relativo a las convocatorias y desarrollo de las sesiones (17), como las que incorpora el art. 18 respecto de la elaboración y aprobación de las actas de las sesiones. A unas y otras, que constituyen el objeto propio de este estudio, dedicaremos los apartados siguientes, sin perjuicio de poner de manifiesto algunas peculiaridades o matices que se aplicarían exclusivamente, de forma directa, a los órganos de la AGE por estar contenidos en la Subsección 2ª, y de llamar la atención sobre ciertas reglas puntualmente contenidas en la LRJSP respecto de órganos de cooperación administrativa, como son las Conferencias Sectoriales y las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

### III. EL FUNCIONAMIENTO ELECTRÓNICO DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

#### 1. Antecedentes, referentes, sentido y alcance de la posibilidad —que no deber— de funcionamiento «a distancia» de los órganos colegiados

Tal y como hemos tenido ocasión de adelantar, la utilización de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados no es una novedad radical de la Ley 40/2015.

El art. 17, que plantea con carácter general la posibilidad de que los órganos colegiados de las Administraciones Públicas *actúen* a través de medios

---

propio—. Algo en lo que estos órganos colegiados de gobierno se distinguen de los locales, en los que el carácter plenamente representativo de sus miembros, en los términos puros del art. 23.2 CE, cualifica su posición individual. Y ello sin perjuicio de que unos y otros, cuyas diferencias apunta J. VALERO TORRIJOS (2017: 2718-2719), respondan al criterio común de ejercer funciones políticas cualificadas frente a los órganos colegiados meramente administrativos.

(17) De ahí que resulte de muy dudoso acierto técnico la proposición de Ley a la que hicimos mención en la nota 3, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular con la intención de facilitar el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados de las Entidades locales, por la vía de modificar la Disposición adicional vigesimoprimeras de la LRJSP en los siguientes términos: «Las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales excepto en aquellos casos en los que concurran circunstancias excepcionales que impidan a la mayoría de sus miembros acudir presencialmente a los órganos colegiados».



electrónicos (18), encuentra su antecedente inmediato en la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que durante la vigencia de la Ley 30/1992 incorporó tímidamente —pero de forma hábil— previsiones dirigidas a facilitar el uso de medios electrónicos en la gestión de los órganos colegiados.

Conforme a esta Disposición, particularmente en lo previsto en su apartado primero, los órganos colegiados podrían «constituirse y adoptar acuerdos» utilizando medios electrónicos, con respeto a los «trámites esenciales» —en expresión que recuerda a la de «reglas esenciales» contenida en el entonces vigente art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, hoy 47.1.e) de la Ley 39/2015, sobre la que volveremos— establecidos en los arts. 26 (relativo a las convocatorias y sesiones) y 27.1 (relativo al contenido de las actas) de la Ley 30/1992. A la vista de la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley 11/2007 determinado en su art. 2.1.b), hay que entender que estas previsiones se aplicaban a los órganos colegiados de todas las Administraciones Públicas, entendidas en los mismos términos con que —como vimos— se delimitan en el vigente art. 2.3 de la Ley 40/2015 —si bien incluyendo entonces también a las Universidades públicas, de las que no se descartaba su consideración como Administraciones Públicas—.

El apartado 2, por su parte, introducía lo que calificaba de «especialidades» para los órganos colegiados de la AGE. «Especialidades» que no venían, sino, a introducir algunas precisiones sobre cuestiones claves como la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día (ap. a) (19), el régimen de constitución y adopción de acuerdos (ap. b) (20) y las actas (ap. c) (21).

A pesar de la falta de precisión de esta Disposición, en su voluntad de facilitar el uso de medios electrónicos en el funcionamiento de órganos colegia-

---

(18) Se trata de plantear el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, no de plantear una suerte de transfiguración del órgano colegiado por el uso de medios electrónicos en su actuación, como postulara tempranamente, antes incluso de la aprobación de la Ley 11/2007, A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2006).

(19) En cuyos términos literales, después de afirmar —de una forma un tanto retórica— que «deberá garantizarse la realización efectiva de los principios que la legislación establece respecto de la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día», precisaba por referencia —se entiende— al orden del día, que en él se especificarían «los tiempos en los que se organizarán los debates, la formulación y conocimiento de las propuestas y la adopción de acuerdos».

(20) Precizando que debería garantizar «la participación de los miembros de acuerdo con las disposiciones propias del órgano».

(21) Conforme al cual las actas deberían garantizar «la constancia de las comunicaciones producidas» así como «el acceso de los miembros al contenido de los acuerdos adoptados» (sic).

dos acertó a identificar los extremos en los que el uso de estos medios puede resultar delicado o plantear recelos, particularmente en punto a la plena garantía de la posición de todos y cada uno de los miembros del órgano. Tengamos en cuenta, a estos efectos, que son tres los momentos que pueden resultar críticos: el de la convocatoria, con especial atención al orden del día; el del desarrollo de las sesiones, integrando la debida constitución del órgano, en términos de cumplimiento del *quorum* exigido sobre la base de la constatación de la presencia de miembros, presidente y secretario, y la adopción de acuerdos, precedida de la debida deliberación, y, finalmente, el debido reflejo a través del acta de lo acaecido en la sesión y, en particular, en punto a la adopción de acuerdos.

Que en esos tres momentos se garantice la posición de cada uno de los miembros del órgano colegiado es crucial. De hecho, la propia validez de lo acordado depende del cumplimiento de estos extremos, como se extrae —hoy— del vigente art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, como antes del ya mencionado art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, por referencia a los actos que «prescindan —eso sí— *total y absolutamente* (...) de las normas que contienen las *reglas esenciales* para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», en la interpretación que ofrece jurisprudencia consolidada (22).

Identificados estos tres momentos clave en el correcto desenvolvimiento de cualquier sesión del órgano, parece oportuno asumirlos como referencia para estudiar en qué términos han quedado regulados por la LRJSP. No sin antes hacer una referencia al planteamiento general de la Ley a este respecto, contenido en su art. 17.1.

Según este artículo, en su primer párrafo, todos los órganos colegiados de las Administraciones Públicas, en los términos en los que hemos dejado delimitada esta referencia subjetiva, «se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a *distancia*, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario».

Resulta así que se asume con carácter general que los órganos administrativos colegiados pueden funcionar —en todos sus extremos y con carácter alternativo a su funcionamiento presencial— «a *distancia*», en expresión que requiere, por concepto, el uso de medios electrónicos —según hace expresa la

---

(22) De esta jurisprudencia se hace eco R.O. BUSTILLO BOLADO (2019), sistematizándola por referencia a la elaboración y comunicación a los miembros de la convocatoria, al *quorum* de asistencia, al *quorum* de votación —siguiendo la doble acepción contemplada por la RAE— y a la combinación entre aspectos que afectan al desarrollo de la sesión y a su posterior plasmación formal en el acta. J. VALERO TORRIJOS (2017: 2733-2734) menciona también, de forma específica, el orden del día y la propia deliberación como elemento consustancial a la colegialidad, no sin llamar la atención sobre el principio de conservación de los actos que contrapesa, en la práctica jurisprudencial, el alcance real de estos distintos supuestos de incumplimiento de las *reglas esenciales* en función de la verosimilitud de un contenido distinto del acto impugnado de no haberse producido tales incumplimientos.

Exposición de Motivos de la Ley (23)—, y que no se acomoda por igual a todas las acciones que se identifican en el precepto (24). La llamada al reglamento interno del correspondiente órgano para excluir esta regla, de forma expresa y excepcional —lo que exigirá una precisa justificación— debe reconocerse, precisamente por este rasgo de excepcionalidad, de forma flexible, permitiendo modular el alcance de este posible funcionamiento electrónico según en qué fases y con qué condicionantes (25).

El papel de este reglamento interno —que pudiera llegar a ser suplido por un acuerdo del órgano colegiado y, en último término, y para cada sesión, por el criterio del presidente— puede, en efecto, resultar fundamental para acotar el alcance de esta previsión en relación con cada órgano colegiado, que, entendida en sus justos términos, parece claro que permite, que no obliga, que estos órganos actúen a través de medios electrónicos. Total o parcialmente, hay que entender, como de hecho ha especificado alguna ley autonómica aprobada en el marco de la Ley 11/2007 (26). Y sin que ello suponga reconocer necesariamente un derecho subjetivo de sus miembros a concurrir a distancia a las sesiones del órgano colegiado: esto es clave. No es esta, en absoluto, la fórmula que maneja la LRJSP: ni así se desprende del 17.1, ni así se extrae del estatuto del miembro del órgano colegiado que el art. 19.3 contempla para los órganos de la AGE, a diferencia de lo que ocurre —como veremos— en otros ámbitos.

Este planteamiento del legislador *pro* funcionamiento electrónico de los órganos colegiados, siquiera sea en términos de posibilidad, se enmarca, sin duda, en la vocación general del legislador de 2015 por dar pasos definitivos hacia la materialización de la Administración electrónica. Esa Administración «sin papel» que invoca la Exposición de Motivos de la Ley siamesa 39/2015 integraría con naturalidad el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados.

---

(23) Párrafo antepenúltimo del apartado II de la Exposición de Motivos.

(24) En puridad, el término «a distancia» —a los efectos que se pretende— solo es predicable respecto de las acciones de «constituir», «celebrar sus sesiones» y «adoptar acuerdos», dado que «convocar» y «remitir actas» por definición se producen a distancia. Lo determinante es pues, en todos los casos, el uso de medios electrónicos. En rigor, solo en las primeras, como dejó apuntado la STC 45/2019, es delicado el uso de medios electrónicos. Sobre ello volveremos.

(25) De hecho, que esta llamada al reglamento para excepcionar el uso extensivo de medios electrónicos en el funcionamiento de los órganos colegiados implica que, en vía de principio, podrán funcionar empleando estos medios es el argumento principal sobre el que la STC 45/2019 basa la inconstitucionalidad de la ley catalana del gobierno pues, al transcribir miméticamente el art. 17 LRJSP, estaría pretendiendo que el Gobierno de la Generalitat pudiera actuar, con carácter general y ordinario, a distancia, algo que el Tribunal considera intolerable tratándose de órganos de gobierno, y no meramente administrativos.

(26) Este es, de hecho, el caso de la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, según se extrae de sus arts. 13.2 y 18.2.

En rigor, no se puede negar que el uso generalizado de las comunicaciones electrónicas en la vida cotidiana extensa hace inevitable su expansión hacia la actuación administrativa. Expansión inevitable y deseable, en la medida en que eso suponga añadir elementos de eficacia —y eficiencia— a la acción de la Administración (27). La cuestión es si el uso de medios electrónicos debe superar el ámbito de la *comunicación* de la Administración para integrarse en su *actuación* misma. Algo que la propia ley 40/2015 concibe en términos plenos en la «actuación administrativa automatizada», si bien limitado —tal y como se desprende de su art. 41— a actuaciones automatizables, mecánicas, en definitiva, como puedan ser las que supongan el ejercicio de potestad certificante. Frente a ello, el funcionamiento electrónico de los órganos colegiados plantea el reto de garantizar que la voluntad del órgano —como suma de la voluntad de sus miembros configurada a través del imprescindible debate— se produce en un entorno —total o parcialmente— virtual en términos idénticos a los que se producirían en el entorno presencial. Y ello con el horizonte último del vicio de invalidez en que incurriría un acto emitido por órgano colegiado cuya actuación prescindiera —eso sí— *total y absolutamente* de las reglas *esenciales* para la formación de su voluntad.

La generalizada implantación de los medios electrónicos ha supuesto que en otros ámbitos en los que actúan órganos de composición plural se hayan planteado cuestiones parecidas, que no idénticas. Así, en el caso de las Juntas de las sociedades mercantiles, que pueden celebrarse virtualmente, bajo garantías de identidad: en el caso de las anónimas cuando así lo hubieran previsto sus Estatutos (art. 182 del Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital); más limitadamente en el caso de las de responsabilidad limitada, para las que ha sido la Dirección General de los Registros y el Notariado la que, a través de resoluciones, ha dotado de cierta expansividad a la limitada opción del voto emitido mediante correo electrónico que contempla, para todas las sociedades de capital, el art. 189.2 del mismo Texto (28). Y ello en el bien entendido de

---

(27) La reducción de costes por desplazamiento es un argumento que se ha venido aportando, no sin razón, para apoyar el uso de medios electrónicos en el funcionamiento de órganos colegiados: J.M. TRAYTER JIMÉNEZ (2011). Y ello en el bien entendido de que los criterios de eficiencia pueden conducir, lisa y llanamente, a la eliminación de órganos colegiados que pudieran considerarse superfluos, como de hecho consideró necesario el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010, sobre racionalización de estructuras en la Administración General del Estado, lo que dio pie a la aprobación del Real Decreto 776/2011, de 3 de junio, por el que se suprimen determinados órganos colegiados y se establecen criterios para la normalización en la creación de órganos colegiados en la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

(28) Así, la Resolución de 25 de abril de 2017 (BOE de 16 de mayo, disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5421](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-5421)) y de 19 de julio de 2019 (BOE de 7 de agosto, disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-11616)).

que en el contexto del estado de alarma se posibilitó de forma generalizada la celebración mediante videoconferencia de reuniones de los órganos colegiados de gobierno y representación de sociedades civiles y mercantiles, asociaciones y sociedades cooperativas y patronatos de fundaciones en los términos de los apartados 1 y 2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a los que dio nueva redacción la Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ampliando hasta el 30 de diciembre de 2020 estas medidas excepcionales.

La cuestión responde a la misma lógica íntima, aun con obvios matices, cuando se plantea la posibilidad de participar mediante medios electrónicos en los órganos parlamentarios. En el caso del Congreso de los Diputados, en julio de 2011 se introdujo una modificación en los arts. 79 y 82 de su Reglamento para posibilitar el voto telemático de los Diputados, si bien en supuestos tasados verdaderamente impeditivos del desempeño de la función parlamentaria y con la debida autorización de la Mesa de la Cámara, en coherencia con el dato de que la presencia en las sesiones de la Cámara es un deber del parlamentario (29). La Resolución de la Mesa del Congreso de 21 de mayo de 2012 precisa, en términos minuciosos, las estrictas limitaciones temporales y los requisitos de identificación que revisten de garantías lo que se concibe como supuesto excepcional (30). Excepcional porque se plantea, en este caso, en toda su dimensión el valor del debate —el debate parlamentario— como instrumento de la conformación de las posiciones y, en definitiva, del voto del que se hizo eco la ya citada STC 19/2019. Extremo este que responde más propiamente a caracteres convencionales y *representativos*, dada la dinámica de las disciplinas de partido, pero que en todo caso pone de manifiesto la importancia de la propia presencia de los representantes del pueblo en las deliberaciones que conducen a la aprobación de las leyes y de otras mociones y actos de aprobación parlamentaria. Así se demostró dramáticamente durante el estado de alarma, cuando la imagen del hemiciclo prácticamente vacío —en este caso de forma forzosa, y no por el burdo absentismo al que según en

---

(29) En los términos del art. 82.2, en los casos de embarazo, maternidad, paternidad o enfermedad grave en que, «atendidas las especiales circunstancias se considere suficientemente justificado». Es de observar, con todo, que ninguno de los supuestos contemplados en el reglamento daría propiamente cobertura a la justificación de ausencia, justificativa del voto telemático, durante el estado de alarma.

(30) Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 21 de mayo de 2012, para el desarrollo del procedimiento de votación telemática, disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist\\_Normas/Norm/NormRes/21052012vototelem](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/NormRes/21052012vototelem)

qué ocasiones se entregan los diputados— da cuenta de lo poco edificante que resulta la escenificación de un órgano parlamentario de cuyas sesiones formales poco cabría esperar a salvo el automatismo de la emisión del voto.

Coherentemente, no es de extrañar la excepcionalidad con la que conciben la posibilidad de mantener sesiones a distancia de los órganos del Gobierno de la Nación y de los órganos de gobierno de las entidades locales las muy recientes —y de aprobación urgente— previsiones que enunciamos en la introducción y sobre las que volveremos puntualmente. La naturaleza eminentemente política de unos y otros órganos —siendo así que, en rigor, en el primer caso, no hay siquiera ejercicio de voto, sino mera deliberación: además, secreta— hace evidente que en su actuación debe primar la presencialidad. Como así lo ha confirmado la STC 45/2019, en los términos más arriba transcritos, para justificar la inconstitucionalidad de las previsiones de la ley catalana que pretendió aplicar al Gobierno de la Generalitat idénticas previsiones que las contenidas en el art. 17 LRJSP, haciéndose eco —al refutar las alegaciones de la Abogada de la Generalitat— de otras leyes autonómicas que incorporaron previsiones favorables al uso de medios electrónicos en las sesiones de los correspondientes consejos de gobierno. Así, el art. 33 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y los arts. 15 y 18 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y el Gobierno de Aragón, que al postular con carácter general la posibilidad de funcionamiento a distancia de los correspondientes consejos, incurren en una más que dudosa constitucionalidad a la luz de la STC 45/2019, que la ciñe —como sabemos— a «casos justificados, excepcionales y con las oportunas garantías», en los términos del FJ 6.B) (31).

Frente a estos supuestos, la posibilidad de utilizar medios electrónicos en la actuación de los órganos *administrativos* colegiados se plantea en términos distintos. La presencialidad, según respecto de qué órganos y en función de qué asuntos, no ha de resultar siempre y en todo caso imprescindible, lo cual no niega las dificultades que se plantean en la aplicación de medios electrónicos a su funcionamiento. No ya a los efectos de la *comunicación* previa —en la convocatoria— o posterior —para la remisión de las actas de cada sesión— con los miembros del órgano: lo contrario iría en contra de los tiempos. Sino a los del desarrollo mismo de las sesiones, asumiendo que todos o parte de

---

(31) Teniendo en cuenta que el art. 33.1 de la ley andaluza prescribe que «el Consejo de Gobierno podrá utilizar redes de comunicación a distancia o medios telemáticos para su funcionamiento» y el art. 15.3 de la aragonesa afirma taxativamente que «el Gobierno podrá constituirse y adoptar acuerdos mediante el uso de medios telemáticos», a los efectos de lo cual los respectivos arts. 33.2 y 18.3 colocan al secretario del órgano en el papel de garante de la validez de los procedimientos, resulta más que dudosa su constitucionalidad a la luz de la STC 45/2019, por cuanto contemplan la opción telemática con carácter general.

los miembros del órgano colegiado concurren a través de medios electrónicos para, previo el imprescindible debate, configurar a través de la suma de los votos individuales —si es que la votación formal fuera precisa— la voluntad del órgano que se expresa en un verdadero acto administrativo, en su caso definitivo. En este punto nuclear se plantean las verdaderas dificultades del *funcionamiento* electrónico de los órganos colegiados, tal y como apuntara el FJ 6 de la STC 45/2019, más arriba transcrito, para abundar, seguidamente (FJ 6.A.a), por referencia a la previa STC 19/2019,

«en la importancia que reviste la interrelación directa e inmediata en los procesos deliberativos, “pues solo de este modo se garantiza que puedan ser tomados en consideración aspectos que únicamente pueden percibirse a través del contacto personal” [FJ 4 A) b)]. En particular, hemos advertido que el contraste de opiniones y argumentos entre personas que se hallan en lugares distintos no permite percibir las intervenciones espontáneas, los gestos o reacciones —la denominada comunicación no verbal— de la misma forma que en una reunión presencial. La separación física no permite conocer todo lo que está sucediendo en el otro lugar, por lo que el debate puede no discurrir de la misma manera y cabe que la decisión no se decante en el mismo sentido. Por avanzados que sean los medios técnicos que se empleen, una comparecencia telemática no puede considerarse equivalente a una comparecencia presencial [FJ 4 B) b)]».

Todo ello para concluir que “[l]a actuación de forma presencial es, por tanto, necesaria para que los órganos colegiados, en general, puedan formar debidamente su voluntad” [FJ 4 A) b) de la STC 19/2019, transcrito por el FJ 6.A.a de la STC 45/2019].

Superando la rotundidad de esta última afirmación —que los propios términos, ya comentados, de la STC 45/2019 contradicen—, de sus antecedentes se extraen las claves para la interpretación y aplicación de los preceptos que nos ocupan en este estudio. Para el funcionamiento de los órganos colegiados el legislador básico parte de la regla de que sea posible *a distancia*, lo cual debe asumirse como un instrumento de eficacia, sin que la tecnología se convierta en un fin es sí mismo, cuya tiranía pueda imponer más rigideces que ventajas, siendo así que la propia colegialidad y los derechos de todos los miembros del órgano deben quedar asegurados en todo caso, lo que exige arbitrar las garantías técnicas, organizativas y jurídicas imprescindibles que aseguren la identidad e integridad de la expresión de la posición de los miembros que actúen a distancia, posibilitando su pleno intercambio en el debido debate y deliberación. Así debe quedar perfectamente perfilado en las normas que regulen específicamente cada órgano o, en su defecto, a través de un acuerdo del mismo en que se precisen sus reglas de funcionamiento en el marco de lo previsto en la propia LRJSP, asumiendo —en cada sesión— el papel capital que le corresponde cumplir al secretario —al que el art. 16.2 LRJSP, de carácter

básico, impone el deber de «garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas»— y, en último término, al presidente del órgano.

Bajo estas premisas es posible ya abordar los términos concretos en los que la Ley 40/2015 ha concebido el posible funcionamiento electrónico de los órganos de todas las Administraciones públicas en los distintos momentos ya descritos.

## **2. La convocatoria electrónica como regla y las excepciones a la rigidez del orden del día: las sesiones *espontáneas* como —relativa— *novedad***

La convocatoria del órgano colegiado no es en absoluto trivial. Instada por el presidente del órgano y formalizada por el secretario, integra el orden del día fijado por aquél, lo que determina, en vía de principio, los asuntos que serán objeto de conocimiento, deliberación y, en su caso, acuerdo, en la correspondiente sesión. Su debida comunicación a los miembros —acompañada, en su caso, de documentación— es, pues, crucial, para que aquellos concurran —o no— oportunamente a la correspondiente sesión, siendo conocedores de los asuntos a tratar y debidamente informados de los extremos necesarios para formarse una posición previa a la necesaria deliberación colegiada y sucesiva adopción de acuerdos.

Según dispone el apartado 3 del art. 17 LRJSP —como antes el 26.2 de la Ley 30/1992—, los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias en el caso de que este no estuviera previsto en sus normas de funcionamiento, advirtiendo que tal régimen podrá prever una segunda convocatoria especificando el *quorum* preciso en tal caso. Sobre ello volveremos. Conviene ahora precisar, con todo, que tal advertencia implica, aunque no lo haga expreso el precepto, que la convocatoria debe especificar el lugar, fecha y hora en la que se celebrará la sesión —incluyendo, en su caso, una referencia horaria para la mencionada segunda convocatoria—, siendo así que el plazo mínimo —ahora— de dos días —y no de 48 horas— para su comunicación ya solo se predica para los órganos de la AGE ex art. 19.3.a) LRJSP (32). En ella se integrará, en todo caso, tal y como sí hace expreso el segundo apartado del mismo art. 17.3, el orden del día —cuya fijación es

---

(32) J. VALERO TORRIJOS (2017: 2737) llama la atención sobre el cambio de las 48 horas especificadas en la Ley 30/1992 a los días que ahora contiene el art. 19.3.a) LRJSP para la AGE, advirtiendo de la relevancia del cambio toda vez que el art. 30.2 de la Ley 39/2015 declara inhábiles los sábados, pero tampoco se debe perder de vista que el propio apartado 1 del mismo art. 30, en su segundo párrafo, precisa que no podrán computarse en horas los plazos que excedan las 24.



competencia del presidente, según hace expreso el art. 19.2.b) para la AGE, a salvo la toma en consideración de las peticiones de los miembros (33)—, al que se acompañará la documentación necesaria para su deliberación «cuando sea posible» —en expresión un tanto laxa—. La convocatoria deberá especificar también «las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en los que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión», extremos todos estos que solo cobran sentido en relación con las sesiones virtuales o que permitan la participación a distancia, y para las que serán cruciales, tal y como tendremos ocasión de precisar.

Lo que interesa en este momento es destacar que según este mismo párrafo del art. 17.3 —en este caso como novedad frente a la Ley 30/1992— las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos «salvo que no resulte posible» —o lo hubiera excepcionado de forma motivada el reglamento del órgano, ex apartado 1 del mismo art. 17—. Como fiel reflejo de los tiempos, el envío electrónico es, pues, la regla, y ello con independencia de que la sesión vaya a ser presencial o —total o parcialmente— a distancia. El precepto de referencia no introduce, con todo, más precisiones, lo que supone que, más allá de que —evidentemente— debe garantizarse y constatarse la debida recepción por todos los miembros, en tiempo y forma, de la convocatoria y la documentación que la acompañe, no se aplican —con toda lógica— a estas comunicaciones las exigencias de las notificaciones electrónicas impuestas por el art. 41 de la Ley 39/2015 (34). Es responsabilidad del secretario, como especifica el art. 19.4.b) respecto de los órganos de la AGE, garantizar esta comunicación, que podrá producirse, en su caso, a través de una Intranet o mediante el correo electrónico, supuesto en el que resultará sin duda especialmente favorable la utilización de las direcciones institucionales de correo de los distintos miembros del órgano, de las que dispondrán en la gran mayoría de los casos. La documentación

---

(33) A tales efectos, habrá que tomar en consideración las normas específicas que puedan haberse establecido al respecto para cada concreto órgano, lo que no es en absoluto infrecuente, como recuerda J. VALERO TORRIJOS (2017: 2736-2737).

(34) J. VALERO TORRIJOS (2017: 2738-2739) suscita, a este respecto, la cuestión de que, si bien el art. 14 LPAC daría cobertura para imponer el uso de medios electrónicos para comunicarse con la Administración a los miembros de los órganos colegiados que fueran empleados públicos, obligaría a matizar tal conclusión cuando no fuera el caso. No hay que olvidar, en todo caso, que la obligatoriedad para los empleados públicos contenida en el apartado 2.e) remite a una norma reglamentaria, y que el propio apartado 3 permite extender por esa vía la obligatoriedad del uso de tales medios a sujetos entre los que sin duda estarán los miembros no empleados públicos de los órganos colegiados, con lo que no parece que tal precepto pueda impedir que la propia LRJSP adopte un criterio que se le permite adoptar a un mero reglamento.

misma puede hacerse accesible en una Intranet, con las debidas exigencias de accesibilidad y seguridad, lo que cumple con el objetivo previsto sin exigir propiamente su envío (35).

De la importancia del orden del día como elemento vinculante para el desarrollo de la sesión —en defensa de la posición de los miembros del órgano— da cuenta la regla que ahora contiene el apartado 4 del art. 17 LRJSP —como antes el 26.3 de la Ley 30/1992—, según la cual no podrá ser objeto de deliberación y acuerdo —sí de informe, en su caso— ningún asunto que no figure en el orden del día. Y ello con la salvedad de que, estando presentes todos los miembros, y declarada la urgencia de un asunto por el voto favorable de la mayoría, se pueda incluir de forma sobrevenida algún punto en la misma sesión. Se dota, con ello, de una razonable flexibilidad a la vinculatoriedad del orden del día, sin merma de los derechos de ninguno de los miembros del órgano por exigirse la presencia de todos en la sesión.

Esta posibilidad de completar en la propia sesión, y por razones de urgencia, el orden del día, que ya se encontraba en el art. 26 de la Ley 30/1992, es superada radicalmente por la novedosa opción de sesiones *espontáneas* que contempla la LRJSP. El último párrafo del art. 17.2 asume, en efecto, que «cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros».

Esta fórmula reverdece, sin duda, las que se vinieron a calificar como «sesiones universales» previstas en el artículo Diez.Tres de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 —y contempladas en algunas normas autonómicas (36)—, si bien con la —al menos, aparente— novedad de obviar las reglas elementales del *quorum* que el propio art. 17.4 LRJSP especifica en su primer párrafo —obsérvese que, por lo que solo puede ser un error, no se menciona al presidente, como sí hace el párrafo que analizaremos en el epígrafe siguiente (37)—, amén de la posibilidad de que a la misma concurren, total o parcialmente, miembros a distancia. La fórmula, sea como fuere, dinamita la exigencia misma de orden del día, que se supone quedaría fijado de la misma forma espontánea, en todo caso —como corresponde— por el presidente, si bien con el respaldo —en este caso— unánime de los miembros del órgano.

---

(35) Así lo contempla expresamente, de hecho, la Ley catalana 26/2010 (art. 17.2).

(36) Este es el caso del art. 17.3 de la Ley catalana 26/2010, lo cual suponía, en el marco de la derogada Ley 30/1992, una extralimitación de las bases.

(37) Téngase en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo califica de «ineludible» la participación del presidente —y secretario— en las sesiones a la hora de interpretar la causa de nulidad del actual art. 47.1.e) LRJSP.

Aun no habiendo apelación alguna a la urgencia del caso, y a pesar de la señalada regla de la unanimidad, todo llama a manejar esta opción —que, en todo caso, solo parece factible respecto de órganos colegiados de pequeño tamaño— con suma prudencia, sobre todo si la presencia de todos los miembros se logra con la incorporación a distancia de uno o varios miembros no presentes, cuya identidad y plena participación debe quedar particularmente constatada.

### **3. La celebración de sesiones —total o parcialmente— electrónicas: constitución, debate y adopción de acuerdos**

La posibilidad abierta por el art. 17.1 LRJSP para la celebración por los órganos colegiados de sesiones a distancia se concreta en su segundo párrafo en una serie de garantías en la lógica de asegurar la posición de todos los miembros respecto de sí mismos y de la propia colegialidad, en términos de identidad e integridad.

Efectivamente, para que la sesión a distancia pueda producirse válidamente —sea porque actúen a distancia todos sus miembros, sea porque lo haga alguno de ellos— deben garantizarse «por medios electrónicos, considerándose tales los telefónicos, y audiovisuales»: de una parte, la identidad de los miembros o personas que los suplan, y, de otra, el contenido de sus manifestaciones y el momento en que éstas se producen. Estas exigencias, que resultarían por sí mismas suficientes para responder a la lógica última de lo que se pretende —poder facilitar de forma constatable la plena participación, aun *virtual*, de los distintos miembros y sus posiciones—, se intensifican al requerir el precepto, de forma sucesiva, «la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión», especificándose que se considerarán medios electrónicos válidos, a título ejemplificativo, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

No cabe duda de que la plena participación, aun *virtual*, de los miembros que concurren a distancia a una sesión de un órgano colegiado exige cumplir con esos criterios de interactividad e intercomunicación *en tiempo real*. Solo esas garantías técnicas responden a una participación en los correspondientes debates pretendidamente equivalente a la presencial, de modo que solo a través de videoconferencias o —en puridad, en menor medida— de audioconferencias pueden cumplirse en plenitud las exigencias del precepto. Dicho lo cual, no debería descartarse una interpretación flexible del mismo que —atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, tal y como exige el art. 3.1 CC— entienda que, en función de las características del órgano —su propio tamaño y mayor o menor complejidad en su composición— y de los puntos a tratar en el orden del día, dichas exigencias de interactividad e intercomunicación *en tiempo real* pudieran modularse. Piénsese en supuestos en los que se trate de

aprobar asuntos de trámite y/o bien documentados (no exigentes en cuanto a su deliberación) por parte de órganos de tamaño pequeño o moderado y composición homogénea, respecto de los que pudiera considerarse suficiente la comunicación mediante correo electrónico durante un plazo de tiempo limitado y predeterminado, con plena garantía de las exigencias nucleares de identidad e integridad de los comunicantes y sus comunicaciones, intercomunicación e interactividad, aun cuando no sea propiamente en tiempo real (38). No se olvide que la expresa mención en el precepto al correo electrónico como medio hábil resulta bien elocuente, particularmente si se repara en que las recientes normas que, en el contexto del estado de alarma, han contemplado la posibilidad de reuniones virtuales del Gobierno de la Nación y de los órganos de gobierno de las entidades locales, han obviado tal opción, de forma claramente deliberada (39), en clara sintonía con la doctrina sentada

---

(38) Piénsese que la simple fórmula de «Responder a todos» en el correo electrónico permite cumplir la exigencia de interactividad e intercomunicación, aun cuando no sea en tiempo real. La Ley catalana 26/2010, aprobada en aplicación de la Ley 11/2007, acierta a marcar las claves de la cuestión cuando en su artículo 18.2 prescribe que «con independencia de los medios utilizados, debe garantizarse el derecho de los miembros de los órganos colegiados a participar en las sesiones, así como la posibilidad de defender y contrastar sus respectivas posiciones, la formación de la voluntad colegiada y el mantenimiento del quórum de constitución», para precisar en el apartado siguiente, que «las sesiones a distancia pueden ser en tiempo real o con intervenciones sucesivas en un foro virtual dentro de los límites temporales marcados por el presidente o presidenta». CARBONELL PORRAS, E. (2016: 250-251), se muestra contraria a la posibilidad de uso del correo electrónico como medio para la celebración de sesiones de los órganos colegiados, pero sin contemplar supuestos acotados como los que proponemos en este estudio. J. VALERO TORRIJOS (2017: 2744-2745), por su parte, glosando doctrina previa, no descarta esta opción «asíncrona», si bien en términos excepcionales.

(39) A este respecto resulta elocuente la ya mencionada Disposición adicional tercera introducida en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 cuando introduce una nueva Disposición adicional tercera en la Ley del Gobierno para regular la posibilidad excepcional «y cuando la naturaleza de la crisis lo exija» (sic) de que el presidente del Gobierno decida motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan «celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad», especificándose que se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones; siendo así que el apartado 2 del mismo artículo solo considera como medios electrónicos válidos «las audioconferencias y videoconferencias», sin mención alguna al correo electrónico. La naturaleza de los órganos de gobierno mencionados y de las funciones que despliegan impide, a la luz de la STC 45/2019, concebir otra opción que no sea la de la interactividad y la intercomunicación en tiempo real, como es también el caso cuando se celebren a distancia sesiones de los órganos de gobierno de las Entidades locales en aplicación del nuevo apartado 3 del art. 46 de la LRRL introducido por el Real Decreto-ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en

por la STC 45/2019. La clave está en garantizar la «unidad de acto», como elocuentemente exigen los arts. 149.3 y 152.1 LRJSP al contemplar el posible uso de medios electrónicos para el funcionamiento de Conferencias Sectoriales y sus comisiones y grupos de trabajo, incluyendo, en su caso, el uso del correo electrónico, mientras que el art. 153.2 no es muy específico para el caso de las Comisiones Bilaterales de Cooperación.

A este respecto cobra de nuevo la mayor importancia el reglamento interno del órgano o, en su defecto, un acuerdo suscrito por el mismo, que adapte a las especiales características de cada órgano y a sus reales disponibilidades técnicas, de forma flexible y ponderada, las posibilidades de utilización, total o parcial, de medios electrónicos para el desarrollo de sus sesiones. Siendo razonable que se reserve al presidente, en todo caso, un margen de apreciación para la fijación de las condiciones de cada sesión, particularmente en función del contenido del orden del día, lo que en todo caso debe ser precisado con detalle en la correspondiente convocatoria, tal y como vimos exige el art. 17.3.

La constatación de la presencia a distancia de los miembros del órgano es crucial para poder considerar válidamente constituido el órgano, para el inicio de la sesión y, sucesivamente, la adopción de acuerdos, conforme a las reglas que establece el propio art. 17 LRJSP —en este caso en su apartado 2—, en los mismos términos del antecedente art. 26.1 de la Ley 30/1992 (40), exigiendo la presencia del presidente y el secretario, o quienes les suplan, en todo caso, hasta alcanzar la mitad, al menos, de sus miembros, según ha aclarado la jurisprudencia (41). Y ello sin perjuicio de que, como vimos, la

---

el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, «cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones» de estos órganos. En tales sesiones, sometidas a las mismas exigencias que las de los órganos del Gobierno de la Nación, «se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten».

(40) La redacción de ambos preceptos es idéntica, a salvo la precisión en el vigente 17.2 de que la asistencia pueda ser «presencial o a distancia». Hablamos en todo caso de miembros en sentido propio, no de invitados, cuya participación en las sesiones pudiera estar contemplada en las reglas específicas de cada órgano, necesariamente en términos bien excepcionales —la deliberación es conformadora de la posición del órgano, como bien recuerda la STC 45/2019, y como tal debe estar restringida a los miembros—, sin que —evidentemente— computen en el *quorum* ni puedan votar. Su participación indebida en las sesiones puede incluso determinar la anulación de lo acordado, tal y como se ha producido en algún caso referido por R.O. BUSTILLO BOLADO (2019).

(41) A pesar de la dicción literal del precepto, y su antecedente, esta es la interpretación que ya se puede considerar consolidada en la jurisprudencia, que ha zanjado las dudas judiciales y doctrinales previas, hasta el punto de considerar válida una sesión con

norma de funcionamiento del órgano o, en su defecto, el propio órgano hayan establecido unas reglas de convocatoria en las que contemplen una segunda convocatoria con *quorum* reducido. O de que se trate de una sesión espontánea de las previstas en el último párrafo del mismo art. 17.2, en las que —como vimos— se exige la presencia de todos los miembros.

Llegados al momento de adopción de acuerdos, el art. 17.5 LRJSP asume que los mismos serán adoptados por mayoría de votos, lo que no descarta que las normas específicas de cada órgano exijan, según para qué asuntos, mayorías reforzadas, e incluso unanimidad (42). Con todo, la LRJSP nada precisa, desde el punto de vista procedimental, sobre la emisión de voto a distancia, a salvo la advertencia —no exenta de imprecisiones— de que «cuando se asista a distancia (sic), los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia». Regla esta que, en puridad, solo tiene sentido si todos los miembros concurren a distancia —en el caso de reuniones virtuales, en definitiva—, no en los supuestos en los que algunos miembros asistan a distancia (incluso en el caso de que sean presidente y/o secretario), siempre y cuando la reunión presencial se haya convocado en la sede del órgano.

No es nada infrecuente en la práctica de los órganos colegiados que los acuerdos no lleguen a someterse a votación, quedando aprobados por asentimiento (43). El propio desarrollo del debate pondrá de manifiesto hasta qué punto un asunto, después del debate, requiere o no ser sometido a votación, siendo facultad del presidente plantear esta opción —como la formulación

---

dos miembros (que habrán de ser, evidentemente, presidente y secretario), si el órgano está compuesto por tres miembros: así, SSTS de 22 de noviembre y 18 de diciembre de 2017 (Roj 4432 y 4564/2017, respectivamente), citadas con valoración acertadamente crítica por R.O. BUSTILLO BOLADO (2019), cuando J. VALERO TORRIJOS (2017: 2742) había calificado de absurda tal conclusión. El mismo apartado incluye un segundo párrafo, equivalente al segundo párrafo del derogado art. 26.1 de la Ley 30/1992, que incorpora una regla específica para los órganos colegiados en los que existan miembros representativos: sobre este llamado *quorum* de portavoces, introducido para facilitar el funcionamiento de los órganos colegiados constituidos en clave representativa y participativa, vid. E. CARBONELL PORRAS (2016: nota 18).

(42) A este respecto, es recomendable la mayor precisión posible en la norma específica, precisando si las mayorías se computan sobre los votos emitidos (lo que viene condicionado por el *quorum* existente en el momento de la votación) o sobre los posibles. La propia expresión legal, en su literalidad, plantea dudas al respecto —al no precisar que se trata de votos *emitidos*—, si bien parece que se refiere al caso de más votos a favor (aunque sea solo uno) que en contra de la propuesta de acuerdo, lo que impone excluir del cómputo las abstenciones.

(43) Asentimiento, y no unanimidad, como se llega a formular erróneamente en ocasiones. La unanimidad presume la formalización de votación. El asentimiento, como pretende reflejarse gráficamente, supone la muestra colectiva de aquiescencia con la propuesta, sin formalización de votación alguna. Según acredita R. O. BUSTILLO BOLADO (2019), la jurisprudencia ha confirmado la validez de la fórmula más allá de la referencia formal a votaciones contenida en la dicción legal.

misma del acuerdo sometido a votación, siempre que respete los términos de lo identificado en el orden del día—, nunca imponer el asentimiento en el caso de que un solo miembro del órgano requiera la votación formal. En el caso de la participación total o parcial a distancia, los medios puestos a disposición deben ofrecer ocasión a todos los miembros de exponer su posición, durante el debate y a los efectos de mostrar, en su caso, el apoyo a una propuesta de aprobación por asentimiento.

Para el caso de que sea necesaria una votación en sentido propio, pudiera plantearse la necesidad de exigir formalidades específicas para la emisión a distancia del voto del miembro no presente. Y ello no solo para permitir un recuento fidedigno que permita confirmar —o no— que el acuerdo ha sido adoptado, como exigencia de su validez formal, sino también —desde el punto de vista individual de cada miembro—, en tanto en cuanto —tal y como hace expreso el apartado 6 del mismo art. 17 LRJSP, como antes el 27.4 de la Ley 30/1992— los miembros que voten en contra o se abstengan «quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos».

No lo hace así, sin embargo, la LRJSP, ni directamente ni por remisión a las normas que regulen cada concreto órgano o a un acuerdo por él adoptado. Y ello por cuanto el planteamiento de la LRJSP no pasa —tal y como ha quedado destacado— por concebir un derecho de los miembros del órgano colegiado a emitir a distancia —electrónicamente— su voto. A diferencia de lo que, como hemos visto, ocurre, aun sometido a severas restricciones materiales y procedimentales, en el caso de la posición de los Diputados en Cortes, en la regulación contenida en la LRJSP para los órganos administrativos colegiados se asume que la emisión del voto es en sí misma una manifestación de la participación a distancia en la sesión, de modo que no hay razón para revestirla de formalidades y garantías suplementarias a las que, en términos de identidad, integridad, interactividad e intercomunicación —en tiempo real, si se asume con rigor—, se exigen para la participación en la sesión entendida como un todo. De este modo se favorece el más pleno cumplimiento del deber de asistencia a las sesiones —en las que la participación en el debate es la esencia misma de la colegialidad—, sin facilitar un mecanismo que en el seno de los órganos políticos de carácter representativo, aún muy limitado, responde a la lógica de partidos de no *distráer* un voto, lo que se demuestra aún más sensible en la actual situación de fragmentación parlamentaria.

Coherentemente con lo anterior, la forma de emisión del voto a distancia en los órganos colegiados dependerá de la forma misma en que la votación se formalice en combinación con la tecnología empleada para la sesión total o parcialmente *virtual*. Esto supone que, siendo en principio el voto público, a mano alzada o por llamamiento, el voto electrónico se producirá, en el primer caso, en sus propios términos en la medida en que la sesión se celebre

mediante videoconferencia; siendo posible, en el segundo, también en el caso de audioconferencia. Cabe también su emisión mediante llamada telefónica, SMS o mensajería electrónica, a cuyos efectos cobra especial intensidad la responsabilidad del secretario para la garantía de la legalidad formal de la actuación del órgano (44). En el caso excepcional del voto secreto, salvo que se cuente con un método tecnológico *ad hoc*, no parece fácil encontrar opciones más garantistas que las que —como ocurre en el Congreso— pasan por imprimir el voto emitido telemáticamente con omisión del votante para introducirlo por la Presidencia en la urna, lo que exige del secretario un deber de sigilo reforzado.

#### **4. La utilización de medios electrónicos en la formalización de lo actuado: actas y certificados**

El acta, como reflejo de lo acontecido y, particularmente, lo acordado en cada sesión de un órgano colegiado, es regulada en el art. 18 LRJSP incorporando novedades en clave tecnológica. Y no ya solo en el plano de la comunicación misma del acta —que, como la convocatoria, se remitirá por medios electrónicos—, sino también en su propio contenido.

El art. 18.1 LRJSP —en términos idénticos al previo 27.1 de la Ley 30/1992, no sometido a censura ante el TC— precisa que de cada sesión que celebre el órgano colegiado el secretario levantará acta —con el visto bueno del presidente, según se precisa en el apartado 2 del mismo artículo—, especificando asistentes, orden del día, circunstancias de lugar y tiempo, los «puntos principales» de las deliberaciones y, finalmente, el contenido de los acuerdos adoptados. Aunque no lo haga expreso el precepto, el acta deberá hacer mención, en su caso, a la celebración total o parcialmente electrónica, especificando en tal caso los medios técnicos utilizados, así como los detalles que puedan ser relevantes al respecto, particularmente en lo que pueda ser determinante en la emisión del voto. Y ello en cuanto que el acta debe ser, bajo la responsabilidad del secretario, fiel reflejo de lo sucedido en la sesión, en los extremos relevantes para dejar constancia de la validez formal de lo acordado, quedando refrendada por la aprobación de los propios miembros del órgano en los términos que veremos.

---

(44) En rigor, el art. 16.2 LRJSP impone a los secretarios, con carácter básico, el deber de velar por la legalidad no solo formal, sino también material de lo acordado, lo que puede resultar excesivo, tal y como ha venido también a señalar R.O. BUSTILLO BOLAÑO (2019: nota 11). En estos términos, parece que sobre el secretario pesan en exclusiva responsabilidades que no en todos los casos podrá llegar a asumir —máxime cuando no se exige taxativamente que sea funcionario, ni aunque lo fuera—, sin coherencia plena con el dato de que al presidente —que la misma LRJSP regula, como sabemos, de forma insólita, solo respecto de los órganos colegiados de la AGE— le impone la obligación de «velar por el cumplimiento de las leyes» (art. 19.2.e).



Esta fidelidad con lo ocurrido en la sesión se logra plenamente a través de la novedad contemplada en el párrafo segundo del mismo art. 18.1 LRJSP, que —partiendo de la posibilidad de grabar las sesiones— permite que el fichero resultante «y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión» —lo que solo encuentra explicación si se trata de documentos especialmente relevantes (45)— acompañen al acta «sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones». Cualquiera que haya actuado, de forma circunstancial o sostenida, como secretario de un órgano colegiado, habrá comprobado cuán tedioso y delicado puede llegar a ser dar cumplimiento a esa exigencia del contenido del acta, que queda suplida con plena fidelidad por la grabación, cuya «autenticidad e integridad» debe certificar el secretario, lo que solo podrá hacer por refrendo de los certificados técnicos que se le presenten por los responsables de aquella, salvo que sea fruto de un proceso técnico que el propio secretario haya podido manejar (46). Con todo, una referencia a los intervinientes en cada punto en el acta redactada parece más que conveniente, siquiera sea como guion, para evitar que esta fórmula se presente más como un recorte que como una ampliación de la virtualidad del acta como documento que da fe de lo acontecido en cada sesión.

La ventaja en términos de fidelidad de la grabación a los efectos de su integración en el acta —no si se utiliza como mero elemento auxiliar para su preparación, siendo posteriormente destruida— lleva como contrapeso la carga de la debida garantía del cumplimiento de las normas de protección de datos, ahora recogidas en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo, General de Protección de Datos y, en orden interno, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de garantía de derechos digitales (47). No lo hace expreso la LRJSP, pero se hace evidente a la vista de la —por otra parte, lógica— precisión de que la grabación deberá «conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los

---

(45) Téngase en cuenta que, planteando como plantea la ley que la convocatoria se produzca por medios electrónicos como regla, toda la documentación aportada para la sesión será propiamente documentación electrónica. No tiene sentido, pues, asumir que toda esa documentación deba formar —por definición— parte del acta, como no se exigía en la redacción del art. 27.1 de la Ley 30/1992 para la documentación en papel. Y ello con independencia de la debida custodia por el secretario de toda la documentación de las sesiones, sea en formato electrónico o analógico.

(46) Existen, de hecho, soluciones informáticas *ad hoc*, como la que particularmente para las Entidades Locales se ilustra en <http://videoacta.es/>.

(47) R.O. BUSTILLO BOLAADO (2019) muestra sus recelos frente a las grabaciones a la luz de dicha normativa, por dudar de que el correspondiente tratamiento sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, en los términos de lo que habilita el art. 6.1.e) del Reglamento, y en función de los principios de minimización y proporcionalidad. Este último argumento de crítica es, sin duda, más suscribible que el primero.

ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado», en exigencia que se extiende igualmente a los «documentos en soporte electrónico» que se hubieran utilizado, lo que obliga a insistir en el matiz previo al respecto.

En coherencia con lo anterior, y siendo lo grabado objeto, por sí mismo, de la protección del derecho a la propia imagen —incluso aunque la grabación fuera solo de audio, tal y como tiene reconocido el Tribunal Constitucional (STC 117/1994, de 5 de abril, FJ 3, recordada recientemente por la 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4.b)—, todo aconseja que, a pesar de que la LRJSP habilita por sí misma la posibilidad de grabar, tal opción —incluso si es meramente auxiliar— se concrete en el reglamento del órgano o, en su defecto, en un acuerdo del mismo, en el que quede constancia de los extremos técnicos de las grabaciones y los referentes, en su caso, al archivo y custodia de las mismas, y al modo de ejercicio de los derechos de acceso por parte de los miembros del órgano; sobremanera si se plantea la difusión de las sesiones como pretendido mecanismo de transparencia (48).

En una primera impresión, la incorporación de la grabación al acta debería bastar por sí misma para suplir el derecho a que en ella conste la «transcripción íntegra» de la propia intervención o propuesta que el art. 19.5 LRJSP reconoce a los miembros de los órganos colegiados de la AGE, del mismo modo que se contempla el derecho a que conste el voto contrario, la abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido del voto favorable (49). Frente al antecedente art. 26.5 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional—, el vigente 19.5 LRJSP incluye como única novedad, si bien solo para la AGE, que, existiendo grabación aneja al acta, el miembro requirente no está

---

(48) E. CARBONELL PORRAS (2016: 252-253), se muestra reacia a la grabación de las sesiones, vinculando sus argumentos con el carácter público o no de la sesión. La grabación de la sesión es, con todo, independiente del carácter público o no de las sesiones y, como advertimos, ni siquiera implica necesariamente su integración en el acta y, consiguientemente su custodia, menos aún la difusión de lo grabado, incluso en tiempo real a través de tecnología *streaming*. Lo que no impide apreciar que el hecho mismo de la grabación y, sobremanera el carácter público de las sesiones, condiciona la *libertad* con la que deben producirse las deliberaciones. En estos términos, una mal entendida transparencia puede animar —incluyendo en ocasiones intenciones nada inocentes— a favorecer la difusión de las sesiones. Algo en lo que el referente de los órganos parlamentarios y, *mutatis mutandi*, de los Plenos municipales, en absoluto es extrapolable automáticamente, faltando como falta en los órganos administrativos colegiados, al menos en vía de principio, el principio representativo.

(49) Solo en estos casos, a petición del propio miembro que solicita que así conste en el acta, la correspondiente «información» es accesible al amparo de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tal y como ha tenido reciente ocasión de aclarar el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de enero de 2020 (ROJ 140/2020), dictada en relación con determinado acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

obligado a aportar en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, «haciéndose así constar en el acta o uniéndose copia a la misma». De lo que se extrae que se sigue reconociendo el derecho a que conste expresamente en la redacción del acta la transcripción íntegra de la intervención o propuesta de cualesquiera de los miembros que así lo soliciten —así como el sentido del voto o la abstención—, aun cuando exista una grabación y esta se haya incorporado al acta, lo que responde razonablemente a la intención de respetar la inmediatez y claridad con la que de este modo se garantiza la referencia a la posición defendida, sin tener que acudir a la grabación para espigarla. Y ello sin descartar que la propia grabación pueda no ser hábil al respecto (50).

El vigente art. 19.5 LRJSP asume para la exclusiva aplicación a la AGE idéntica previsión a la que contemplaba con carácter básico el derogado 27.3 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional— acerca del derecho de cualquier miembro que discrepe del acuerdo mayoritario a formular voto particular por escrito en el plazo de dos días, advirtiendo que tal voto «se incorporará al texto aprobado». Expresión ésta equívoca que puede entenderse referida al acta, al acuerdo o —más oportunamente— a ambos, lo que conecta con la emisión de certificados de acuerdos, que puede ser previa o posterior a la aprobación del acta en los términos que pasamos a describir.

Para la aprobación del acta la LRJSP introduce también una novedad basada en la utilización de medios electrónicos. Manteniéndose el criterio, ya contemplado en el art. 27.5 de la Ley 30/1992 —declarado inconstitucional—, de que el acta de cada sesión puede aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente, el art. 18.2 concibe para el primer caso lo que llamaríamos una «aprobación en diferido». A tal efecto, el secretario remitirá el acta a los miembros a través de medios electrónicos, y mediante los mismos medios aquéllos podrán manifestar «su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión». Aunque no sea explícito al respecto, hay que entender que para que este procedimiento sea eficaz, el secretario debe otorgar un plazo a los miembros entendiendo que el silencio implica aquiescencia y los reparos —que no negativas— deben ser trasladados a los demás miembros en la que medida en que vayan más allá de una corrección de errores materiales o aritméticos, siendo así que debe entenderse que una sola negativa impide la aprobación del acta por este procedimiento, debiendo posponerse la misma a

---

(50) En la grabación de la sesión de un órgano numeroso, en los supuestos de voto a mano alzada, no es en absoluto improbable que la grabación no permita por sí misma documentar la posición adoptada por cada uno de los miembros en el momento de la votación, por lo que no puede entenderse que la grabación, *per se*, haga innecesaria la posibilidad de exigir que se haga constar específicamente en el acta.

la siguiente sesión del órgano. Todo lo cual determina que este será sin duda un procedimiento excepcional.

De forma bien llamativa, el art. 19.5 de la misma Ley, en su penúltimo párrafo, solo para los órganos colegiados de la AGE, parece contemplar una opción *analógica* de esta aprobación en diferido al precisar que «se considerará aprobada en la misma sesión el acta que, con posterioridad a la reunión, sea distribuida entre los miembros y reciba la conformidad de éstos *por cualquier medio* del que el secretario deje expresión y constancia». Un supuesto de desvinculación por el legislador estatal de las propias bases que rompe, además, con la lógica general de generalización del uso de medios electrónicos que, como veremos inmediatamente, se aplica también a la emisión de certificados de acuerdos.

Sobre esta cuestión de las certificaciones de acuerdos la LRJSP incorpora algunas novedades que no se agotan en la regla de su emisión mediante medios electrónicos. El art. 17.7 reconoce expresamente —frente al art. 26.5 de la Ley 30/1992, declarado inconstitucional— que estos certificados pueden ser requeridos por cualquiera que acredite la titularidad de un interés legítimo, e incorpora como única excepción a la regla de su emisión electrónica que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no esté obligado a relacionarse con la Administración por vía electrónica, lo que obliga a acudir —en lectura inversa— al art. 14 de la Ley 39/2015. Se plantea así, en vía de principio, como una obligación para el secretario del órgano colegiado *emitir* electrónicamente —no simplemente comunicar— los certificados, lo que le exigirá el empleo de firma electrónica y el cumplimiento de los demás requisitos especificados en el art. 26 de aquélla.

Es de advertir, finalmente, que la precisión que contenía el art. 26.5 de la Ley 30/1992 sobre la posibilidad de emitir certificados de acuerdos adoptados en sesiones cuyas actas no hubieran sido todavía aprobadas, haciéndolo constar así expresamente —y que fue censurada por el TC por exceder de las bases— se contiene ahora en los dos últimos párrafos del art. 19.5 LRJSP limitadamente para los órganos colegiados de la AGE.

#### **IV. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL**

Quedan así analizadas las novedades que introdujo hace cinco años la LRJSP en punto al posible funcionamiento electrónico de los órganos administrativos colegiados. Novedades que, planteadas —insistimos— como una posibilidad abierta a las Administraciones para la gestión de su órganos de composición plural, apenas habían encontrado aplicación en los cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley fijada por su disposición final decimoctava, pero se han mostrado en este momento imprescindibles para permitir la con-

tinuación del funcionamiento de múltiples órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas para el necesario ejercicio de sus competencias.

En este momento solo se puede especular acerca de cuánto pueda llegar a consolidarse la práctica total o parcialmente electrónica de los órganos colegiados una vez se vuelva a la nueva o vieja «normalidad» cuando terminen las circunstancias de confinamiento. Quizás el anhelo de *presencialidad* por el que aboga de forma tan elocuente el Tribunal Constitucional en su sentencia 19/2019 abjure de estas fórmulas, sin perjuicio de que puedan resultar nuevamente imprescindibles si razones de salud pública vuelven a exigir periodos de distanciamiento social. O quizás desde un punto de vista gerencial se las reconozca como un hallazgo para la eficiencia. Pero de lo que no cabe duda es de que su aplicación extensiva en estos extraños tiempos que nos ha tocado vivir va a permitir poner de manifiesto las fortalezas y debilidades de una opción que, con todo, no deja de ser una manifestación más de la plena incorporación de la tecnología de la comunicación a nuestras vidas y, por ende, a la vida de las Administraciones Públicas. Algo que nos hace cada vez más dependientes, ahora y en el futuro, a ciudadanos y Administraciones, de la informática y la tecnología y, consecuentemente, de las empresas y técnicos que las gestionan, lo que obliga a redoblar, desde el Derecho —y hasta dónde se pueda— las imprescindibles garantías.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO DOMINGO, I. y VALERO TORRIJOS, J. (2020): «La continuidad del gobierno municipal y la administración electrónica como medida de contingencia en la crisis SARS-CoV-2/COVID-19», *Diario La Ley* 3318/2020.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (2019): «Los acuerdos de los órganos colegiados», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, pp. 111-146.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2016): «Regulación de los órganos colegiados», en LÓPEZ MENUDO, F. (Dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Universidad de Sevilla, pp. 235-263.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2006): *Órganos colegiados electrónicos: el uso de las TIC en el funcionamiento de los órganos colegiados de la Administración*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2018): *Sistema de Derecho Administrativo*, Vol. I, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1999): «Una sentencia constitucional que hace ligeros retoques a la Ley 30/1992», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 102, pp. 259-264.

- TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel (2011): «Los órganos colegiados en el momento presente», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 150, pp. 299-330.
- VALERO TORRUJOS, Julián (2001): «Las bases del régimen jurídico de los órganos administrativos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Comentario a la STC 50/1999, de 6 de abril)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pp. 255-278.
- (2017): «Los órganos administrativos», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 2705-2753.

# **INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA AMBIENTAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. A PROPÓSITO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE PROYECTOS PÚBLICOS (\*)**

J. JOSÉ PERNAS GARCÍA

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES GENERALES.– II. LA INTERRELACIÓN DE LOS DIFERENTES ENTES Y ÓRGANOS PÚBLICOS Y PRIVADOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS: 1. La concurrencia de roles en los diferentes sujetos que intervienen en la autorización y aprobación de proyectos y la garantía de objetividad en el desempeño de las labores de evaluación ambiental. 2. El papel del órgano de contratación y su interrelación con el órgano sustantivo y ambiental. 3. El carácter público o privado del «promotor» de proyectos públicos.– III. EL NIVEL DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. El impacto de las diferentes fases del procedimiento de contratación en el cumplimiento de la DIA. 2. La relevancia contractual de la calidad de la DIA. 3. La relevancia del momento en el que se lleva a cabo la evaluación de impacto ambiental en el marco de las diferentes fases de la contratación pública. 4. Los modificaciones de la DIA para introducir nuevas medidas de protección ambiental como causa potencial de desequilibrio económico contractual. 5. La exigencia de división en lotes en los contratos públicos y la prohibición de fraccionamiento de proyectos de la normativa de EIA. IV. El contrato como instrumento complementario a la evaluación de impacto ambiental. 1. El papel de la contratación pública como mecanismo de refuerzo de las medidas de prevención del impacto ambiental mediante la definición de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato. 2. La solvencia técnica y la calidad de los estudios de impacto ambiental. 3. Criterios de valoración de las ofertas como una forma de reforzamiento del contenido de la declaración de impacto ambiental. 4. El contrato como un mecanismo de apoyo para garantizar el cumplimiento de la DIA y el informe de impacto ambiental y, con carácter general, las normas ambientales: A) Consideraciones generales. B) Información y consultas sobre las obligaciones en materia de evaluación de impacto ambiental. C) La determinación de condiciones de ejecución para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, de las autorizaciones y evaluaciones ambientales y, en su caso, de las cláusulas ambientales complementarias a la DIA en la fase de ejecución del contrato o concesión. D) La posibilidad de rechazar ofertas que no cumplan con las normas de protección ambiental y, particularmente, con las previsiones de la DIA o el IIA. E. La definición de un régimen de penalidades, que sirva de herramienta de apoyo para la mejor realización de los objetivos de la normativa de evaluación de impacto ambiental.– V. LA

---

(\*) Trabajo recibido en esta Revista el 7 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de abril de 2020.

*COORDINACIÓN DE LA FASE DE PREPARACIÓN DE LAS CONCESIONES CON EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. La integración del estudio de impacto ambiental en el estudio de viabilidad de la concesión. 2. La trámite único de información pública para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental. 3. La elaboración y aprobación del anteproyecto y/o proyecto de construcción de la obra pública y la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. 3. La remodelación de instalaciones existentes y el carácter sustancial o no de las modificaciones y su impacto en el procedimiento de contratación.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.*

**RESUMEN:** Este estudio se centra en analizar las interacciones entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Así, el objetivo es, en consecuencia, identificar posibles interacciones negativas entre ambas técnicas, así como desarrollar propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

**Palabras clave:** intervención pública ambiental; evaluación de impacto ambiental; contratación pública; interrelación y sinergias; proyectos públicos.

**ABSTRACT:** *This study focuses on analyzing the interactions between the legal regimes of environmental impact assessment and public procurement, as well as the positive effects that can be derived from their coordinated application. Thus, the objective is, therefore, to identify possible negative interactions between both techniques, as well as to develop proposals to promote synergies that improve the efficiency of both regulations.*

**Key words:** *environmental public control; environmental impact assessment; public procurement; interrelation and synergies; public projects.*

## **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

La normativa de evaluación de impacto ambiental parte de la irrelevancia del carácter público o privado del proyecto en cuestión (1). La naturaleza pública de los proyectos no supone la aplicación de un régimen especial,

---

(1) En este sentido, véase la STJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-427/07: «44 A este respecto, al someter los proyectos de construcción de carreteras privadas a una evaluación de sus efectos sobre el medio ambiente únicamente en el supuesto de que estos proyectos formen parte de otros proyectos, incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/337, modificada por la directiva 97/11, y sujetos ellos mismos a la obligación de evaluación, la normativa irlandesa, en su versión aplicable al expirar el plazo fijado por el dictamen motivado, tenía por efecto permitir a los proyectos de construcción de carreteras privadas realizados de manera aislada eludir la evaluación de sus efectos sobre el medio ambiente, aunque dichos proyectos pudieran tener efectos significativos sobre el medio ambiente. 45 Por otro lado, procede señalar que el criterio relacionado con la naturaleza privada o pública de una carretera carece de toda pertinencia por lo que se refiere a la aplicación del punto 10, letra e), del anexo II de la Directiva 85/337, modificada por la Directiva 97/11».



aunque es innegable que ese carácter añade una serie de particularidades, que, erróneamente, no han sido consideradas por el legislador (2).

La principal nota que dota de singularidad a los proyectos públicos es que son ejecutados y gestionados, salvo que se opte por el encargo a medios propios, a través de un operador económico, previa licitación de la prestación de acuerdo con las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Pese a que estamos hablando de un procedimiento administrativo, caracterizado por su naturaleza técnica, es innegable que en la ejecución de proyectos públicos concurre un componente político no despreciable (3). En algunos casos, los intereses electorales a corto plazo, la presión mediática y la contestación o el apoyo social son elementos que tienen una incidencia clara en la decisión de aprobar o autorizar un proyecto público sometido a evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA) (4). Lamentablemente, la realidad práctica ha demostrado que ello puede implicar, o bien, la aplicación excesivamente laxa de los controles administrativos, normalmente en el caso de proyectos promovidos y evaluados por una misma administración, o bien, el planteamiento de obstáculos injustificados, en el supuesto de que se trate de diferentes administraciones. Estas

---

(2) ROSA MORENO entiende, acertadamente a mi juicio, que es un error «someter al mismo régimen jurídico a los proyectos públicos y a los proyectos privados». Con la LEA «se ha perdido otra oportunidad para clarificar, en algunos puntos, la inevitable separación entre los proyectos públicos y privados, pero además se ha introducido una confusión, por cuanto que se ha suprimido cualquier referencia al término «aprobación» de proyectos, y solo se utiliza el término «autorización». «La LEA sigue, por tanto, sin entender que no es posible diseñar un único régimen jurídico para todos los proyectos, públicos y privados» («Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 127).

(3) Véase en este sentido, las reflexiones de SANTAMARÍA ARINAS en su interesante estudio «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra.

(4) Sobre el impacto de la voluntad política en las evaluaciones y decisiones técnico-administrativas ligadas a la aplicación de la normativa de evaluación de impacto, véase SANTAMARÍA ARINAS (2016): «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 50. El autor indica, acertadamente, que «la Política no puede tener presencia ni en el EIA (técnico, por definición) ni en la DIA (técnico-jurídica)» (ídem, p. 50). Este mismo autor ha publicado un interesante estudio sobre «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra, 2019. Véase también LAZCANO BROTONS, I. (2016): «Normativa ambiental vasca y Directiva europea de impacto ambiental: problemas de articulación», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 179.

anomalías son fruto de una forma errónea de entender la acción política, como competencia de intereses partidarios o de grupo, frente a su consideración como servicio para la realización del interés público, que es su naturaleza propia. Estas situaciones dificultan la gestión ambiental y contractual de las obras o servicios, con costes económicos e implicaciones ambientales para los ciudadanos. Se trate esta de una cuestión ajena a nuestro objeto de estudio pero que sin duda condiciona la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos tanto del derecho ambiental, como del derecho de la contratación pública.

Dicho esto, el presente estudio se centra en analizar las interacciones entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Así, el objetivo es, en consecuencia, identificar posibles interacciones negativas entre ambas técnicas, así como desarrollar propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

Para la realización de este trabajo hemos analizado y valorado diferentes expedientes de contratación y de evaluación ambiental que afectan a instalaciones públicas de tratamiento de residuos (5). Se trata de proyectos de elevada complejidad técnica, que implican la realización de elevadas inversiones y que están sometidas a la normativa ambiental más intensa; lo cual nos permite profundizar en los relevantes lazos e interdependencias que se plantean entre la configuración y ejecución de los contratos públicos y la EIA.

## **II. LA INTERRELACIÓN DE LOS DIFERENTES ENTES Y ÓRGANOS PÚBLICOS Y PRIVADOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS PÚBLICOS**

### **1. La concurrencia de roles en los diferentes sujetos que intervienen en la autorización y aprobación de proyectos y la garantía de objetividad en el desempeño de las labores de evaluación ambiental**

En la ejecución de un proyecto público concurren múltiples sujetos, que tienen atribuidos diferentes roles de acuerdo con la normativa ambiental y la normativa de contratos públicos. De acuerdo con la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (en adelante LEA) (6), los sujetos princi-

---

(5) Sobre los vínculos entre normativa de residuos y contratación pública, ALENZA GARCÍA, José Francisco (2018): «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.

(6) Sobre esta cuestión véanse, entre otros, los siguientes trabajos: RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor; QUINTANA LÓPEZ, Tomás

pales que entran en juego son el «promotor» (7), el «órgano sustantivo» (8) y el «órgano ambiental» (9). Si el proyecto está sometido igualmente a control integrado de la contaminación, debemos hablar también de la figura del «titular» (10) de la instalación y del «órgano ambiental» autorizador. Por otra parte, desde la perspectiva de la LCSP, nos encontramos con el «órgano de contratación» (11), el «responsable del contrato» (12), «el director facultativo» (13) y el «contratista» o «concesionario».

---

(Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia. Véase también GARCÍA URETA, A. (2014): «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», RAP, núm. 194; PERNAS GARCÍA, J. J. (2015): «La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa», RADA, num. 30.

(7) «Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pretende realizar un proyecto de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, con independencia de la Administración que sea la competente para su autorización» (art. 5.3, letra a, LEA).

(8) «Órgano de la Administración pública que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto, o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa, salvo que el proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia la ostenten distintos órganos de la Administración pública estatal, autonómica o local, en cuyo caso, se considerará órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella» (art. 5.1, letra d, LEA).

(9) «Órgano de la Administración pública que elabora, en su caso, el documento de alcance, que realiza el análisis técnico de los expedientes de evaluación ambiental y formula las declaraciones ambientales estratégicas, los informes ambientales estratégicos, las declaraciones de impacto ambiental, y los informes de impacto ambiental» (art.5.1, letra e, LEA).

(10) «Cualquier persona física o jurídica que explote total o parcialmente, o posea, la instalación» (art. 3.27, Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación).

(11) Es el órgano, unipersonal o colegiado, que ostenta «la representación de las entidades del sector público en materia contractual», «que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre» (art. 61.1 LCSP).

(12) El artículo 62, LCSP, dispone lo siguiente sobre el «responsable del contrato»: «1. Con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada a la entidad contratante o ajena a él. 2. En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. 3. En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra».

(13) Véase nota 7.

Estos roles se concentran y distribuyen en diferente medida entre los entes u órganos intervinientes en la aprobación y control de un proyecto, dependiendo de las competencias que concurran en cada caso y de la naturaleza de la actividad a desarrollar. En algunos proyectos públicos, se produce, a modo de matrisca administrativa, una elevada concentración de roles en un mismo órgano. El «órgano ambiental», responsable de la evaluación ambiental, y el «órgano sustantivo», con competencia para autorizar el proyecto, pueden coincidir en un mismo ente u órgano, lo cual plantea problemas de objetividad en la realización de las funciones ambientales. Asimismo, además de los roles indicados, pueden concentrarse en el mismo ente u órgano, la condición de «promotor» (14) y/o de «órgano de contratación». Esta acumulación de roles, con diferentes matices según el caso, pone en cuestión la calidad y objetividad de la evaluación, debido a la concurrencia de eventuales conflictos de intereses.

La LEA es muy parca a la hora de afrontar esta cuestión. No aporta nada a la previsiones generales de la Directiva 2014/52 (15). Dispone que «las Administraciones Públicas garantizarán que el órgano ambiental y el órgano sustantivo ejerzan las funciones derivadas de manera objetiva» (art. 3.2, LEA). Asimismo, «aplicarán en su organización una adecuada separación de las funciones que puedan dar lugar a un conflicto de intereses cuando el órgano ambiental sea simultáneamente el órgano sustantivo o el promotor del (...) proyecto» (art. 3.2, LEA). De acuerdo con la doctrina del TJUE, la separación funcional deberá garantizar que el órgano ambiental disponga de una «autonomía real», lo que implica que esté dotado de «sus propios medios administrativos y humanos », de tal forma que pueda «expresar de manera objetiva su opinión sobre el plan o programa previsto por la autoridad de la que depende» (16).

La norma no toma en consideración que la pertenencia del órgano sustantivo y del órgano ambiental a una misma Administración puede ser también un elemento que ponga en tela de juicio la calidad e intensidad del órgano

---

(14) «Cuando el órgano sustantivo sea simultáneamente el promotor del plan, programa o proyecto, el órgano sustantivo realizará las actuaciones atribuidas al promotor en esta ley» (art. 3.3, LEA).

(15) En este sentido, la Directiva 2014/52 introducen un artículo 9 bis en la Directiva 2011/92 con el siguiente contenido: «Los Estados miembros velarán por que la autoridad o autoridades competentes ejerzan las funciones derivadas de la presente Directiva de manera objetiva y no se encuentren en una situación que dé lugar a un conflicto de intereses. En los casos en los que la autoridad competente también sea el promotor, los Estados miembros deberán cuando menos aplicar en su organización de las competencias administrativas una adecuada separación entre funciones en conflicto al ejercer las funciones derivadas de la presente Directiva».

(16) Véase sentencia del TJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C-474/10, apartados 41 a 43.

ambiental, aunque exista separación de funciones entre los órganos citados. Lo mismo podríamos decir de los casos en que al carácter de órgano ambiental se suma el de órgano de contratación, que en tal condición se encuentra sometido a las urgencias, políticas y administrativas, de la gestión contractual de proyectos de obras de gran relevancia o de servicios públicos obligatorios.

## **2. El papel del órgano de contratación y su interrelación con el órgano sustantivo y ambiental**

El «órgano sustantivo» es el «órgano de la Administración pública que ostenta las competencias para adoptar o aprobar un plan o programa, para autorizar un proyecto, o para controlar la actividad de los proyectos sujetos a declaración responsable o comunicación previa» (art. 5.1, letra d, LEA). Los proyectos públicos que son objeto de licitación requieren asimismo la previa supervisión (17) (art. 235, LCSP) y aprobación del proyecto por el «órgano de contratación», que definirá con precisión el objeto del contrato.

Ello nos puede llevar a plantear la cuestión de si el órgano de contratación debe tener en todo caso el carácter de órgano sustantivo a los efectos de la LEA. A este respecto, la LEA indica que en el caso de que «el proyecto consista en diferentes actuaciones en materias cuya competencia la ostenten distintos órganos de la Administración pública estatal, autonómica o local, en cuyo caso, se considerará órgano sustantivo aquel que ostente las competencias sobre la actividad a cuya finalidad se orienta el proyecto, con prioridad sobre los órganos que ostentan competencias sobre actividades instrumentales o complementarias respecto a aquella» (art. 5.1, letra d, LEA). En este sentido parece que debe entenderse que el carácter de «órgano sustantivo» debe atribuirse al órgano que ostenta la competencia sectorial (carreteras, industria, etc.) para la aprobación del proyecto correspondiente, no al órgano de contratación responsable de la aprobación del proyecto a los efectos de su licitación posterior.

Dicho esto es preciso hacer notar, sin embargo, que los roles de «órgano sustantivo», «promotor» y «órgano de contratación» pueden coincidir en un mismo órgano, con las implicaciones que ellos puede tener en términos de posible conflictos de intereses. En ese supuesto, el órgano sustantivo y contractual podrá aprobar en unidad de acto el proyecto a los efectos del cumplimiento

---

(17) «Antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto (...)» (art. 235, LCSP)

de la normativa sectorial aplicable y, al mismo tiempo, de las previsiones de la LCSP.

Se aprecia asimismo la necesidad de reforzar los lazos de colaboración entre los «órganos de contratación» y el «órgano ambiental» responsable de la EIA. Los órganos de contratación tienen un elevado potencial como órgano de apoyo a las autoridades ambientales, especialmente tras la aprobación del paquete de Directivas comunitarias en materia de contratación (2014), en las que se indica que los Estados «tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental» (art. 30.3, Directiva 2014/23, art. 18.2, Directiva 2014/24; art. 36.2, Directiva 2014/25). Puede reforzar, en el marco de las fases de adjudicación y de ejecución del contrato, la función de ordenación administrativa que llevan a cabo los órganos ambientales. Así, los órganos de contratación deben garantizar que, previa supervisión técnica, solo se aprueba el proyecto cuando se ha emitido la correspondiente declaración de impacto ambiental (en adelante DIA) favorable (o informe de impacto ambiental (IIA), en el caso de actividades solo sometidas a evaluación de impacto ambiental simplificado), se ha aprobado o autorizado el proyecto o verificado el cumplimiento de la comunicación previa por el órgano sustantivo y, en su caso, se ha emitido la autorización ambiental integrada (en adelante AAI) para el desarrollo del proyecto. Asimismo, el órgano de contratación, en el marco de su amplia libertad para la determinación del objeto del contrato, pueden a través de los pliegos compensar algunas carencias sistemáticas del régimen de evaluación de impacto ambiental, como la calidad técnica de la evaluación ambiental o la competencia de los técnicos que intervienen en la ejecución de los estudios de impacto ambiental.

El «responsable del contrato» tiene la función de «supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada» (art. 62, LCSP), dentro del ámbito de facultades que le atribuyan los pliegos correspondientes. Para las concesiones de obra pública y de servicios públicos, la Administración «designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra» (at. 62.3, LCSP). En el caso de que los indicados pliegos integren adecuadamente las exigencias de la normativa ambiental y definan con claridad las obligaciones del contratista o concesionario a estos efectos, en el marco de un contrato equilibrado económicamente, el «responsable del contrato» puede ejercer un papel relevante de apoyo al órgano ambiental en el cumplimiento de las normas ambientales y la declaración de impacto ambiental y, en su caso, de la autorización ambiental integrada. En caso de que el contrato no integre adecuadamente esta perspectiva, el órgano ambiental puede

encontrarse con serias dificultades para exigir el cumplimiento de requisitos ambientales que puedan implicar inversiones relevantes, con repercusiones directas, en muchos casos, para la calidad del servicio. No obstante, para que esto sea así, los pliegos y documentos contractuales deben aclarar de forma precisa los derechos y obligaciones de las partes con relación al cumplimiento de las normas ambientales (18), valorar adecuadamente los costes ambientales durante el ciclo de vida de la instalación, así como establecer un régimen de penalidades preciso que garantice su cumplimiento por parte del contratista o concesionario. En todo caso, la existencia de una colaboración fluida entre el responsable del contrato y el órgano sustantivo y/o ambiental, responsables de la inspección de la instalación durante su ciclo de vida, es un factor fundamental, del que se pueden derivar sinergias positivas para el interés público, como la mejora de la calidad de las obras y servicios y una mayor garantía en el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales. En este sentido, consideramos de especial relevancia, la integración de un representante del órgano de contratación, cuyo papel puede desempeñar el responsable del contrato, en la comisión de seguimiento (art. 41.2, letra g, LEA) que, en su caso, se cree en la correspondiente declaración de impacto ambiental.

---

(18) Véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2019. En este asunto se analiza el conflicto entre el Ayuntamiento de A Coruña y la empresa concesionaria de la planta de tratamiento de residuos de la ciudad, con relación a quien corresponde, y de acuerdo con qué procedimientos, la ejecución del sellado de un vertedero ya colmatado. Entre otras cuestiones, la empresa concesionario argumenta que el Ayuntamiento está obligada a aprobar el proyecto en virtud de la normativa de contratos públicos, entendemos que con el ánimo, a nuestro juicio, de obtener la base para una eventual petición de reequilibrio contractual. El Tribunal no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, indicando que lo que procede es el ejercicio por parte del Ayuntamiento de su competencia urbanística, mediante la tramitación y resolución de la solicitud de aprobación del proyecto. También se plantea dicha cuestión sobre la obligación de realización del sellado del vertedero municipal, y la asunción de su coste por el contratista o la administración concedente, en las sentencias del TSJ de Galicia de 10 de mayo de 2015 y de 23 de enero de 2019. Véase también la STJ de Madrid, de 19 de marzo de 2019 (Sal de lo Contencioso-administrativo, sección 8, ponente: María del Pilar García Ruiz), en la que una UTE, concesionaria de una planta de tratamiento municipal de residuos, alega que determinadas obligaciones de la AAI deben ser exigibles al Ayuntamiento de Madrid, en la medida en que, en tanto que administración contratante y titular de las instalaciones, es la que puede ordenar una modificación contractual para la instalación de los equipos adicionales necesarios. El Tribunal no accede a los planteamiento del Tribunal. El Tribunal resuelve que «(...) no puede considerarse como algo exorbitante a las obligaciones de la entidad adjudicataria del contrato ya que el artículo 20º del Pliego de Prescripciones Técnicas, como el propio contrato ahora, establece que aquella está obligada a cumplir todas las normas y disposiciones aplicables al tipo de instalación del que se trata, especialmente las relacionadas con el medio ambiente». Concluye que «(...) ningún obstáculo se observa para que la obligación impuesta a la hoy recurrente pueda y deba ser cumplida por ella sin necesidad de modificación contractual alguna», motivo por el cual rechaza el argumento impugnatorio.

En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo (art. 62.2, LCSP). El Director facultativo debe garantizar que las obras se ejecuten «con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato», y conforme a las instrucciones que emita en interpretación técnica del proyecto de obras (art. 238.1, LCSP). Así, en los proyectos sometidos a EIA, debe garantizar que los proyectos se ejecutan en sus justos términos, de acuerdo, en consecuencia, con las previsiones de la declaración de impacto ambiental. La certificación final de las obras actúa así como un documento que puede acreditar al órgano ambiental el cumplimiento de DIA en la fase de ejecución de las obras (art. 243.1, LCSP).

La colaboración entre el órgano de contratación y los órganos ambientales en la ejecución de los proyectos es un elemento relevante, no solo para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, sino para poder planificar adecuadamente los efectos en el contrato de decisiones ambientales de impacto en el contenido de la prestación y el equilibrio del contrato —como las modificaciones de la DIA y/o la AAI, que impliquen mejoras técnicas en la instalación, o modificaciones relevantes en las condiciones de gestión de residuos de una instalación de tratamiento—.

Los órganos ambientales pueden desempeñar un papel clave en las diferentes fases de la contratación pública. Mediante la emisión de una DIA clara y de calidad pueden contribuir a la delimitación del objeto del contrato, de modo que los operadores conozcan los límites ambientales precisos que deben respetar en la definición de su oferta técnica, y puedan valorar adecuadamente los costes derivados de la ejecución del contrato (las exigencias ambientales suelen plantear necesidades de inversión importantes en algunos tipos de proyectos, como las instalaciones de tratamiento de residuos), a la hora de realizar su oferta económica. Una DIA y, en su caso, una AAI que definan de forma adecuada y concreta las exigencias ambientales para el desarrollo de la actividad es un elemento relevante para la definición adecuada de la prestación, tanto a nivel técnico como económico, y, en consecuencia, para la presentación de ofertas que garanticen la viabilidad del contrato y, en su caso, la continuidad de los servicios públicos obligatorios. Asimismo, el órgano ambiental puede apoyar al órgano de contratación en el marco de la valoración técnica de ofertas, que no se adecúen a las exigencias de la DIA o, en su caso, de la AAI o que sean manifiestamente inviables desde un punto de vista ambiental, así como dar apoyo al órgano de contratación en la fase de ejecución del contrato, cuando hay una interrelación clara entre el cumplimiento de una exigencia ambiental y el contenido de la prestación contratada.

Finalmente, hay que tener en cuenta el papel creciente de las empresas de servicios de asistencia técnica, tanto en los servicios administrativos vinculados



a la evaluación ambiental y seguimiento de proyectos sometidos a EIA, como en los servicios de apoyo administrativo en las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato. Este fenómeno puede apreciarse claramente en los contratos o concesiones vinculadas a la limpieza viaria, la gestión y al tratamiento de residuos, en donde las entidades colaboradoras con la Administración pueden ofrecer servicios entrecruzados a los órganos ambientales y de contratación, así como a las empresas concesionarias y contratistas.

En el ámbito que estamos indicando, las empresas de consultoría ofrecen servicios al órganos de contratación, en calidad de promotor público, en la definición de los pliegos técnicos y la realización de los proyectos de obras, la supervisión técnica de los proyectos y, en su caso, la preparación de estudios de impacto ambiental y de los documentos vinculados (19) al cumplimiento de la LEA, así como el tratamiento de la información derivada del procedimiento (20). Es creciente también el protagonismo de estas entidades en la valoración de las ofertas técnicas y en el control de cumplimiento de los contratos, mediante la ejecución de contratos de control de calidad, que manejan habitualmente indicadores vinculados al cumplimiento de objetivos ambientales, o seguimiento de los planes de vigilancia ambiental de los proyectos. Estas empresas ofrecen igualmente servicios a los órganos sustantivos o ambientales en el control de cumplimiento de las condiciones de la DIA y de los planes de vigilancia de proyectos. Finalmente, esas empresas de consultoría ambiental también prestan servicios a los contratistas o concesionarios encargados de la ejecución y seguimiento de proyectos sometidos a EIA, como la realización de proyectos y estudios de impacto ambiental, los informe de seguimiento ambiental de las

---

(19) Véase, por ejemplo, ala Asistencia técnica para la redacción de la solicitud de prórroga de la declaración de impacto ambiental del proyecto de ampliación del Puerto de Sagunto y elaboración de la documentación adicional solicitada en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica simplificada del plan director del Puerto de Sagunto, licitada por la Autoridad Portuaria de Valencia (publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 9 de mayo de 2019)

(20) Véase como ejemplo, la contratación de servicios para el estudio de soluciones, proyecto informativo y estudio de impacto ambiental y procedimiento de información pública y redacción de anteproyecto/s de las actuaciones en materia de saneamiento y depuración en las aglomeraciones urbanas de la China-Butarque y sur. TT.MM. Madrid y Getafe (Madrid), promovida por la Dirección General del Agua, como órgano de contratación, que depende del Ministerio para la Transición Ecológica (BOE, 3 de diciembre de 2016). Véanse también: contratación de servicios para la redacción del anteproyecto y estudio de impacto ambiental de las obras de ampliación de la E.D.A.R. de Murcia-Este. T.M. de Murcia (DOUE, 31 de octubre de 2015); contratación de los servicios de actualización del estudio de impacto ambiental del Tren del Sur de Tenerife (publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 10 de julio de 2017); contratación de la redacción Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Construcción 2.1-SO-31 (publicado en la Plataforma de Contratación el 15 de mayo de 2019).

condiciones de la DIA, de la AAI o, en su caso, los informes de ejecución previstos en los pliegos.

Como vemos, esta creciente realidad de la externalización de las funciones técnicas ligadas a la actividad contractual y ambiental, plantea no pocas cuestiones desde la perspectiva de ambos sistemas, como puede ser la independencia y objetividad de dichas entidades y la concurrencia de evidentes conflictos de intereses, que son especialmente preocupantes en el caso de empresas de servicios de consultoría ambiental, que puedan estar directamente vinculadas a las empresas de prestación de servicios públicos obligatorios (recogida de residuos, tratamiento de residuos, limpieza, etc.), que concurren a las licitaciones en este ámbito.

### **3. El carácter público o privado del «promotor» de proyectos públicos**

Desde la perspectiva de la normativa de evaluación de impacto ambiental, el promotor es «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que pretende realizar un proyecto de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley, con independencia de la Administración que sea la competente para su autorización» (art. 5.3, letra a, LEA). Como puede apreciarse en la práctica, el promotor de proyectos públicos puede ser tanto un sujeto público como privado.

La Administración podrá desarrollar el proyecto, con carácter previo a la licitación. En ese caso, el «proyecto» debe someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, antes de su aprobación. En ese supuesto el «promotor» del proyecto será la administración contratante. No obstante, en los casos de proyectos de especial complejidad, en donde son indispensables los medios y conocimientos de los operadores económicos para definir técnicamente el proyecto, la Administración debería optar por contratar conjuntamente proyecto y obra en el marco o bien de contratos de obras, o bien de concesiones de obra o servicio público. En ese supuesto, el «promotor» será, en principio, el contratista o concesionario, que será responsable de la elaboración del proyecto (21) y, en consecuencia, de los daños y perjuicios

---

(21) Estas reflexiones son igualmente válidas para la identificación del «titular» en el marco de la relación jurídica definida por la autorización ambiental integrada. La realidad nos muestra que en algunas de las instalaciones de tratamiento de residuos los «promotores» y/o «titulares» de la autorización ambiental integrada son, o bien, las titulares públicas de la instalación o del servicio público obligatorio de tratamiento de residuos, o bien, las empresas contratistas o concesionarios responsables de la obra y/o gestión. Incluso en algunos casos estos roles pueden llegar a combinarse, siendo, por ejemplo, promotor a los efectos de la LEA una entidad pública y «titular» de la autorización ambiental integrada o de las autorizaciones sectoriales el contratista o concesionario.

causados tanto al órgano de contratación, como a terceros, derivados de los defectos o deficiencias técnicas de aquel (art. 315.2, LCSP). En estos casos los pliegos contractuales deben atribuir al contratista, como así ocurre normalmente, la responsabilidad de impulsar los trámites ambientales necesarios para aprobar o autorizar el proyecto definitivo.

En el caso de tratarse de una instalación existente (como una instalación de tratamiento de residuos), que es objeto de una nueva concesión de obra pública o de servicio, el nuevo concesionario debería solicitar el cambio de la titularidad de la DIA y, en su caso, la transmisión de la AAI del anterior concesionario. Con todo, en el caso de que el anterior titular de la DIA y/o AAI sea la administración concedente sería oportuno que así fuera igualmente, con la finalidad de evitar que la Administración asuma la responsabilidad de ejecutar responsabilidades ambientales, cuando el poseedor o responsable de la explotación de la instalación es realmente el concesionario. No obstante, en algunos casos, la administración concedente opta por mantener la titularidad formal de la DIA y/o de la AAI, estableciendo en los pliegos las exigencias de que el concesionario debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales, así como elaborar los informes de seguimiento periódicos que deben ser entregados al órgano sustantivo o ambiental.

La cuestión de qué sujeto, público o privado, tiene la condición de «promotor» a los efectos de la LEA no se trata de una cuestión baladí. Puede tener relevancia a los efectos del cumplimiento de la DIA, especialmente teniendo en cuenta que solo los sujetos privados tienen la condición de sujetos responsables en el régimen sancionador de la LEA (art. 54.1, LEA). Además, en el caso de que la administración concedente mantenga el carácter formal de «promotor», ésta tendrá, en algunos casos —especialmente en el caso de contratos regidos por pliegos mal definidos, que integran mal la variable ambiental o que no definen de forma precisa las obligaciones y derechos de las partes a estos efectos—, escaso margen para garantizar la ejecución de los requerimientos de la administración ambiental, cuando es el concesionario el que explota o gestiona de forma efectiva la instalación. En este caso el cumplimiento de las obligaciones ambientales dependerá de la calidad del proceso de preparación del contrato y, en consecuencia, de los pliegos; de que estos hayan definido claramente las obligaciones de las partes y los costes e inversiones ambientales que deba realizar el operador durante la ejecución del contrato. De todas formas, tenga o no el contratista o concesionario el carácter formal de «promotor», es fundamental, a nuestro juicio, que los pliegos definan con precisión la responsabilidad del contratista o concesionario en el cumplimiento de las normas ambientales y de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental y, en su caso, en las autorizaciones ambientales.

### **III. EL NIVEL DE INTERDEPENDENCIA ENTRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

#### **1. El impacto de las diferentes fases del procedimiento de contratación en el cumplimiento de la DIA**

Las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato pueden ser determinantes en el nivel de cumplimiento de la DIA y del resto de exigencias ambientales. La adecuada determinación en los pliegos de las obligaciones y derechos de las partes con relación al cumplimiento de la normativa ambiental, así como la correcta valoración económica de los costes y determinación idónea del período de recuperación de las inversiones y de la tasa interna de rentabilidad, son elementos esenciales tanto para el cumplimiento de las normas ambientales, como para la ejecución del contrato en sus estrictos términos. En caso contrario, los conflictos derivados de su inadecuada determinación generarán dificultades relevantes para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, así como distorsiones en la ejecución del contrato y pérdida de calidad de los servicios prestados y de los objetivos ambientales.

Una inversión ambiental relevante, exigible de acuerdo con la normativa ambiental o sus actos de aplicación, como la DIA (como el sellado de un vertedero o la adopción de medidas ambientales que afecten a los costes de producción), cuya obligación de realización no ha sido precisada en los pliegos y/o cuya valoración económica no ha sido adecuadamente tomada en consideración en el estudio de viabilidad de la concesión, va a tener enormes dificultades de ejecución en el marco del contrato o concesión y va a ser fuente de conflictos jurídicos entre la administración concedente y el concesionario o entre este y la administración ambiental. La elevada cuantía de las inversiones ambientales, en el marco de un contrato regido por unos pliegos imprecisos o de baja calidad ambiental y jurídica o que no hayan previsto esos costes en la fase de preparación, pueden dificultar enormemente o hacer ineficaz las actuaciones de la administración ambiental para garantizar el cumplimiento normativo o de la DIA y/o la AAI. En algunas ocasiones, la calidad (técnica y económica) de la preparación del contrato es el elemento más relevante en el cumplimiento de las condiciones ambientales de un proyecto público de gran impacto, por encima incluso de las propias potestades de intervención de los órganos ambientales.

#### **2. La relevancia contractual de la calidad de la DIA**

Es preciso apuntar que la evaluación de impacto ambiental puede tener un impacto reseñable en la actividad contractual, y ser un factor determinante en la realización de los principios y objetivos de la contratación pública. Una DIA que defina de forma concreta y con calidad técnica cuáles son las exigencias

ambientales que deben de cumplirse en la ejecución y/o explotación de un contrato de obras o de una concesión de obra o servicios públicos, permite precisar el objeto del contrato o concesión, hacer una valoración económica ajustada a los costes ambientales previsibles y, en consecuencia, mejorar la viabilidad de las decisiones del órgano de contratación.

La preparación del contrato es el momento en que el ente adjudicador identifica y realiza una «definición previa de las necesidades a satisfacer» (artículo 1.1, LCSP). Los poderes adjudicadores disponen de un margen de apreciación importante a la hora de considerar objetivos ambientales en la definición de las necesidades. No obstante, este margen no es ilimitado. La legislación medioambiental limita esta libertad de elección, como ocurre con la normativa de evaluación de impacto ambiental de aplicación a proyectos públicos de obras (22). Así, la intervención de la técnica de EIA en la definición del proyecto de obra actúa como un instrumento de integración ambiental en la fase de preparación del contrato. Permite insertar las consideraciones ambientales en el propio proceso de definición de las necesidades y, en consecuencia, mejorar la sostenibilidad de las decisiones del órgano de contratación (23). Esto exige establecer o disponer de ciertas reglas de coordinación entre los procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental, que veremos más adelante.

Además el procedimiento de evaluación ambiental puede tener una gran relevancia en la calidad de los pliegos técnicos y en la definición de los derechos y las obligaciones de cada una de las partes. Una declaración de impacto ambiental de calidad que acompaña a un proyecto de obra en la licitación de un contrato de obra o en una concesión de obra o de servicios, es un elemento que puede contribuir a la definición de un contrato público equilibrado y viable, así como garantizar una ejecución idónea, con menos conflictos jurídicos y eventuales reclamaciones de reequilibrio económico. La Comisión ha indicado que el «análisis sobre el impacto

---

(22) Comunicación interpretativa de la Comisión (2001) 274, final, Bruselas 4 de julio de 2001.

(23) COMISIÓN EUROPEA, *Compras ecológicas...* (2004), ob. cit., pp. 15 y 16. Procede destacar a este respecto que la Comisión Europea ha propuesto recientemente la puesta en marcha futura de «un instrumento de control para la contratación pública sostenible que garantice la ecologización de los proyectos de infraestructuras públicas». Este instrumento permitirá a juicio de la Comisión ayudará a los promotores públicos a «aprovechar todas las posibilidades para ecologizar su contratación pública y garantizar la sostenibilidad de los proyectos y la observancia de las más estrictas normas medioambientales a la largo de la cadena de suministro» [Comunicación «Plan de inversiones para una Europa Sostenible», COM (2020) 21, final, 14 de enero de 2020]. La Comisión no concreta el contenido y la operatividad de este instrumento, lo cual impide realizar una valoración sobre su relevancia en el marco del impulso de la contratación pública verde de proyectos públicos.

medioambiental proporciona a las autoridades nacionales información que les permite tomar una decisión a sabiendas de su impacto medioambiental. Si se lleva a cabo una evaluación del impacto medioambiental durante la fase de definición del objeto del contrato, la decisión que se tome será mucho más equilibrada» (24).

Una DIA de calidad, que defina de forma precisa las obligaciones del promotor, permite a las unidades administrativas del órgano de contratación, responsable de la preparación del contrato, realizar una valoración económica adecuada de los costes del ciclo de vida de la concesión. Esto es particularmente relevante en el caso de instalaciones que gestionan servicios públicos ambientales obligatorios, como las instalaciones de valorización y eliminación de residuos, ya que las implicaciones económicas de las inversiones ambientales a realizar son de elevada cuantía, de ahí la importancia de que la DIA determine de forma precisa las obligaciones ambientales del promotor. Una definición inconcreta de dichas exigencias y/o la inadecuada valoración económica de la inversiones y de su periodo de recuperación, elemento determinante de la determinación del plazo de la concesión, puede generar una dinámica de desequilibrio económico contractual, que puede no solo representar una traba para la ejecución del contrato, generando problemas de incumplimiento contractual o conflictos laborales, sino dificultar enormemente la ejecución efectiva de las obligaciones ambientales de la DIA o la AAI.

Una DIA de calidad es en definitiva un elemento clave para acertar en la definición de un contrato viable técnica y económicamente, y para reducir el riesgo de conflictos jurídicos en el marco de la ejecución del contrato, ligados a costes ambientales no previstos o no considerados. Esto lógicamente redundará igualmente en el mejor cumplimiento de las normas ambientales y de la propia DIA, ya que el contexto de un contrato o concesión con un débil equilibrio económico es el peor para garantizar una aplicación estricta del Derecho ambiental y sus eventuales exigencias de mejora continua.

### **3. La relevancia del momento en el que se lleva a cabo la evaluación de impacto ambiental en el marco de las diferentes fases de la contratación pública**

La realización de la evaluación de impacto ambiental puede tener lugar, según los casos, o bien, en la fase de preparación del contrato, o bien, en la fase de ejecución del contrato. Ello va a determinar quien es el promotor y, en consecuencia, su carácter público o privado, como ya hemos analizado en epígrafes previos.

---

(24) *Idem.*

La evaluación de impacto ambiental puede llevarse a cabo en la fase de preparación del contrato. El órgano de contratación impulsa dicho procedimiento, en calidad de promotor, y obtiene la declaración o informe de impacto ambiental, con carácter previo a la aprobación del proyecto, si procede. En la práctica se aprecian situaciones en las que el órgano de contratación aprueba el proyecto, sin haber solicitado la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental o, en el caso de instalaciones existentes, sin verificar con el órgano ambiental si la remodelación pretendida debe ser considerada una modificación sometida al procedimiento de evaluación ambiental. Esta omisión debe ser determinante de la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación del proyecto.

El contexto político y administrativo de un contrato público, marcado en algunas ocasiones por urgencias políticas cortoplacistas o eventuales conflictos o incertidumbres laborales ligadas a concesiones de larga duración en su fase final, o la falta de independencia y objetividad de los órganos ambientales, cuando la administración en la que se integran es promotora del proyecto, debilitan el peso de las consideraciones ambientales en la fase de preparación del contrato. Como se aprecia en la práctica, esto puede derivar en una justificación pobre y excesivamente general del carácter no sustancial de las inversiones o en la omisión de los trámites de evaluación, y la realización *a posteriori* de los trámites ambientales como una actividad administrativa de mera validación ambiental de un proyecto cuya decisión había sido tomada de antemano, sin integrar la variable ambiental en ese proceso (25).

Con todo, la fase de preparación del contrato, puede no ser la idónea para la tramitación y el impulso del procedimiento de evaluación ambiental. El órgano de contratación puede licitar proyecto y obra, con la finalidad de que los licitadores puedan desplegar al máximo su capacidad innovadora y expresar su conocimiento del sector en contratos de complejidad técnica, como las instalaciones de tratamiento de residuos municipales, en donde el conocimiento técnico y el *know-how* reside en el mercado y la capacidad de la Administración de definir la prestación es limitada.

---

(25) SANTAMARÍA ARINAS alude a las críticas vertidas por diferentes autores en relación a la deficiente aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental («Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, pp. 30-32). CUBERO MARCOS indica que «en algunos casos (...) la intervención de las administraciones públicas consiste fundamentalmente en encauzar el procedimiento y tratar de cohesionar diversos intereses más que a velar por la protección efectiva del medio ambiente» («La transposición de la Directiva en el estado español» en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 89).

El órgano de contratación puede limitarse en estos casos a definir las especificaciones técnicas «en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única» (art. 99.1, LCSP) (26). En estos casos, como ya hemos apuntado, el contratista será el que elabore el proyecto y, en buena lógica, el que deba impulsar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, la tramitación de la autorización ambiental integrada, salvo que los pliegos establezcan otra cosa. En todo caso, nos remitimos a las reflexiones ya vertidas sobre el carácter público o privado de los promotores de proyectos públicos.

No obstante, en estas situaciones lo que ocurre es que en el momento de la apertura de la fase de adjudicación, no existe un proyecto y, en consecuencia, puede no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental —aunque esto tiene matices con relación a las concesiones, que comentaremos más adelante—. Esto introduce un elemento de incertidumbre sobre las obligaciones ambientales precisas que se van a exigir al contratista en la DIA y, en su caso, en la AAI, que puede afectar a la viabilidad tanto de la oferta técnica como de la oferta económica. Una oferta considerada viable en el marco de un procedimiento de adjudicación contractual, puede devenir técnica y económicamente inviable, tras el sometimiento del proyecto, por el contratista, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, de autorización ambiental integrada. La emisión en fase de ejecución de la EIA y, en su caso, de la AAI puede hacer que la oferta técnica del contratista no se pueda llevar a efecto total o parcialmente e implicar modificaciones sustanciales del contrato, con las correspondientes repercusiones para el contrato en términos de desistimiento o resolución contractual. También puede incidir en el equilibrio económico contractual, lo cual puede dar lugar a dificultades relevantes en la ejecución del contrato o concesión, así como en el propio cumplimiento de las obligaciones ambientales.

El sometimiento a EIA de un proyecto público elaborado por el contratista o concesionario, esto es, después de la adjudicación del contrato en la fase de ejecución de la prestación, puede condicionar y reducir la calidad y la incidencia preventiva del procedimiento de evaluación ambiental. Además, la DIA, emitida en fase de ejecución, puede tener repercusión en la oferta del contratista e implicar modificaciones técnicas o generar desequilibrios económicos en la concesión. El órgano de contratación debe tener en cuenta esta posibilidad e introducir en los pliegos las cláusulas que permitan afrontar esta

---

(26) Como indica la LCSP, «se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten» (art. 99.1, LCSP).



situación, o bien, porque prevea las modificaciones derivadas del impacto de decisiones ambiental, o bien, porque introduzca la flexibilidad suficiente como para adaptarse a los eventuales cambios que sea preciso adoptar como consecuencia de la DIA, como las que afectan por ejemplo a la localización del proyecto o a la corrección de la propuesta técnica del adjudicatario.

La problemática de la que hablamos puede observarse en la Sentencia del TSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2019 (27). Trata de un recurso de apelación contra una sentencia de instancia que atiende el recurso de lesividad presentado por el Ayuntamiento de A Coruña, contra un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2011 por la que se estimaba parcialmente una demanda de reequilibrio económico de la empresa concesionario de la instalación de tratamiento de residuos de la ciudad, en relación a los costes de transporte y tratamiento de rechazos producidos por la instalación de tratamiento de residuos de dicha entidad. El acuerdo preveía que el Ayuntamiento asumía el coste de gestión externa en vertedero del 55% del rechazo generado por la instalación. En este caso, la recurrente, la empresa concesionaria, alega que la declaración de efecto ambientales, emitida con posterioridad a la adjudicación del contrato, había impedido la ejecución de la oferta, al limitar aquella la capacidad de vertido del depósito de rechazos ofertado, obligando a la gestión externa del rechazo, una vez colmatado el vertedero ofertado, y generando así situación de desequilibrio que sirvió de base al acuerdo municipal de 2011. Con todo, en este caso, el TSJ de Galicia desestimó el recurso presentando al entender que «pese a las limitaciones de la DEA finalmente se construyó [tras sucesivas ampliaciones] un vertedero de capacidad igual al previsto en la oferta» (28).

---

(27) Rec. 4135/2018, ponente: Antonio Martínez Quintanar.

(28) Destacamos en este sentido el siguiente extracto de la sentencia: «Por tanto, no es controvertido, a la vista de la argumentación de la sentencia, que las posibilidades de vertido contempladas en la oferta inicial de la UTE adjudicataria eran superiores a las establecidas en la DEA. Este dato, basado en la mera comparación entre la descripción del vaso de vertido de la oferta y el autorizado por la DEA (siendo este inferior) no es ignorado por la sentencia, sino que, partiendo del mismo, se llega a la conclusión de que, a pesar de esa inferior capacidad de vertido autorizada en la DEA, la realidad de las cosas ha determinado que esa previsión de la DEA no ha impedido, por las circunstancias que se explican en la sentencia, que en la práctica la empresa haya ejecutado unos depósitos con capacidad similar a los previstos inicialmente, de lo que se colige que esa colmatación prematura no es atribuible a la DEA, ya que de hecho las limitaciones impuestas por esta no han impedido alcanzar esa capacidad de vertido.

Lo relevante, por tanto, no es realizar la mera comparación entre los términos de la DEA y la oferta inicial, sino la comparación entre los depósitos finalmente ejecutados por la concesionaria, sumado el inicial y la ampliación, y la descripción inicial contenida en su oferta, y en esta última comparación no se aprecia que los depósitos finalmente ejecutados tengan capacidad inferior a la prevista en la oferta. Por ello, resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE —ya que inicialmente, por efecto de la DEA, no pudo construir

No obstante, el TSJ de Galicia en la sentencia indicada apunta que «resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma

---

el depósito previsto en su oferta, sino uno inferior que después se vio obligada a ampliar—pero no influyó en que el vertedero se colmatará mucho antes de lo previsto. Para juzgar sobre la suficiencia de la motivación del acuerdo del año 2011 que estimó parcialmente la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico resulta esencial esta consideración, especialmente a la vista del reconocimiento por el ingeniero municipal Marino, coautor del informe-propuesta que sirvió de motivación a dicho acuerdo, de que no se tuvo en cuenta en ese informe que el volumen final del vaso de vertido fue el mismo de la oferta, sin tener en cuenta las limitaciones de la DEA

Por todo ello resulta compatible asumir, por un lado, la certeza y corrección los datos expuestos en las declaraciones e informes transcritos en el recurso de apelación, en relación al inferior volumen de vertido autorizado en la DEA, y a pesar de ello, por otro lado, concluir que esas mayores limitaciones de la DEA no han impedido que, en la práctica, y como consecuencia de órdenes municipales, en la realidad de los hechos se haya construido un segundo vaso de vertido, para incrementar el volumen del inicial limitado por la DEA, con lo cual el volumen final y real de vertido ejecutado tras la ampliación supera el autorizado por la DEA.

No existe, en consecuencia, error en la valoración de la prueba, en el extremo impugnado, ya que para determinar las causas de la colmatación prematura del vertedero hay que atender al volumen real del vaso de vertido existente, tras la obra inicialmente ejecutada y tras la ampliación ordenada por la Administración municipal y no al nominal autorizado por la DEA, que no se corresponde con la realidad efectiva. En suma, aunque sea cierto que la DEA imposibilitó la construcción inicial de un vaso de vertido superior a 125.000 m<sup>3</sup>, no ha impedido que posteriormente se hayan ordenado y ejecutado ampliaciones que han determinado un volumen superior, que es el extremo que valora la sentencia, y que es el aspecto relevante para juzgar sobre el defecto de motivación del acuerdo de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, que prescindió del volumen real de vertido, limitándose a valorar la limitación de la DEA como un *factum principis* que había alterado la economía de la concesión, conclusión que no se cohonesta con las circunstancias posteriores acaecidas y la ampliación del vertedero» (FJ. 2º).

«(...) En cuanto a la DEA, ya se ha argumentado en fundamentos anteriores que se comparten las conclusiones de la sentencia de instancia sobre la ausencia de relación de causalidad entre la misma y la alegada ruptura del equilibrio económico de la concesión, ya que la colmatación prematura del vertedero se ha visto motivada por otras circunstancias, explicadas en el acto declaratorio de la lesividad y en la sentencia, y no por la DEA, cuyas limitaciones en cuanto a volumen de vertido no han impedido que de hecho se haya ampliado el volumen inicial y por tanto se haya alcanzado la previsión de la oferta sobre este extremo relativo a la capacidad del vertedero. No hay base, por tanto, para considerar la DEA como un *factum principis* determinante de la ruptura del equilibrio económico de la concesión, lo que hace caer la motivación de la resolución del año 2011 que estimó parcialmente la reclamación de la concesionaria (...).

El hecho de que no hubiera previsto el coste esa gestión a través de gestor autorizado no determina derecho a ser compensada, ya que es un error en las previsiones de la concesionaria, que no se origina por ningún hecho imputable a la Administración ni a la DEA, como se ha explicado y se motiva en la sentencia, y por tanto forma parte de los riesgos ordinarios de la explotación, que no se pueden trasladar automáticamente a la Administración sin la concurrencia de alguna circunstancia que permita modular el principio general de riesgo y ventura del contratista» (FJ. 5º).

que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE», derivada de las ampliaciones sucesivas del vertedero, cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal ya que dio lugar a «otra reclamación indemnizatoria, que se estimó parcialmente en el P.O. 171/2014 por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A Coruña».

Por todo lo indicado, siempre que sea posible y conveniente (y ello va a depender del grado de complejidad técnica de la obra y el grado de conocimiento de la Administración), es preferible realizar la EIA en fase de preparación del contrato, de modo que los pliegos y el proyecto integren la DIA y los licitadores puedan presentar sus ofertas con un conocimiento preciso de las obligaciones y costes ambientales. Ello repercutirá, como hemos dicho, en la calidad y viabilidad de la relación contractual y, en su caso, del servicio público obligatorio que vaya a prestar el futuro concesionario. Aunque supone una inversión de tiempo razonable, que retrasa el inicio del procedimiento de adjudicación de la concesión, los licitadores van a poder realizar sus ofertas con la seguridad de disponer de un marco de condiciones ambientales claro y preciso, lo cual reduce los riesgos de reclamaciones de reequilibrio y, en consecuencia, de los posibles conflictos jurídicos ligados a ellas.

#### **4. Los modificación de la DIA para introducir nuevas medidas de protección ambiental como causa potencial de desequilibrio económico contractual**

Las condiciones de la declaración de impacto ambiental pueden modificarse, de oficio o a instancia de parte, cuando concurren una serie de circunstancias, entre ellas, «la entrada en vigor de nueva normativa que incida sustancialmente en el cumplimiento de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental», «cuando durante el seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces» (art. 44.1, LEA).

En el caso de las instalaciones industriales (como las instalaciones de tratamiento de residuos) sometidas a EIA e igualmente a AAI, el órgano ambiental autonómico (competente para otorgar y controlar la AAI, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. En adelante LPCIC) también deberá revisar y, en su caso, podrá actualizar el condicionado de la AAI durante el ciclo de vida de la actividad (art. 26, LPCIC), cuando hayan transcurrido cuatro años de la aprobación de un nuevo documento de conclusiones relativas a la MTD de la actividad

principal, así como también cuando concurren determinadas circunstancias de forma sobrevenida (29).

Así, el órgano ambiental competente en materia de EIA puede, por tanto, iniciar el procedimiento de modificación de la declaración de impacto ambiental para dar cumplimiento a las exigencias de una nueva norma ambiental o cuando las medidas previstas en aquella sean «insuficientes, innecesarias o ineficaces». A ello se unen las posibilidades de actualización de la AAI por avances en las MTD o la concurrencia de circunstancias fácticas o legales sobrevenidas.

La LEA no prevé nada en relación al deber de compensación, o no, de los órganos ambientales en caso de modificación del condicionado de la DIA (30). La LPCIC sí se pronuncia sobre la cuestión. Indica expresamente que la revisión y, en su caso, actualización del condicionado de la autorización ambiental integrada no dará derecho a indemnización (art. 26.5, LPCIC), lo cual se deriva de la naturaleza propia de la AAI como autorización de tracto sucesivo. No obstante, una decisión ambiental de esta naturaleza puede generar un desequilibrio económico en la concesión que sí puede dar lugar a la obligación de compensación económica por parte del órgano de contratación, en los términos que establece la LCSP, que veremos a continuación.

Estas medidas de modificación o actualización del condicionado ambiental de la instalación pueden implicar inversiones para el concesionario, respon-

---

(29) «En cualquier caso, la autorización ambiental integrada será revisada de oficio cuando:

a) La contaminación producida por la instalación haga conveniente la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos.

b) Resulte posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costes excesivos a consecuencia de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles.

c) La seguridad de funcionamiento del proceso o actividad haga necesario emplear otras técnicas.

d) El organismo de cuenca, conforme a lo establecido en la legislación de aguas, estime que existen circunstancias que justifiquen la revisión de la autorización ambiental integrada en lo relativo a vertidos al dominio público hidráulico de cuencas gestionadas por la Administración General del Estado. En este supuesto, el organismo de cuenca requerirá, mediante informe vinculante, al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada, a fin de que inicie el procedimiento de revisión en un plazo máximo de veinte días.

e) Así lo exija la legislación sectorial que resulte de aplicación a la instalación o sea necesario cumplir normas nuevas o revisadas de calidad ambiental en virtud del artículo 22.3» (art. 26.4, LPCIC).

(30) Sobre la modificación del condicionado de la DIA, ALENZA GARCÍA indica que «dado el carácter constitutivo y discrecional de las intervenciones ambientales, debe entenderse que dicha modificación no es indemnizable» (RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 415).

sable de la ejecución del proyecto y de la explotación de la instalación, que no estaban previstas ni en los pliegos, ni el proyecto, ni en la oferta técnica y económica del operador. Así, en la fase de ejecución de un contrato de concesión, el cumplimiento de una nueva obligación legal de protección ambiental o la modificación de la DIA o de la AAI pueden alterar el equilibrio económico del contrato, especialmente en el caso de proyectos de elevada complejidad técnica en el que las inversiones en nuevas técnicas implican costes elevados.

Esta cuestión se planteó precisamente en el Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la AGE, con relación a un contrato de gestión de residuos para la explotación de una planta de tratamiento. Se trataba de una instalación en funcionamiento que debía cumplir con una nueva exigencia comunitaria en materia ambiental: la disponibilidad de una autorización ambiental integrada, de acuerdo con las previsiones de la ya derogada Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación (31). La autorización ambiental integrada establecía nuevas condiciones de funcionamiento a la actividad, lo cual suponía la realización de inversiones cuantiosas con relación al volumen de económico total de la concesión. Además el plazo de la concesión expiraba en dos años, por lo que no había tiempo para amortizar las obras a ejecutar. La Junta entendió que se trataba en «de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del *factum principis*»:

«Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de *factum principis* se exige que concurran una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual.

En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida «ex novo» en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones.

(...) examinada la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha admitido la figura del *factum principis* como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones, debe entenderse que en el caso presente nos encontramos claramente ante un supuesto de aplicación de la doctrina mencionada por concurrir los presupuestos que requiere. En efecto, se ha producido la adopción de una medida de carácter general, cual es la exigencia de nuevos requisitos para las instalaciones de tratamiento de residuos sólidos cuyo cumplimiento por

---

(31) Actualmente está en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (en el texto principal referenciada como LPCIC).

parte del concesionario podría suponer la ruptura del equilibrio financiero de la concesión. Ello, implica que, de en igual forma cabría considerar que concurren las condiciones exigidas por el artículo 258 de la actual Ley».

Con todo, la LCSP introduce previsiones específicas con relación a las concesiones, que matizan las posibilidades de reequilibrio económico derivado de normas o decisiones ambientales. La LCSP restringe en estos casos los supuestos en los que la Administración está obligada a compensar el desequilibrio económico del contrato.

En el caso de las concesiones de obra pública y de servicios, el órgano de contratación deberá de restablecer el equilibrio económico «cuando las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (32)» (arts. 270.2, letra b, 290.4, letra b, LCSP). Surge el deber de compensación «solo» en los supuestos en que la «Administración concedente» (33) sea la que adopta, al mismo tiempo, la decisión ambiental con implicaciones en el equilibrio económico contractual; no, en el caso, por ejemplo, de modificación de las condiciones ambientales de funcionamiento de una instalación de gestión de residuos domésticos, promovida a nivel municipal, que sea llevada a cabo por el órgano ambiental autonómico. En este caso la administración ambiental sería la autonómica, y la administración concedente sería la municipal. Así, esta nueva previsión de la LCSP afecta especialmente a la garantía del reequilibrio de las concesiones municipales. No tiene sentido que, ante una decisión administrativa de modificación de la DIA o de la AAI, sea jurídicamente posible la compensación económica si la administración ambiental es también la administración que ha concedido la concesión, y no en caso de que se traten de administraciones diferentes (34).

---

(32) LAVILLA RUBIRA, J.J., menciona la indeterminación del concepto «ruptura sustancial de la economía del contrato». En este sentido entiende que no parece irrazonable «acudir, al aplicar tal concepto a los supuestos concretos que se susciten, a los criterios establecidos por el artículo 250.2.c) de la LCSP/2017 a efectos de determinar el carácter sustancial o no de las modificaciones contractuales» («Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 1430).

(33) LAVILLA RUBIRA, J.J., entiende que aunque el artículo 270.2 «alude ahora solo a las actuaciones «de la Administración concedente», parece razonable entender que existirá el deber de reestablecer el equilibrio económico en el supuesto de que las actuaciones determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato procedan de una entidad instrumental dependiente de aquélla »(idem).

(34) GIMENO FELIÚ (2018) indica en este mismo sentido que esta regulación del *factum principis* debería haber englobado «cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad». Entiende asimismo que «la concesión se explota por el

No obstante, todo esto debe entenderse sin perjuicio, de la posibilidad de modificación contractual, y el consiguiente reequilibrio económico, en el caso de concurrencia de circunstancias sobrevenidas, de acuerdo con las previsiones del artículo 205.2, letra b, LCSP.

Por una parte, la LCSP limita la posibilidad de compensación económica en supuestos de *factum principis*, pero, por otra, reconoce al concesionario un derecho de desistimiento del contrato, como una suerte de compensación ante las restricciones a la posibilidad de reequilibrio económico.

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato, sin derecho a indemnización, cuando este resulte «extraordinariamente oneroso» (35) para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

«a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato;

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato» (arts. 270.4, 290.6 LCSP).

El carácter restrictivo con el que se regula las posibilidades de reequilibrio económico en las concesiones, así como la posibilidad de desistimiento en el supuesto de aprobación sobrevenida de normas reglamentarias (derivadas de administraciones distintas a la concedente) y legales (que exijan la incorporación de avances técnicos (36)), plantean problemas para

---

contratista a riesgo y ventura. De tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide —más bien lo contrario— el reequilibrio financiero (...). «No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos» (GIMENO FELIÚ, J. M. (2018): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente» en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 125, nota 197). Véase en este mismo orden de cosas 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, pp. 148 y 149.

(35) «Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar» (arts. 270.4, 290.6, LCSP).

(36) GIMENO entiende, acertadamente, que debería «(...) regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir

garantizar la adecuada prestación y continuidad de los servicios públicos obligatorios (37).

Los actos de modificación de las autorizaciones o declaraciones ambientales y la aprobación de normas ambientales a las que deben adaptarse las instalaciones existentes, forma parte del objetivo de mejora continua y adaptación tecnológica que rige las normas ambientales. En las instalaciones gestionadas con concesiones de larga duración y un componente tecnológico muy marcado, como las actividades de tratamiento de residuos, los avances y modificaciones tecnológicas derivadas de la aplicación o desarrollo Derecho ambiental son parte de su naturaleza. La LCSP no se adapta a esta realidad.

En este contexto, lo razonable hubiera sido, desde la perspectiva del objeto de estudio de este artículo, que la Administración concedente, titular del servicio, asumiera los costes ambientales sobrevenidos derivados de decisiones ambientales o de modificaciones normativas, siempre que supusieran una ruptura sustancial del equilibrio del contrato y con independencia de la administración de origen. Sin embargo, la LCSP solo permite compensar cuando el origen del desequilibrio esta en una modificación contractual o una actuación de la Administración concedente, trasladando al concesionario, en el resto de los supuestos, el coste de eventuales revisiones normativas o actualizaciones de actos ambientales, ofreciendo únicamente al operador económico la posibilidad de «devolver las llaves» a la administración concedente, cuando el contrato resulte «extraordinariamente oneroso». Esta solución no satisface el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de servicios públicos obligatorios, y puede implicar una finalización anticipada, innecesaria e ineficiente de la concesión, por circunstancias sobrevenidas normativas que son eventos ordinarios en el ciclo de vida de algunas instalaciones, como las actividades de tratamiento de residuos.

Además en el caso de que se lleven a cabo modificaciones normativas (reglamentarias, derivadas de una administración distinta a la concedente, o legales que impliquen avances técnicos), pero el impacto en el equilibrio

---

a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR» [GIMENO FELLÚ, 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, pp. 148 y 149].

(37) TORNO MÁS indica que este derecho del contratista «[...] rompe con la obligación propia del contrato de gestión de servicios públicos de continuar prestando el servicio en todo caso (*exceptio non adimpleti contractus*), obligación que se considera inherente a la finalidad del contrato de gestión de servicios públicos, esto es, la garantía de la continuidad de la prestación» [en GIMENO FELLÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 1480].



económico de la concesión no resulte «extraordinariamente oneroso» para el concesionario, éste no podrá desistir del contrato, ni podrá obtener compensación por las nuevas exigencias ambientales en la explotación de la actividad. Esto se producirá en el caso en que la incidencia de las «disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse» supongan un incremento neto anualizado de los costes menor al 5 por ciento «del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma» (arts. 270.4, 290.6, LCSP) (38). Teniendo en cuenta los márgenes tan exigüos con los que a veces compiten los operadores económicos en el mercado público de servicios públicos obligatorios, como el tratamiento de residuos, el régimen de la LCSP genera un contexto idóneo para el surgimiento de conflictos jurídicos y laborales durante la ejecución del contrato, que nada suman, sino restan, a la ejecución adecuada de la concesión, y que pueden dificultar la ejecución de la DIA y del derecho ambiental aplicable a la actividad. Asimismo, los operadores económicos pueden verse tentados a compensar los desequilibrios, no extraordinariamente onerosos, por vía interna, mediante la reducción de costes laborales o de mantenimiento, con las implicaciones que ello puede tener para la precarización del servicio. Este tipo de situaciones de incumplimiento contractual no siempre pueden verse desincentivadas si el régimen de control y de imposición de penalidades previsto en los pliegos no está adecuadamente articulado.

La mejor forma de reducir o evitar los efectos nocivos de estas previsiones de la LCSP es incorporar en los pliegos una cláusula de modificación contractual referida a la incorporación de mejores técnicas disponibles, tanto por el ejercicio de la potestad de modificación del condicionado de las autorizaciones o declaraciones ambientales por parte de los órganos ambientales competentes, como por la concurrencia sobrevenida de avances legales que obliguen a los concesionarios a asumir nuevos avances técnicos. Sería conveniente que esta modificación contractual estuviera vinculada a un determinado porcentaje de incremento de costes, de modo que el concesionario debiera asumir el riesgo económico por debajo del porcentaje determinado. Hay que tener en cuenta igualmente en cuenta que las inversiones en mejores técnicas disponibles, podrían incrementar los ingresos para el contratista. Pensemos por ejemplo en el titular de una instalación de tratamiento de residuos que

---

(38) LAVILLA RUBIRA, J.J., afirma que «a los efectos de la determinación de tal cifra de negocio —a la que se refiere el artículo 101.1, letra b, de la LCSP/2017 en relación con el cálculo del valor estimado de las concesiones de obras—, parece razonable, aplicando por analogía el criterio establecido por los artículos 280.3 y 282.c), tener en cuenta la cifra de negocios obtenida por el concesionario en los años anteriores en número equivalente al de los que resten hasta la terminación normal de la concesión» [«Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELLÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, p. 1432].

debido a las inversiones puede incrementar el porcentaje de recuperación de envases y, en consecuencia, los ingresos derivados del SIGRE correspondiente por este concepto. En ese caso, en el cálculo del incremento de costes derivado de la modificación contractual habría que tomar en consideración los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar, a los efectos de determinación de una eventual compensación económico en términos de reequilibrio contractual.

En este último sentido, cabe señalar, que más allá de lo indicado sobre las posibilidades de reequilibrio contractual en caso de avances técnicos derivados de actuaciones administrativas o reformas legales, no hay que perder de vista el potencial del pliego para generar incentivos económicos a la realización efectiva de la cláusula de progreso en el ciclo de vida de la concesión. Así en el caso de las instalaciones públicas de tratamiento de residuos, el pliego puede prever el pago de un precio por tonelada, de acuerdo con el precio unitario ofertado por el operador, y además un pago indirecto derivado de la posibilidad de cobrar directamente, total o parcialmente, los pagos realizados por el Sistema Integrado de Gestión y Recogida de Envases (SIGRE (39)) por la recuperación de envases y materiales recuperados, los ingresos procedentes de la venta de electricidad a la red eléctrica generada por la valorización energética del biogás o, en su caso, los ingresos derivados de la recuperación de vidrio en proceso. En este plano, el pliego tiene un elevado potencial para incentivar las inversiones en mejores técnicas disponibles, directamente vinculadas con la mejora de la capacidad de valorización de las instalaciones y, en consecuencia, con el incremento de ingresos para el concesionario explotador de la instalación.

## **5. La exigencia de división en lotes en los contratos públicos y la prohibición de fraccionamiento de proyectos de la normativa de EIA**

En la definición del objeto del contrato, la LCSP dispone que «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes» (art. 99.3, LCSP). Esta previsión contrasta con la prohibición del fraccionamiento de proyectos con la finalidad de evitar su sometimiento al trámite de evaluación de impacto ambiental, cuando ésta dependa de las dimensiones del proyecto (40). Debe compaginarse por tanto la exigencia de la normativa de

---

(39) Es el caso de ECOEMBES, en relación a la recogida de envases.

(40) La LEA dispone que serán sometidas a evaluación de impacto ordinaria los «proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo I mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados» (art. 7.1,

contratos de dividir las prestaciones en lotes, cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, con la finalidad de fomentar la participación de las PYME en el mercado público, con el objetivo de la normativa de evaluación ambiental de evitar el fraccionamiento de proyectos, para evitar el sometimiento de aquellos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

La división del contrato en lotes (o la licitación separada en varios contratos) de un contrato de obras no puede implicar la consideración aislada de los diferentes lotes (o contratos), a los efectos de evaluación ambiental, ni implicar, en consecuencia, el no sometimiento a evaluación de impacto ambiental de proyectos que considerados en conjunto conforman un proyecto único, por cuya magnitud estaría sometido a EIA. En estos casos la aprobación de los proyectos, a los efectos de la LCSP, sólo podrá llevarse a cabo válidamente cuando se verifique el sometimiento de los proyectos a un procedimiento de EIA, que valore de forma integral el proyecto (que conforman los diferentes lotes o proyectos parciales licitados de forma autónoma) en su conjunto. Adquiere nuevamente sentido la colaboración entre el órgano de contratación y el órgano ambiental, para evitar que en la fase de preparación del contrato se tomen decisiones que puedan implicar la vulneración de la exigencia de evaluación ambiental de la LEA.

La LCSP establece la posibilidad de excepcionar la regla general de división en lotes de la prestación. Así, el órgano de contratación «podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras» (art. 99.3, LCSP). En todo caso se considerarán motivos

---

letra a, LEA). También será sometidas a evaluación de impacto ambiental simplificada los «proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo II mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados» (art. 7.2, letra d, LEA). Esta regulación trae causa de la doctrina del TJUE. Véase en este sentido las Sentencias del 16 de septiembre de 2004, asunto C 227/2001): «52 En efecto, como ha alegado acertadamente la Comisión, el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 km de longitud entre Valencia y Tarragona, que está comprendida en el proyecto denominado «Corredor del Mediterráneo», que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa. 53 Si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva». Véanse igualmente las sentencias de 21 de septiembre de 1999, C-392/1996, apartado 76; de 25 de julio de 2008, asunto C-142/07, ap. 44; de 17 de marzo de 2011, asunto C-275/2009, ap. 36. La doctrina del Tribunal europeo ha sido incorporada por el Tribunal Supremo: STS de 16 de diciembre de 2004, recurso 4723/2001; de 8 de octubre de 2008, rec. 542/2006, F. 5.º. Véase también la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2005, n.º de recurso 780/2001.

válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, «el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes» (art. 99.3, LCSP). El cumplimiento de objetivos ambientales en la ejecución de una prestación o de las exigencias de la DIA o, en su caso, de la AAI pueden ser elementos a valorar a estos efectos, ya que la división en lotes puede generar dificultades para la gestión ambiental integrada o la coordinación de la ejecución de diferentes prestaciones o instalaciones de un establecimiento (41), que es lo que persigue la normativa de evaluación de impacto ambiental o de prevención y control integrado de la contaminación.

#### **IV. EL CONTRATO COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO A LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

##### **1. El papel de la contratación pública como mecanismo de refuerzo de las medidas de prevención del impacto ambiental, mediante la definición de prescripciones técnicas en la fase de preparación del contrato**

El Derecho ambiental establece la obligación de evaluar el impacto medioambiental de determinados proyectos antes de su autorización, lo cual afecta evidentemente a la determinación del objeto del contrato en el caso de los contratos de obras o de las concesiones de obras públicas o de servicios. Estos proyectos públicos deben integrar de forma obligatoria exigencias de prevención ambiental, determinadas por el órgano ambiental competente, en su diseño y ejecución. Así, la libertad de definición del objeto del contrato por el órgano de contratación está delimitada por el marco tuitivo del Derecho ambiental y de los actos administrativos de aplicación, que predeterminan en buena medida las características técnico-ambientales de las prestaciones.

Con todo, la filosofía de la contratación pública verde (42), expresada en la LCSP, aboga por la definición de prescripciones técnico-ambientales que

---

(41) Pensemos nuevamente en un establecimiento de tratamiento de residuos, en la que se integran diferentes instalaciones: vertedero de gestión de rechazos; instalación de producción de energía derivada de biogás; planta de recuperación de envases y materiales de envases; nave de tratamiento de materia orgánica, etc.

(42) No es objeto de este estudio el análisis de las posibilidades y límites para la determinación de criterios o cláusulas ambientales en la preparación de los contratos. Esta

vayan más allá de el condiciones definidas por la declaración de impacto ambiental, aunque siempre que se trate de exigencias proporcionadas. «Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente», las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental (art. 126.4, LCSP). El hecho de que objeto del contrato afecte, o pueda afectar, al medio ambiente activa el mandato de integración ambiental dirigido al órgano de contratación. Esta circunstancia será apreciada por el órgano de contratación en atención al conocimiento y la información ambiental disponible, para lo cuál es relevante que existan vías de comunicación y colaboración con las autoridades ambientales, integradas en la propia administración licitadora o en otras administraciones territoriales, dependiendo de la naturaleza de la prestación en cuestión. No obstante, esta afectación es indudable en los proyectos de obras con repercusiones importantes para el medio ambiente, que son identificados por la legislación ambiental, particularmente, en la normativa de evaluación de impacto ambiental o de prevención y control integral de la contaminación, o en la propia normativa sectorial (atmósfera, residuos, etc.). Por tanto, en el caso de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, el órgano de contratación estará obligado a definir prescripciones técnicas aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, aunque es cierto que una declaración de impacto ambiental de calidad puede reducir de forma importante las necesidades de establecer especificaciones técnicas complementarias.

## **2. La solvencia técnica y la calidad de los estudios de impacto ambiental**

El órgano de contratación podrá exigir, «en los casos adecuados», la acreditación de la solvencia técnico-ambiental a los licitadores mediante la indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario «podrá aplicar al ejecutar el contrato» de obras (88.1, letra d, LCSP) o de servicios (90., letra f, LCSP). En el caso de proyectos públicos sometidos a evaluación de impacto ambiental, claramente nos encontramos ante uno de esos «casos adecuados» para exigir la acreditación de la capacidad de gestión ambiental del contrato. Esta es una medida claramente necesaria y proporcionada en los contratos referidos a proyectos sometidos a EIA, que requieren, por ejemplo, de la adecuada gestión de residuos o de emisiones de polvo durante su ejecución.

---

cuestión ya la hemos analizado en *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012 y otros trabajos posteriores. Además, sobre la nueva LCSP, se ha publicado diversos trabajos colectivos: LAZO VITORIA, Ximena (Directora) (2018): *Contratación pública verde*, Atelier; GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla; RAZQUIN LIZARRAGA, M. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.

Entre las posibles medidas de gestión, podrá pedirse que los licitadores presenten «certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental» (EMAS, ISO 14000, UNE 216:301:2007, etc.), con las condiciones y límites que ya analizados en otros trabajos previos (art. 94, LCSP) (43).

Para la Directiva 2014/52/UE, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, uno de los objetivos prioritarios es incidir en la mejora de la calidad de los estudios de impacto ambiental. En este sentido su considerando 33 indica lo siguiente:

«Los expertos que participen en la preparación de los informes de evaluación de impacto ambiental deben estar cualificados y ser competentes. Para garantizar que la información proporcionada por el promotor sea completa y tenga un nivel de calidad elevado, se requieren conocimientos especializados suficientes en el ámbito del proyecto de que se trate a efectos de su examen por las autoridades competentes».

Para dar cumplimiento a las previsiones de la Directiva (44), La Ley 21/2013 dispone lo siguiente:

«El promotor garantizará que (...) el documento inicial, el estudio de impacto ambiental y el documento ambiental, en el caso de la evaluación de impacto ambiental, han sido realizados por personas que posean la capacidad técnica suficiente de conformidad con las normas sobre cualificaciones profesionales y de la educación superior, y tendrán la calidad y exhaustividad necesarias para cumplir las exigencias de esta ley. Para ello, los estudios y documentos ambientales mencionados deberán identificar a su autor o autores indicando su titulación y, en su caso, profesión regulada. Además, deberá constar la fecha de conclusión y firma del autor» (art. 16, LEA).

La falta (creciente) de medios suficientes y/o de capacidad técnica de las administraciones públicas lleva en la práctica, habitualmente, a que los promotores públicos de proyectos se vean abocados a la externalización de los servicios de redacción y elaboración no sólo de los proyectos, sino también de los estudios de impacto ambiental. Así, la exigencia de capacidad técnica de la LEA debe trasladarse a las empresas que prestan estos servicios a las administraciones públicas. Los pliegos de estos contratos de servicio de con-

---

(43) PERNAS GARCÍA, J.J. (2012): *Contratación pública verde*, La ley, Madrid.

(44) Véanse los artículos 5.3, Directiva 2011/92, en su versión tras la modificación operada por la Directiva 2014/52.

sultoría ambiental deben definir requisitos proporcionados (45) de solvencia, que permitan garantizar que el personal del que dispone la eventual empresa contratista tiene la suficiente capacidad técnica y profesional. Esta exigencia comunitaria de solvencia técnica en la elaboración de estudios o documentos ambiental del documentos públicos más que marcar el camino hacia una adecuada profesionalización de las administraciones públicas, nos remite, en el contexto de actual de precarización progresiva de las administraciones públicas, a la necesidad de establecer requisitos técnicos rigurosos de admisión a las empresas que concurren a los contratos de servicios de consultoría ambiental (o a los contratos de obra o concesiones de obras o servicio, en donde se contrata igualmente la redacción y elaboración de proyecto y estudio ambiental), para la prestación de servicios técnicos vinculados a la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y a la vigilancia ambiental durante su ejecución y explotación.

Así, en los supuestos de contratos o concesiones de obras o servicios en los que se licita proyecto y obra o en los casos de contratos de consultoría para la realización de estudios de impacto ambiental, el órgano de contratación podrá exigir la indicación de los nombres y de la cualificación profesional (art. 76.1, LCSP) del concreto personal encargado de la realización de este trabajo de evaluación ambiental.

La LEA no establece ninguna formación específica. La concreción de las titulaciones exigidas debe llevarse a cabo dejando abierta «la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar» (46). De acuerdo con el «principio de libertad con idoneidad», frente al «principio de exclusividad y monopolio competencial», que debe ceder, y en ausencia de una previsión normativa sobre el técnico o titulación idónea o adecuada, serán idóneos en consecuencia los técnicos «que hayan adquirido esa formación [en materia de estudios de impacto ambiental] en los estudios referidos cursados para la obtención del título» (47). La exigencia de formación debe configurarse de modo abierto para evitar eventuales recurso derivados de la exclusión de determinadas titulaciones que capacitarían, de acuerdo con las premisas indicadas, para la realización de los trabajos técnicos ligados a la normativa de EIA.

---

(45) Resoluciones 58/2015, de 13 de febrero, 148/2016, de 19 de febrero, 252/2019, de 15 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

(46) Resoluciones 122/2013, de 31 de julio, 126/2013, de 27 de marzo, 112/2012, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

(47) Resoluciones 122/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, FJ. 5º.

Para garantizar que el personal que va a intervenir en la realización del estudio de impacto ambiental es «competente», no solo es necesario acreditar su formación académica, sino que debe contar con la experiencia adecuada (48). Así, la experiencia del personal podrá acreditarse mediante la exigencia de la presentación de los estudios de impacto llevados a cabo. En coherencia con las previsiones de la LEA, los estudios de impacto ambiental presentados deberán identificar claramente a su autor o autores, así como la fecha de conclusión y firma del autor. También puede exigirse la experiencia de la empresa en trabajos similares, requiriendo por ejemplo la realización de un número mínimo de estudios de impacto ambiental en los últimos años, referidos incluso a una determinada tipología de proyectos o con una determinada localización en espacios sensibles (RED NATURA, etc.) (49). La acreditación de la experiencia de la empresa y del personal responsable de la ejecución del contrato deberá referirse a un período cercano a la licitación del contrato (dos últimos años, p.e.), de modo que pueda garantizarse que la experiencia se corresponda con el estado del arte más reciente.

La previsión de concretos requisitos de formación y experiencia en los pliegos contractuales y la posibilidad de excluir de la licitación a los operadores económicos que no acrediten la capacidad para desarrollar estudios de impacto de calidad, permiten dotar de mayor rigor y contenido a las previsiones del artículo 16 de la Ley 21/2013.

Las exigencias de solvencia técnica, referidas a la cualificación profesional y la experiencia, del concreto personal que va a llevar a cabo las labores de evaluación ambiental y/o seguimiento y aplicación del plan de vigilancia ambiental de una obra o servicio, deben cumplirse no solo en el momento de la admisión de los operadores en el marco del procedimiento de adjudicación, sino durante toda la ejecución del contrato. Por este motivo, debe articularse en los pliegos administrativos un régimen de imposición de penalidades, que desincentive cambios en el personal, sin el control administrativo correspondiente, que reduzcan la calidad de los profesionales que intervienen en el

---

(48) GARCÍA URETA indica, con buen criterio, que la competencia nos remite a un criterio de experiencia: «puede tratarse de un experto, debido a sus cualificaciones formales (títulos académicos) pero no competente, v. gr., porque no ha tenido oportunidad de trabajar en este contexto. Por lo tanto, el hecho de que la Directiva haya precisado la noción de experto mediante dos requisitos cumulativos requiere que, en primer lugar, una norma general lo exija y determine y, en segundo lugar, que se verifique si los redactores de los informes de impacto cumplen, en realidad, con dicha exigencia, v. Gr., a través de una relación de los trabajos realizados con anterioridad» [«La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, p. 209].

(49) Resolución 582/2018, de 12 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.



contrato. Asimismo, el órgano de contratación puede atribuir a estas exigencias de solvencia técnica el carácter de obligación esencial del contrato en los pliegos contractuales (art. 211.1, letra f, LCSP), de modo que todos aquellos cambios no autorizados que precaricen la capacidad técnica de la prestación puedan dar lugar a la resolución contractual.

No obstante, además de la acreditación de la solvencia técnica, el órgano de contratación, en atención a la especialidad del trabajo de evaluación ambiental, podrá exigir a los licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para la ejecución de la prestación (art. 76.2, LCSP). Se podrá exigir, en este sentido, que se disponga de un grupo mínimo de profesionales, con concretas titulaciones, para las labores técnicas de evaluación ambiental, con la finalidad de que quede garantizada la necesidad de contar con la perspectiva de diferentes profesionales y atender, así, al carácter multidisciplinar de las evaluaciones ambientales. De acuerdo con la doctrina del TACRC, la exigencia de medios personales mínimos está justificado por la especialización y el carácter multidisciplinar de la materia, y no debe entenderse como restricción o establecimiento de derechos exclusivos a favor de los profesionales recogidos (50).

---

(50) Véase en este sentido la Resolución 122/2013, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. Destacamos el siguiente extracto de la Resolución: «Centrándonos en la adecuación a derecho del indicado anexo, debe partirse de que la normativa reguladora de la Evaluación de Impacto Ambiental estatal o autonómica no exige una titulación concreta para la realización de tales estudios por su carácter pluridisciplinar. La tendencia jurisprudencial señala que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad y los principios de contratación del Sector Público tienden a favorecer la competencia.

Es cierto que, como decíamos, la tendencia jurisprudencial es evitar las prácticas restrictivas que impidan el acceso o reserven en exclusiva la realización de actividades a determinados profesionales, y no lo es menos que la titulación de Ingeniero Técnico Forestal capacita, de acuerdo con la Orden CIN 326/2009, para la realización de la evaluación de impacto ambiental, por lo que estos profesionales en buena lógica pueden acceder a todo tipo de contrato que implique el ejercicio de esta actividad.

Ahora bien, debe tenerse también en cuenta el carácter de la exigencia contenida en el Anexo I del PCAP, derivada del artículo 64.2 del TRLCSP cuando señala que los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores que además de acreditar su solvencia se comprometan a adscribir medios personales o materiales suficientes para ello, que implica que como mínimo y para garantizar la satisfacción del objeto del contrato, de todo el personal que la empresa adjudicataria pueda tener, el contemplado en el Anexo I deberá destinarse al proyecto licitado.

Dado el carácter pluridisciplinar de las actividades que lleva consigo la realización tanto del estudio de impacto ambiental, como el estudio de indicadores de la duplicación de la M-501, y el informe de las alegaciones evacuadas en trámite de información pública, es lógico que se exija un mínimo de personal a adscribir al objeto del contrato, muy especializado, —piénsese que se trata de un Ingeniero Técnico Superior de Montes, un licenciado en Biología,

Estos compromisos de adscripción de medios se integrarán en el contrato, «debiendo los pliegos o el documento contractual» atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los de una eventual resolución contractual en caso de incumplimiento (art. 211), o establecer penalidades (art. 192.2, LCSP) para el caso de que se incumplan por el adjudicatario (art. 76.2, LCSP). El órgano de contratación tienen la obligación de dotar a estos compromisos de uno u otro carácter en los pliegos contractuales, con la finalidad de garantizar que durante la ejecución de la prestación concernida se mantienen los mismos medios adscritos al contrato.

El artículo 16.2, LEA, exige igualmente que los autores de los documentos iniciales, los estudios de impacto ambiental o los documentos ambientales «serán responsable del contenido y fiabilidad de los estudios y documentos ambientales citados en el apartado anterior». Los pliegos que rijan el contrato (p.e., consultaría para la realización de un estudio de impacto ambiental) o concesión (p.e., de obra o servicio para la instalación o remodelación y gestión de una instalación de tratamiento de residuos) correspondiente deberían articular un régimen de imposición de penalidades que prevea detracciones en el supuesto de falta de calidad técnica del contenido de estos documentos ambientales, previendo incluso la calificación de estos incumplimientos como una condición esencial del contrato, que pueda dar lugar a la propia resolución del contrato en caso de no atender al nivel de calidad pretendido.

### **3. Criterios de valoración de las ofertas como una forma de reforzar el contenido de la declaración de impacto ambiental**

La LCSP permite utilizar las «características ambientales» como criterios de adjudicación de las ofertas (145.2, LCSP), de acuerdo con los límites y las posibilidades ya analizadas en estudio previos, que no procede reiterar aquí (51). Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía

---

un Profesor Titular, Catedrático, Profesor de Investigación, Científico titular, Investigador titular o Investigador Científico perteneciente en cada caso como corresponda a un Centro, Instituto, Organismo Científico Oficial o Universidad.

Este es el personal que el adjudicatario debe poner a disposición de este contrato, como mínimo, sin perjuicio de que como es obvio este no será todo el personal a adscribir.

Desde esta óptica, y sin desconocer que la titulación propuesta por el Colegio recurrente, sí que es adecuada para la realización de parte del objeto del contrato, debe concluirse que sin embargo, el PCAP no supone restricción o establecimiento de derechos exclusivos a favor de los profesionales recogidos en el mismo, como prevención de adscripción mínima de medios, ante la especialidad del ámbito en el que incide el objeto del contrato..

(51) *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2012.

procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato (art. 145.2, LCSP).

Asimismo, la LCSP dispone que en los «contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente» se valorarán «condiciones ambientales mensurables», «tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos» (art. 145.3, letra h, LCSP) (52). Así, en el caso de contrato que tengan un impacto ambiental significativo deberán de utilizarse varios criterios de adjudicación, y entre ellos «condiciones ambientales mesurables».

La norma no precisa que se debe entender por «contratos cuya ejecución pueda tener impacto significativo en el medio ambiente». No obstante, en el caso de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, es clara, en consecuencia la exigencia de introducir criterios de valoración ambiental de las ofertas para la adjudicación de contratos o concesiones de obras o servicios, ya que lo que hace precisamente esa normativa ambiental es identificar los proyectos con efectos adversos significativos.

Esta posibilidad permite reforzar las exigencias básicas de la DIA de un proyecto. Los pliegos podrían establecer un criterio de valoración que tome en consideración las ofertas que incluyan especificaciones técnicas o que adopten un plan de gestión ambiental, destinado a superar el nivel de protección de la Declaración de Impacto Ambiental ("DIA"), en particular en lo referente a las medidas protectoras, correctoras o compensatorias y al programa de vigilancia ambiental, y a reducir en consecuencia el impacto ambiental derivado del ciclo de vida del proyecto. Esto es habitual en la definición de pliegos administrativos referidos a las concesiones de servicios de instalaciones de tratamiento de residuos, donde se puede poner igualmente el acento en aspectos específicos vinculados a la naturaleza propias de estas actividades, como pueden ser la producción de olores. En el caso de que se trate de actividades no sometidas a evaluación de impacto ambiental, los pliegos pueden primar aquellas ofertas que incorporen aspectos medioambientales que no consten en el proyecto aprobado por la Administración o en la normativa técnica de aplicación, «tales como (...) estudios de identificación y evaluación de impactos y propuestas de medidas protectoras o compensatorias» (53).

---

(52) La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenibles (LES) LES reitera la exigencia del artículo 150.3, letra h, con relación a las empresas públicas (35.2). Esta exigencia de la LES afecta a los contratos sometidos tanto a regulación armonizada como no.

(53) Propuestas en este sentido se incluían en el Proyecto de Orden Ministerial sobre requisitos y criterios medioambientales a introducir en los pliegos de cláusulas administrativas

Los pliegos administrativos y técnicos ofrecen un marco de flexibilidad con un gran potencial para reducir el impacto ambiental de los proyectos, especialmente aquellos que tienen un período largo de explotación, y que no se agotan con la realización de la obra. La utilización de las mejoras cuya cuantificación no depende de un juicio de valor ofrecen interesantes posibilidades, siempre que vayan acompañadas de una definición completa y precisa y de una valoración económica que permita determinar su viabilidad, sin riesgo para la viabilidad del contrato. Me remito aquí a las consideraciones que sobre este asunto realizaremos en el apartado referido a la coordinación de la preparación de las concesiones de obra y servicios y del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Asimismo, el pliego de condiciones puede incentivar la adopción de medidas compensatorias, como mecanismo de apoyo a los objetivos de los planes ambientales de las administraciones públicas, como las estrategias de cambio climático o de infraestructura verde.

#### **4. El contrato como un mecanismo de apoyo para garantizar el cumplimiento de la DIA y el informe de impacto ambiental y, con carácter general, las normas ambientales**

##### **A) Consideraciones generales**

La integración de consideraciones ambientales en los contratos públicos permite a los órganos de contratación exigir o valorar estándares ambientales que van más allá de las exigencias legales básicas o, en su caso, estándares ambientales establecidos en fase de propuesta de Directiva o reglamento comunitario o en una norma que se encuentra en plazo de transposición, anticipando así la aplicación de sus previsiones en el marco de un determinado contrato.

No obstante, el régimen de contratación ofrece también instrumentos que permiten contribuir a una mejor aplicación de la legislación ambiental en la ejecución del contrato por parte de los diferentes operadores económicos que intervienen en ella (54). Así, uno de los aspectos más novedosos del cuarto

---

que rijan en los contratos del Ministerio de Medio Ambiente y de los organismos públicos de él dependientes (Informe 31/03, de 17 de noviembre de 2003, Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

(54) SANZ RUBIALES indica, acertadamente, que «estamos asistiendo, en materia de contratos, a una *transformación del Estado meramente comprador en el Estado «ordenador»*, como confirma el nuevo texto legislativo de contratos públicos, en virtud del cual la Administración utilizará la potestad de compra con fondos públicos como instrumento de políticas ambientales, para ordenar la actuación privada hacia el interés general mediante los estímulos a la producción verde y mediante el control de la legalidad ambiental de la actuación de las empresas contratistas» [SANZ RUBIALES, I. (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, p. 78].

paquete de directivas comunitarias sobre contratación pública, es el reforzamiento del papel del Derecho de contratos como medio para velar por el cumplimiento de la legislación ambiental:

«En aras de la integración adecuada de los requisitos medioambientales ambientales (...), resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores (...) tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de la legislación medioambiental (...) tanto nacionales como de la Unión Europea» (cdo. 37, Directiva 2014/24, cdo. 55, Directiva).

«Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger (...) la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas ambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE» (cdo. 41, Directiva 2014/24, cdo. 59, Directiva 2014/23).

Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contratos públicos, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental establecidas en el Derecho comunitario o nacional, los convenios colectivos o en los convenios internacionales previstos en el anexo V (art. 201, LCSP (55)).

Los pliegos, proyectos de obras y documentos contractuales de los contratos de concesión de obras o de servicios integran la DIA y la AAI, pasando a ser documentos que definen la relación contractual y el contenido ambiental de la prestación, cuya ejecución debe quedar plenamente garantizada por el concesionario.

Los pliegos deben prever la obligación de los contratistas de garantizar el cumplimiento de las normas ambientales y de las autorizaciones o evaluaciones ambientales, de modo que el contrato pueda configurarse así como un instrumento complementario de apoyo al cumplimiento de la DIA y de las autorizaciones ambientales (56). Como hemos apuntado, la consulta de expedientes de contratación de concesiones de servicios de instalaciones de tratamiento de residuos nos permite observar que, en unos casos, la Administración consta

---

(55) Este artículo recoge las previsiones del artículo 18 de la Directiva 2014/24, y del artículo 30.2 de la Directiva 2014/23.

(56) Véase sobre el papel complementario de los órganos de contratación en el cumplimiento del Derecho ambiental por los contratistas, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi, pp. 84 y ss. Esta cuestión la hemos abordado en relación al proyecto de Directiva también en «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde», en LÓPEZ RAMÓN, F. (2014): *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi, pp. 458 y ss.

como «promotor» y, en su caso, «titular» de la instalación en su relación con la administración ambiental, atribuyendo al contratista la ejecución material de las actuaciones para garantizar el cumplimiento de la DIA y la AAI, del plan de vigilancia ambiental de las instalaciones y de todos los documentos e informes sobre el seguimiento de la instalación. En otros casos, los pliegos encargan al contratista la realización del proyecto y la tramitación de las correspondientes evaluaciones y autorizaciones ambientales, adquiriendo así la condición de «promotores» del proyecto y, en su caso, «titulares» de la instalación, asumiendo así la responsabilidad directa sobre el cumplimiento de los actos de autorización y declaración ambiental.

## **B) Información y consultas sobre las obligaciones en materia de evaluación de impacto ambiental**

La LCSP dispone que el órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente (artículos 129.1, LCSP). En ese caso, el órgano de contratación que facilite esta información «solicitará» a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que «manifiesten haber tenido en cuenta» en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del medio ambiente (art. 129.2, LCSP).

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenibles (LES) permite a las empresas y personas físicas, que así lo deseen, compensar sus emisiones de CO<sub>2</sub> a través de inversiones en incremento y mantenimiento de las masas forestales, programas agrarios de reducción de CO<sub>2</sub> y otros programas que establezca la Administración general del Estado, en colaboración con las CCAA (art. 90.1). La LES dispone que podrá tenerse en cuenta a los efectos de lo dispuesto en el artículo 119, TRLCSP (actual artículo 129). No está clara la finalidad de esta previsión. El artículo 90.3, LES, parece querer incitar, simplemente, a los órganos de contratación a informar sobre los órganos que puedan facilitar información sobre las posibilidades de compensación de las emisiones de CO<sub>2</sub>, con la única finalidad de animar a los contratistas a aplicar de forma voluntaria estas vías de compensación en la ejecución del contrato. Los pliegos de contratos o concesiones pueden prever condiciones especiales de ejecución destinadas a fomentar la compensación de los impactos ambientales, más allá de las propias previsiones de la DIA, estableciendo por ejemplo la exigencia de llevar a cabo proyectos ambientales por un determinado porcentaje anual sobre la base de precio anual del contrato. Asimismo, sería posible establecer mejoras a cargo del operador que definan expresamente posibles fórmulas de compensación de emisiones o de otros impactos, como pueden ser proyectos

de infraestructura verde vinculadas a la definición de soluciones basadas en la naturaleza, que contribuyan a reducir el impacto de las actividades.

En la aplicación de los criterios de adjudicación, los órganos de contratación pueden solicitar «informes técnicos que considere precisos» (art. 146.2, letra b, 150.1, 157.5, LCSP). Así mismo, estos informe podrán solicitarse «cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego» (art. 157.5, LCSP). En el caso de procedimientos de adjudicación de concesiones de servicios, referidas a la instalación o remodelación de instalaciones de tratamiento de residuos, la solicitud de informes a los órganos ambientales competentes en materia de EIA y/o AAI o organismos científicos o académicos, pueden ser una buena fórmula para evitar la adjudicación del contrato a empresas que no hayan tomado suficientemente en consideración las obligaciones derivadas de las normas ambientales (o incluso urbanísticas). Esta previsión enlaza con la previsión de la LEA que permite a los órganos ambientales solicitar informes a «organismos científicos, académicos u otros que posean dichos conocimientos», con la finalidad de garantizar que dispone de los conocimientos necesarios para evaluar los estudios y documentos de impacto ambiental (art. 9.5, LEA).

No obstante, somos conscientes que el realismo de esta propuesta puede estar condicionado por factores políticos, distorsionadores de la colaboración interadministrativa, o plantear dificultades prácticas para unos órganos ambientales, seguramente no sobrados de capacidad técnica para dar respuesta a la valoración preliminar de varias ofertas, de gran volumen y complejidad técnica, como ocurre en el caso de las instalaciones de tratamiento de residuos. Esta fórmula es en todo caso interesante para rechazar ofertas técnicas que «adolecen de error» o que incurrir en «inconsistencia que la hagan inviable» (art. 84, Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) desde un punto de vista ambiental, evitando así la adjudicación a contratistas que no van a poder ejecutar las obras con las características o la localización propuestas.

La LCSP también prevé la posibilidad de «(...) requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales» (art. 157.5, LCSP). Este puede ser un instrumento interesante para reforzar la precisión y motivación de la valoración de las ofertas (57), siempre que hablemos de organizaciones no gubernamenta-

---

(57) Sobre el tema de la participación en el procedimiento de EIA, véase NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2016): «La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en

les con capacidad para aportar información técnica de calidad. En el caso de licitación de un proyecto de obra, que fue sometido a evaluación de impacto ambiental en la fase de preparación del contrato, esta posibilidad permitiría la participación reforzada de las ONG con capacidad técnica, de especial interés en el caso de que los licitadores hayan podido presentar mejoras o variantes ambientales al proyecto ya evaluado, que no pudieron ser tomadas lógicamente en consideración en la evaluación de impacto ambiental ya realizada. Asimismo, en el caso de licitación de proyecto y obra, la participación de ONG con capacidad técnica podría aportar información técnica relevante en la valoración de los anteproyectos desarrollados por los licitador y/o del programa de explotación ambiental de la instalación. También permitiría tener mayor información a la hora de apreciar la adaptación de la alternativa propuesta al cumplimiento de la normativa de evaluación de impacto ambiental, y del resto de la regulación ambiental de aplicación. Con todo, en el caso de que se opte por solicitar informes a las citadas entidades, el órgano deberá de adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de conflicto de intereses (art. 64.2, LCSP).

Los pliegos de cláusulas administrativas pueden ser una herramienta para garantizar que los licitadores elaboran sus ofertas, tomando en consideración las implicaciones y límites de la normativa ambiental. Con todo, en el caso de que el proyecto haya sido aprobado por la administración concedente, la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental con carácter previo a la licitación permite al operador elaborar la oferta con precisión y da mayores garantías sobre la viabilidad técnico y económica de la propuesta del adjudicatario. En caso de licitación de proyecto y obra, el contratista deberá elaborar el proyecto, con carácter previo a la ejecución de la obra. En este supuesto sería oportuno establecer una condición de ejecución que obligue a realizar consultas previas a la Administración ambiental (art. 34, LEA), de modo que la elaboración del proyecto se desarrolle con la máxima precisión y corrección, reduciendo así los tiempos derivados de la subsanación de defectos en el marco del procedimiento de evaluación ambiental (una de las causas principales del incumplimiento de los plazos legales de estos procedimientos en la práctica). Armonizar el contenido de la propuesta técnica que deben presentar los licitadores, con el contenido de la consulta sobre el alcance del estudio de impacto ambiental, previsto en el artículo 34.2, LEA, puede facilitar la presentación temprana de la consulta por parte del contratista y reducir así el impacto en los plazos de elaboración del proyecto.

---

GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, pp. 117 y ss.



### **C) La determinación de condiciones de ejecución para garantizar el cumplimiento de las normas ambientales, de las autorizaciones y evaluaciones ambientales y, en su caso, de las cláusulas ambientales complementarias a la DIA en la fase de ejecución del contrato o concesión**

Los órganos de contratación pueden fijar requisitos aplicables a la ejecución de las prestaciones (art. 202.1, LCSP), lo que ofrece diversas posibilidades de integrar los aspectos medioambientales. Con todo, la definición de las condiciones de ejecución ambientales pueden venir predeterminadas de forma precisa por las condiciones ambientales derivadas del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y de concesión de la autorización ambiental integrada. El Derecho ambiental y sus actos de aplicación reducen la libertad del órgano de contratación para la definición de la forma de ejecutar el contrato por parte del adjudicatario.

En todo caso, las condiciones de ejecución pueden ir más allá. Sobre la base de las normas ambientales, los pliegos podrán establecer, por ejemplo (58), medidas más exigentes sobre la conservación del lugar en el que se desarrollan las obras, que pueden reforzar el nivel de exigencia de la DIA o de la AAI. Así también, en el caso de que se licite proyecto y obra, las condiciones especiales de ejecución pueden predeterminar el nivel de protección ambiental que debe alcanzar el proyecto que deberá desarrollar el contratista, en la fase de ejecución del contrato o concesión (59). También se podrán establecer exigencias al contratista ligadas a la forma de presentación y a la claridad y comprensión del estudio de impacto ambiental (art. 36, LEA), de modo que en el trámite de información pública, propio del procedimiento de EIA, se facilite la participación del público en general (60).

---

(58) La LCSP dispone, en particular, que «se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica» (art. 202, LCSP).

(59) Comunicación interpretativa de la Comisión (2001), p. 7.

(60) NOGUEIRA LÓPEZ afirma que «las nuevas tecnologías pueden contribuir a apreciar la representación física del impacto de ciertos proyectos mediante la simulación virtual». Entiende que podría exigirse que «el resumen no especializado se acompañase de archivos gráficos que permitan apreciar, cuando menos su impacto físico en el territorio» [«La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, 2016, p. 149].

Estas condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo (art. 202.4, LCSP). Esta previsión es relevante en el marco de las concesiones de servicio o de obra, en las que el concesionario opte por subcontratar, como es habitual en algunos ámbitos, las labores de realización y ejecución del proyecto o del estudio de impacto ambiental, la prestación parcial del servicio público afectado o las labores de seguimiento del plan de vigilancia ambiental de la DIA o, en su caso, de la AAI.

#### **D) La posibilidad de rechazar ofertas que no cumplan con las normas de protección ambiental y, particularmente, con las previsiones de la DIA o el IIA**

Los poderes adjudicadores «podrán decidir» no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta económica más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones del Derecho ambiental (art. 56.1, *in fine*, Directiva 2014/24). Por tanto, un licitador que presente una oferta técnica que no cumple con las exigencias de la DIA (del informe de impacto ambiental (IIA), en el caso de proyectos sometidos a evaluación ambiental simplificada, u otras previsiones de la normativa ambiental) podrá ver rechazada su oferta por incumplimiento de sus previsiones. Con todo es preciso notar que la Directiva 2014/23 de concesiones no establece una previsión similar.

El artículo 56.1, *in fine*, de la Directiva 2014/24 no ha sido transpuesto de forma precisa por la LCSP. No se entiende esa imprecisión. La redacción de la norma comunitaria es suficientemente clara, habilitando expresamente la posibilidad de rechazar la OEV en estos supuestos. La norma española reconoce «(...) la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental (...) en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, (...) o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental (...) que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V» (art. 201, párr. 2º). Sus previsiones son más genéricas. No reconocen expresamente esa posibilidad de exclusión de ofertas. Con todo, esta previsión, a la luz de la Directiva 2014/24, debe interpretarse en el sentido de que permite excluir las ofertas que contradigan las previsiones de las normas ambientales o de las decisiones ambientales que afectan a la actividad (DIA, IIA, AAI) (61).

---

(61) Véase en este mismo sentido LAZO VITORIA, Ximena (2018): *La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, especial referencia al coste de ciclo de vida*, en LAZO VITORIA, X. (2018): «Compra pública verde», Atelier, p. 133. La autora indica,

Esta posibilidad introduce un instrumento de especial importancia en aquellos casos de contratos, en la fase final de ejecución de los contratos, que se resisten al cumplimiento de exigencias normativas, que pueden implicar costes elevados, pero que son exigibles en el marco de sus obligaciones ambientales y contractuales. La expectativa de poder llegar a ser excluidos del procedimiento de adjudicación puede intervenir como un incentivo al comportamiento diligente del contratista en la ejecución plena de sus obligaciones normativas y concesionales.

De todas formas, esta ausencia de precisión va a retraer sin duda a los órganos de contratación a la hora de adoptar esta medida (62), con relación a aspectos, como los ambientales, que, en estos momentos, no están precisamente en el frontispicio del orden de prioridades de estas órganos. Por ello, consideramos relevante que se clarifique este aspecto de la LCSP, introduciendo una transposición literal del artículo 56.1, in fine, de la Directiva 2014/24, que extienda su aplicación igualmente al ámbito de las concesiones.

Por otra parte, el poder adjudicador exigirá al operador económico que explique el precio o los costes propuestos en la oferta, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas para las obras o los servicios de que se trate (art. 69.1, Directiva 2014/24). Estas explicaciones podrán referirse al cumplimiento de las obligaciones de Derecho ambiental, social o laboral, comunitario o nacional o previsto en los convenios internacionales recogidos en el anexo X (art. 69.2, Directiva 2014/24, letra d, en relación con el art. 18.2). Cuando los poderes adjudicadores comprueben que una oferta es anormalmente baja debido a que no cumple la legislación citada, la «rechazarán» (art. 69.3, Directiva 2014/24, transpuesta a través del artículo 149.4, LCSP).

La oferta de un concreto licitador puede plantear dudas sobre su viabilidad en relación al grado de exigencia técnica (y, en consecuencia, económica) de la DIA o del IIA o, en su caso, de la AAI. No obstante, esta apreciación no es sencilla. Los órganos de contratación tienen una capacidad muy limitada para llevar a cabo este análisis, especialmente en el caso de proyectos de gran complejidad técnica y con inversiones relevantes. Contar con el apoyo de los órganos ambientales competentes o, incluso, de los servicios de empresas de consultoría ambiental (con las salvedades apuntadas sobre eventuales conflicto de intereses), puede ser una vía para suplir las carencias de los órganos de contratación a los efectos de realizar esta apreciación y de motivar

---

a este respecto, que «el texto de la Directiva es prevalente y es obligatorio interpretar las normas internas de modo que se permita la plena aplicación y efectividad de las disposiciones europeas de contratación».

(62) LAZO VITORIA indica, con relación al artículo 201 de la LCSP, que «esta redacción puede desincentivar su aplicación (en los términos fijados por el legislador europeo) al entenderse que la atribución no es explícita (rechazo OEV)» (*idem*).

adecuadamente sus decisiones sobre la anormalidad de las ofertas. Esto es especialmente relevante si tenemos en cuenta que el órgano de contratación que toma la decisión de excluir una oferta por anormalmente baja, sobre la base de que no cumple la legislación ambiental, deberá refutar razonada y suficientemente las explicaciones del licitador afectado, sobre la base normalmente de un informe técnico concluyente que realice un análisis crítico de las razones expuestas por aquel (63).

### **E) La definición de un régimen de penalidades, que sirva de herramienta de apoyo para la mejor realización de los objetivos de la normativa de evaluación de impacto ambiental**

Como hemos indicado los órganos de contratación deberán tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contratos públicos, los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental establecidas en el Derecho comunitario o nacional, los convenios colectivos o en los convenios internacionales previstos en el anexo V (art. 201, LCSP). Entre las medidas posibles, destaca la configuración de un régimen de imposición de penalidades que, en atención a la naturaleza de la actividad y el régimen ambiental aplicable, defina un sistema de infracciones que aludan al incumplimiento de las obligaciones ambientales exigibles al proyecto en cuestión.

El incumplimiento de las normas ambientales «dará lugar» a la imposición de penalidades, de acuerdo con las previsiones y límites del artículo 192 (art. 201, párr. 3º, LCSP). El órgano de contratación deberá definir en el pliego de forma precisa el régimen de penalidades, que garantice el cumplimiento de las condiciones de la DIA (o IIA) y, en su caso, de la AAI. Esto no solo es relevante en la medida en que el contrato puede ser una herramienta de apoyo importante para el cumplimiento de las normas ambientales, sino también para el cumplimiento del propio contrato, ya que las situaciones de cumplimiento defectuoso de las prestaciones contratadas, pueden derivarse de la resistencia de las concesionarias al cumplimiento de las obligaciones ambientales, cuando impliquen costes elevados.

Los pliegos podrán establecer penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de las características ambientales de la prestación objeto del mismo, para el incumplimiento de los compromisos de adscripción de medios

---

(63) Véanse en este sentido las Resoluciones 256/2015, de 23 de marzo, del Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales. Véase también las Resoluciones 832/2014, de 7 de noviembre, del TARC y 306/2015, de 3 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Véase sobre esta cuestión igualmente ALBA PACHECO, Marta (2018): «Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier, pp. 157 y 158.

(art. 76.2, LCSP) o de las condiciones especiales de ejecución (art. 202, LCSP) (art. 192, LCSP). El órgano de contratación podrá definir así un régimen de penalidades que garantice el cumplimiento de las cláusulas ambientales de los pliegos, como las referidas a los medios personales y materiales necesarios para un adecuado cumplimiento de la LEA o las obligaciones ambientales de ejecución del contrato, de carácter complementario a las previstas en la DIA.

Asimismo, al compromiso de adscripción de medios suficientes o a las condiciones especiales de ejecución de carácter ambiental (referidas, por ejemplo, al cumplimiento de las condiciones de la DIA), pueden otorgárseles en el pliego el carácter «obligaciones contractuales esenciales» (arts. 76.2; 202.3, LCSP), a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211, que prevé la posibilidad de resolución contractual (64). Asimismo, cuando el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución no se tipifique como causa de resolución del contrato (art. 202.3, LCSP), el incumplimiento de cláusulas ambientales podrá ser considerado en los pliegos como infracción grave, a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71. Esto implica que en caso de incumplimiento de estas cláusulas el empresario se verá afectado por una prohibición de contratación, siempre que concurra «dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios» (art. 71.2, letra c, LCSP), cuyo alcance se limitará al ámbito contractual del órgano de contratación que la declare (art. 73.1, LCSP).

De todas formas, el régimen sancionador no siempre es la mejor herramienta para solventar los problemas de cumplimiento contractual y ambiental en la prestación de un servicio público. El mejor enfoque siempre es el preventivo, que se concreta en una definición clara y precisa de las prestaciones y de las condiciones de ejecución en los pliegos que rigen el contrato o concesión, particularmente de las ambientales en este caso, en la adecuada ponderación y determinación de los costes ambientales y de personal en la determinación del presupuesto base de licitación o, en su caso, en la correcta definición del plazo de duración y de una TIR que haga viable la concesión. Si esto no se cumple en la definición del contrato o de la concesión, de poco servirá la determinación de cláusulas ambientales que refuercen las previsiones de la DIA (o del IIA) o la AAI, ya que es probable que la ejecución de la prestación sea

---

(64) «Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes: 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general» (art. 211.1, letra f, LCSP).

deficitaria y que, incluso, esté en tela de juicio el cumplimiento de las exigencias mínimas de la normativa ambiental por parte del contratista.

## **V. LA COORDINACIÓN DE LA FASE DE PREPARACIÓN DE LAS CONCESIONES CON EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

### **1. La integración del estudio de impacto ambiental en el estudio de viabilidad de la concesión**

La LCSP prevé una serie de reglas que hablan de la coordinación del régimen de contratación pública con la normativa de EIA, con relación a los contratos de concesión de obra pública o de servicios. Así, «con carácter previo» a la decisión de construir y de explotar en régimen de concesión una obra pública, la Administración concedente tiene que realizar un estudio de viabilidad de las mismas (art. 247.1, LCSP). La tramitación de expediente de los contratos de concesión de servicios irá precedida, igualmente, de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad (art. 285.2, LCSP).

Entre la documentación que debe integrar este estudio de viabilidad en la preparación de las concesiones de obra, la LCSP menciona expresamente la definición de las «características esenciales» de la obra (247.2, letra a, LCSP) y «estudio de impacto ambiental, cuando este sea exigido por la legislación vigente» (art. 247.2, letra e, LCSP), es decir, cuando la obra que se pretenda realizar esté sometida a la exigencia de evaluación de impacto ambiental —de acuerdo con los anexos del Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, o de la normativa adicional de protección autonómica en esta materia—. La LCSP no precisa el contenido del estudio de viabilidad en el caso de las concesiones de servicio, por lo que debe entenderse que el contenido será el mismo que el de la concesión de obra, de acuerdo con la aplicación analógica del 247 de la LCSP. Por tanto, en el caso de concesiones de servicio, que comprendan la ejecución de obra, como en el caso de la construcción o renovación de una instalación de tratamiento de residuos, podrá igualmente ser exigible la presentación del estudio de impacto ambiental.

En el momento de la elaboración del estudio de viabilidad, la Administración debe tomar una decisión sobre si acudir al régimen de concesión de obras o servicios para la construcción y explotación de una determinada obra pública. No se está autorizando el proyecto, función que corresponderá *a posteriori* al órgano sustantivo que, en su caso, corresponda, ni se está aprobando el proyecto por parte del órgano de contratación. De hecho, en este momento no existe ni anteproyecto, ni proyecto de obra. La Administración concedente deberá definir solo sus «características esenciales». Así, pese a las previsiones de la LCSP, se nos plantea la duda sobre si este debe ser el momento adecuado

para evaluar los efectos de la obra propuesta y, en consecuencia, para la presentación del estudio de impacto ambiental.

La evaluación ambiental implica el análisis ambiental de los efectos significativos que tienen, o pueden tener, los «proyectos», antes de su adopción, aprobación o autorización (art. 5.1, LEA). El trámite de información pública, trámite previo a la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria, exige la puesta a disposición del público del «proyecto y el estudio de impacto ambiental» (art. 36.1, LEA). La iniciación en sentido estricto del citado procedimiento exige la presentación por el promotor de una solicitud de iniciación del procedimiento, que contendrá «el documento técnico del proyecto» y «el estudio de impacto ambiental» (art. 39.1, LEA).

Parece en consecuencia que el proceso de evaluación ambiental y el estudio de impacto ambiental deben llevarse a cabo sobre la base de un proyecto de obra. La LEA no define el concepto de proyecto, como documento técnico en donde se define las características técnicas de la actuación. La LCSP sí define el concepto de proyecto (art. 233) (65). ¿Debe llevar a cabo el estudio de impacto ambiental solo a partir del momento en que el promotor público disponga de un proyecto con el contenido expresado en la LCSP?

Entiendo que procede, en coherencia con la doctrina del TJUE, hacer una aproximación material, no meramente formal, a esta cuestión. El TJUE ha indicado que el momento en el que se debe llevar a cabo la evaluación es aquel

---

(65) Los proyectos de obras deben contener al menos:

«a) Una memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

b) Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.

c) El pliego de prescripciones técnicas particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que esta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.

d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. El presupuesto se ordenará por obras elementales, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

e) Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

f) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra.

g) El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

h) Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario» (art. 233.1, LCSP).

que permita «identificar y evaluar *todos los efectos* que dicho proyecto pueda producir en el medio ambiente» (66). Por tanto, la presentación del estudio de impacto ambiental tiene sentido en aquel momento en que el promotor, sobre la base del nivel de definición de las características técnicas de la actuación, pueda identificar y llevar a cabo una valoración ambiental de todos los efectos ambientales potenciales de la actuación prevista.

Desde la perspectiva de la LCSP, esto podría ser posible en fase de preparación tanto de un proyecto, como de un anteproyecto de obra e, incluso, en el momento de preparación del estudio de viabilidad. Con todo, desde la perspectiva del cumplimiento efectivo de la LEA, parece menos probable que el momento de realización del estudio de viabilidad sea el más adecuado, cuando menos en la generalidad de los casos. Para la determinación efectiva del momento idóneo para la realización del estudio de impacto ambiental, creo que es relevante que el órgano de contratación realice consultas a las administraciones u órganos ambientales con competencia en la evaluación de impacto ambiental del proyecto correspondiente, de modo que estos, en función del grado de detalle de la obra y de la filosofía, más o menos flexible, que se pretenda dar a los pliegos contractuales, podrán dar indicaciones sobre en qué momento debe llevarse a cabo el estudio de impacto ambiental y dar impulso al procedimiento de evaluación.

Si se da la premisa indicada, que el documento técnico permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, anticipar la evaluación ambiental a la fase de estudio de viabilidad de una concesión, permite, en principio, cumplir uno de los objetivos básicos de la regulación ambiental: que la integración de consideraciones ambientales y la participación pública se puedan anticipar en una fase de preparación del proyecto en el «estén abiertas todas las opciones relativas a la determinación del contenido, la extensión y la definición del proyecto» (art. 36, LEA).

Con todo, hay que ser consciente que en ese momento de la preparación del contrato no existe un proyecto, sino una mera evaluación sobre la decisión inicial sobre la viabilidad de la concesión, por lo que dependiendo de la complejidad del proyecto y del nivel de maduración de la idea técnica de la obra, puede que este no sea el mejor momento para iniciar el procedimiento de evaluación ambiental, debido a la imposibilidad para identificar y poder evaluar en consecuencia todos los efectos ambientales de los procesos técnicos que integran la obra y, en su caso, su explotación. Por ello, más que de un «estudio de impacto ambiental de un proyecto» (en el sentido del artículos

---

(66) Véanse las sentencias de 7 de enero de 2004, *Wells*, asunto C201/02, apartado 52, y de 28 de febrero de 2008, *Abraham y otros*, asunto C2/07, apartado 26.



5.3, letra c (67), y 35 de la LEA) podríamos pensar que en estos casos lo más razonable sea buscar la coherencia con las actuaciones previas de la normativa de evaluación ambiental. Así, en el caso de proyectos sometidos a evaluación ambiental *ope legis* (anexo I, LEA, proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental ordinaria), lo más razonable en este sentido sería exigir al órgano de contratación, más que un estudio de impacto ambiental, un «documento inicial» con el contenido del artículo 34 de la Ley 21/2013 (68). Así, con carácter general, entendemos que en las fases iniciales de preparación de las concesiones, debería ser exigible que los órganos de contratación tuvieran que solicitar el alcance del estudio de impacto ambiental al órgano ambiental en el caso de los proyectos en régimen de concesión. Recordemos, sin embargo, que la LEA ha configurado la solicitud del alcance del estudio como una mera posibilidad en manos del promotor; no estando obligado a su presentación con carácter previo a la iniciación del procedimiento ordinario de evaluación de impacto ambiental. En el caso de los proyectos públicos debería haberse establecido como un trámite previo obligatorio (69).

La determinación del alcance del estudio por parte del órgano ambiental facilita la preparación del anteproyecto y/o proyecto al órgano de contratación y del correspondiente estudio de impacto ambiental. Contribuye también a una mejor definición del objeto del contrato y a una mayor eficiencia y calidad de las decisiones administrativas ambientales que afectan a la aprobación del proyecto. En el caso de que el proyecto sea elaborado por el contratista

---

(67) Estudio de impacto ambiental: «documento elaborado por el promotor que acompaña al proyecto e identifica, describe, cuantifica y analiza los posibles efectos significativos derivados o que puedan derivarse del proyecto, así como la vulnerabilidad del proyecto ante riesgos de accidentes graves o de catástrofes, el riesgo de que se produzcan dichos accidentes graves o catástrofes y el obligatorio análisis de los probables efectos perversos significativos en el medio ambiente en caso de ocurrencia. También analiza las diversas alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, y determina las medidas necesarias para prevenir, corregir y, en su caso, compensar, los efectos adversos sobre el medio ambiente» (art. 5.3, letra c, LEA)

(68) El contenido básico del documento de inicio es el siguiente: «a) La definición y las características específicas del proyecto, incluida su ubicación, viabilidad técnica y su probable impacto sobre el medio ambiente, así como un análisis preliminar de los efectos previsibles sobre los factores ambientales derivados de la vulnerabilidad del proyecto ante riesgos de accidentes graves o de catástrofes. b) Las principales alternativas que se consideran y un análisis de los potenciales impactos de cada una de ellas. c) Un diagnóstico territorial y del medio ambiente afectado por el proyecto» (art. 34.2. LEA).

(69) ROSA MORENO entiende, acertadamente a mi juicio, que si se trata de un proyecto público, y teniendo en consideración que el órgano ambiental se ubica dentro de la misma Administración pública, hubiese sido preferible exigir dicha participación del órgano ambiental desde las actuaciones previas, participación que, en virtud de la obligada coordinación competencial, debería realizarse en todo caso» [«Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 127].

y el procedimiento de evaluación sea impulsado por aquel, la emisión del «documento de alcance» del estudio de impacto ambiental permitiría definir de forma más precisa el objeto del contrato, así como reduciría el riesgo de presentación de ofertas inviables desde el punto de vista ambiental, con los consiguientes riesgos jurídicos en la fase de adjudicación del contrato.

La integración de la determinación del alcance de estudio de impacto ambiental o la propia elaboración, en su caso, del estudio de impacto ambiental en la fase de preparación del contrato, requiere de una planificación que no es la regla común en la formación de las concesiones, bien sea por falta de previsión del órgano de contratación, bien sea por las urgencias del cortoplacismo político. Esta planificación exige un esfuerzo de previsión importante, ya que en el caso de concesiones de obra o de servicio, hablamos en algunos contratos, como los de gestión de instalaciones de tratamiento de residuos, de procesos contractuales (preparación, adjudicación y puesta en marcha de la obra y servicio) que pueden durar varios años.

En el caso de proyectos incluidos en el anexo II de la LEA (proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental simplificada), el órgano de contratación debe integrar en el estudio de viabilidad un «documento ambiental» en el sentido del artículo 45 de la LEA, en vez del estudio de impacto indicado por el artículo 247 LCSP. Antes de la aprobación del anteproyecto o proyecto, previamente a la licitación, el órgano de contratación, en función del resultado del procedimiento de evaluación ambiental simplificada, deberá, o bien, integrar directamente en el contenido del anteproyecto o proyecto el informe de impacto ambiental (IIA), o bien, impulsar el procedimiento de evaluación ambiental ordinaria y obtener la correspondiente DIA favorable. En el caso de que la administración elabore un anteproyecto puede trasladar al contratista, mediante los pliegos de la concesión, la exigencia de preparar el proyecto definitivo y el impulso del correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria. Esto puede tener sentido cuando el grado de detalle del anteproyecto no permita identificar y valorar todos los efectos sobre el medio ambiente, cuando los pliegos técnicos definan objetivos de rendimiento funcional (como conseguir una determinado nivel de recuperación de envases, o de porcentaje de rechazo en una instalación de tratamiento de residuos) y configuren el anteproyecto como una mera referencia técnica para los licitadores, de modo que estos dispongan de libertad para la definición de la propuesta técnica de obra, o, incluso, cuando sea el concesionario el que debe de proponer la ubicación del proyecto en cuestión, al no disponer la administración concedente de terrenos de su titularidad.

La LCSP indica igualmente que en los supuestos en que la obra planteada no esté sometida a evaluación de impacto ambiental, el estudio de viabilidad

contendrá de todas formas «un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias» (art. 112.2, letra d, LCSP). Aunque no se precisa el contenido de este análisis, parece que debería tratarse de un análisis de contenido similar «documento inicial simplificado», al que hace referencia la LEA en su artículo 34.2. No se precisa el procedimiento para llevarlo a cabo. Se trata de una exigencia de evaluación ambiental preliminar e impropia que afecta a todas los proyectos de obras públicas en régimen concesional, aunque no estén sometidas expresamente al procedimiento de EIA. Una análisis de estudios de viabilidad de diferentes concesiones parece mostrar que en los supuestos en los que el órgano de contratación entiende, previa consulta o no a las autoridades ambientales, que el proyecto no está sometido a la exigencia de evaluación ambiental, se omite, generalmente, cualquier estudio del análisis de alternativas y de medidas correctoras y protectoras.

En el caso de las concesiones de obra, la Administración concedente podrá acordar «motivadamente» la sustitución del estudio de viabilidad por un «estudio de viabilidad económico-financiera» (art. 247.6, LCSP). En caso de realización exclusiva de un estudio de viabilidad económico-financiera, el estudio de viabilidad se vacía de su perspectiva ambiental. No es exigible la realización del estudio de impacto ambiental, ni un análisis de alternativas ambientales. Solo permanece un análisis estrictamente económico.

La LCSP indica que se podrá sustituir el estudio de viabilidad por uno de carácter económico-financiero, «cuando por la naturaleza y la finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que este es suficiente» (art. 247.6, LCSP). Este supuesto de hecho habilitante es impreciso. Parece razonable entender que ello puede ser posible en relación a actuaciones de escasa complejidad técnica o de menor cuantía. Podría justificarse el recurso a la realización directa del estudio económico-financiero, por ejemplo, cuando estemos hablando de renovación de una concesión de servicios de una instalación de tratamiento de residuos ya existente (cuya viabilidad ya fue valorada en su momento), que implique exclusivamente la renovación interna de equipos o técnicas, sin transformación física de las instalaciones del establecimiento, y se disponga de un informe del órgano ambiental competente indicando que la modificación prevista tienen un carácter no sustancial.

En relación a las concesiones de servicio, la LCSP prevé igualmente posibilidad de realizar un estudio de viabilidad «o en su caso» un estudio de viabilidad económico-financiera». No indica expresamente en que supuesto procede este último, por lo que parece razonable que el órgano de contratación deba motivar esa decisión en los mismo términos que lo previsto para las concesiones de obras en el art. 247.6, LCSP.

## **2. La trámite único de información pública para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental**

El estudio de viabilidad en las concesiones de obras tiene que someterse al trámite de información pública, por el plazo de un mes, aunque podrá prorrogarse por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo (art. 247.3, LCSP). Esta exigencia (y el resto de los requisitos que se indican en este epígrafe) deberá entenderse aplicable analógicamente a la aprobación del estudio de viabilidad en las concesiones de servicio, aunque es cierto que no hay una previsión específica al respecto en la LCSP.

Por otra parte, en el procedimiento de evaluación ambiental ordinaria el «estudio de impacto ambiental», que en principio se integra en el estudio de viabilidad, debe ser sometido igualmente a esta exigencia (at. 36, LCSP). No obstante, en el caso de tratarse de actividades sometidas al procedimiento de evaluación ambiental simplificada, no se daría el caso, ya que este tipo de proyectos estarían sometidos exclusivamente al trámite de consultas a las administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas (art. 46, LEA).

La LCSP coordina ambas obligaciones de transparencia y participación: el trámite de información pública del estudio de viabilidad «servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva» (art. 247.4, LCSP) (70). Se trata de una medida de integración y simplificación procedimental. Con todo, pese al loable intento integrador del legislador, el trámite de información pública previsto en la LEA implica la presentación del «proyecto» y del «estudio de impacto ambiental», razón por la que no siempre el trámite de información pública del estudio de viabilidad permitirá cumplir las exigencias del artículo 36 de la LEA. Entendemos que no se cumplirían las exigencias de la normativa ambiental citada cuando el nivel de detalle y definición de las características esenciales de la obra en el estudio de viabilidad, impida disponer tanto de una identificación y valoración completa de todos los efectos ambientales, como de la información precisa para que se pueda llevar

---

(70) Informe 4/2005, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid, sobre aplicación del título V del Libro II de la Ley de contratos de las Administraciones públicas en las concesiones de obras públicas de carreteras de la Comunidad de Madrid: «De lo expuesto se desprende claramente que el trámite de información pública a que se someta el estudio de viabilidad servirá también para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 29 de la LEACM, al objeto de no reiterar los mismos trámites, con la consiguiente complicación y ralentización del procedimiento y evitar colusión con la regulación prevista en la LCAP. Igualmente se entiende que el traslado del estudio de viabilidad para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y corporaciones locales afectadas cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico que deberán emitirlo en el plazo de un mes, cumple con el trámite de consulta previa a los citados organismos».

efecto una participación efectiva en el procedimiento. Cuando esta premisa no se cumpla, el trámite de información pública podría servir al menos para dar cabida a las «consultas a la administraciones afectadas y a las personas interesadas», que prevé el procedimiento de determinación del alcance del estudio de impacto ambiental (art. 34, LEA), en el caso de que se impulse por el órgano de contratación.

Por otra parte, cuando se sustituye el estudio de viabilidad por el de viabilidad económico-financiera, no es exigible el trámite de información pública. Por ello, con buen criterio, la LCSP obliga a la Administración concedente a elaborar, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para asegurar que se realiza el trámite de información pública, en el que se integrará el correspondiente estudio de impacto ambiental (art. 247.6, LCSP).

### **3. La elaboración y aprobación del anteproyecto y/o proyecto de construcción de la obra pública y la integración del procedimiento de evaluación de impacto ambiental**

En el contrato de concesión de obra pública, la Administración concedente podrá acordar, una vez aprobado el estudio de viabilidad, la redacción del correspondiente anteproyecto de construcción y explotación de la obra, «en función de la complejidad de las obras y del grado de definición de sus características» (artículo 248.1, LCSP). De acuerdo con estos mismo parámetros, procederá también la elaboración y aprobación de un «anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización», en el caso de las concesiones de servicio que comprendan ejecución de obra (art. 285.2, LCSP).

El órgano de contratación puede optar motivadamente por la elaboración de un anteproyecto, en vez de un proyecto, en el supuesto en que la complejidad técnica del proyecto y la necesidad de contar con el conocimiento y las soluciones aportadas por los operadores económicos del sector, haga más oportuna la licitación conjunta de proyecto y obra (71). Esta parece ser

---

(71) En el caso del régimen aplicable a los contratos de obras se prevé la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, que tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente: «a) Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra; b) Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas» (art. 234, LCSP). Es importante señalar que la posibilidad de licitar proyecto y obra en el caso de concesiones de obra pública y servicios no tienen el carácter excepcional con el que se plantea en el caso del contrato de obra. Véase en este sentido lo que dispone la Resolución 48/2015 de 25 de

la opción más razonable en aquellos supuestos en donde el conocimiento técnico de las instalaciones concernidas y sus modalidades de gestión esté en los operadores económicos del sector, y el grado de complejidad y diversidad de las propuestas haga más oportuno permitir a los licitadores expresar su conocimiento y capacidad innovadora. Además, la licitación sobre la base de un anteproyecto que establece objetivos de rendimiento o exigencias funcionales permite un margen más amplio de creatividad en el mercado y, en algunos casos, permitirá el desarrollo de soluciones innovadoras desde un punto de vista ambiental y más eficientes en el plano económico (72). Este es el caso de las licitaciones de contratos de gestión de instalaciones de tratamiento de residuos, normalmente articuladas con este esquema.

En estos casos la empresa adjudicataria, como concesionaria, presentará el proyecto definitivo al órgano de contratación para supervisión y aprobación del proyecto, antes de la ejecución de las obras. En el procedimiento de supervisión técnica de proyectos (art. 235, LCSP) deberá quedar acreditada la tramitación del correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental (y, en su caso, del procedimiento de concesión de la autorización

---

marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: «No se aprecia ningún obstáculo, como ya señalábamos en nuestra Resolución 18/2011, de 8 de junio, citada más arriba, para que sea el adjudicatario del contrato de concesión de obras el encargado de la redacción del proyecto, sin necesidad de su licitación separada, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 124 del TRLCSP en cuanto a la excepcionalidad de contratación conjunta de proyecto y obras, puesto que el régimen jurídico de la preparación del contrato de obras y del de concesión de obras es distinto, sin que quepa la aplicación supletoria del indicado precepto a este último tipo contractual. Esto último se relaciona directamente con la naturaleza y contenido del contrato ante el que nos hallamos que se caracteriza por la asunción del riesgo derivado de la explotación por el concesionario de la obra, tal y como se desprende de la jurisprudencia derivada de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, y de la propia regulación de la actual Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, de concesiones. En toda concesión, a la Administración le corresponde lógicamente la apreciación de la necesidad pública que se trata de cubrir, la realización de un estudio de viabilidad en los términos del artículo 128 y, en su caso, la redacción del correspondiente anteproyecto en el que la obra se defina y presupueste, en una primera aproximación a la misma. Ahora bien, a partir de ese momento, el concesionario (incluso antes los licitadores) tienen un papel activo y protagonista en la operación y, así, «podrán introducir en el anteproyecto las variantes o mejoras que estimen convenientes» (artículo 129.5 TRLCSP); más aún, en la mayor parte de los casos a él le corresponde la redacción del proyecto (esto, que es muy excepcional en el contrato de obra, es lo habitual en las concesiones). Todo ello es lógico, porque es él quien va a explotar la obra y debe realizarla de modo que se incentive su utilización. Pero justamente por ello, sobre él recaerá también la responsabilidad y el riesgo de sus errores o defectos. Así lo establece el artículo 130.4 TRLCSP, cuando dice: «El concesionario responderá de los daños derivados de los defectos del proyecto cuando, según los términos de la concesión, le corresponda su presentación o haya introducido mejoras en el propuesto por la Administración».

(72) COMISIÓN EUROPEA, *Buying green. A handbook on green public procurement*, 2ª edición, 2011, p. 30.

ambiental integrada), con carácter previo a la aprobación del proyecto. La redacción del proyecto definitivo y la ejecución de las obras estará condicionada a la obtención de la DIA favorable (73). Así es razonable que en estos supuestos el cómputo de los plazos para la ejecución del proyecto de obra, fijado en los pliegos contractuales, se lleve a cabo desde la obtención de la DIA favorable o, en su caso, de la autorización ambiental integrada. Como hemos comentado en epígrafes previos, en este caso, el concesionario es el que debería tener la consideración de «promotor» del proyecto a los efectos de la normativa de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, de «titular» de la autorización ambiental integrada.

La LCSP dispone un contenido mínimo para el anteproyecto en las concesiones de obra (art. 248.2, LCSP). Esta exigencia de contenido mínimo del anteproyecto, pese a la ausencia previsión legal expresa, deberá entender aplicable analógicamente al contenido del anteproyecto en el caso de las concesiones de servicio, que comprendan la ejecución de obra.

El anteproyecto deberá contener entre su documentación, entre otros documentos, una memoria en la que se expondrán, entre otras cuestiones, «los factores medioambientales» considerados «para atender el objetivos fijados y la justificación de la solución que se propone» (artículo 248.2, letra a, LCSP). Así, deberá recoger en consecuencia información sobre los «factores ambientales» considerados, con independencia de si el proyecto está sometido o no a evaluación de impacto ambiental. La norma no precisa cuáles son esos factores a tener en cuenta, ni el nivel de detalle con el que deben ser abordados. Si el proyecto está sometida a la exigencia de EIA, ello no representa un gran inconveniente, ya que la LEA sule claramente esta carencia a través de la aplicación de esta técnica preventiva. Si la actividad no está sometida a EIA, la calidad de la integración de los factores ambientales va a depender en definitiva de la capacidad, los medios, el conocimiento y la formación de la entidad responsable de la elaboración del anteproyecto, así como de la voluntad del órgano de contratación de introducir la perspectiva ambiental en el diseño del contrato.

El anteproyecto y la documentación que lo acompaña se someterán a información pública para que puedan formularse cuantas observaciones se consideren oportunas «sobre la ubicación y las características de la obra». Este trámite de información pública servirá también para cumplimentar el conceniente al estudio de impacto ambiental, «en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva y no se hubiera efectuado dicho trámite anteriormente en el supuesto previsto en el artículo 247.6, LCSP» —es decir,

---

(73) Resolución nº 430/2019, de 25 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

cuando la Administración concedente acuerde motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad por un estudio de viabilidad económico-financiera, cuyo procedimiento de aprobación omite el trámite de información conjunta para el estudio de viabilidad y el estudio de impacto ambiental— (art. 248.3, LCSP). En todo caso, intuimos que la realización integrada del trámite de información pública para dar cumplimiento a un tiempo a la LCSP y la LEA, requerirá de un cierto grado de coordinación entre el órgano de contratación y el órgano sustantivo o ambiental (competente, según el caso, para la realización de la información pública en el procedimiento de EIA), para evitar la probable duplicidad de este procedimiento en la práctica, pese a las previsiones de la LCSP, en el caso de que se trate de órganos de administraciones diferentes. Por otra parte, nos remitimos en este punto también a las reflexiones ya realizadas anteriormente sobre el momento de presentación del estudio de impacto ambiental y de tramitación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en función del nivel de detalle del correspondiente documento técnico y la necesidad de identificar y valorar todos los efectos ambientales de la intervención prevista.

En el marco del trámite de información pública, se dará traslado del anteproyecto para informe a los «órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados» (artículo 248.3, letra a, LCSP). En los casos en que se someta a información pública el estudio de impacto ambiental con el anteproyecto, esta previsión es plenamente coherente con las consultas a las «administraciones públicas afectadas» (74) que prevé el artículo 37 de la LEA, con relación a los proyectos sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental ordinaria. No obstante, estas consultas de la LEA tienen un alcance más amplio, ya que se extiende a las «personas interesadas (75) sobre los posibles efectos significativos del

---

(74) La LEA define el concepto de administraciones públicas afectadas: «aquellas Administraciones Públicas que tienen competencias específicas en las siguientes materias: población, salud humana, biodiversidad, geodiversidad, fauna, flora, suelo, subsuelo, agua, aire, ruido, factores climáticos, paisaje, bienes materiales, patrimonio cultural, ordenación del territorio y urbanismo» (art.5.1, letra h, LEA).

(75) La LEA define el concepto de «personas interesadas» del siguiente modo:

«1.º Todas aquellas en quienes concurran cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2.º Cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que, de conformidad con la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), cumplan los siguientes requisitos:

i) Que tengan, entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular, y que tales fines puedan resultar afectados por la evaluación ambiental.



proyecto». Por ello, para que se lleve a cabo un trámite de información pública cumpla con las exigencias de la LEA, debería ampliarse el alcance de las consultas realizadas en el sentido indicado en el artículo 37 de la LEA.

Con todo, y como ya hemos apuntado al hablar del estudio de viabilidad, la LEA no establece el contenido mínimo que deba tener un proyecto, como documento técnico, para ser objeto de evaluación de impacto ambiental. Como ya hemos comentado, en el caso de un anteproyecto sometido a la LEA, parece oportuno que el órgano de contratación traslade una consulta a los órganos ambientales competentes para la evaluación ambiental, con la finalidad de determinar si procede, de acuerdo con el nivel de detalle del anteproyecto y la flexibilidad prevista en los pliegos contractuales, el sometimiento del anteproyecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Esta consulta se puede hacer extensiva a la tramitación del procedimiento de autorización ambiental integrada, en aquellos casos en que sea preceptiva. Ante la ausencia de un proyecto definitivo, que debe elaborar el contratista, y un anteproyecto que no permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, quizás hubiera sido más oportuno que la documentación que acompaña al anteproyecto en el trámite de información pública fuera, más que el propio estudio de impacto ambiental, el «documento inicial» para la determinación del alcance del estudio de impacto ambiental (en el caso de proyectos del anexo I), que prevé el artículo 34 de la LEA.

La Administración concedente aprobará el anteproyecto de las obras, considerando las alegaciones formuladas e «incorporando las prescripciones de la declaración de impacto ambiental (76)» (art. 248.4, LCSP). Debe entenderse la previsión del artículo 248.4, referida no sólo a la declaración de impacto ambiental, sino también al informe de impacto ambiental (77), emitido en el caso de proyecto sometidos a evaluación de impacto ambiental simplificada, cuando se determine que no es preciso impulsar el procedimiento ordinario de

---

ii) Que lleven, al menos, dos años legalmente constituidas y vengan ejerciendo, de modo activo, las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.

iii) Que según sus estatutos, desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el plan, programa o proyecto que deba someterse a evaluación ambiental» (art. 5.1, letra g, LEA).

(76) La LEA define la declaración de impacto ambiental como el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el cese, el desmantelamiento o demolición del proyecto» (art. 5.3, letra d, LEA).

(77) El informe de impacto ambiental es el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que finaliza la evaluación de impacto ambiental simplificada» (art. 5.3, letra e, LEA).

evaluación. Además, en el caso de que por el nivel de detalle no sea posible impulsar en este momento el procedimiento de evaluación ambiental, simplificado u ordinario, sería oportuno que el órgano de contratación solicitara al órgano ambiental la elaboración del «documento de alcance» (78) del estudio de impacto ambiental. De ese modo, el contratista adjudicatario, que ha recibido el encargo de redactar el proyecto definitivo y de impulsar los procedimientos ambientales, dispondrá con el documento de alcance de la información precisa, no solo para la preparación del proyecto definitivo y, en su caso, del estudio de impacto ambiental, sino de un contexto contractual más concreto que refuerce la capacidad del operador para hacer una oferta viable y precisa.

El acto de aprobación del anteproyecto es susceptible de impugnación autónoma, sin esperar al acto de aprobación de proyecto, motivo por el cual pueden esgrimirse en ese momento los motivos de impugnación que fueren predicables de la declaración de impacto ambiental (79). Esto permite anticipar

---

(78) La LEA define el concepto de «documento de alcance» del siguiente modo: «pronunciamiento del órgano ambiental dirigido al promotor que tiene por objeto delimitar la amplitud, nivel de detalle y grado de especificación que debe tener el estudio ambiental estratégico y el estudio de impacto ambiental» (art. 5.1, letra c, LEA).

(79) SAN, Contencioso sección 1, de 3 de junio de 2014, recurso 486/2012: «Por consiguiente, en tanto que el acto administrativo recurrido supone la aprobación del anteproyecto expresado y simultáneamente condiciona los términos del proyecto de construcción resultante de aquel que elaborará el contratista, previa celebración del correspondiente contrato, imponiéndole las consideraciones expuestas en la Declaración de Impacto Ambiental, ha de considerarse un acto de trámite del procedimiento administrativo de contratación, concretamente de la fase preparatoria del contrato de obras, con sustantividad propia y susceptible de impugnación, en la que, sin duda, cabe esgrimir los vicios de que adolezca la declaración de impacto ambiental.

La anterior afirmación se sustenta en lo dispuesto en el artículo 107.1, párrafo primero, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA), por cuanto el acto administrativo recurrido predetermina directamente en parte el contenido del proyecto de obras y, por tanto, decide el fondo del asunto, resultando susceptible de causar perjuicios irreparables a derecho o intereses legítimos...».

«...Conviene destacar al respecto que la Abogacía del Estado centra su alegación de inadmisibilidad en que el recurso, en realidad, se dirige contra la declaración de impacto ambiental, no contra la aprobación del anteproyecto. Afirmación que, aunque resulta ajustada a la realidad, no constituye obstáculo alguno para que en el recurso interpuesto contra el acto de aprobación del anteproyecto se esgriman los motivos de impugnación que fueren predicables de la declaración de impacto ambiental, considerada un mero acto de trámite del mismo procedimiento, no impugnables separadamente, tal y como preceptúa el artículo 107.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA).

En análogo sentido se ha pronunciado ya esta Sala en su auto de seis de marzo de 2014, Rec. 251/2012, citando algunos otros precedentes donde esta Sala había admitido la impugnación de actos administrativos de aprobación de anteproyectos como el que ahora nos ocupa». Véase en este mismo sentido STJ Galicia, 600/2015, de 8 de octubre de 2015.

notablemente la posibilidad de recurso en las que alegar los vicios referidos a la declaración de impacto ambiental y su procedimiento de adopción; antes del propio desarrollo del proyecto, que llevará a cabo el contratista, previa adjudicación de la correspondiente concesión.

Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo autorice, los licitadores a la concesión podrán introducir en el anteproyecto las variantes que estimen convenientes (art. 248.5, LCSP). Así, el órgano de contratación podrá permitir la presentación de variantes (art. 142, LCSP), con la finalidad de que los licitadores puedan ofrecer alternativas en sus propuestas técnicas, que refuercen los objetivos funcionales o de rendimiento de carácter ambiental previstos en el anteproyecto o que satisfagan en mejor medida los fines ambientales perseguidos. Esto implica que el órgano de contratación debe establecer unos requisitos mínimos para las especificaciones técnicas, que serán exigibles tanto a una oferta basada en la solución estándar, como a la que ofrezca una variante ecológica o social. Para esta última se añadirá una dimensión ambiental (reducción de olores, capacidad de recuperación de envases y materiales de envases, sustitución o eliminación de sustancias tóxicas o peligrosas en productos, etc.) a las especificaciones técnicas (80). El uso de variantes es un recurso de utilidad que puede permitir reforzar los niveles de protección establecido en la DIA (o IIA) o la autorización ambiental integrada, en caso de que hayan sido emitidas en fase de preparación, o incentivar la integración de consideraciones ambientales en la propuesta técnica del licitador, dejando espacio para la presentación de ofertas innovadoras, que permitirán el desarrollo de un proyecto con objetivos ambientales más ambiciosos.

Tras la aprobación del estudio de viabilidad (o del estudio de viabilidad económico-financiera), en vez de redactar un mero anteproyecto, la Administración concedente podrá querer definir todas las características de la obra objeto de la correspondiente concesión. Ello va a depender de la naturaleza del proyecto y su complejidad técnica y de la capacidad y de la calidad del conocimiento del que disponga la Administración concedente. En caso de que en atención a estas circunstancias se estime conveniente precisar las características de la obra a desarrollar en la fase de preparación de la concesión, el órgano de contratación redactará, supervisará y aprobará el correspondiente proyecto (arts. 249.1, concesión de obras, 285.2, concesión de servicio, LCSP).

En este caso la administración concedente actuará como «promotor» en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, ordinaria o simplificada, solicitando su iniciación de acuerdo con las previsiones de la LEA (o, en su caso, como «titular», solicitando la autorización ambiental integrada,

---

(80) COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones ecológicas, Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed. (2016), p. 33.

que como sabemos integra el propio procedimiento de EIA). Así, como ya hemos apuntado, la declaración de impacto ambiental (o el informe de impacto ambiental) o, en su caso, la autorización ambiental integrada delimitarán el objeto de la concesión desde una perspectiva ambiental. Aunque la elaboración de un proyecto y la tramitación de los correspondientes procedimientos ambientales en la fase de preparación del contrato supone una inversión de tiempo razonable, que retrasa el inicio del procedimiento de adjudicación, los licitadores van a poder realizar sus ofertas con la seguridad de disponer de un marco de condiciones ambientales claro y preciso, lo cual reduce los riesgos de presentación de ofertas técnicas y económicas inviables y, en consecuencia, de posibles conflictos jurídicos vinculados a la inviabilidad, parcial o total, de las propuestas o a reclamaciones de reequilibrio económico contractual. Con todo, como hemos apuntado, está no va a ser siempre la mejor estrategia, ya que en el caso de proyectos de especial complejidad técnica y en donde el *know-how* reside casi plenamente en el mercado, la elaboración de un mero anteproyecto en la fase de preparación y la realización de unos pliegos contractuales que den flexibilidad a los licitadores para presentar ofertas innovadoras y eficientes, puede ser la mejor opción.

Antes de la aprobación del proyecto por parte del órgano de contratación, la supervisión técnica del proyecto, en los casos en que sea preceptiva, requiere la verificación «que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto» (art. 235, LCSP). No puede ser aprobado un proyecto que no haya obtenido la DIA (o IIA) favorable o, en su caso, la autorización ambiental integrada, o cuando no se hayan tramitado los correspondientes procedimientos de modificación en el caso de instalaciones existentes.

En relación a proyectos públicos hemos observado en la práctica, en algún caso, cierta falta de rigor en la aplicación de estas exigencias ambientales, con carácter previo a la aprobación contractual de los proyectos de obras. Factores como los intereses político-partidistas, los conflictos laborales en la gestión de servicios públicos, la ausencia de planificación, las urgencias derivadas de la existencia de infraestructuras o servicios de baja calidad, la falta de independencia de los órganos ambientales de evaluación en los proyectos públicos, etc., debilita el potencial de la técnica de EIA, como instrumento de prevención del impacto ambiental, en la medida en que generan un contexto de presión sobre el funcionamiento de las administraciones públicas, que dificulta la adecuada planificación de los contratos y su articulación con procedimiento ambientales de calidad.

Cuando no existiera anteproyecto, la Administración concedente someterá el proyecto, antes de su aprobación definitiva, al trámite de información

pública, en los mismo términos indicados para el anteproyecto, de acuerdo con las previsiones de los párrafos 3 y 4 del artículo 248. Nos remitimos aquí a los comentarios ya realizados con relación a la exigencia de trámite de información pública en el procedimiento de aprobación del estudio de viabilidad y del anteproyecto.

Los licitadores podrán introducir las «mejoras» que consideren convenientes, y que podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las «medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales», o a «mejoras sustanciales», pero no a su ubicación (art. 250.1, letra d, punto 7, LCSP). Esta opción también es posible en el caso en que el órgano de contratación opte por realizar un anteproyecto, licitando proyecto y obra. Asimismo, tal y como hemos comentado con relación al anteproyecto, nada impide que el órgano de contratación permita en los pliegos la posibilidad de presentar variantes (art. 142, LCSP) con características ambientales, aunque en este caso no haga referencia a ello el artículo 250, LCSP.

Hay que tener en cuenta, si consideramos la posibilidad de introducir mejoras ambientales como criterio de adjudicación, cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, que los órganos de contratación no podrán asignarles una puntuación superior a 2,5 por ciento (art. 145.7, LCSP). En este sentido, tiene más recorrido ambiental, en cuanto a la posibilidad de reforzar los objetivos de la DIA, la configuración de las mejoras de forma precisa y completa, como criterios de adjudicación de aplicación automática, de modo que el licitador obtenga una puntuación determinada cuando asume el compromiso de ejecutar la mejora ambiental, tal y como está definida en los pliegos contractuales. Esta última opción es preferible ya que da mayor margen para la introducción de mejoras ambientales para los operadores, y ofrece mayores garantías desde la perspectiva de los principios de igualdad de trato y transparencia. Con todo, la introducción de mejoras ambientales, como criterio de adjudicación de aplicación automática, requiere no solo una adecuada determinación técnica, sino también una idónea valoración económica, de modo que permita al órgano de contratación valorar su proporcionalidad y la sostenibilidad de su impacto en la viabilidad de la concesión. Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que los operadores económicos en las concesiones de elevada cuantía tienden a asumir los compromisos de realización de mejoras planteadas por el órgano de contratación, incluso en el caso de que representen riesgos excesivos para la viabilidad económica del contrato.

Las mejoras introducidas por los contratistas en su ofertas, con relación a las previsiones del proyecto, deberían ser comunicadas al órgano ambiental a los efectos de determinar sus consecuencias en el condicionado ambiental del proyecto, para que se valoren sus implicaciones y se determine, en su

caso, la necesidad de adaptar o modificar la DIA (o IIA) o la AAI e, incluso, la necesidad de someter el proyecto nuevamente a EIA ordinaria o simplificada. Las consecuencias de las mejoras presentadas y/o comprometidas por el operador en el condicionamiento de la DIA y/o la AAI va a depender de si las modificaciones operadas sobre el proyecto que ha sido objeto de la licitación tienen, o no, carácter «sustancial» o «significativo».

### **3. La remodelación de instalaciones existentes y el carácter sustancial o no de las modificaciones y su impacto en el procedimiento de contratación**

En el caso de instalaciones existentes, la elaboración de un proyecto de remodelación en el que se prevén inversiones en renovación de las mejores técnicas disponibles de la actividad, remite necesariamente a la cuestión de si las modificaciones planteadas están sometidas a evaluación ambiental ordinaria o simplificada (81), o si simplemente se trata de cambios sin efectos adversos significativos, no sometidos a dicha exigencia. En el caso de tratarse de una instalación sometida igualmente a control integrado de la contaminación, se plantearía la misma cuestión, es decir, si nos encontramos ante una modificación sustancial, que requiere de la adaptación de la autorización ambiental, o de una modificación no sustancial (82), que simplemente debe ser comunicada al órgano ambiental (art. 10, LPCIC).

---

(81) Esta sometida a evaluación de impacto ambiental ordinaria «cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, cuando dicha modificación cumple, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I» (art. 7.1, letra c, LEA). Está sometida a evaluación de impacto ambiental simplificada «cualquier modificación de las características de un proyecto del anexo I o del anexo II, distinta de las modificaciones descritas en el artículo 7.1.c) ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución, que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente». La LEA define, aunque de forma imprecisa, lo que debe entenderse por modificación con «efectos adversos significativos sobre el medio ambiente»:

- «1.º Un incremento significativo de las emisiones a la atmósfera.
- 2.º Un incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o al litoral.
- 3.º Incremento significativo de la generación de residuos.
- 4.º Un incremento significativo en la utilización de recursos naturales.
- 5.º Una afección a Espacios Protegidos Red Natura 2000.
- 6.º Una afección significativa al patrimonio cultural» (art. 7.2, letra c, LEA).

(82) La LPCIC define la «modificación sustancial» como «cualquier modificación realizada en una instalación que, en opinión del órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada y de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 10.4 y 5, pueda tener repercusiones perjudiciales o importantes en las personas y el medio ambiente» (art. 3.14, LPCIC). También define las modificaciones no sustanciales como «cualquier modificación de las características o del funcionamiento, o de la extensión de la instalación, que, sin tener la consideración de sustancial, pueda tener consecuencias en la seguridad, la salud

En fase de preparación del anteproyecto o proyecto de obras, el órgano de contratación debería comunicar la modificación proyectada al órgano ambiental competente (o, en su caso, órganos ambientales) y solicitarle informe para que se pronuncie sobre el carácter significativo o sustancial de la modificación planteada y, en consecuencia, sobre la necesidad de someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental ordinaria o simplificada y, en su caso, de adaptar la autorización ambiental integrada. En el caso de que el órgano de contratación prepare un anteproyecto, y que licite proyecto y obra, puede darse la circunstancia, cuando el nivel de detalle de aquel no permita identificar y valorar todos los efectos ambientales, de que el órgano ambiental considere que no es el momento adecuado para hacer esa valoración, y que remita la cuestión al momento de la elaboración del proyecto definitivo por parte del concesionario en la fase de ejecución.

El carácter significativo o sustancial, o no, de la modificación proyectada es relevante desde la perspectiva de la planificación de la adjudicación y ejecución de la concesión, ya que los tiempos administrativos van a ser diversos. Por ello, en el caso de que el órgano de contratación considere que la actividad tiene carácter no sustancial, sería importante, si es posible, que se clarifique esta cuestión en fase de preparación del contrato, en vez de trasladar al contratista la carga de impulsar todos los procedimientos ambientales en la fase de ejecución del contrato. Esto introduciría un factor de incertidumbre sobre los plazos de ejecución de la obra, así como, en algunos casos, sobre los ingresos derivados de su explotación —pensemos por ejemplo en una instalación de tratamiento de residuos, en la que se prevé que el concesionario cobre parte de los ingresos derivados de la mayor o menor capacidad de recuperación de envases. Así los retrasos en la puesta en marcha de nuevas inversiones que permitirán recuperar nuevos materiales o reforzar la capacidad de reciclado de otros, pueden tener un impacto económico considerable para la explotación económica que desarrolla el contratista.

En caso de que se determine en la fase de preparación que la renovación del proyecto no tiene carácter sustancial o significativo, el órgano de contratación podrá limitar en los pliegos la capacidad innovadora de las propuestas técnicas de los licitadores, restringiendo la posibilidad de que presenten propuestas técnicas que impliquen una modificación con efectos adversos significativos o sustancial del proyecto. Esto permitirá tanto limitar el impacto ambiental de las propuestas, como para agilizar los plazos de construcción y puesta en marcha de las nuevas inversiones. No obstante, este

---

de las personas o el medio ambiente» (art. 3.13, LPCIC). La LPCIC además de las definiciones indicadas establece una serie de criterios a tomar en consideración para la determinación del carácter sustancial de una modificación (arts. 10.4, 10.5, LPCIC), que han sido precisados a nivel reglamentario (art. 14, Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre).

tipo de planteamiento deben ser analizados caso por caso con la finalidad de alcanzar un adecuado equilibrio entre eficiencia económica y ambiental y capacidad innovadora.

## VI. CONCLUSIONES

Este trabajo tenía como objetivo visibilizar las interacciones que se producen en la práctica entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental (y otras formas de intervención ambiental) y de los contratos públicos, así como los efectos positivos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Hemos identificado tanto posibles interacciones negativas que se pueden dar, a nuestro juicio, entre ambos sistemas jurídicos, como realizado propuestas para el impulso de sinergias que mejoren la eficiencia de ambas regulaciones.

La realización de un estudio de esta naturaleza permite adquirir conciencia de que el cumplimiento de los principios y objetivos del derecho ambiental, está condicionado por las disfunciones de otros sistemas jurídicos y por su contexto aplicativo. Asimismo, también puede mostrarnos como los principios y técnicas del Derecho ambiental, en este caso la evaluación de impacto ambiental, pueden ser una herramienta que facilite el cumplimiento de principios y objetivos de otros sistemas jurídicos, como el de la contratación pública. Si no somos conscientes de esa relación, podemos incurrir en análisis equivocados sobre los incumplimientos ambientales en la ejecución y explotación de proyectos públicos. En algunos casos, puede que las razones no estén principalmente en la regulación ambiental o en los defectos de su aplicación práctica, sino en la inadecuada preparación o ejecución de los contratos públicos que permiten su realización y gestión.

El legislador está habituado a un desarrollo compartimentado de los sistemas jurídicos, sin establecer los necesarios puntos de conexión e interrelación entre diferentes técnicas y formas de actividad administrativa, que permitirían evitar incoherencias e ineficiencias en las decisiones de las administraciones públicas concurrentes en el impulso de proyectos públicos. El legislador debería tener en cuenta la interrelación e interdependencia que se establece entre las potestades de evaluación y autorización ambiental y las diferentes fases de los procesos de contratación pública, y plasmarlas en el desarrollo de ambos sistemas jurídicos. Ello redundaría en procedimientos de evaluación más efectivos, desde la perspectiva de la prevención ambiental, y en procesos de gestión contractual económica y ambientalmente más eficientes y mejor planificados y que generen prestaciones de mayor calidad.

Somos conscientes de que algunas de las reflexiones o propuestas que realizamos en el presente trabajo caerán «en saco roto», en tanto no mejoren



las condiciones en las que desarrollan su actividad tanto los órganos de contratación, como los órgano con competencia ambiental. Desde la perspectiva de los órganos de contratación, una mayor articulación de los objetivos contractuales y ambientales solo puede venir de la mano de un avance efectivo en la profesionalización del personal y en una mejora de la planificación contractual de las concesiones administrativas. Este horizonte no se atisba cercano si observamos la precariedad de recursos personales y técnicos en los que desempeña su actividad la administración, especialmente la local.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBA PACHECO, Marta (2018): «Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier.
- ALENZA GARCÍA, J. F. (2018): «Contratación pública y residuos», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- (2014): en RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CUBERO MARCOS (2016): «La transposición de la Directiva en el estado español» en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2018): «Retos ambientales de las nuevas Directivas. La contratación pública como herramienta», en RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María (2018): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- GALÁN VIOQUE, R. (2018): *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla.
- GARCÍA URETA, A. (2014): «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», *RAP*, núm. 194.
- (2016): «La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- GIMENO FELLIÚ, 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.
- (2018): «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo

- estratégico, eficiente y transparente» en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi
- LAVILLA RUBIRA, J.J. (2018): «Régimen jurídico de la concesión de obras», en GIMENO FELIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi.
- LAZCANO BROTONS, I. (2016): «Normativa ambiental vasca y Directiva europea de impacto ambiental: problemas de articulación», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- LAZO VITORIA, Ximena (2018): «La perspectiva ambiental de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, especial referencia al coste de ciclo de vida», en LAZO VITORIA, X. (2018): *Compra pública verde*, Atelier.
- (Directora) (2018): *Contratación pública verde*, Atelier.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2016): «La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (2012): *Contratación pública verde*, La ley, Madrid.
- (2014): «Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde», en LÓPEZ RAMÓN, F. (2014): *Observatorio de Políticas Ambientales*, Aranzadi.
- (2015): «La evaluación de impacto ambiental de proyectos en la Ley 21/2013: luces y sombras de las medidas adoptadas para clarificar y agilizar el procedimiento y armonizar la normativa», *RADA*, núm. 30.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. (2017): *Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente*, Aranzadi.
- ROSA MORENO (2014): «Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.) (2014): *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.) (2014): *Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor.
- SANTAMARÍA ARINAS (2016): «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (2016): *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons.

- (2019): «Justicia ambiental en tiempos de economía circular», en ARAGAO, Alexandra, GOMES DOS SANTOS, J. (2019): *Sistemas sociais complexos e integração de geodados no direito e nas políticas*, Universidade de Coimbra.
- SANZ RUBIALES, I. (2018): «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente "comprador" al Estado "ordenador"», *Revista de Administración Pública*, 205.
- TORNOS MÁS (2018): en GIMENO FELLIÚ, José María (2018): *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi.

# TEORÍA DE LAS VINCULACIONES SINGULARES URBANÍSTICAS (\*)

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN (\*\*)

*SUMARIO: I. LA CLÁUSULA LEGAL.– II. EL ALCANCE JURÍDICO DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN.– III. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANÍSTICA.– IV. LAS VINCULACIONES SINGULARES COMO APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD.– V. COMPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA.– VI. LIMITACIONES DE LA EDIFICABILIDAD O DE LOS USOS.– VII. ANULACIÓN DEL PLAN O INDEMNIZACIÓN.– VIII. CONCLUSIÓN.– IX. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN.* Análisis crítico de las tesis mayoritarias, en la jurisprudencia y la doctrina, en materia de vinculaciones singulares derivadas del planeamiento urbanístico. Se critica el dominio de una visión plana de nuestras ciudades que descon sidera el patrimonio arquitectónico y la diversidad urbana, además de fomentar la especulación. El estudio fundamenta una propuesta alternativa de entendimiento de la institución, que parte de negar la aplicabilidad en el suelo urbano consolidado de un supuesto principio de equidistribución universal, para recuperar las exigencias que comporta la función social del derecho de propiedad en el urbanismo y conectar las vinculaciones singulares con el contenido esencial del derecho de propiedad constitucionalmente garantizado. Esta nueva teoría conduciría a descartar el criterio espacial dominante en la identificación de las vinculaciones singulares urbanísticas, en favor de criterios temporales, de género de bienes y de utilidad económica, matizados en función de si las limitaciones afectan a la conservación de los inmuebles o a los usos que cabe realizar en los mismos.

*Palabras clave:* conservación de edificios; diversidad urbana; principio de equidistribución; responsabilidad de la administración urbanística; vinculación singular.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de abril de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 21 de abril de 2020.

(\*\*) Este trabajo forma parte de un libro de próxima publicación sobre el régimen jurídico de las vinculaciones singulares urbanísticas. Se ha realizado dentro de las actividades del grupo de investigación ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio), reconocido por el Gobierno de Aragón (S22\_20R) para el período 2020-2022. Se incluye en el proyecto de investigación sobre «Bancos de conservación y otras medidas de compensación ambiental» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación para el período 2019-2021 (PGC2018-099237-B-I00).

**ABSTRACT.** *A critical analysis of the jurisprudence and doctrine on singular obligations resulting from urban planning. The majority identifies the value of urban constructions exclusively with its current building use, irrespective of the public interests of conservation of the architectural heritage and maintenance of urban diversity. The study underpins an alternative proposal for an understanding by the institution, which starts from denying the applicability in consolidated urban land of an alleged principle of universal equitable distribution, in order to recover the requirements of the social function of the right to property in urban planning and to connect the singular links with the essential content of the constitutionally guaranteed property right. This new theory would lead to the rule of the dominant spatial criterion in the identification of singular urban links, in favor of temporal, gender-goods and economic utility criteria, nuanced depending on whether the limitations affect the conservation of the properties or the uses that can be made in them.*

*Key words: conservation of buildings; principle of equitable distribution; responsibility of the urban administration; singular obligations resulting from urban planning; urban diversity.*

## I. LA CLÁUSULA LEGAL

A) Las vinculaciones singulares del planeamiento urbanístico se previeron en la reforma legislativa de 1975-1976. En los términos del art. 87.3 del TRLS de 1976, daban derecho a indemnización las vinculaciones singulares que conllevaran «*restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo*» y no pudieran ser distribuidas equitativamente. Se admitía, así, que las técnicas equidistributivas (el aprovechamiento medio y la reparcelación) podían no compensar algún supuesto de vinculación singular y, efectivamente, en suelo urbano consolidado resultaba difícil aplicarlas (1).

La misma regulación se trasladó, tras la reforma de 1990, al art. 239.2 TRLS de 1992, aunque lo hizo acompañada de una cercana ampliación, pues en el art. 239.1 se calificaron también como vinculaciones singulares necesitadas de indemnización las ordenaciones relativas a la conservación de edificios que excedieran de los deberes legales y no pudieran ser compensadas con los beneficios aplicables (2). Se establecían, así, dos grandes categorías

---

(1) La práctica imposibilidad de las reparcelaciones en suelo urbano consolidado es constatada habitualmente por los autores; por todos, véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO (1981: 484), donde destacan que «*las operaciones de reforma interior para la dotación de equipamientos comunitarios o la remodelación de sectores urbanos tropiezan primero con la dificultad de la delimitación de polígonos o unidades de actuación capaces de cumplir el requisito de asunción y distribución de beneficios y cargas, y luego con el prácticamente insuperable de su gestión (reparcelación)*».

(2) La adición provenía del régimen de las órdenes de ejecución de obras en fachadas o espacios visibles desde la vía pública, que hasta entonces se había establecido al margen

o modalidades de vinculación singular de la propiedad privada en el ámbito urbanístico diferenciadas por su alcance y objeto: la de contenido positivo, referida al incremento de los deberes o cargas de conservación de las construcciones existentes, y la de contenido negativo, relativa a las restricciones del aprovechamiento urbanístico del suelo. Aquí únicamente nos vamos a referir a estas últimas, a las vinculaciones que caracterizamos como negativas, pues son las que más propiamente pueden ser consideradas como urbanísticas (3).

Por otra parte, en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico de 1990 y luego en el TRLS de 1992 se intentó aplicar también la equidistribución en todo el suelo urbano mediante el establecimiento del aprovechamiento tipo y la previsión de ámbitos discontinuos, elementos que hubieran debido permitir las transferencias de aprovechamiento. Los propietarios afectados podrían compensar las restricciones de sus inmuebles mediante la enajenación de la parte del aprovechamiento tipo que no pudieran utilizar, la cual podría adquirirse por los propietarios que estuvieran en la situación inversa, esto es, cuyo aprovechamiento real fuera superior al tipo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anuló el régimen estatal de estas transferencias por razones competenciales y aunque algunas comunidades autónomas las han vuelto a prever, no puede decirse que su aplicación se haya generalizado en la realidad de nuestro urbanismo (4).

---

de las indemnizaciones derivadas de la ordenación urbanística (arts. 169-170 LS de 1956 y 182-183 TRLS de 1976). A diferencia de los supuestos de vinculación singular por restricción del aprovechamiento urbanístico, que operan directamente como consecuencia de las previsiones del planeamiento, las obras de conservación han de ser impuestas efectivamente por la Administración en ejecución de la legislación y el planeamiento urbanísticos, tal y como sigue estableciéndose en el vigente art. 15.2 TRLS de 2015, cuya gran novedad (introducida como norma básica por la Ley de Rehabilitación de 2013 siguiendo las pautas de algunas leyes autonómicas) deriva del nuevo límite del deber legal de conservación, que ha pasado a ser «la mitad del valor actual de la construcción de un inmueble de nueva planta» (art. 15.3 TRLS de 2015) y no la mitad del «valor actual del edificio», que era lo establecido anteriormente [arts. 182.2 y 183.2.b) TRLS de 1976].

(3) Las vinculaciones que caracterizamos como positivas han de estudiarse en el marco de los deberes de conservación del propietario, que tradicionalmente conectan con el régimen de la ruina. Véase ampliamente G. GARCÍA-ÁLVAREZ (2013).

(4) Véase ECLI:ES:TC:1997:61, FJ 17.c), sobre la inconstitucionalidad por razones competenciales del régimen detallado del aprovechamiento tipo establecido en la legislación estatal. Las transferencias de aprovechamiento urbanístico fueron la fórmula tempranamente promovida en la doctrina para solucionar las dificultades de aplicación de las técnicas tradicionales de equidistribución en suelo urbano; véanse en tal sentido J. GARCÍA-BELLIDO y L.M. ENRÍQUEZ DE SALAMANCA (1979: 85), y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO (1981: 483-488). Sigue confiando en esas transferencias M.J. GARCÍA GARCÍA (2000:117), con referencia específica «al reparto equitativo de la carga de conservación de los inmuebles pertenecientes al patrimonio cultural». Un supuesto jurisprudencial en ECLI:ES:TS:1997:7562 (ponente: P.J. Yagüe Gil), caso del edificio de las claretianas de Huércal-Overa, donde se excluyó la existencia de vinculación singular por el establecimiento en el plan urbanístico de un procedimiento para las transferencias derivadas del aprovechamiento tipo.

En todo caso, el contenido del art. 239 del TRLS de 1992, con sus modalidades positiva sobre la conservación de los edificios y negativa para el aprovechamiento urbanístico del suelo, pasó luego, en forma más condensada, al art. 43 de Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998. De esta última, con algunas variantes, llegó al art. 30.b) de la Ley de Suelo 2007, luego al art. 35.b) del TRLS de 2008 y finalmente al vigente art. 48.b) del TRLS de 2015, donde la formulación negativa del supuesto indemnizable que nos interesa se refiere a «*las vinculaciones y limitaciones singulares que... lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa*».

La literalidad de la norma dejó de referirse a las vinculaciones singulares que conllevaran restricción del «*aprovechamiento urbanístico del suelo*» (1976 y 1998) para hacerlo a la restricción de «*la edificabilidad o el uso*» (2007, 2008 y 2015). No obstante, aunque hubiera podido entenderse que la primera expresión sólo se refería a restricciones de la *edificabilidad*, en la práctica se entendió sin oposición que las restricciones de *uso* de los inmuebles también se comprendían en el aprovechamiento urbanístico del suelo garantizado legalmente.

B) Las pequeñas variantes que cabe advertir en esa fórmula legal desde que se introdujo en 1975 hasta el texto vigente de 2015 no han tenido ninguna trascendencia, de manera que tanto la doctrina como la jurisprudencia producidas a lo largo de ese tiempo pueden considerarse aplicables a un mismo supuesto normativo. Además, el inicio de las aplicaciones de la nueva regulación conectó con la introducción de aires nuevos en nuestro urbanismo, donde poco a poco las ordenaciones conservacionistas fueron abriéndose paso, en especial tras la aprobación de la Constitución de 1978 y las elecciones locales de 1979 (5). Fue a partir de entonces cuando las cláusulas legales sobre las vinculaciones singulares empezaron a generar reclamaciones de particulares con ocasión de planes que congelaban sus aprovechamientos urbanísticos.

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo en la materia se sitúa, así, en 1985. Desde entonces el número de sentencias ha ido creciendo notablemente, más de ochenta en la actualidad procedentes de nuestra máxima instancia judicial. Jurisprudencia de indudable interés que bien merece un

---

(5) Véase F. DE TERÁN (1996: 179-180), quien sitúa en la reacción frente a la crisis económica de 1973 el surgimiento de las nuevas visiones urbanísticas orientadas a acciones de recuperación de zonas de la ciudad, en una línea que se consolidaría en Barcelona en el período 1980-1987 bajo el liderazgo del arquitecto O. Bohigas y que da primacía al proyecto urbano, como se advertía en la maqueta de la ciudad que acompañaba al plan general de Tarragona (1982), conforme a planteamientos que se identificaban también en los planes generales de Málaga (1983), Sevilla (1985) o Madrid (1985).

análisis crítico, pues en ella vamos a encontrar, junto a interesantes soluciones, también titubeos, argumentos cuestionables e incluso contradicciones (6). En una distribución equitativa, habría que atribuir a la doctrina una parte de las responsabilidades en la materia, ya que muy limitadamente ha contribuido a desentrañar las notables cuestiones conceptuales que aquí se plantean.

Estamos ante un problema de envergadura, pues son la forma y la función urbanas heredadas los aspectos que están en entredicho. Se trata de saber si podremos conservar adecuadamente las tramas urbanas, con los restos materiales y las utilidades que, pese a todos los esfuerzos consumidos en hacerlos desaparecer, nos han llegado. Y adelanto ya: si los ayuntamientos van a tener que asumir indemnizaciones por la preservación de las iglesias, los monasterios, los colegios, los cuarteles, las clínicas, los cines, los mercados, los talleres, las acequias, las villas con sus jardines, los estadios y las plazas de toros, entre otros elementos que todavía se mantienen en las ciudades españolas, no habrá dinero ni aprovechamiento transferible que pueda hacer frente a los correspondientes pagos.

Como las demoliciones ya no se estilan, probablemente una forma de evitar esas indemnizaciones consiste en la conservación de las fachadas, incurriendo en el *façadisme* que tanto critican algunos urbanistas. El mantenimiento del exterior histórico, en los supuestos más espectaculares, va acompañado de transformaciones de los edificios afectados que, por abajo y por arriba, encuentran los aprovechamientos urbanísticos perdidos. Así, los centros de nuestras ciudades tienden a concentrar edificios que combinan, con los más modernos diseños, los materiales tradicionales de los restos conservados de las fachadas. Ajustados trajes de rebosantes plusvalías conforman esos edificios *hipster*, que agotan la edificabilidad para albergar oficinas bancarias, espacios gastronómicos, hoteles con encanto, apartamentos turísticos, centros comerciales, rectorados universitarios o sedes de escuelas de negocios, entre otros imaginativos destinos. Siguiendo esta vía, en un futuro no muy lejano, cabe imaginar unas ciudades repletas de restos inconexos, destellos de la memoria acumulados para su contemplación por los turistas (7).

Pese a cuanto acabo de expresar, no se pretende en este trabajo defender las mejores decisiones sobre la ordenación urbana bajo el criterio personal

---

(6) No obstante, en contra de la importancia que parece ha de darse al supuesto que analizamos, J. SUAY RINCÓN (2007: 46) consideraba que estas limitaciones singulares constituyen «con toda claridad... un supuesto con vocación residual», un supuesto que «no está llamado a adquirir particular protagonismo».

(7) Sobre el origen, evolución y problemática del urbanismo y la arquitectura *fachadistas*, véanse J. RICHARDS (1994) y especialmente ICOMOS (1999), volumen que recoge las actas del congreso internacional en la materia organizado por el *International Council of Monuments and Sites*.



del autor. La idea consiste, más bien, en analizar si el ordenamiento jurídico permitiría que la colectividad o sus representantes eligieran mantener sencilla y directamente, sin necesidad de acudir a las técnicas del *fachadismo*, los elementos procedentes del pasado. ¿Es posible un urbanismo menos sofisticado? ¿Un urbanismo que mantenga la herencia arquitectónica y los usos tradicionales sin necesidad de travestirlos? Es para calibrar la viabilidad de esa alternativa, no para imponerla, que nos resulta útil examinar críticamente el concepto jurídico de las vinculaciones singulares. Vamos, pues, a analizar cómo se planteó en sus inicios y de qué manera llegaron a establecerse los postulados que llevarían a las sorprendentes soluciones que encontramos en nuestra casuística (8).

C) Las vinculaciones singulares han de ubicarse entre las técnicas que conforman la garantía patrimonial del ciudadano. Ahora bien, tal garantía está integrada por dos grandes elementos: uno frente a las privaciones que constituyen el objeto directo de la actividad administrativa en ejercicio de la potestad expropiatoria y otro para los daños que de manera incidental pueda causar la actuación de las administraciones imponiendo su responsabilidad patrimonial. Se trata de instituciones complementarias pero no iguales: en el ejercicio de la primera cobran particular importancia las cuestiones de competencia y procedimiento que han de legitimar toda operación expropiatoria y cuya ausencia se caracteriza como vía de hecho susceptible de enérgicos remedios en ayuda del afectado; en cambio, la aplicación de la segunda atiende exclusivamente a la producción de un daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

La postura implícita del legislador consiste en entender que las vinculaciones singulares urbanísticas son aplicación del sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que las diferencia de los supuestos expropiatorios (9). Opción por la que también parece inclinarse la

---

(8) No se deja de comprender que las políticas municipales y autonómicas muestran en esta materia abundantes ejemplos de inconsecuencia, como tendremos oportunidad de verificar en el estudio. Con alguna frecuencia, las energías se agotan en el establecimiento de una protección en el plan que luego no se traslada a la realidad. Aun así, hay que seguir proporcionando herramientas de conservación de las tramas históricas de nuestras ciudades a disposición de las autoridades responsables.

(9) La regulación legal no aclara explícitamente en cuál de las dos grandes categorías habrían de encajar las vinculaciones singulares urbanísticas. Desde el TRLS'92, el rótulo que acompaña al régimen de estas vinculaciones es el de «Supuestos indemnizatorios», tal como figura en la cabecera del vigente art. 48 TRLS'15. No obstante, en el TRLS'15, al igual que en el TRLS'08, esos supuestos se incluyen en un título de «Expropiación forzosa y responsabilidad» (título VI), regulándose primero las especialidades expropiatorias (arts. 42-47) y luego las indemnizatorias (art. 48). Parece, pues, que para el legislador las vinculaciones singulares encajan como supuestos de responsabilidad patrimonial de las administraciones urbanísticas.

mayoría doctrinal, que incluye la exposición sobre las vinculaciones singulares como modalidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración (10).

Sin embargo, algunos autores han planteado ciertas dudas o discrepancias. B.F. MACERA y M.Y. FERNÁNDEZ GARCÍA incardinan las vinculaciones singulares en el régimen general de la expropiación forzosa al considerar que se trata de situaciones voluntaria, deliberada y justificadamente exigidas en el planeamiento urbanístico a fin de lograr ciertos fines de interés público (11). E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN las considera asimismo «medidas volitivas» adoptadas por la Administración y determinantes de desigualdades con respecto a otros propietarios (12). J.M. BAÑO LEÓN las tipifica también como indemnizaciones expropiatorias y no supuestos de responsabilidad, constatando que las vinculaciones están previstas en una ordenación urbanística que produce la ablación ilegítima (13). Con referencia al cercano sistema portugués, F. ALVES CORREIA caracteriza estos supuestos como «expropiaciones de plan» o de «sacrificio», cuyo presupuesto de validez, en tanto que expropiaciones, sería la previsión indemnizatoria, mientras en los supuestos de responsabilidad la indemnización es la consecuencia de la producción del daño (14).

Una defensa expresa de la postura contraria la encontramos en M.A. Muñoz Guijosa, quien tras subrayar que expropiación y responsabilidad tienen en común la singularidad de la medida que afecta a una situación patrimonial, distingue la potestad expropiatoria en el hecho de que ésta implica siempre la vulneración del contenido esencial del derecho de propiedad, mientras que la responsabilidad incluye cualquier otra lesión antijurídica. Las vinculaciones singulares serían una modalidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración al imponer sacrificios especiales, por comparación con otros sujetos en idénticas situaciones, que el particular afectado no tendría el deber jurídico de soportar (15).

---

(10) Así puede apreciarse en el mismo título de los trabajos sobre estos supuestos, siempre agrupados bajo el rútopo de la responsabilidad patrimonial en materia de urbanismo: L. PAREJO ALFONSO (1982), M.J. MONTORO CHINER (1983), J.A. CHINCHILLA PEINADO (1998), J. SUAY RINCÓN (2007) y L. MARTÍN REBOLLO (2009), entre otros. Sistemática que es mantenida incluso por los autores que, a veces incidentalmente, postulan criterios diferentes.

(11) Véanse B.F. MACERA y M.Y. FERNÁNDEZ GARCÍA (2005: 26-30 y 37-38).

(12) Véase E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2007: 129).

(13) Véase J.M. BAÑO LEÓN (2009: 449).

(14) Véase F. ALVES CORREIA (2019: 26-30).

(15) Véase M.A. MUÑOZ GUIJOSA (2015: 90-93), donde considera que las vinculaciones singulares, caracterizadas como sacrificios especiales, conectan mejor con la teoría de la responsabilidad que con la de la expropiación; ello le permite explicar cómo en la delimitación del derecho de propiedad que llevan a cabo los planes urbanísticos pueden generarse daños antijurídicos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración por comparación con supuestos similares, mientras que en el ejercicio de la potestad expropiatoria la privación impone la indemnización al margen de toda comparación.

Comparto la calificación jurídica de esta última posición doctrinal, aunque no su razonamiento ni sus implicaciones, pues entiendo que no cabe desligar las dos modalidades de la garantía patrimonial, tanto la expropiatoria como la de responsabilidad, del régimen del derecho de propiedad. Ambos elementos conforman la protección del derecho y ambos deben orientarse a respetar su contenido esencial, cuya privación directa exige respetar las reglas de competencia y procedimiento de la potestad expropiatoria, mientras que su lesión indirecta ha de compensarse con la correspondiente indemnización. Ciertamente, considerar la vinculación singular contenida en un plan urbanístico como una situación expropiatoria exigiría darle el tratamiento de las vías de hecho al imponer una privación con absoluto desconocimiento del previo procedimiento expropiatorio, además de la falta de previsión de la indemnización expropiatoria (16). La solución lógica es la que asume nuestra legislación, esto es, considerar las vinculaciones singulares como consecuencias o efectos derivados de previsiones cuyo objeto directo no es producir privaciones, sino proteger el patrimonio arquitectónico, mantener la variedad de usos en el tejido urbano u otras finalidades de la ordenación urbanística. Ahora bien, para que entre aquí en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es necesario acudir a la teoría del daño especial ni a la vulneración del principio de igualdad, que supuestamente encarnaría en un principio universal de equidistribución urbanística.

En la jurisprudencia no hay atisbo de duda sobre la cuestión: en todas las sentencias, las vinculaciones singulares urbanísticas se presentan como una especialidad del régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Una especialidad dotada de características conceptuales propias, por un lado, al derivar del ejercicio de las potestades urbanísticas, y también una especialidad objeto de notable alcance práctico, por otro lado, debido a su incidencia en la conformación de las ciudades y a su importante significado económico.

## II. EL ALCANCE JURÍDICO DE LA EQUIDISTRIBUCIÓN

Aceptar el punto de partida de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina no entraña aquí pleno acuerdo con sus desarrollos. Más allá de las exigencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística, los operadores jurídicos, especialmente los magistrados del Tribunal Supremo, han configurado un régimen de las vinculaciones singulares radicalmente opuesto al fundamento esencial de nuestro régimen urbanístico, que es la funcionalización

---

(16) El arbitrio de una indemnización no basta frente a la vía de hecho, que impone la radical nulidad de todo lo actuado por falta absoluta de competencia o procedimiento en el actuar administrativo, tal y como indica M.A. MUÑOZ GUIJOSA (2015: 90, en nota).

social de la propiedad como consecuencia de las previsiones del planeamiento sin generar derechos indemnizatorios (17).

La piedra de bóveda de esa jurisprudencia está en la creencia de que el ideal de la justicia distributiva debería consistir en que todos los propietarios recibieran el mismo aprovechamiento urbanístico. Bajo la óptica territorial, entraña una concepción plana de los entramados urbanos, que reduce a solares susceptibles de aprovechamiento edificatorio todos los elementos del patrimonio arquitectónico heredado (villas, jardines, murallas, iglesias) y de la multifuncionalidad proporcionada por los variados equipamientos privados (colegios, cines, clubes deportivos). Jurídicamente se traduce en la configuración de un supuesto principio de equidistribución entendido como regla de carácter universal para todo tipo de suelos y construcciones.

En la doctrina formulada antes del desarrollo de las tesis judiciales, encontramos algunos mimbres que han podido ser empleados en la formación de aquéllas. Cabría, así, citar el conjunto de argumentos tempranamente esgrimidos por T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en defensa de una efectiva construcción del principio de igualdad en el urbanismo, destacando la imposibilidad práctica de aplicarlo en el suelo urbano consolidado con las técnicas existentes (18). En la aplicación de similares planteamientos al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística, L. PAREJO ALFONSO construyó una teoría que identificaba las vinculaciones como «*una singular reparcelación económica con cargo a los presupuestos municipales*», de manera que la responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística procedería por la lesión del «*derecho legal a la justa distribución de beneficios y cargas*» (19).

No parece, sin embargo, que estos autores llevaran a cabo una labor hermenéutica deduciendo del Derecho positivo la equidistribución universal, que es más bien una aportación judicial. En nuestra serie, la referencia al principio de equidistribución se encuentra particularmente expuesta y desarrollada en las sentencias de los *cines de Sevilla*, siendo ponente el magistrado R. FERNÁNDEZ VALVERDE (20). Ahí tenemos recogido el principio de equidistribución como «*principio general rector del urbanismo*» en aplicación del principio constitucional de igualdad, conforme a un planteamiento que permite configurar el régimen de las vinculaciones singulares como el «*cierre del sistema de equidistribución*». El principio sería un contenido explícito de la legislación, que proporcionaría

---

(17) Una exposición de la jurisprudencia casacional en la materia se lleva a cabo en F. LÓPEZ RAMÓN (2020).

(18) T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1979: 16-17), dentro de unas breves pero enjundiosas reflexiones sobre el principio de igualdad en el ordenamiento urbanístico.

(19) L. PAREJO ALFONSO (1982: 73-74), en su pionero y completo estudio dogmático sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística.

(20) ECLI:ES:TS:2011:6753, 6807 y 6809.

ineludible fundamento a la entera ordenación urbanística, según cabe comprobar en el siguiente texto jurisprudencial que lo identifica y enuncia:

*«El principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados, como manifestación del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, ha sido configurado como principio general rector del urbanismo, de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de ejecución. Así lo revelan diversos preceptos que en las sucesivas regulaciones urbanísticas se han venido produciendo en nuestro país» (21).*

Establecido el principio general y universal de equidistribución urbanística, el razonamiento subsiguiente permitirá relegar uno de los puntos de partida esenciales de la ordenación urbanística, que es su configuración, en los términos del art. 4.1 del vigente TRLS'15, como una función pública que *«organiza y define el uso del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo»*, con la fundamental consecuencia de que *«esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización»*. El resultado de tal regla es el establecimiento de un *«régimen estatutario»* de la propiedad del suelo, que *«resulta de su vinculación a concretos destinos»*, conforme se proclama en la actualidad en el art. 11.1 TRLS'15. Preceptos estos que encontramos insistentemente proclamados en nuestras leyes urbanísticas, de manera que cabría invocar para ellos una genealogía equivalente al menos, si no superior, a la hecha valer para el principio de equidistribución en el texto jurisprudencial que acabamos de transcribir (22).

Obsérvese que la argumentación que analizamos no rechaza la aplicación del que cabría denominar principio estatutario. Es más sutil, pues permite seguir sosteniendo que el planeamiento determina los contenidos del derecho de propiedad sin indemnización. Las vinculaciones singulares indemnizables se plantean sólo como una excepción a las reglas generales que afirman el carácter estatutario de la propiedad en el ámbito urbanístico y la exclusión de toda indemnización. Lo que pasa es que la excepción se convierte en otra regla general precisamente en el ámbito donde no existen mecanismos útiles para

---

(21) ECLI:ES:TS:2011:6753, FD 4, que a continuación transcribe los arts. 3.2.b), 87.1 y 3, 117.2.b) y 124.2 del TRLS de 1976, arts. 5 y 43 de la Ley Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998, y arts. 8.1.c) y 35.b) del TRLS de 2008 [en la actualidad, habría que añadir los vigentes arts. 13.2.c) y 14.c) del TRLS de 2015]. El texto completo de estas referencias se repite en ECLI:ES:TS:2011:6807, 6809 y normalmente de manera más abreviada en otras sentencias.

(22) La regla se estableció ya en el art. 70.1 de la Ley del Suelo de 1956 (*«La ordenación del uso de los terrenos y construcciones... no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística»*), luego reiterada en los arts. 87.1 TRLS de 1976, 6 TRLS de 1992, 3.1 TRLS 2008 y 4.1 TRLS 2015.

lograr la equidistribución, es decir, en el suelo urbano consolidado. Termina, así, revocado el principio estatutario de la propiedad, cuya adopción como punto de partida del sistema urbanístico queda desmentida con la introducción de un principio de equidistribución entendido como universal aplicación urbanística del principio de igualdad.

La equidistribución tiene sus límites naturales en el espacio y en el tiempo. Requiere de un ámbito territorial en el que simultáneamente se lleven a cabo las operaciones reparcelatorias o compensatorias en las que se traduce. Fuera de esos límites, la equidistribución es arbitraria, ya que estaría mezclando situaciones propietarias de distinto valor económico, especialmente por la incidencia del factor tiempo: ¿cómo vamos a distribuir equitativamente aprovechamientos urbanísticos materializados en diferentes épocas? No cabe aquí recurrir a la supuesta asepsia de limitarse a reconocer edificabilidad, pues ésta tiene diferentes valores en el tiempo. Las personas son iguales, los bienes no, tanto por razón de sus características y localización, como bajo la óptica de sus diferentes valores a lo largo del tiempo.

Dicho lo anterior, volvamos a los fundamentos normativos que, según la jurisprudencia, sostendrían el alcance universal del principio de equidistribución. Y aquí negaremos la mayor: la legislación no recoge tal principio con carácter omnicompreensivo en los preceptos que se citan en la relación judicial. En el art. 13.2.c) del vigente TRLS de 2015 se establece:

*«En el suelo en situación de rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado las facultades del derecho de propiedad incluyen las siguientes:*

*c) El derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización en el régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación».*

La legislación básica estatal establece, así, como ámbito propio del principio de equidistribución las «*actuaciones de nueva urbanización*», que son las que se desarrollan en el suelo urbanizable, de conformidad con la tradicional clasificación establecida en la legislación urbanística (23). Es la transformación

---

(23) En ECLI:ES:TS:2011:6753, *caso del cine Avenida de Sevilla*, tras la transcripción de los preceptos que, en la sucesión de normas urbanísticas, avalarían el carácter universal del principio de equidistribución, el TS emplea también un fragmento de la jurisprudencia constitucional contenida en ECLI:ES:TC:2001:164, FJ 10, donde el TC descartaba la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 señalando que «*el mandato de equidistribución en cada actuación urbanística es la forma mínima y elemental de garantizar la igualdad entre propietarios*». La referencia es exacta, pero no refuerza la tesis del TS, pues el TC limita muy exactamente la equidistribución a «*cada actuación urbanística concreta como ámbito espacial en el que, en todo caso, debe producirse el reparto de cargas y beneficios*». No hay un principio de equidistribución en toda clase de suelos.

del suelo la operación que permite generar plusvalías suficientes para absorber las cargas de la urbanización, que entonces han de distribuirse equitativamente en proporción a los terrenos aportados por los diferentes propietarios afectados en un espacio y un tiempo determinados e iguales para todos. Por eso, el ámbito del principio de equidistribución puede comprender también las operaciones de reforma o renovación de la urbanización o de dotación en el suelo que se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado, que se corresponderá con el suelo clasificado como suelo urbano no consolidado, conforme a la categoría generalizada en la legislación urbanística de las comunidades autónomas (24).

Es posible que el origen del equívoco jurisprudencial derive de la amplitud con la que, en el TRLS'76, se estableció la justa distribución de los beneficios y cargas, refiriéndola, en un fórmula muy genérica, al «*planeamiento*» [art. 3.2b)]. Aquel texto podía sugerir el entendimiento amplio o universal de la equidistribución, aunque luego, las aplicaciones de la regla inicial se limitaban al reparto de los beneficios y las cargas de la «*urbanización*» en los correspondientes polígonos o unidades de actuación [arts. 117.2.b) y 124.1], sin ninguna referencia normativa que permitiera utilizarla en los entramados urbanos consolidados. En todo caso, la posible duda interpretativa habría de considerarse resuelta tras la LRSV'98, que limitó el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento a los propietarios afectados «*por cada actuación urbanística*» (art. 5), fórmula que se viene manteniendo en las sucesivas reformas de la legislación del suelo: LS'07 [art. 8.1.c)], TRLS'08 [art. 8.1.c)], hasta el vigente TRLS'15 [arts. 13.2.c) y 14.c)]. En consecuencia, la equidistribución es una regla exclusivamente aplicable en los procesos de urbanización o re-urbanización, careciendo de sentido introducirla en el régimen del suelo urbano consolidado, que en ningún caso conlleva reparto de beneficios y cargas.

En la doctrina, creo que únicamente I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA ha advertido de tan esencial quiebra argumental en la jurisprudencia relativa a vinculaciones singulares (25). De acuerdo con la exposición de este autor, que debemos suscri-

---

(24) Efectivamente, en los términos del art. 14.c) del TRLS de 2015, la misma regla que hemos transcrito arriba sobre el suelo en situación de rural se aplica en el suelo en situación de urbanizado para las actuaciones asimiladas a las de nueva urbanización, esto es, las «*actuaciones de reforma o renovación de la urbanización o de dotación*», las cuales también habrán de realizarse «*en un régimen de justa distribución de beneficios y cargas cuando proceda o de distribución entre todos los afectados de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma*».

(25) Véase ampliamente I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2017: 2707-2717). El autor apoya su crítica en dos interesantes dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi que descartaron la responsabilidad del Ayuntamiento de San Sebastián por la calificación como equipamientos privados destinados a usos terciarios del *convento de las madres reparado-*

bir plenamente, la ciudad existente es fruto de un proceso histórico que integra parcelas públicas y privadas con usos diversos y diferentes edificabilidades. Los entramados urbanos se han configurado como producto en muchos casos de decisiones voluntarias de los propietarios, a veces, en el marco de planeamientos urbanísticos que preveían usos alternativos al de vivienda, aunque sin descartar que se tratara de equipamientos privados previstos en el mismo planeamiento. Es erróneo, sigue afirmando el autor, el razonamiento del TS que, de una parte, considera que los ayuntamientos han usado correctamente su potestad de planeamiento al conservar la realidad existente y, de otra parte, los condena a indemnizar por las restricciones del aprovechamiento urbanístico derivadas del lícito e incluso exigible contenido conservacionista del plan urbanístico. No hay derecho de equidistribución en la ciudad consolidada:

*«Un propietario no tiene en modo alguno derecho a la misma edificabilidad y al mismo uso que los propietarios colindantes, ni a la misma edificabilidad y al mismo uso que los propietarios del entorno» (26).*

El principio de equidistribución existe, afirma ATXUKARRO, pero no en el suelo urbano consolidado, donde no tiene lugar ninguna actuación de transformación urbanística. Si algún contenido del plan infringe el principio de igualdad, concluye nuestro autor, deberá anularse, pero siempre teniendo en cuenta que sólo se debe tratar de la misma manera lo que es igual, de forma que si la realidad es diversa, no hay espacio para aplicar el principio de equidistribución (27).

---

ras inaugurado en 1904, quienes reclamaban cerca de 37 millones de euros (dictamen 154/2015), así como del mismo régimen establecido para el teatro de Bellas Artes, construido en 1914, que determinaba una reclamación de casi 14 millones de euros (dictamen 155/2015). Continúa la crítica del mismo autor en I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2018), con referencia a la última sentencia de la serie jurisprudencial (ES:TS:2018:4017, caso de los edificios catalogados en Plasencia). Generalmente, sin embargo, la doctrina ha sido poco crítica en esta materia, como puede comprobarse en R. ALONSO IBÁÑEZ (2005: 102-108) cuando se refiere a la jurisprudencia en materia de vinculaciones singulares. Hay autores que van más lejos, como S. GONZÁLEZ-VARAS (2005: 218-219), quien se muestra decididamente favorable a compensar las restricciones derivadas de la catalogación de edificios, previendo las correspondientes indemnizaciones en el planeamiento. Antes, M.J. MONTORO CHINER (1983: 315) ya había sostenido la tesis de que el «destino natural» de los inmuebles protegidos por razones culturales era la expropiación forzosa, debido a la excesiva carga para el propietario de una conservación establecida en beneficio de la comunidad.

(26) I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2017: 2713), quien añade en nota: «Si existiera ese derecho todos los propietarios se compararían con la parcela colindante con mayor edificabilidad y con el uso más lucrativo en cada momento».

(27) I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2017: 2713-2714): «Además, cuando el ayuntamiento consolida un ámbito urbanístico, cuando no plantea actuaciones de transformación, no trata desigualmente a nadie; lo que hace realmente es tratar a todas las propiedades por igual, ya que a todas reconoce lo que ya tienen patrimonializado. (...) Y en los casos en que en



Apliquemos ahora este criterio a la interpretación del vigente art. 48.b) TRLS'15, cuando prevé vinculaciones singulares determinantes de indemnización por conllevar «una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa». La jurisprudencia, amparada en la universalidad que previamente ha otorgado al principio de equidistribución, no ve ningún reparo en aplicar la consecuencia indemnizatoria en el suelo urbano consolidado, categoría en la que se incluyen prácticamente todos los supuestos de la serie que estudiamos. De esta forma, como indicábamos anteriormente, la excepción se convierte en regla, pues toda ordenación que simplemente consolide las edificaciones existentes habrá de ser caracterizada como generadora de vinculaciones singulares determinantes de indemnización.

No puede ser así. Ha de promoverse una interpretación del supuesto de hecho de las vinculaciones singulares que no vulnere el punto de partida esencial de nuestra ordenación urbanística, esto es, la conformación estatutaria del derecho de propiedad sin derecho a indemnización. Por ello, creo que la exigencia, en el supuesto de hecho de las vinculaciones singulares, de que la restricción «no sea susceptible de distribución equitativa» [art. 48.b) TRLS'15] ha de entenderse que circunscribe su aplicación a las actuaciones urbanísticas aptas para la equidistribución. Las actuaciones de urbanización en suelo urbanizable y las de reforma, renovación o dotación en el suelo urbano no consolidado constituirían, pues, el ámbito propio de aplicación de las vinculaciones singulares.

### III. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD URBANÍSTICA

En todo caso, una vez que hemos excluido el fundamento de las vinculaciones singulares urbanísticas en un supuesto principio de equidistribución aplicable a toda clase de suelos, habremos de buscar una explicación de las mismas insertándolas en las características constitucionales del derecho de propiedad. Estas sí se refieren a toda clase de suelos y están conformadas por los conceptos de la función social y del contenido esencial, que determinan un necesario equilibrio entre intereses públicos y privados.

La función social no es algo externo al derecho como figura en esa constante referencia jurisprudencial a que las medidas conservacionistas del planeamiento benefician a todos los ciudadanos o a la comunidad o a los

---

*un ámbito de suelo urbano consolidado hay propietarios que pueden aún incrementar la edificabilidad preexistente y propietarios que no pueden hacerlo por haber sido catalogado el edificio de su propiedad, tampoco hay trato desigual para situaciones iguales, sino trato desigual para situaciones distintas».*

vecinos del pueblo u otras expresiones semejantes (28). La tutela del patrimonio arquitectónico o la promoción de la diversidad urbana son expresiones de la exigencia constitucional de que el contenido del derecho de propiedad venga delimitado por su función social. La funcionalización conforma las características de las propiedades privadas. Cabría incluso sostener que se permite y protege el derecho en aras a lograr la utilidad pública que el mismo presta.

Como acabamos de ver al rechazar el carácter universal del principio de equidistribución urbanística, nuestra legislación asume reiterada y explícitamente que la función pública urbanística determina los contenidos del derecho de propiedad de acuerdo con el interés general y sin conferir por ello derechos indemnizatorios. En la terminología dominante, formalmente asumida por el legislador desde la Ley de Suelo de 2007, el régimen correspondiente se identifica como «*estatutario*», expresión que se emplea a fin de resaltar que los derechos y deberes del propietario se encuentran establecidos en un marco normativo específico para cada tipo de propiedad. En el urbanismo, el régimen estatutario de la propiedad del suelo resulta de su vinculación a concretos destinos, tal y como se establece por el legislador básico. Por eso, en el mismo sentido, se habla de propiedad vinculada a fin de destacar los destinos relevantes de los bienes.

La formación de estos conceptos tiene honda raigambre en nuestro ordenamiento incluso con anterioridad al texto constitucional de 1978. Tempranamente F. Garrido Falla empleaba la expresión «*régimen administrativo de la propiedad privada*» para referirse al conjunto de instituciones que manifiestan «*la subordinación en que el derecho de propiedad se encuentra respecto del interés público*» (29). Después, R. MARTÍN MATEO caracterizó «*la comprensión estatutaria de la propiedad*» como un proceso en el que «*los derechos y obligaciones de los propietarios vienen determinados, circunscritos y definidos a partir de una serie concatenada de decisiones políticas, que toman su base en los textos constitucionales y se prolongan a través de la obra del legislador ordinario en las actuaciones inmediatas de la Administración*», identificando ya en el contexto político de la época, como garantías del propietario, no sólo la reserva de ley formal para las restricciones, sino también el «*respeto de un núcleo intangible sustraído incluso a la disposición del legislador*» (30). Por su

---

(28) En beneficio de «*toda la comunidad ciudadana*» [ECLI:ES:TS:1989:6865, CDO 11 SAT aceptado por TS], de «*todos los vecinos del pueblo*» [ECLI:ES:TS:1995:6183, FD 4], de «*los intereses arquitectónicos, históricos o botánicos de la ciudad entera*» [ECLI:ES:TS:1999:1918, FD 8] o «*lesión a favor de un fin público*» [ECLI:ES:TS:2003:4447, FD 4], son algunas de las expresiones que sirven en la jurisprudencia para caracterizar las medidas de conservación como elementos ajenos a los derechos de propiedad afectados.

(29) F. GARRIDO FALLA (1959: 458).

(30) R. MARTÍN MATEO (1967: 138 y 124).

parte, L. Díez Picazo apreciaba que en la legislación urbanística se había establecido «*el estatuto jurídico de la propiedad del suelo*» al haberse pasado, de una concepción que admitía excepcionalmente algunas limitaciones de las facultades absolutas del propietario, a una delimitación positiva del contenido de la propiedad en la legislación y la planificación urbanísticas (31). Culminando estos planteamientos, entre otros autores, M. Bassols Coma y R. Gómez-Ferrer emplearon como equivalentes los conceptos de propiedad vinculada y propiedad estatutaria, afirmando que «*en nuestro Derecho la propiedad se halla vinculada al interés público y a su función social, que se concreta a través de leyes, normas, planes y actos administrativos*», con la consecuencia de que, al delimitarse por la vinculación el alcance del contenido del derecho, «*parece que no debe ser indemnizable*», si bien estos autores también identificaban un «*contenido mínimo*» del derecho de propiedad «*del que no puede ser privado el titular sin indemnización*» y aunque remitían a la ley la definición de ese contenido mínimo, postulaban que el legislador «*no puede desconocer un mínimo sustancialista a la propiedad*» (32). Incluso en la jurisprudencia, cabe citar la STS de 04/04/1977 para ver empleado directamente el concepto de propiedad estatutaria al explicar que las limitaciones en el ejercicio del *ius aedificandi* del propietario «*no constituyen ninguna anomalía*», debido a que en la legislación urbanística se había procedido a «*configurar el derecho dominical como un derecho estatutario, todo él dependiente de la concepción adoptada en cada momento histórico por el legislador*», aunque inmediatamente se precisaba la necesidad de respetar «*unos principios básicos, que en nuestro mundo occidental responden a la idea de respeto de la propiedad privada, si bien acentuando cada vez más la función social asignada a la misma*» (33).

Recogiendo esa tradición jurídica, los bienes privados de interés público experimentan actualmente una amplia utilidad, que culmina en los conceptos del patrimonio cultural y natural (34). Se trata de una larga, importante y

---

(31) L. Díez Picazo (1971: 31).

(32) M. Bassols Coma y R. Gómez-Ferrer (1976: 20, 49 y 80-82).

(33) STS de la antigua Sala 4ª de 04/04/1977, Aranzadi, 2628, ponente: A. Martín del Burgo, CDO 4.

(34) El patrimonio cultural es concepto de origen italiano, que se empleó conjuntamente con el patrimonio natural en la Convención de la Unesco (París, 1972). En el ordenamiento español es adoptado en la misma Constitución de 1978 (art. 46) y cuenta con conocidos desarrollos legislativos que parten de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico y la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. Estos conceptos reúnen buenas condiciones para vertebrar las políticas contemporáneas de la conservación, habida cuenta de su utilidad en los planos social y económico: a) los patrimonios natural y cultural son, ante todo, una aplicación particularmente intensa de la finalidad social del derecho de propiedad, que impone la garantía de la conservación de las características culturales y ecológicas de los

consolidada trayectoria que merece la pena conservar y aun potenciar, pese a las críticas formuladas desde un sector de la doctrina (35).

Pues bien, la delimitación de la función social del derecho de propiedad en el ámbito urbanístico se corresponde con el «*principio de desarrollo territorial y urbano sostenible*», que se introdujo expresamente en la Ley de Suelo de 2007 y se recoge actualmente en el art. 3 del TRLS de 2015. En virtud de esa regulación legal del principio, las políticas públicas de suelo deben contribuir particularmente a «*la protección del patrimonio cultural y del paisaje*» (art. 3.2), de acuerdo con «*los principios de cohesión territorial y complejidad funcional*», entre otros objetivos, y siempre «*combinando los usos de forma funcional*» (art. 3.3).

Son los dos elementos vertebradores de las soluciones que vemos adoptar por variados municipios: patrimonio cultural y diversidad urbana. Específica e insistentemente, por si hubiera alguna duda, ambos aspectos están reclamados en el mismo TRLS de 2015 como determinantes de la actuación de los poderes públicos, a los que se ordena favorecer «*la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural*» [art. 3. 3.k)] y también «*la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente*» [art. 3.3.g)]. No podía ser de otra manera, dadas las exigencias ínsitas en la Constitución al reconocer los principios de protección del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45), conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46), y disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47).

---

elementos que los integran, pero sin que los mismos sean objeto de apropiación administrativa; y b) adicionalmente, la referencia patrimonial apunta también a un significado económico, pues implica la consideración de la herencia cultural y la biodiversidad como cosas comunes, consistentes en la completa apropiación no de unos objetos, sino únicamente de la parte de los mismos que asegura sus funciones culturales o ecológicas.

(35) Efectivamente, autores vinculados a la Universidad Autónoma de Madrid han adoptado una actitud notablemente beligerante ante el concepto de la propiedad estatutaria. Entre otras publicaciones, cabría citar los trabajos de A. GALLEGO ANABIRATE (2003), J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008), J. AGUDO GONZÁLEZ (2011) y H. SANTAELLA QUINTERO (2019). Ahora bien, más allá de los reproches valorativos y las descalificaciones semánticas, lo cierto es que, en estos autores, no se aprecia ninguna discrepancia esencial sobre el significado inicial del reconocimiento constitucional del derecho de propiedad. Todos parecen entender que el art. 33 de la Constitución legitima ampliamente al legislador para construir los diferentes tipos de propiedad delimitando su función social, de manera que todos aceptan el principio de la propiedad estatutaria, aunque no la expresión, sin que se alcance a comprender por qué habría de rechazarse la denominación tradicional empleada por el legislador básico. Las disensiones vienen después, cuando se trata de identificar el contenido esencial del derecho y, por tanto, los límites que ha de observar el legislador al establecer el alcance del interés público en la configuración de los estatutos o regímenes de los diferentes derechos de propiedad.

Estos planteamientos están plenamente aceptados en la jurisprudencia, que avala con normalidad las medidas de conservación del patrimonio arquitectónico o de mantenimiento de la diversidad de los usos urbanos. Son frecuentes, en efecto, los casos en los que los tribunales asumen las motivaciones manifestadas a tal fin en la memoria del plan correspondiente o los fundamentos expresados en las declaraciones periciales para justificar los contenidos del planeamiento urbanístico como ejercicio razonable del *ius variandi* (36).

La función social consistente en la conservación arquitectónica y el mantenimiento de la diversidad urbana delimita lícita y legítimamente el contenido de los derechos de propiedad afectados. A la esencia de los mismos corresponde un régimen que asegure el mantenimiento de tales características en beneficio, ciertamente, de la ciudadanía o del vecindario, pero también del mismo propietario. Esas características no las impone la Administración como algo externo al derecho de propiedad, sino que forman parte de éste.

En consecuencia, como venimos sosteniendo, el propietario de una plaza de toros lo es de un inmueble destinado a una finalidad de ocio o espectáculo y el titular de un colegio lo es de un establecimiento docente, igual que a las parroquias pertenecen los templos y a los clubes deportivos las respectivas instalaciones. No hay ninguna razón ni constitucional ni legal que pueda amparar esa visión plana de la jurisprudencia que reduce todo el entramado urbano a solares. Las edificaciones y los usos tradicionales están constitucional y legalmente tutelados como exigencia y contenido para el propietario de la función social de su derecho (37).

Una buena manifestación de estos planteamientos la encontramos en la teoría de los bienes culturales ampliamente desarrollada en la experiencia italiana. En los términos planteados hace más de medio siglo por la Comisión Franceschini (1967), los bienes culturales constituyen un género de bienes naturalmente existente, con independencia de si la presencia de sus valores culturales ha sido previamente constatada por la Administración pública. Todo bien «*que constituya testimonio material con valor de civilización*», en la conocida

---

(36) Entre otros ejemplos, cabe citar los casos de *la casa Ford de Las Palmas* (ECLI:ES:TS:2008:7371, ponente: J.E. Peces Morate, FD 3), *de la finca de Masnou* (ECLI:ES:TS:2009:8522, ponente: J.E. Peces Morate, FD 3), *del jardín del palacio Peredo-Barreda en Santillana del Mar* (ECLI:ES:TS:2011:7222, ponente: M. de Oro-Pulido, FD 4) o *de la casa de indios en Colombres* (ECLI:ES:TS:2011:9041, ponente: J. Rodríguez Zapata, FD 3).

(37) Es muy posible que los propietarios actuales de estos bienes deseen compararse ahora con los propietarios del entorno que pueden materializar aprovechamientos más rentables. Con tal exigencia desconocen que, en otra época, los titulares en cuyos derechos se subrogan ya materializaron el contenido de su derecho de propiedad en la forma que les pareció más conveniente o que era exigible conforme al ordenamiento aplicable. La ciudad merece la continuidad de su trama, de sus usos y de sus edificaciones características sin que, en contrapartida, deban generarse nuevas plusvalías urbanísticas.

expresión de las declaraciones finales de la citada comisión parlamentaria, ha de ser considerado bien cultural. De ahí que el acto administrativo acreditativo del «valor de civilización» merezca la consideración de acto declarativo, de naturaleza reglada, limitado a comprobar la concurrencia en la realidad de los requisitos establecidos previamente en la norma que ordena la protección de los bienes culturales.

A partir de los anteriores planteamientos, M.S. GIANNINI explicó el concepto de bien cultural utilizando la distinción entre cosa y bien. Habida cuenta de que las cosas u objetos de la realidad permiten diversos bienes o utilidades definidos por el Derecho, la noción de bien cultural podría explicarse como un bien o utilidad colectiva (esto es, función social) proyectado sobre determinados objetos. De esta manera, toda la problemática de la incidencia de los bienes culturales sobre la propiedad privada recibía una explicación: el bien cultural expresa un derecho de disfrute público compatible con el derecho del propietario sobre el mismo objeto. Liberado el concepto de bien cultural del condicionante propietario, ya es posible obtener todas las consecuencias de su caracterización como categoría genérica, susceptible, pues, de medidas de protección aun al margen de la previa declaración administrativa y sin implicar indemnización para el titular: la identificación del bien de interés público no supone, por tanto, ninguna privación del derecho de propiedad, que «*ha nacido con el correspondiente límite y con ese límite vive*» (38).

No obstante, la doctrina de los bienes de interés público no parece que nos permita ir más allá de la identificación del principio de la legitimidad constitucional de las declaraciones protectoras y de los instrumentos reglamentarios y de planificación, con la consiguiente configuración de la función social de los derechos de propiedad afectados. Pero hay también un contenido esen-

---

(38) M. S. GIANNINI (1976: 34-38). La explicación del maestro italiano no ha dejado de tener detractores como B. CAVALLO (1988: 130), que ha resaltado la variedad de las cosas u objetos que pueden merecer la consideración de “culturales”. Para este autor, la expresión bien cultural es una “*mera síntesis verbal*”, dado que la cualidad cultural no es algo inmanente a las cosas, sino la consecuencia de una valoración administrativa, producto de la ponderación entre el conjunto de los intereses públicos, de manera que los objetos devienen bienes culturales “*por efecto de la declaración*”; de ahí que no pueda compartirse, según este autor, la idea de la Comisión Franceschini de un género de bienes naturalmente cultural, con independencia de su declaración. Es claro el rechazo por CAVALLO de la postura de GIANNINI, pero los razonamientos que ofrece se apoyan en una supuesta discrecionalidad administrativa para declarar los bienes culturales que resulta incompatible con la configuración reglada de la figura en la legislación. Es la ley la que ordena proteger todos los bienes de determinadas características. Si acaso, de la crítica de CAVALLO cabría admitir, para los bienes culturales no declarados formalmente como tales, la situación de dependencia de la aplicación definitiva del régimen de protección previsto en la legislación, hasta tanto no se compruebe por la Administración la presencia de los caracteres legales definitorios del mismo bien cultural mediante la correspondiente declaración.

cial de esos derechos patrimoniales que ha de ser respetado por imposición constitucional (Constitución: arts. 33 y 53). Dicho de otra manera, toda ordenación que incorpore la función social ha de observar el contenido esencial del derecho de propiedad. Es la lesión de ese contenido lo que el titular del derecho no tiene obligación de soportar, de manera que su infracción por la ordenación urbanística habrá de generar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Vamos a explicarlo con más detenimiento.

#### IV. LAS VINCULACIONES SINGULARES COMO APLICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Como venimos sosteniendo, la afirmación del carácter estatutario del derecho de propiedad en el ámbito urbanístico no implica negación de la exigencia constitucional del respeto al contenido esencial del derecho (39). Ahora bien, la determinación de ese contenido esencial es cuestión altamente debatida en nuestra doctrina, que ha defendido variadas y complejas tesis en la materia (40). La conflictividad, sin embargo, no ha llegado a la jurisprudencia constitucional y europea, que, sin perjuicio de algunas discrepancias, ofrece interpretaciones de la garantía en cuestión que parecen conducir, si no a construcciones de altos vuelos dogmáticos, sí a resultados sensatos en su aplicación.

---

(39) Carece de sentido criticar a los autores que contribuyeron a forjar el concepto de la propiedad estatutaria antes del texto constitucional por no haber reflejado el respeto al contenido esencial que fue establecido en la Constitución de 1978. Algunos incluso, según ya hemos indicado, llegaron a manejar conceptos cercanos como el «*núcleo indisponible*» (R. MARTÍN MATEO, 1967: 124) o el «*contenido mínimo*» (M. BASSOLS COMA y R. GÓMEZ-FERRER, 1976: 49) del derecho de propiedad, aunque el ordenamiento entonces vigente no proporcionaba herramientas adecuadas para llevar a la práctica tales exigencias.

(40) El debate sobre el contenido esencial del derecho de propiedad rebasa los límites de este trabajo, dada la variedad de planteamientos que cabe identificar en la doctrina. Las dos últimas monografías publicadas en la materia son buena muestra de las sinuosidades dogmáticas, hermenéuticas y aplicativas implicadas. Por un lado, M.A. MUÑOZ GUIJOSA (2009: 192-212) ha sostenido la necesidad de conectar la función social del bien establecida por la legislación con la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad, planteamiento que, en el ámbito urbanístico, le lleva a identificar tal contenido con el correspondiente a la clasificación del suelo establecida en la legislación urbanística. Por otro lado, H. SANTAELLA QUINTERO (2019: 183-216) ha intentado construir un concepto constitucional del contenido esencial prescindiendo de todo elemento proporcionado por el legislador, lo que le lleva a reconstruir el sistema, no ya del derecho de propiedad privada, sino del entero conjunto de situaciones patrimoniales derivadas tanto de posiciones jurídico-privadas como jurídico-públicas. Ambos estudios, desenvueltos con notable agudeza intelectual y robustas argumentaciones, vienen adicionalmente fortalecidos por unos apabullantes aparatos bibliográficos, jurisprudenciales y comparatistas merecedores, sin duda, de una atención que aquí no se les puede prestar, pues la cita tiene el exclusivo objeto de subrayar la ausencia de una tesis pacífica sobre el contenido esencial del derecho de propiedad en nuestra doctrina.

El Tribunal Constitucional ha incidido particularmente en la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad en algunos procesos de inconstitucionalidad. En el *caso de la Ley de Reforma Agraria andaluza*, fijó varios criterios para determinar tal contenido esencial: primero, la «*recognoscibilidad*» del derecho de propiedad establecido por el legislador, aspecto que remitía a la comparación con el tipo de derecho dominical correspondiente al «*momento histórico de que se trate*»; segundo, la «*practicabilidad*» del contenido del derecho, es decir, «*la posibilidad efectiva de realización del derecho*», que había de dar la oportunidad de una rentabilidad al propietario; y tercero, la «*proporcionalidad*» de la delimitación establecida por el legislador, «*sin que las limitaciones y los deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable*» (41). En el *caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964*, el TC insistió en que el contenido esencial del derecho de propiedad determinaba la imposibilidad de anular el beneficio individual del derecho, de manera que la «*pérdida o vaciamiento de la utilidad económica*» se convertía en una barrera infranqueable para el legislador, que siempre ha de respetar la rentabilidad del propietario como un mínimo irreductible de la propiedad (42).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en cuestiones cercanas al plantearse la distinción entre las delimitaciones del contenido del derecho de propiedad, que lícitamente pueden imponerse sin compensación, y las privaciones del derecho, que sólo son admisibles si se realizan con la correspondiente indemnización. Siguiendo el estudio monográfico de esta jurisprudencia de J. Barcelona Llop, el criterio para identificar una privación es aquí el «*auténtico y definitivo desapoderamiento, no una mera restricción de la facultad de goce y disposición, por grave o intensa que sea*»; debe tratarse de una pérdida efectiva del dominio, de una sustracción, un despojo, una completa eliminación de toda posibilidad de disfrute o disposición; en otro caso, el TEDH califica la injerencia como lícita reglamentación del uso de los bienes (43).

---

(41) ECLI:ES:TC:1987:37, sentencia de 26/03/1987 (ponente: J. Leguina Villa), FJ 2.

(42) ECLI:ES:TC:1994:89, sentencia de 17/03/1994 (ponente: L. López Guerra), FJ 5. La sentencia cuenta con un voto particular suscrito nada menos que por tres magistrados (A. Rodríguez Bereijo, P. Cruz Villalón y J. Gabaldón López), quienes cuestionaron, no tanto el planteamiento argumental de la mayoría del TC, cuanto la valoración del régimen legal de la legislación arrendaticia analizada, que para los discrepantes conllevaba un completo vaciamiento de los derechos de propiedad implicados al fundarse en los mecanismos de prórroga forzosa, subrogaciones familiares y congelación de rentas.

(43) J. BARCELONA LLOP (2013: 55-102). Entre las sentencias del TEDH que emplea el autor, cabría recordar el *caso Sporrang y Lönnroth c/ Suecia* (1982), que examina la no ejecución por el Ayuntamiento de Estocolmo de las potestades expropiatorias de ciertos inmuebles congelados en su situación, pues aunque ello hacía precario el derecho de propiedad, que perdió parte de su sustancia, los propietarios «*han podido continuar usando sus bienes y si*



Recordemos los pasos argumentales que estamos dando en el intento de proporcionar un fundamento conforme a Derecho y de útil aplicación para las vinculaciones singulares urbanísticas: primero, hemos descartado el carácter universal del principio de equidistribución, que permitía a la jurisprudencia identificar tales vinculaciones desconociendo la realidad del tejido urbano de nuestras ciudades; segundo, encontramos en la función social del derecho de propiedad exigida constitucionalmente el soporte adecuado de la opción legal por el concepto de la propiedad estatutaria o vinculada en el ámbito urbanístico, lo que nos permite sostener la corrección jurídica de las restricciones establecidas en el planeamiento en defensa del patrimonio arquitectónico o la diversidad urbana; y tercero, mantenemos ahora la necesidad de en todo caso salvaguardar el contenido esencial constitucionalmente impuesto también para los derechos de propiedad afectados por las restricciones que consideramos.

Pues bien, en ese punto final de nuestra argumentación, las vinculaciones singulares se nos presentan como la traducción urbanística de la exigencia de respetar el contenido esencial. No debe extrañar la divergencia en las denominaciones, puesto que las vinculaciones en cuestión fueron previstas en la LRS'75 y el TRLS'76, es decir, con anterioridad a la Constitución de 1978 y quizá como respuesta a esas previas exigencias doctrinales de que, en la delimitación de la propiedad urbanística, se respetara, en todo caso, un «núcleo indisponible» o un «contenido mínimo» del derecho de propiedad.

Es el contenido esencial garantizado constitucionalmente al derecho de propiedad lo que debe mantenerse en las propiedades afectadas por los vínculos de conservación arquitectónica y de mantenimiento de la diversidad urbana. Conforme a la jurisprudencia constitucional y europea, tal contenido esencial significa que el propietario del edificio catalogado o del equipamiento privado congelado debe conservar el derecho a la utilidad económica correspondiente a las características del bien. Ni más ni menos.

En la casuística que nos presenta la jurisprudencia, sería difícil considerar vulnerado el contenido esencial del derecho de propiedad y producidas las vinculaciones singulares en los *casos de los colegios valencianos y otros*

---

*las ventas de inmuebles afectados en Estocolmo por permisos de expropiación y prohibición de construir han resultado más difíciles, la posibilidad de vender ha subsistido»; los casos Melhacher y otros c/ Austria (1989) y Hutten-Czapska c/ Polonia (2006), donde se considera que la reducción por ley del precio de los alquileres no implicó privación del derecho a usar, arrendar y vender el bien, aunque conllevara la pérdida de una parte de las rentas inmobiliarias como consecuencia del lícito ejercicio del poder estatal de regular el uso de los bienes; o los casos Scordino c/ Italia (2004) y Maioli c/ Italia (2011), en los que la prohibición de construir por la sujeción de los suelos a la posibilidad de expropiación, que no llegó a producirse, se estima que no constituyó una privación, porque el derecho no había desaparecido al no haber perdido los propietarios ni el acceso al terreno ni la titularidad del dominio.*

*centros escolares* (44), donde las órdenes religiosas continuaron con la misma utilización que venían haciendo de sus propiedades, así como en los *casos de edificaciones catalogadas* (45) y *jardines protegidos* (46), que también siguieron empleados por los propietarios tal y como venían haciéndolo desde su construcción, exactamente igual que ocurría en los *casos de la plaza de toros* (47) y *del club deportivo* (48), que mantenían el destino voluntariamente establecido por los titulares de los inmuebles. En cambio, en los *casos de los cines de Sevilla* (49) al imponerse una restricción de uso carente de utilidad económica nos encontraríamos ante vinculaciones singulares, de la misma manera que en el *caso de la plaza de San Miguel de Valladolid* (50) tendríamos un resultado materialmente expropiatorio al imponerse una cesión de parte del solar para ampliar el espacio público produciendo un perjuicio patrimonial o en el *caso de la Casa dei Bambini Montjuic de Girona* (51) por la creación de un nuevo equipamiento docente o, si se prefiere, por la ampliación del existente, en el solar anteriormente de destino residencial. (52)

Finalmente, conviene insistir en que la cuantía de las indemnizaciones pertinentes ha de responder a la garantía del contenido esencial que prestan las vinculaciones singulares. Ello significa que el cálculo de dichas indemnizaciones ha de realizarse por referencia a la utilidad económica restringida con la vinculación singular. Es ahí donde se encuentra el daño, no en la comparación con las utilidades que se hayan podido obtener en los fondos del entorno. Por añadidura, como expondremos más adelante, la presencia de vinculaciones singulares no siempre ha de traducirse en indemnizaciones dinerarias, pues cabe la posibilidad de lograr una adecuada solución del problema a través de la anulación del planeamiento.

---

(44) ECLI:ES:TS:1988:11920, 1989:2619, 3020, 46902 y 5314, y 1990:12457, sentencias en las que se aprecian vinculaciones singulares en contra de la postura aquí defendida.

(45) ECLI:ES:TS:1988:11920, 1996:7324, 1997:7565, 1999:4005, 2002:3969, 2006:8058, 2008:7371, 2009:8522, 2012:1029, 2015:3369, 2017:2407, 2564 y 3292, y 2018:4017, sentencias en las que se aprecian vinculaciones singulares en contra de la postura aquí defendida.

(46) ECLI:ES:TS:1991:8657, 1999:1918, 2011:7222, sentencias las que se aprecian vinculaciones singulares en contra de la postura aquí defendida.

(47) ECLI:ES:TS:1995:6183, sentencia en la que se aprecia vinculación singular en contra de la postura aquí defendida.

(48) ECLI:ES:TS:2008:5739, sentencia en la que se aprecia vinculación singular en contra de la postura aquí defendida.

(49) ECLI:ES:TS:2011:6753, 6807 y 6809.

(50) ECLI:ES:TS:2009:3801.

(51) ECLI:ES:TS:2012:4330.

(52) Una exposición crítica de esta jurisprudencia en F. LÓPEZ RAMÓN (2020).

## V. COMPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA

En el caso de los edificios catalogados de Plasencia, la última de las sentencias de la serie jurisprudencial que estudiamos, el Tribunal Supremo, en ponencia del magistrado C. Tolosa Tribiño, consideró de interés casacional determinar el término de comparación de la restricción del aprovechamiento, optando por el criterio estático frente al dinámico:

*«Hay restricción porque la edificabilidad atribuida por el PGOU es menor que la atribuida a las parcelas del entorno. A ese respecto, hemos señalado que no se trata de comparar las determinaciones del nuevo PGOU para la parcela/edificio con las del PGOU anterior, lo que podríamos denominar comparación dinámica, sino de comparar las determinaciones del nuevo PGOU para esa concreta propiedad y las determinaciones de ese mismo plan para las propiedades del entorno, en lo que se conoce como comparación estática» (53).*

En el texto transcrito, parece darse a entender que la prevalencia de la fórmula estática o espacial era algo ya consolidado en la jurisprudencia y no es así. Ciertamente, desde los inicios ha habido casos solucionados conforme a ese criterio, pero sólo en época reciente lo encontramos formalmente identificado. Creo que fue en el caso del jardín del palacio Peredo-Barreda en Santillana del Mar la primera vez que se dijo claramente que la comparación determinante no era la de tipo temporal o dinámico, sino la espacial o estática:

*«...en el caso de las vinculaciones singulares el término de comparación se encuentra en el propio planeamiento que se examina y lo relevante es si las determinaciones que se aplican a uno o varios terrenos son distintas a las de su entorno o a los terrenos de su misma clasificación o calificación» (54).*

Y se optó entonces por el criterio espacial con disensiones internas, pues dos magistrados expresaron su voto discrepante recordando que en otros casos se había empleado la referencia temporal (55). Llamaba, efectivamente, la atención el contraste con el caso del jardín de calle Kalebarria de Oñati, donde el TS, confirmando la sentencia apelada, hubo de precisar que

(53) ECLI:ES:TS:2018:4017 (ponente: C. Tolosa Tribiño), FD 6.

(54) ECLI:ES:TS:2011:7222 (ponente: M. de Oro-Pulido), FD 3. Ese criterio espacial se confirma en el caso de Oleiros, ECLI:ES:TS:2015:1820 (ponente: J.C. Trillo Alonso), FD 3 y en el caso de Vigo, ECLI:ES:TS:2015:3369 (ponente: J.E. Peces Morate). En la doctrina, puede encontrarse una defensa de la exclusividad del criterio espacial para identificar las vinculaciones singulares en M.A. MUÑOZ GUIJOSA (2015: 123-124).

(55) ECLI:ES:TS:2011:7222, voto particular (E. Calvo Rojas y J. Rodríguez-Zapata).

«...si el planeamiento anterior al vigente no otorgaba derecho indemnizatorio, poco importa que el actual declare los terrenos controvertidos como jardín privado» (56).

El criterio de la comparación temporal ha venido siendo aplicado frecuentemente en la jurisprudencia. Se ha empleado por el Tribunal Supremo para descartar la presencia de vinculaciones singulares por la reiteración del régimen establecido en el planeamiento urbanístico anterior, como sucede, por ejemplo, en los casos *del Club de Campo de Murcia* (57), *de la playa de Canelitas en Sanxenxo* (58) o *del colegio Jesús y María de Zaragoza* (59), e incluso en ponencias del magistrado C. Tolosa Tribiño, en los casos *de Bodegas Osborne* (60) y *del equipamiento de S'Agaró* (61). Asimismo el criterio temporal se ha utilizado al objeto de identificar vinculaciones singulares derivadas de la disminución del aprovechamiento previamente reconocido a la finca, como se aprecia en los casos *del club de Begas* (62) y *de la casa dei Bambini Montjuic de Girona* (63), sentencias en las que el TS modificó planteamientos diferentes del TSJ de Cataluña.

La tensión espacial-temporal no es la única que se advierte en la jurisprudencia, donde también encontramos el enfrentamiento entre los criterios de comparación con el entorno inmediato y con el género de bienes implicado. El primero reclama comprobar si en una determinada zona de la ciudad se establecen diferentes aprovechamientos urbanísticos, mientras que en el segundo los elementos de referencia son los bienes de las mismas características del afectado.

Vemos empleada la comparación de género en la sentencia de *la casa de indios de Colombres* para deducir que la vinculación singular deriva de la comparación con las otras casas de indios (64), así como en el caso *de las restricciones por riesgo geológico en Torroella de Montgrí*, aquí para excluir la vinculación singular al comprobar que «en la zona existen otros terrenos que se consideran afectados por movimientos gravitacionales severos, a los que se asigna idéntica calificación» (65), igual supuesto que en el caso de

---

(56) ECLI:ES:TS:2001:5339 (ponente: M.V. Garzón Herrero), FD 3.

(57) ECLI:ES:TS:2009:1022 (ponente: E. Calvo Rojas), FD 3.

(58) ECLI:ES:TS:2011:5750 (ponente: R. Fernández Valverde), FD 6.

(59) ECLI:ES:TS:2011:7406 (ponente: J.E. Peces Morate), FD 7, aunque el mismo ponente mantendrá el criterio espacial en ES:TS:2015:3369, *caso de Vigo*.

(60) ECLI:ES:TS:2016:5031 (ponente: C. Tolosa Tribiño), FD 13.

(61) ECLI:ES:TS:2017:3303 (ponente: C. Tolosa Tribiño), FD 4.

(62) ECLI:ES:TS:2008:5739 (ponente: R. Fernández Valverde), FD 9.

(63) ECLI:ES:TS:2012:4330 (ponente: E. Calvo Rojas), FD 5.

(64) ECLI:ES:TS:2011:9041 (ponente: J. Rodríguez-Zapata), FD 6.

(65) ECLI:ES:TS:2013:1564 (ponente: J.E. Peces Morate), FD 2.

la torre de Matadepera al estimar que en las restantes torres catalogadas se aplicaba el mismo régimen urbanístico (66).

Paralelamente encontramos, sin embargo, algún supuesto en el que explícitamente el Tribunal Supremo rechaza emplear el criterio de género, considerando que la comparación determinante de la vinculación singular debe ser la del entorno inmediato. Así sucede en el caso de *los edificios catalogados de Sabadell*, donde se reprocha al plan especial de protección del patrimonio arquitectónico que no se refiera «a todos los edificios de un sector o de una zona», sino «a ciertos edificios aislados y, en concreto, a aproximadamente 161 edificaciones... a las que se somete a unas restricciones de aprovechamiento no aplicables a todas las demás edificaciones del municipio, sector o zona» (67).

El examen de la jurisprudencia nos lleva a sostener que el criterio espacial o estático no puede ser el único ni siquiera el prevalente para identificar una vinculación singular. Las variantes que presenta la tipología jurisprudencial invitan a emplear y ponderar diferentes criterios en función de las características de los bienes afectados y de las restricciones establecidas sobre los mismos. Una distinción esencial en tal sentido va a depender de si las limitaciones se refieren a la edificabilidad o a los usos, como exponemos a continuación.

## VI. LIMITACIONES DE LA EDIFICABILIDAD O DE LOS USOS

En buena medida, las incoherencias que observamos en la jurisprudencia creo que derivan del inadecuado punto de partida adoptado. Por eso, frente a la visión plana del entramado urbano que propicia el supuesto principio universal de equidistribución consagrado por el Tribunal Supremo, sostendremos la necesidad de apreciar la variedad de situaciones implicada en el concepto de la *propiedad estatutaria sujeta a un contenido esencial* que estamos defendiendo. Esa variedad plasma en la distinción entre las limitaciones de la edificabilidad y las de los usos, que resulta fundamental de cara a establecer los criterios que nos permitan identificar las extralimitaciones del contenido esencial determinantes de la presencia de vinculaciones singulares.

En la legislación, se recordará, que los dos supuestos de hecho fueron introducidos expresamente en la Ley de Suelo de 2007, que sustituyó la referencia a la restricción del «*aprovechamiento urbanístico del suelo*» (TRLR de 1976 y Ley de 1998) por la restricción de «*la edificabilidad o el uso*» (Ley Suelo de 2007, TRLR de 2008 y TRLR de 2015). En la práctica, no había habido problemas para identificar vinculaciones singulares de las dos modalidades,

---

(66) ECLI:ES:TS:2015:729 (ponente: J.J. Suay Rincón), FD 6.

(67) ECLI:ES:TS:2008:5739 (ponente: R. Fernández Valverde).

aunque, a veces, aparecen mezcladas en las realidades urbanísticas, lo que ha debido determinar que no se hayan distinguido con la debida claridad.

En los dos tipos litigiosos, los propietarios plantean reclamaciones por la restricción del aprovechamiento urbanístico de los correspondientes solares, pero la finalidad, el efecto y la problemática de los regímenes jurídicos aplicables son diferentes: *a)* de una parte, tenemos los supuestos de conservación de edificios y otros inmuebles, que se orienta a tutelar el patrimonio arquitectónico imponiendo, en este ámbito (distinto de las órdenes de conservación), obligaciones de no hacer o de soportar que afectan directamente al régimen de la propiedad privada; y *b)* de otra parte, identificamos las previsiones de mantenimiento de dotaciones o equipamientos privados, que responden a objetivos de multifuncionalidad y diversidad urbana implicando, no sólo obligaciones negativas sobre el inmueble, sino también obligaciones de tipo positivo sobre la actividad que se desarrolla en el mismo. Se trata del régimen de las edificaciones en un supuesto y del régimen de los usos en el otro (68). A continuación, veremos qué criterios parecen más adecuados en cada una de esas situaciones.

A) El empleo del criterio espacial para identificar vinculaciones singulares en el régimen de las edificaciones es una clara consecuencia del carácter universal otorgado en la jurisprudencia al principio de equidistribución. En cuanto prescindimos de éste en el suelo urbano consolidado, esto es, en la trama de la ciudad existente, vemos que se imponen los criterios temporal y de género.

La comparación temporal o dinámica, entre el antes y el después del planeamiento al que se imputa la violación del contenido esencial del derecho de propiedad, es esencial para decidir si el régimen de catalogación o de restricciones del aprovechamiento de las edificaciones constituye una vinculación singular. No resulta, en efecto, razonable prescindir de la historia urbanística de las fincas y las edificaciones, que debe ser siempre considerada por los tribunales a fin de esclarecer cuestiones esenciales sobre el destino del inmueble, como son: *a)* la asunción voluntaria del uso por el propietario, que ha podido determinar un sistema de relaciones urbanas en torno a su parcela; *b)* la derivación de

---

(68) Quizá, insistimos, esa distinción no se haya advertido con suficiente nitidez en la jurisprudencia porque, en la práctica, como decimos, se mezclan los tipos: por ejemplo, el plan ordena conservar el edificio antiguo del colegio privado por su interés arquitectónico, al mismo tiempo que mantiene el uso docente de toda la finca, donde pueden existir, junto a patios de recreo y jardines, otras edificaciones que no presentan valor cultural o incluso ser admisibles nuevas construcciones, como un polideportivo o una piscina. La confusión se acrecienta porque las reclamaciones, aun derivando de diferentes premisas, confluyen en la restricción del aprovechamiento urbanístico del solar. En todo caso, la distinción fue identificada tempranamente por V. LASO BAEZA (1998:140); tras la LS'07, que la adoptó normativamente, la emplean, entre otros, G. GARCÍA ÁLVAREZ (2007: 257) y M.A. MUÑOZ GUIJOSA (2015: 114-117), así como especialmente por I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2017: 2697), quien la aplica para examinar críticamente la jurisprudencia en la materia.

actuaciones urbanísticas integrales que hubieran establecido las características y uso de los solares, realizando incluso operaciones de distribución equitativa de beneficios y cargas; y c) la reproducción de regímenes previstos anteriormente en el planeamiento urbanístico, que generan una viva imagen de legitimidad y desde luego de legalidad no discutida, acaso consentida si ha transcurrido el plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad en esta materia.

Junto al anterior criterio, el principio de igualdad reclama también el empleo de la comparación de género para identificar vinculaciones singulares en el régimen de las edificaciones. Por una parte, podemos apreciar que no resulta sensato emplear la comparación con el entorno inmediato de la finca cuando nos encontramos en suelo urbano consolidado, con fincas que han generado ya plusvalías a los propietarios por una diversidad de aprovechamientos en edificabilidad y en uso materializados a lo largo del tiempo. Por otra parte, el criterio de género resulta aquí el más adecuado, pues proporciona información sobre el tratamiento dado a fincas de similares características. La igualdad debe postularse entre iguales, lo que, en el tejido urbano, reclama particularmente comparar entre sí los elementos de nuestro patrimonio arquitectónico y arqueológico que se pretende conservar.

B) La valoración del régimen de los usos a efectos de identificar posibles vinculaciones singulares requiere también aplicar variados criterios. Desde el punto de vista de la casuística, probablemente las mayores novedades se encuentren en estos casos, que han empezado a producirse como reacción ante la moderna tendencia del planeamiento a congelar usos considerados de interés público.

Para afrontar correctamente la problemática, parece conveniente recordar que el fenómeno de los equipamientos de propiedad privada, junto a los de propiedad administrativa, es frecuente en nuestros tejidos urbanos. Se caracterizan por tratarse de instalaciones abiertas al público o a colectivos amplios cuyo mantenimiento resulta, en muchos casos, esencial para el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana, donde desempeñan funciones de tipo docente, recreativo, sanitario, deportivo, cultural y otras. Por eso, se entiende que los municipios defiendan su continuidad. Aunque, en la otra cara de la moneda, han de comprenderse asimismo las legítimas aspiraciones de los titulares a mantener la integridad de sus derechos de propiedad y aun de su libertad de empresa. La conservación o, si se quiere, la congelación de estos usos plantea enjundiosas cuestiones jurídicas, económicas y sociológicas.

Con carácter general, la identificación de vinculaciones singulares en los equipamientos privados establecidos en el planeamiento ha de resultar fuertemente condicionada por el criterio de la comparación temporal, de manera similar a como hemos explicado en relación con el patrimonio arquitectónico. La continuidad del uso consolidado reclama su carácter permanente sin necesidad

de indemnización, dado que proporciona una funcionalidad necesaria para la vida urbana. Es la previsión relativa a la implantación del uso la requerida de justificación en el planeamiento, de equidistribución en la gestión y, en su caso, de responsabilidad por la vinculación singular. En cambio, la permanencia del uso previsto anteriormente en el planeamiento o consolidado por voluntad del titular no habría de determinar ninguna lesión ni daño especial indemnizable.

Por las anteriores razones, cabe discrepar de las sentencias que identifican vinculaciones singulares conforme al criterio de la comparación espacial de los equipamientos privados, como sucede en los casos de *los colegios de Valencia* (69), *de la plaza de toros de Torrijos* (70) o *del club de Begas* (71). En todos esos supuestos nos encontrábamos ante usos consolidados por voluntad de los titulares de los inmuebles, que pasaron, en consecuencia, a disfrutar del régimen jurídico de los espacios educativos, de espectáculos o deportivos. Las respectivas propiedades no se referían a terrenos pendientes de urbanización o regeneración, ni a solares vacíos, sino a inmuebles con destinos específicos. Las órdenes religiosas tenían y siguen teniendo unos inmuebles destinados a la enseñanza, al igual que los empresarios taurinos una plaza de toros y el club unas instalaciones deportivas.

En la jurisprudencia encontramos aplicado el criterio temporal o dinámico, al menos, cuando la continuidad del uso como equipamiento privado deriva del planeamiento que ya anteriormente preveía el destino del inmueble. Así se apreció temprana y certeramente en el caso de *talleres RAG de Bilbao*, con aquella importante apreciación, que transcribimos en su momento, de que «entender consolidado el derecho al cambio de uso es invalidar la técnica de la zonificación y pormenorización de usos» (72). Lo mismo sucedía en los casos *del Club de Campo de Murcia* (73), *de la playa de Canelitas en Sanxenxo* (74) o *del colegio de Jesús y María de Zaragoza* (75).

---

(69) ECLI:ES:TS:1988:11920 (ponente: M. de Oro-Pulido), ECLI:ES:TS:1989:2619 (ponente: J.M. Reyes Monterreal), ECLI:ES:TS:1989:3020 (ponente: M. de Oro-Pulido), ES:TS:1989:5314 (ponente: M. de Oro-Pulido) y ECLI:ES:TS:1990:12457 (ponente: P. Esteban Álamo).

(70) ECLI:ES:TS:1995:6183 (ponente: P. Esteban Álamo).

(71) ECLI:ES:TS:2008:5739 (ponente: R. Fernández Valverde).

(72) ECLI:ES:TS:1988:208 (ponente: J. García Estartús), que acepta CDO 15 de SAT de Bilbao de 05/09/1985.

(73) ECLI:ES:TS:2009:1022 (ponente: E. Calvo Rojas), donde los terrenos estaban calificados como equipamiento deportivo privado con anterioridad a la revisión del PGOU que determinaba la reclamación.

(74) ECLI:ES:TS:2011:5750 (ponente: R. Fernández Valverde), donde el PGOU de 2003 objeto de impugnación reproducía las alineaciones establecidas en las NS de 1990.

(75) ECLI:ES:TS:2011:7406 (ponente: J.E. Peces Morate), donde se rechazó la vinculación singular por el destino educativo del inmueble que, primero, fue decidido voluntariamente



Especial atención merece la exclusión de vinculaciones singulares por el criterio de comparación temporal con el planeamiento anterior en los casos de *Bodegas Osborne del Puerto de Santa María y del equipamiento privado en S'Agaró* (76). Ya hemos destacado la sorpresa que puede producir el contraste de esa doctrina con la del caso de *los edificios catalogados de Plasencia*, donde, en fechas próximas, se proclamó la primacía y exclusividad del criterio espacial, siendo todos los fallos redactados por el mismo magistrado ponente (77). Sin embargo, la solución dada en los supuestos de equipamientos privados encuentra justificación adecuada admitiendo que la comparación temporal con el planeamiento anterior (o con la situación consolidada previa) entra en la lógica del análisis en esos casos.

Una última puntualización nos puede ayudar a comprender la necesidad del empleo de diversos criterios en la identificación de vinculaciones singulares. Estamos sosteniendo la continuidad de los equipamientos privados de acuerdo con el papel que desempeñan para el mantenimiento de la diversidad urbana, de manera que es la funcionalidad del equipamiento el elemento determinante de su persistencia. Ahora bien, como nos consta, el contenido esencial del derecho de propiedad exige combinar ese interés público con el privado del propietario, por lo que sólo parece legítimo el destino de los inmuebles a equipamientos privados sin indemnización cuando estos puedan traducirse en un adecuado uso económico. Incorporaríamos, así, un nuevo criterio de rentabilidad de los usos que conecta perfectamente con las exigencias del contenido esencial del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional, según hemos visto antes.

El significado del criterio económico es claro: admitimos que el planeamiento urbanístico pueda mantener la congelación de los usos de los inmuebles promoviendo su funcionalidad en el entramado urbano; sin embargo, las previsiones de usos, especialmente al referirse a actividades empresariales, han de tener su límite en la viabilidad económica del destino.

Tal criterio hubiera permitido fundamentar adecuadamente, en los casos de *teatro zaragozano, del cine ilicitano y de los cines sevillanos*, la identificación como vinculaciones singulares del uso exclusivo de los locales para

---

por su titular aun cuando el PGOU de 1968 le hubiera permitido el uso residencial y, segundo, fue establecido en el PGOU de 1986, que previó el uso de equipamiento docente, mantenido después en el PGOU de 2001 que era objeto de impugnación. La conformidad que expresamos aquí con esta solución no impide destacar el contraste de su doctrina con la aplicada por el mismo TS en los casos de *los colegios valencianos* antes referidos.

(76) ECLI:ES:TS:2016:5031 y ECLI:ES:TS:2017:3303 (ponente de ambas: C. Tolosa Tribiño)

(77) ECLI:ES:TS:2018:4017 (ponente: C. Tolosa Tribiño).

salas de exhibición cinematográfica (78). La Administración no puede imponer una actividad empresarial que se encuentra objetivamente en decadencia o en profunda transformación por las demandas del público. Por eso resulta muy razonable recordar, una vez más, aquella pionera referencia, en el caso *del PERI de Fuenmayor*, en el sentido de que «una cierta flexibilidad en los usos» puede servir para eliminar las vinculaciones singulares (79).

Estamos haciendo valer, en definitiva, la necesidad de emplear una pluralidad de criterios para detectar las vinculaciones singulares urbanísticas. El criterio espacial o estático consagrado en la última sentencia de la serie jurisprudencial sólo podría imponerse si aceptáramos el punto de partida que previamente hemos descartado, esto es, la supuesta existencia de un principio universal de equidistribución. Ya hemos explicado que en suelo urbano consolidado, que es donde se plantea la casuística que nos interesa, ni existe tal principio ni podría ser aplicado, tanto en los términos estrictamente normativos como bajo la óptica de la realidad del tejido urbano. Es necesario, por tanto, abrir la jurisprudencia a los criterios de ponderación que parecen más adecuados, como son los de tipo temporal, de género y de rentabilidad aquí expuestos, con las modulaciones que proceden en función de su aplicación al régimen de las edificaciones o al de los usos.

## VII. ANULACIÓN DEL PLAN O INDEMNIZACIÓN

Al margen de las diferencias que se advierten en los supuestos de hecho y de la mayor o menor coherencia en relación con otros casos, en la jurisprudencia se aprecia también la aplicación de unas distintas consecuencias de las vinculaciones singulares. Así, mientras en los primeros casos *de los colegios valencianos* la existencia de esas vinculaciones determinó la anulación del planeamiento (80), en la solución final de los mismos casos y en otros preva-

---

(78) I. ATXUKARRO ARRUEBARRENA (2017: 2716), con referencia también al caso *de los cines de Sevilla*, estima que ha de considerarse un supuesto excepcional determinante del derecho a indemnización el mantenimiento de usos que han dejado de ser rentables.

(79) STS de 11/02/1985 (ponente: P. Martín Martín), CDO 3. En esta línea, J.M. BAÑO LEÓN (2009: 450) mantiene que «una ordenación adecuada de los diferentes usos en el planeamiento impide de raíz posteriores indemnizaciones», poniendo el ejemplo de las dotaciones privadas, como colegios, hospitales o teatros, cuyas restricciones de edificabilidad propone superar estableciendo en el planeamiento «coeficientes de ponderación entre los diferentes usos». Me parece una propuesta hábilmente diseñada, pero su aplicación requeriría de una actuación de urbanización en suelo urbanizable, o de reforma, renovación o dotación en suelo urbano para formar el correspondiente ámbito que permitiera la equidistribución por medio de la reparcelación y eso, en suelo urbano consolidado, no siempre es fácil de hacer.

(80) ECLI:ES:TS:1988:11920 (ponente: M. de Oro-Pulido), FD 2; ECLI:ES:TS:1989:2619 (ponente: J.M. Reyes Monterreal), FD 3; ECLI:ES:TS:1989:3020 (ponente: M. de Oro-Pulido);

lecería el directo reconocimiento de indemnizaciones dinerarias (81). Si bien el planteamiento de las demandas procesales condiciona, sin duda, los poderes del tribunal en este ámbito, no deja de observarse el enfrentamiento entre diferentes apreciaciones de la problemática: una más ligada a los intereses públicos y otra más sensible ante los intereses privados.

La preferencia por las indemnizaciones ha llevado al Tribunal Supremo a soslayar las pretensiones de anulación del planeamiento, en una línea jurisprudencial que se inicia ya en el período de las apelaciones, en los casos *del jardín de Bankinter* (82) y *del teatro Flea* (83). La tesis se refuerza en la doctrina casacional hasta el extremo de sostenerse, en el caso *del edificio y jardín catalogados en la Ciudad Jardín de Sevilla*, que la preferencia de la anulación frente a la indemnización «significaría una invasión por este tribunal en la soberanía que la Administración urbanística tiene sobre el diseño de la ciudad» (84).

---

ECLI:ES:TS:1989:5314 (ponente: M. de Oro-Pulido); ECLI:ES:TS:1990:12457 (ponente: P. Esteban Álamo); ECLI:ES:TS:1993:18810 (ponente: J. García-Ramos).

(81) ECLI:ES:TS:1999:5948, que confirmó por razones formales STSJ de Comunidad Valenciana 632/1993, de 1 de julio.

(82) ECLI:ES:TS:1989:2084 (ponente: F.J. Delgado Barrio), FD 2.

(83) ECLI:ES:TS:1989:6865 (ponente: P. Esteban Álamo), FD 2.

(84) ECLI:ES:TS:1999:1918 (ponente: P.J. Yagüe Gil), FD 9. Aun entendiendo que, en el contexto de la sentencia, la «soberanía» equivalía a discrecionalidad del municipio para la ordenación urbanística, la expresión parece evocar decisiones correspondientes enteramente a la libertad política del ente municipal. Pues bien, conviene recordar que tal visión no parece exacta. Como ya hemos visto, todos los poderes públicos están vinculados a los objetivos constitucionales de protección y mejora de la «calidad de la vida» (art. 45), conservación y promoción del «patrimonio histórico, cultural y artístico» (art. 46) y promoción de la efectividad del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47). Esos principios de actuación, en los estrictos términos constitucionales, deben ser reconocidos, respetados y protegidos por los mismos poderes públicos (art. 53.3). Por añadidura, la legislación ordinaria en materia ambiental, cultural y urbanística contiene variadas cláusulas que enfatizan y pormenorizan los anteriores deberes constitucionales, convertidos, así, por virtud de estos desarrollos normativos, en auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Los derechos de propiedad afectados habrán de conectar con los anteriores objetivos y principios, que son la mejor expresión jurídica de la función social exigible en su misma caracterización constitucional (art. 33). En consecuencia, cuando un ayuntamiento aprueba el plan especial de protección de su patrimonio arquitectónico congelando determinados aprovechamientos edificatorios, no establece un régimen jurídico caprichoso, sino una regulación que aplica las exigencias constitucionales y legales a las propiedades privadas afectadas. De ahí que el extremo adecuado de comparación hayan de ser todos los inmuebles de las mismas características. Nuestras ciudades no son terrenos de mero aprovechamiento urbanístico, son también fenómenos, generalmente multiseculares, de convivencia, de cultura y de diversidad que los poderes públicos deben potenciar y proteger, conformando los correspondientes regímenes estatutarios de los diversos derechos de propiedad.

La culminación de la preferencia jurisprudencial que examinamos se alcanzó probablemente en varias ponencias del magistrado J.E. Peces Morate que impusieron la solución indemnizatoria pese a no haberse solicitado en el pleito. Así, en el *caso del convento de la Trinidad de Valencia I*, la anulación del plan por no contener medidas financieras para hacer frente a la vinculación singular se consideró compatible con el reconocimiento del derecho a indemnización por la misma vinculación aun no habiéndose reclamado este último derecho. El razonamiento a tal fin desarrollado fue, en verdad, expeditivo, pues se limitó a citar el alcance legal de las sentencias estimatorias en lo contencioso-administrativo, que es ciertamente muy amplio, pero que exige siempre que la pretensión se haya ejercitado en el juicio por una de las partes, dando, así, oportunidad a las demás partes de alegar lo que estimen pertinente (85).

Por si hubiera alguna duda sobre la cuestión, en el *caso de la casa Ford de Las Palmas* el mismo ponente fundamentó la estimación del recurso de casación, imponiendo la solicitud indemnizatoria no planteada por el demandante, en los siguientes términos:

*«...aunque es cierto que en el suplico de la demanda no se formuló una concreta petición indemnizatoria para el supuesto de considerarse ajustada a derecho la catalogación del edificio y el uso de la parcela como gasolinera, no es menos cierto que esta cuestión aparece ampliamente planteada en los escritos de alegaciones del demandante y sobre ella versó la prueba pericial practicada en el proceso, sin que tampoco sea necesario que la petición indemnizatoria se hubiese formulado explícitamente en la vía previa, ya que en ella se suscitó la cuestión de la pérdida de aprovechamiento derivada de la catalogación del edificio y del destino a gasolinera de la parcela colindante»* (86).

El supuesto no volverá repetirse, dado que, en lo sucesivo, las pretensiones de los demandantes incluirán ya la solicitud de indemnización por vinculación singular, con carácter subsidiario de la anulación del plan o incluso con carácter principal o exclusivo. Ahora bien, cabe dudar de que la interpretación jurisprudencial que determinó la prevalencia de las indemnizaciones fuese la adecuada.

---

(85) ECLI:ES:TS:2006:8058 (ponente: J.E. Peces Morate), FD 4, donde el otorgamiento del resarcimiento no pretendido por los recurrentes se ampara en la cláusula legal que ordena incluir en las sentencias *«cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento»* de las situaciones jurídicas individualizadas pretendidas por las partes, permitiendo señalar los términos del derecho a la reparación *«si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios»* [U de 1998: art. 71.1.b) y d), que reproduce lo establecido en la U de 1956: art. 84.b) y c)]. Es claro que se pueden acumular en un mismo proceso acciones anulatorias y resarcitorias, pero tienen que postularse realmente a fin de que los demandados puedan ejercer el derecho de defensa frente a las mismas.

(86) ECLI:ES:TS:2008:7371 (ponente: J.E. Peces Morate), FD 2.

Conforme a la teoría que estamos tratando de aplicar, se recordará que entendemos las vinculaciones singulares reguladas en la legislación urbanística como manifestación o aplicación de la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad establecida constitucionalmente. Pues bien, doctrinalmente se ha planteado si el contenido esencial queda respetado con el otorgamiento de una indemnización o si más bien debe entenderse que exige remitir al completo régimen de la expropiación forzosa con todas sus garantías o, al menos, incluir la previsión indemnizatoria en la misma norma que establece la restricción (87).

La aceptación del criterio de estos autores habría de conducirnos a la inconstitucionalidad del entero régimen de las vinculaciones singulares establecido en la legislación urbanística, pues éstas se plantean como manifestación del régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Son, efectivamente, indemnizaciones derivadas de la existencia material de la restricción, sin necesidad de que la misma se haya planteado formalmente como tal previendo una indemnización. Además, tan drástico efecto, en la jurisprudencia constitucional, parece excluirse, como pone de relieve la interpretación de que el silencio de una ley sobre la cuestión indemnizatoria no implica vulneración de la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad al considerarse aplicable el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración (88).

De cualquier manera, aunque no podamos entrar ahora en ese debate, su misma existencia parece que, al menos, pondría de relieve la viabilidad de la opción inicial de nuestra jurisprudencia por la anulación del plan urbanístico que establezca vinculaciones singulares sin las correspondientes previsiones financieras. Habría que reclamar la procedencia de esa anulación, al menos siempre que no implicara una desprotección de los intereses públicos implicados, de manera que la recuperación de la vigencia del planeamiento anterior no conllevara la transformación sustancial del patrimonio arquitectónico o de la diversidad urbana.

---

(87) Me parece que, entre nosotros, fue O. MIR PUIGELAT (2002: 109-111), quien primero planteó el dilema, para cuyo planteamiento partía de la jurisprudencia constitucional alemana y también de algún apoyo italiano, sosteniendo la inconstitucionalidad de la norma que vulnera ese contenido esencial del derecho de propiedad; por su parte, J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008: 192-194) suscita la cuestión de si existe la exigencia constitucional de que el legislador prevea expresamente la indemnización conforme a la *Junktim-Klausel* del Derecho alemán; últimamente, H. SANTAELLA QUINTERO (2019: 205-211) rechaza que la propiedad pueda considerarse un derecho relativo, un derecho que pueda violarse con el pago de una indemnización.

(88) Véase ECLI:ES:TC:1997:28, caso *Es Trenc* (ponente: F. García Mon), FJ 7, citada por el propio J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2008: 193) como opuesta al criterio de la *Junktim-Klausel* que el autor propugna.

Ese último toque de atención se puede observar en algún supuesto de la serie jurisprudencial. En efecto, con posterioridad a los contundentes y discutibles argumentos hechos valer en las sentencias antes citadas para apoyar la solución indemnizatoria con carácter exclusivo, encontramos otras que prefieren la respuesta anulatoria. Tal fue la opción en los interesantes *casos de los cines y otros equipamientos de Sevilla*, donde, en las ponencias del magistrado R. Fernández-Valverde, la anulación del régimen de usos establecido en el PGOU de Sevilla de 2006 para diversos equipamientos privados determinó la recuperación de la vigencia del anterior PGOU de 1987, que contenía un régimen más flexible de los usos en cuestión (89).

Un apoyo suplementario de la prevalencia del efecto anulatorio frente al resarcitorio podría encontrarse en la función preventiva que cabe conectar a la responsabilidad patrimonial (90). La anulación del plan que contiene una vinculación singular se orienta a evitar la producción del daño en que consiste tal vinculación. En los casos más polémicos permitiría incluso replantear la medida protectora en función de su coste económico, dando a la Administración la oportunidad de valorar todos los aspectos implicados en la correspondiente decisión (91).

---

(89) ECLI:ES:TS:2011:6753, 6807, 6809 y 7211, FD 9, sentencias que, no obstante, incluyen una enigmática indicación final: *«hemos de limitarnos a tal anulación, por resultar contraria al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que, en ejecución de la presente sentencia y de conformidad con la obligación de cumplimiento de la misma por parte de las administraciones afectadas, pueda actuarse conforme a los términos de la presente sentencia, tras inferir de la misma su exacto contenido»*; ¿se está refiriendo a la indemnización?

(90) Véase O. MIR PUIGPELAT (2002: 134-138) para el planteamiento general de las funciones de la responsabilidad civil; específicamente, el autor afirma que, la responsabilidad patrimonial de la Administración, junto a la función resarcitoria de reparación de los daños, *«cumple y debe cumplir, también, una función preventiva»*, pues considera que *«nada parece oponerse... para tratar de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes, a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer una indemnización representa»* (*ibidem*: 144-145). La cuestión es objeto de hondos debates en los que no vamos ahora a entrar, aunque sí cabe indicar que la doctrina contraria a la función preventiva de la responsabilidad civil no se opone a la construcción de un Derecho de daños integrado por dos grandes categorías: de una parte, por la tutela inhibitoria, preventiva o precautoria, como la que proporcionan los interdictos, la acción negatoria o el abuso del derecho; y de otra parte, por la tutela resarcitoria, compensatoria o reparadora, que se traduce en la indemnización de los daños causados; véanse en tal sentido las propuestas de E. LLAMAS POMBO (2013: 36).

(91) En los tejidos urbanos consolidados cabe actuar con criterios proteccionistas a través de medios variados, que pueden consistir en la congelación de las características y funciones de todos los inmuebles, en la conservación únicamente de las fachadas o simplemente en el mantenimiento de la trama heredada. Los peligros extremos a los que nos enfrentamos en cada una de esas modalidades de actuación quedarían reflejados por las imágenes correspondientes a la ciudad vacía, la ciudad turística o la ciudad de la memoria. Probablemente en el planeamiento urbanístico se combinan las opciones en función de las corrientes sociales, económicas, estéticas y otras que configuran los modelos de ciudad ideal dominantes en cada época. Una inspiración permanente para estas cuestiones cabe encontrar en I. CALVINO (1972).

## VIII. CONCLUSIÓN

Nuestro intento ha sido ofrecer una teoría alternativa de las vinculaciones singulares urbanísticas, frente a las tesis judiciales dominantes que imponen aprovechamientos edificatorios iguales entre parcelas vecinas. Una teoría que permita desarrollar políticas urbanas de conservación del patrimonio arquitectónico y de mantenimiento de la diversidad urbana sin generar las elevadas indemnizaciones que esa jurisprudencia reconoce.

Para ello, hemos seguido los siguientes pasos:

Primero, descartamos la existencia de un principio de equidistribución universal, pues las reglas de nuestra legislación que imponen el reparto de beneficios y cargas solo son aplicables en actuaciones de urbanización o re-urbanización, pero no para definir los derechos propietarios en el suelo urbano consolidado.

Segundo, sostuvimos la plena aplicabilidad del régimen estatutario de la propiedad urbanística, que legitima al planeamiento para conservar el patrimonio arquitectónico y mantener la diversidad urbana en aplicación del principio de desarrollo urbano sostenible, sin determinar derechos indemnizatorios por ello.

Tercero, pudimos considerar las vinculaciones singulares urbanísticas como expresión legislativa de la garantía constitucional del contenido esencial del derecho de propiedad privada, que impone reconocer una utilidad económica a su titular.

Cuarto, constatamos la falta de un criterio bien fundamentado para reconocer las vinculaciones singulares en la jurisprudencia, que, pese a haber optado formalmente en una última sentencia de casación por la comparación espacial, viene oscilando entre criterios espaciales, temporales y de género de bienes.

Quinto, propusimos aplicar la teoría previamente formulada para identificar las vinculaciones, con la consecuencia de dar primacía al examen de los procesos temporales de su establecimiento y promoviendo, característicamente, la comparación de género de bienes en las restricciones de la edificabilidad y el criterio de la rentabilidad económica en las limitaciones de los usos.

Sexto, finalmente, proporcionamos los argumentos para sostener la línea jurisprudencial que, una vez identificadas las vinculaciones singulares, opta por la anulación del planeamiento frente a las indemnizaciones, siempre que ello no implique una desprotección inmediata de los intereses públicos implicados.

La esperanza del autor sería, no ya convencer a los demás operadores jurídicos de la bondad de sus tesis, cuanto promover, entre todas las personas interesadas, el debate sobre cuestiones que, en verdad, parecen cruciales para el futuro de nuestras ciudades. En todo caso, con sincero agradecimiento a quien haya apreciado la tensión dialéctica que anima estas áridas páginas.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2011): «Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada», *RAP*, 185, pp. 9-47.
- ALONSO IBÁÑEZ, Rosario (2005): *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 110 págs.
- ALVES CORREIA, Fernando (2019): «Últimos desenvolvimentos do direito de indemnização dos planos em Portugal», *RDU*, 330-331, pp. 21-54.
- ARRIBAS BRIONES, Pablo (1991): «La indemnización por las limitaciones a la propiedad recogidas en los catálogos urbanísticos», *RDU*, 122, pp. 33-63.
- ATXUKARRO ARRUEBARRENA, Iñaki (2017): «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las vinculaciones y limitaciones singulares derivadas de la ordenación urbanística que dan derecho a indemnización», *El Consultor*, 22, pp. 2697-2717.
- (2019): «Los ayuntamientos de España y el patrimonio arquitectónico deberían estar en estado de alerta (1). El Tribunal Supremo vuelve a equivocarse. Crítica de la sentencia 164/2018, de 22 noviembre», en *Práctica Urbanística*, núm. 157.
- BAÑO LEÓN, José María (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid, Iustel, 564 págs.
- BARCELONA LLOP, Javier (2013): *Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 268 págs.
- BASSOLS COMA, Martín y GOMÉZ-FERRER MORANT, Rafael (1976): «Ponencia española», en *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, Madrid, IEA, pp. 17-116.
- BLASCO ESTEVE, Avelino (1999): «Supuestos indemnizatorios en la nueva Ley del Suelo de 1998», *DA*, 252-253, pp. 361-399.
- CALVINO, Italo (1972): *Le città invisibili*, Torino, Einaudi, 170 págs.
- CAVALLO, B. (1988): «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini», en *Sritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, vol. II, pp. 113-135.
- CHINCHILLA PEINADO, José Antonio (1998): «Urbanismo y responsabilidad patrimonial», *RDU*, 162, pp. 695-745.
- DÍEZ PICAZO, Luis (1971): «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *RDU*, 23, pp. 13-33.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1979): «Reflexiones en torno al principio de igualdad en el ordenamiento urbanístico», *RDU*, 65, pp. 13-25.



- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón (2007): «Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo», *RArUE*, 16, pp. 183-210.
- FRÍAS LÓPEZ, Alejandra (2004): «Indemnización por limitaciones singulares: estudio crítico del artículo 43 de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones», *RJCM*, 18, pp. 149-170.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (2006): «Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», *RDU*, 225, pp. 119-157.
- GARCÍA-BELLIDO, Javier y Enríquez de Salamanca, Luis María (1979): «Transferencia del aprovechamiento urbanístico. Fundamentación de una nueva técnica de gestión», *RDU*, 65, pp. 39-88.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2007): «La responsabilidad patrimonial de la Administración por actuaciones urbanísticas», en G. GARCÍA-ÁLVAREZ (ed.), *El nuevo régimen del suelo*, Monografías de esta REVISTA, IX, Zaragoza, pp. 245-294.
- (2013): «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», en J. TEJEDOR BIELSA (ed.), *Rehabilitación y regeneración urbana en España. Situación actual y perspectivas*, Monografías de esta REVISTA, XV, Zaragoza, pp. 73-108.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano (1981): *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 908 págs.
- GARCÍA GARCÍA, María Jesús (2000): *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicas urbanísticas y rehabilitadoras*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 230 págs.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1959): «El régimen administrativo de la propiedad privada», *RDPriv*, pp. 457-475.
- GIANNINI, Massimo Severo (1976): «I beni culturali», *RTDP*, vol. I, pp. 3-38.
- GONZÁLEZ PALMA, Francisco (1987): «El artículo 87.3 de la Ley del Suelo: las vinculaciones o limitaciones singulares», *RDU*, 104, pp. 65-77.
- GONZÁLEZ VARAS, Santiago (2005): «Catálogos urbanísticos de edificios singulares e indemnizaciones a favor de los particulares. Alerta sobre los riesgos para el patrimonio cultural cuando la Administración no cumple con su deber de indemnizar al afectado por una catalogación», *PCD*, 9, pp. 217-230.
- ICOMOS (1999): *Façadisme et identité urbaine*, Paris, Éditions du Patrimoine, 384 págs.
- LASO BAEZA, Vicente (1998): «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la ley 6/1998, de 13 de abril», *RDU*, 163, pp. 137-170.
- (2003): «Vinculaciones singulares, agente urbanizador, titularidad litigiosa, unidades de ejecución y reversión en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», *RDU*, 204, pp. 121-146.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2020): «Tipología casacional de las vinculaciones singulares del planeamiento urbanístico», *RDU*, 337, pp. 1-34 .

- MACERA, BERNARD-FRANK y FERNÁNDEZ GARCÍA, M<sup>o</sup> Yolanda (2005): *La responsabilidad de la Administración en el Derecho urbanístico*, Madrid, Pons, 252 págs.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1967): «El estatuto de la propiedad inmobiliaria», *RAP*, 52, pp. 101-150.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1993): *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito urbanístico*, Santander, Universidad de Cantabria, 95 págs.
- (2009): «Supuestos indemnizatorios», en L. MARTÍN REBOLLO y R.O. BUSTILLO BOLADO, *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, t. II, pp. 1467-1502.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva (2007): *Los supuestos indemnizatorios en la ley 8/2007, de Suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 450 págs.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2002): *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Civitas, 374 págs.
- MONTORO CHINER, María Jesús (1983): *La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos*, Madrid, Montecorvo, 350 págs.
- MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid (2009): *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 480 págs.
- (2015): *La vinculación singular en la normativa sobre suelo y urbanismo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 162 págs.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1982): *Régimen urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, Madrid, IEAL, 160 págs.
- RICHARDS, Jonathan (1994): *Façadism*, London, Routledge, 167 págs.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2008): «Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española», *RAP*, 177, pp. 157-194.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor (2019): *La propiedad privada constitucional: una teoría*, Madrid, Pons, 369 págs.
- SUAY RINCÓN, José (2007): «Responsabilidad patrimonial de la Administración y urbanismo: determinación de los supuestos indemnizatorios y régimen jurídico aplicable (Un intento de (re)interpretación de la normativa urbanística a la luz de la normativa general de responsabilidad patrimonial de la Administración)», *RDU*, 232, pp. 31-89.
- TERÁN, Fernando de (1996): «Evolución del planeamiento urbanístico (1846-1996)», *CyT*, 107-108, pp. 167-184.

# DEBATES

# LA LÍNEA CONTINUISTA EN LA APUESTA POR EL GASTO SOCIAL EN LOS PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2020 (\*)

OLGA CARRERAS MANERO

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2020: 1. Los estados financieros: A) El estado de gastos. B) El estado de ingresos. 2. La parte dispositiva o articulado.*

*RESUMEN:* En el presente artículo se lleva a cabo un análisis del contenido de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2020, diferenciando la parte correspondiente a los estados financieros de dicha Ley, de la dispositiva (articulado). Asimismo, se destacan las principales novedades que presenta la citada norma respecto de los presupuestos aprobados en el ejercicio 2018, en la medida en que los mismos fueron objeto de prórroga para el año 2019.

*Palabras clave:* Ley de Presupuestos 2020; Comunidad Autónoma de Aragón.

*ABSTRACT:* This paper deals with the contents of the Community of Aragón Budget Act for the year 2020. It is made a distinction between the financial statements part of this Act and the statutory part, underlining the main novelties in relation to the 2018 Budget, because of its extension.

*Key words:* 2020 Budget Act; Community of Aragón.

## I. INTRODUCCIÓN

Como se ha venido indicando a lo largo de anteriores comentarios de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón (1), la institución

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 26 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de marzo de 2020.

(1) A este respecto, pueden consultarse, entre otros, los comentarios a la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para los ejercicios 2018 y 2017, realizados, respectivamente, por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. y DE MIGUEL ARIAS, S., en los números 52 y 49-50 de esta REVISTA.

del presupuesto presenta una importancia decisiva e innegable como factor de organización económica, constituyendo, por consiguiente, un instrumento esencial del equilibrio constitucional entre los diversos poderes y característico de todo sistema democrático (2). Esta circunstancia implica, como resulta evidente, que la aprobación anual de dicha Ley por cualquier ente público —en lo que ahora nos atañe, la Comunidad Autónoma de Aragón— se erija en una de las principales actuaciones normativas de mayor trascendencia.

Dicha relevancia aparece confirmada, a su vez, por un *doble motivo*, en concreto: porque la referida Ley constituye —a tenor de una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional— uno de los principales aspectos en que se manifiesta el contenido *mínimo, esencial e inderogable* de la autonomía financiera prevista para toda Comunidad Autónoma (3); y, a su vez, porque la Ley en cuestión representa el instrumento básico de ordenación económica y la norma *vertebradora* de la actividad financiera de la Comunidad Autónoma de Aragón para un determinado año.

Una vez expuestas las anteriores observaciones, debe precisarse que el objetivo del presente artículo queda centrado, como en años anteriores, en el estudio del contenido que presentan los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el 2020, efectuando, a este fin, un análisis comparativo respecto de los Presupuestos aprobados para el ejercicio 2018, en la medida en que estos últimos fueron objeto de prórroga para el ejercicio 2019 (4).

## II. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN PARA EL EJERCICIO 2020

Continuando con la línea trazada desde el año 1983, los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2020 (5) presentan una estructura en su mayor parte idéntica a los presupuestos de otros Entes territoriales, como las Corporaciones Locales o el Estado, pudiendo diferenciarse, dentro de los mismos, por una parte, lo relativo a los *estados financieros* —donde se diferencian las partidas de gastos (obligaciones a reconocer) y de

---

(2) Puede consultarse, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1994.

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de enero y 21 de mayo de 1986 y de 17 de octubre y 20 de diciembre de 1988.

(4) Orden HAP/2068/2018, de 21 de diciembre, por la que se determinan las condiciones a las que ha de ajustarse la prórroga del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de 2018, hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos para 2019. Publicada en el BOA nº 251, de 31 de diciembre de 2018.

(5) Ley 10/2019, de 30 de diciembre. Publicada en el BOA núm. 253, de 31 de diciembre de 2019.

ingresos (derechos a liquidar y operaciones de endeudamiento)— y, por otra, lo que atañe a la *parte dispositiva o articulado* (6).

De acuerdo con lo anterior, el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón vigente para el año 2020 abordará, en un primer momento, el estudio de los estados financieros de gastos e ingresos, para proceder al análisis, a continuación, de las distintas previsiones normativas recogidas en el articulado del referido texto legal.

## 1. Los estados financieros

### A) El estado de gastos

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado para el ejercicio 2020 establece unos créditos iniciales por importe de 6.466.530 miles de euros, cifra esta que viene a determinar, en comparación con los Presupuestos del año precedente (6.162.313 miles), un aumento absoluto de 304.217 miles y porcentual del 5%. En consecuencia, y siguiendo la senda del ejercicio 2018, se continúa con la tendencia creciente, produciéndose un aumento global de la cantidad presupuestada.

Por lo demás, cabe señalar que los créditos a los que acaba de hacerse referencia se encuentran agrupados de conformidad con las pautas establecidas por las diferentes clasificaciones que aparecen recogidas en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Aragonesa (7), lo cual permite poner de manifiesto, desde la perspectiva presupuestaria, *quién o qué órgano concreto realiza un determinado gasto* (clasificación orgánica), *en qué se gasta* —esto es, cuál es la naturaleza del gasto— (clasificación económica) y *para qué se gasta* —es decir, la naturaleza de la actividad a la que se destina el gasto— (clasificación funcional y por programas). A este respecto, el estudio que se realizará a lo largo de las siguientes páginas quedará limitado a la perspectiva que del Presupuesto nos facilitan las ya referidas clasificaciones orgánica y económica (8).

Comenzando dicho examen por la *clasificación orgánica*, cabe señalar que, al igual que en el ejercicio precedente, el Presupuesto para el año 2020 contempla un incremento de los créditos para gasto en la práctica totalidad de los Departamentos o Secciones recogidas en aquella.

---

(6) Las normas relativas a la elaboración de los Presupuestos para el ejercicio 2020 se encuentran recogidas en la ORDEN HAP/1117/2019, de 9 de septiembre, del Departamento competente en materia de Hacienda (BOA nº 179, de 12 de septiembre).

(7) Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio.

(8) Ambas clasificaciones se encuentran recogidas en el Anexo respectivo de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario.

Ahora bien, el Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda ve reducidas sus dotaciones en 1.599 miles de euros menos respecto del ejercicio 2018, lo que representa —en términos porcentuales— un descenso del 1,1%.

Junto a ello, y si bien por un cambio en la estructura departamental, el actual Departamento de Economía, Planificación y Empleo —anterior Departamento de Economía, Industria y Empleo— cuenta con una reducción de 160.246 miles menos, lo que comporta una disminución del 69,1%. Ahora bien, dicha disminución resulta compensada con la creación del Departamento de Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial, el cual ha sido dotado con 56.281 miles de euros.

Asimismo, ha experimentado una minoración en sus créditos el actual Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente —anterior Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad— con 64.105 miles menos, esto es, un descenso del 8,1%.

Por su parte, y siguiendo con la reforma departamental, el actual Departamento de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento —antes Innovación, Investigación y Universidad—, ha experimentado un ascenso en sus créditos en una cuantía de 11.021 miles de euros, lo que comporta un incremento del 4,3% y el de Presidencia y Relaciones Institucionales —antes Presidencia— se ha visto incrementado en 71.484 miles de euros más (39,2%). Por fin, se ha asignado una partida presupuestaria de 1.925 miles de euros para la Vicepresidencia del Gobierno.

En lo que atañe a los Departamentos que no presentan modificaciones respecto del ejercicio precedente, es la Sección destinada a Diversos Departamentos y el de Educación, Cultura y Deporte los que más han visto incrementado su importe en términos cuantitativos; en concreto, en 70.984 miles de euros (6,7%) y 64.865 (6,7%), respectivamente.

Junto a los ya citados, también se observa un aumento en el monto de los créditos destinados a Sanidad con 39.615 miles de euros más, experimentando, con ello, un incremento en sus dotaciones de un 1,9%.

Asimismo, resulta destacable el incremento de los gastos destinados a Ciudadanía y Derechos Sociales —6.884 miles más (1,6%)—. A lo anterior se suman las Secciones «A las Administraciones Comarcales» —3.999 miles más (6,4%)— y Cortes de Aragón —2.487 miles más (10,3%)—.

Por último, y ya en lo que concierne a las Secciones que experimentan, a nivel cuantitativo, un menor ascenso en sus créditos para gastos se encuentran las relativas a Hacienda y Administración Pública —908 miles más (2%)—, Presidencia del Gobierno —268 miles más (12,1%)—, Consejo Consultivo de Aragón —57 miles más (17,4%)—, Tribunal Administrativo de Contratos

Públicos de Aragón — 16 miles más (7,4%)— y, por fin, el Consejo Económico y Social que cuenta con 2 miles de euros más, lo que supone, en términos relativos, un montante del 0,4%.

Siguiendo con el análisis de la clasificación orgánica, es la Sección referente a Sanidad la que, al igual que en años anteriores, presenta, en el conjunto del Presupuesto de gastos, un mayor volumen, con 2.040.117 miles, cantidad que representa casi el doble de la asignada a Gastos de Diversos Departamentos (1.123.147 miles), lo que supone un 49% del gasto presupuestado. Junto a los anteriores, son las Secciones relativas a Educación, Cultura y Deporte (1.030.133 miles), Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente (723.865 miles) y Ciudadanía y Derechos Sociales (422.047 miles), las de mayor cuantía desde la perspectiva arriba mencionada, cantidades que representan un 33% del total del Presupuesto.

Por su parte, y en lo que concierne a aquellos Departamentos que se ubican en un nivel intermedio de importancia desde el punto de vista del importe total de sus créditos, cabe citar a los de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento (261.954 miles), Presidencia y Relaciones Institucionales (253.563 miles), Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (141.203 miles), Economía, Planificación y Empleo (71.441 miles), Administraciones Comarcales (66.311 miles), Industria, Competitividad y Desarrollo Empresarial (56.281 miles) y Hacienda y Administración Pública (44.957 miles), cuantías cuya suma representan, de modo aproximado, un 14% del total del Presupuesto.

Por último, y al igual que en ejercicios anteriores, entre las Secciones que presentan un menor peso en el conjunto del Presupuesto desde la perspectiva cuantitativa se encuentran las referidas a las Cortes de Aragón (26.637 miles), Presidencia del Gobierno (2.472 miles), Vicepresidencia del Gobierno (1.925 miles), Consejo Económico y Social (484 miles), Consejo Consultivo de Aragón (384 miles) y Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (231 miles).

De la forma expuesta en las páginas precedentes aparecen desglosados, desde una perspectiva orgánica, los 6.466.530 miles de euros relativos a los créditos previstos en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2020, los cuales, como es bien sabido, vienen a destinarse al cumplimiento de las diversas obligaciones contraídas por cada uno de los Departamentos y Órganos de nuestra Comunidad a los que acaba de aludirse. Efectuado lo anterior, procederemos a continuación a la exposición del estado de gastos de los referidos Presupuestos atendiendo a la *clasificación económica*.

En lo que atañe a la citada clasificación, los créditos previstos en el estado de gastos de los Presupuestos para el actual ejercicio quedan agrupados, al igual que en ejercicios anteriores, en dos grandes secciones: la relativa a las Operaciones Corrientes (Capítulos del 1 al 5) y la referente a las Operaciones de Capital y Financieras (Capítulos del 6 al 9). A estos efectos, debe



reiterarse la circunstancia —por otra parte, frecuente— de que los créditos destinados a la primera de dichas Operaciones (5.068.000 miles) supera, hasta casi quintuplicarla, la cuantía de los créditos correspondientes a las segundas (1.384.143 miles) (9).

A tal fin, la primera observación que debe realizarse, en lo que atañe al análisis de los diferentes Capítulos que integran la mencionada clasificación, guarda relación con el incremento experimentado en su cuantía por la mayoría de dichos Capítulos respecto de los Presupuestos del año 2018. A estos efectos, cabe señalar que es el Capítulo relativo a Activos Financieros el único que ha experimentado un descenso en términos absolutos, habiendo disminuido en 987 miles, lo que implica, en términos porcentuales, una minoración aproximada del 30,5% en relación con los Presupuestos en cuestión.

Por su parte, es el Capítulo relativo a Gastos de Personal el que de forma más importante ve aumentados sus créditos desde un punto de vista cuantitativo, con 179.881 miles más, lo que supone un aumento porcentual del 8,5%. Asimismo, también experimentan un ascenso en el monto total de sus partidas —aunque ya de forma menor— los Capítulos relativos a Transferencias Corrientes (39.206 miles más), Pasivos Financieros (25.094 miles más), Bienes Corrientes y Servicios (22.954 miles más), Transferencias de Capital (18.417 miles más) y, por fin, Inversiones Reales (16.996 miles más), cifras estas que, en comparación con las previstas en los Presupuestos del año 2018, suponen sendos aumentos del 2,4%, 3%, 2,5%, 6,6% y 9,1%, respectivamente.

Corresponde al Capítulo de Gastos Financieros el incremento de menor relevancia en términos cuantitativos, con 2.659 miles más, lo que representa un ascenso del 1,5% en comparación con los Presupuestos del ejercicio precedente.

Por lo demás, debe indicarse que el denominado Fondo de Contingencia de Ejecución mantiene idéntica dotación presupuestaria respecto del de 2018, con una cantidad de 14.384 miles de euros (10).

---

(9) A este respecto, cabe señalar que en los Presupuestos para el ejercicio 2018 la cuantía a la que ascendían los créditos destinados a las Operaciones corrientes era de 4.823.994 miles, elevándose los créditos relativos a las Operaciones de Capital y Financieras a 1.324.623 miles.

(10) El deber de consignar la dotación denominada Fondo de Contingencia en los Presupuestos de las Comunidades Autónomas aparece recogido en el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, precepto este a cuyo tenor «La cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación será determinada por cada Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias». Por su parte, y en cuanto a la normativa aragonesa, el artículo 15 de la Ley 5/2012, de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón dispone, a estos efectos, que «Dentro del límite del gasto no financiero fijado anualmente para la Comunidad Autónoma, se incluirá un concepto presupuestario bajo la rúbrica Fondo de Contingencia por importe mínimo del 0,5% del citado límite».

Junto a lo anterior, el examen del estado de gastos del Presupuesto para el ejercicio 2020 desde la óptica de la clasificación a la que venimos aludiendo revela que continúan siendo los Capítulos de Gastos de Personal (2.292.579 miles), Transferencias Corrientes (1.660.616 miles), Bienes Corrientes y Servicios (933.084 miles) y Pasivos Financieros (880.558 miles) los que mayor peso presentan en términos globales —representando alrededor del 89% de aquel—. Tras ellos se encuentran, como es habitual, los relativos a Transferencias de Capital (297.093 miles) e Inversiones Reales (204.242 miles).

Por su parte, a los Capítulos aludidos con anterioridad se unen, si bien con un importe económico muy inferior en relación con aquellos, los referentes a Gastos Financieros (181.721 miles) y, por último, el relativo a Activos Financieros (2.250 miles).

De este modo, damos por concluido el examen de los créditos recogidos en el estado de gastos desde la perspectiva de la clasificación económica, finalizando con ello el análisis de los estados financieros de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2020. Una vez realizado el estudio precedente, pasamos a abordar, acto seguido, el estado de ingresos de dichos Presupuestos, delimitando así las diversas fuentes de financiación de los referidos gastos.

## **B) El estado de ingresos**

El estado de ingresos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2020 asciende, con carácter meramente aproximativo, a la cantidad de 6.466.530 miles de euros, de los cuales 5.371.346 miles corresponden a derechos económicos a liquidar durante el citado ejercicio, mientras que los restantes 1.095.183 miles constituyen el importe autorizado de las operaciones de endeudamiento que, en su caso, se contraigan por dicha Comunidad. La primera de las referidas cuantías coincide con la prevista en el estado de gastos del susodicho Presupuesto, presentándose de este modo para el ejercicio 2020 unos Presupuestos formalmente equilibrados (11).

Analizando los mencionados ingresos desde la perspectiva de la *clasificación económica*, se observa que los mismos se estructuran en las *dos siguientes categorías*: la relativa a los Ingresos Corrientes (Capítulos del 1 a 5) y la referente a los Ingresos de Capital y Financieros (Capítulos del 6 al 9). En los Presupuestos para el año 2020, la cuantía total a la que se elevan los Ingresos citados en primer término es de 5.205.256 miles de euros, cuantía

---

(11) La necesidad de que el Presupuesto aparezca equilibrado se encuentra recogida, de forma expresa, en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin que el Estatuto de Autonomía recoja en su seno una previsión de idéntico tenor.

esta que, como ya es habitual, supera con amplitud (casi cinco veces más) el importe global de los Ingresos de Capital y Financieros, los cuales aparecen cifrados en 1.261.273 miles.

En lo que respecta a la categoría de los *Ingresos Corrientes*, el primer dato que debe ponerse de relieve es que todos los Capítulos que integran la misma experimentan un aumento respecto del ejercicio 2018. A estos efectos, los Capítulos que sufren mayor ascenso en el importe de sus ingresos son el de Impuestos Indirectos (254.088 miles más), Impuestos Directos (105.023 miles más) y el de Transferencias Corrientes (65.085 miles más), lo que implica, en términos relativos, sendos incrementos porcentuales del 12,4%, 6,7% y del 6%, respectivamente.

Asimismo, también aumentan el importe de sus ingresos, aunque de modo más moderado que el indicado en el párrafo precedente, los Capítulos de Tasas y otros Ingresos (24.732 miles —36,3%—) y el de Ingresos Patrimoniales (1.526 miles —14,3%—).

Por otra parte, y ya en lo que atañe a la categoría de los *Ingresos de Capital y Financieros*, debe destacarse, en primer lugar, la dotación de una partida presupuestaria para el Capítulo de Enajenación de Inversiones Reales, la cual asciende a 4.590 miles, circunstancia esta que difiere del ejercicio precedente donde no existía previsión alguna en relación con dicho Capítulo.

Junto a ello, cabe señalar el ascenso en su cuantía de las Transferencias de Capital con 1.030 miles más, lo que supone un incremento del 0,6%. Distinta es la situación de los Capítulos Pasivos Financieros (151.745 miles menos) y Activos Financieros (112 miles menos), cuantías que disminuyen, en términos porcentuales, en un 12,3% y 0,7%, respectivamente.

Una vez llevado a cabo el análisis comparativo entre el estado de ingresos del Presupuesto de nuestra Comunidad para el año 2020 y el recogido a este respecto en el Presupuesto del año 2018, y procediendo ya al examen individualizado de aquel, se comprueba cómo en el presente ejercicio, al igual que en el ejercicio precedente, es el Capítulo de Impuestos Indirectos el que presenta una mayor importancia atendiendo a la cuantía de los ingresos que se le imputan, al ascender su monto económico a 2.301.721 miles.

Además del mencionado en el párrafo precedente, los gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón se financian a través de las *tres siguientes fuentes*: Impuestos Directos (1.654.232 miles), Transferencias Corrientes (1.144.388 miles) y Pasivos Financieros (1.080.109 miles).

Junto a los arriba citados, y situados ya en un nivel medio de importancia a la vista de los ingresos que se les imputan, se encuentran los Capítulos de Transferencias de Capital (161.499 miles) y de Tasas y otros Ingresos (92.777 miles).

Por último, y ya entre los Capítulos del estado de ingresos que reflejan una menor dotación económica en términos absolutos, se encuentran el de Activos Financieros (15.074 miles), Ingresos Patrimoniales (12.136 miles) y Enajenación de Inversiones Reales (4.590 miles), cantidades estas cuya suma global representa, aproximadamente, el 0,5% de los ingresos previstos para el presente ejercicio.

Con la mención al origen y cuantía de los diferentes ingresos que conforman el estado respectivo de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2020 damos por finalizado el análisis de estos últimos en lo que concierne a sus estados financieros. Ahora bien, ello no agota el estudio de tales Presupuestos, debiendo recordarse que nos encontramos en presencia de una Ley, de una norma jurídica plena, lo que hace imprescindible, a fin de lograr un adecuado entendimiento de su significado y efectos, detenerse en el examen de las diversas previsiones recogidas en su articulado, al ser estas últimas las que disciplinan el destino y límites de los créditos recogidos en el estado de gastos y, a su vez, regulan y legitiman la obtención de ciertos ingresos (operaciones de crédito y endeudamiento).

## 2. La parte dispositiva o articulado

La parte dispositiva de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el año 2020 aparece integrada por 54 artículos —distribuidos a lo largo de siete Títulos—, 37 Disposiciones Adicionales, 4 Disposiciones Transitorias y 3 Disposiciones Finales. A este respecto, es importante señalar que dicha parte dispositiva mantiene, en términos generales, idéntico esquema y contenido al de ejercicios precedentes, no presentando, por consiguiente, importantes novedades en relación con lo previsto en anteriores Leyes de Presupuestos.

Como viene siendo tradicional, el *Título Primero* de la Ley de Presupuestos «DE LA APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PRESUPUESTOS» (artículos 1 a 3) procede a señalar y aprobar el contenido global de los ingresos y gastos del sector público de nuestra Comunidad Autónoma —artículo 1—; efectuado lo anterior, el artículo 2 fija el importe estimativo de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos cedidos —cantidad que tiene carácter informativo y que asciende, en el presente ejercicio, a 145.350 miles de euros—, dándose así cumplimiento a lo dispuesto, a este respecto, en los artículos 21.1 de la LOFCA (12) y 111.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (13).

---

(12) A tenor del cual: «Los presupuestos de las Comunidades Autónomas tendrán carácter anual (...) y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos atribuidos a las referidas Comunidades».

(13) El cual dispone que: «El presupuesto de la Comunidad Autónoma será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del sector público autonómico, así como el

Junto a ello, el artículo 3 de la citada norma legal procede a realizar, con base en lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 5/2006, de 22 de junio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón (14), la actualización del importe de las tasas exigidas en el ámbito de dicha Comunidad, si bien las mismas, para el presente ejercicio presupuestario, no experimentan, con carácter general, incremento alguno.

En lo que atañe al *Título Segundo* de la Ley de Presupuestos —«DE LOS CRÉDITOS Y SUS MODIFICACIONES» (artículos 4 a 12)—, el mismo viene a establecer el régimen aplicable a los créditos presupuestarios recogidos en el estado financiero de gastos, así como las posibles alteraciones que, en relación con los referidos créditos, pueden llegar a producirse durante el ejercicio.

A este respecto, el artículo 4 del susodicho Texto legal se ocupa de recordar el carácter *limitativo y vinculante* de los créditos autorizados en los respectivos programas de gasto en lo que concierne a las clasificaciones orgánica y funcional por programas. Esta previsión se complementa acto seguido, en lo atinente a la clasificación económica, por el artículo 4.2 de aquel, el cual recuerda la vinculación que, a nivel de artículo, capítulo o concepto, resulta aplicable a los diversos Capítulos que integran dicha clasificación.

No obstante lo anterior, el referido carácter limitativo resulta excepcionado por el artículo 6.1 de la Ley de Presupuestos del presente ejercicio, el cual, partiendo de la autorización contenida en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, relaciona un conjunto de créditos del estado de gastos a los que se les confiere la condición de ampliables (15). Así, y de acuerdo con el artículo 6.2 de dicha norma, la financiación de tales créditos se efectuará mediante el recurso a alguno de los *tres siguientes mecanismos*: como norma general, a través de la baja en otros créditos para gastos y, ya de forma excepcional, por medio de mayores ingresos o con remanentes de crédito que tengan la adecuada cobertura.

---

importe de los beneficios fiscales correspondientes a los tributos que generen rendimientos a la Hacienda aragonesa», inciso este último que constituye una novedad respecto del Estatuto originario, el cual no contemplaba, en su artículo 55, previsión alguna en este sentido.

(14) En cuya virtud: «Para adecuar las tarifas de las tasas al valor del uso de los bienes de dominio público o al coste variable de la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público que las motivan, las Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma podrán modificar los elementos cuantificadores de las mismas, aun cuando ello no esté previsto en la Ley específica de creación del tributo».

(15) Entre tales créditos se incluyen, a título de ejemplo, aquellos créditos destinados a la remuneración de agentes mediadores independientes, los créditos destinados al pago de intereses de demora y los créditos que figuren en programas presupuestarios relativos a desarrollo económico, fomento industrial, del comercio, de la energía y del empleo, entre otros.

Por lo demás, y junto a las precisiones indicadas en los párrafos precedentes en torno al carácter limitativo y vinculante de los créditos del estado de gastos, el artículo 5 de la Ley de Presupuestos para el 2020 se ocupa de fijar los criterios de imputación temporal de los gastos, indicando, en un primer instante, que con cargo a los respectivos créditos solo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, servicios y demás prestaciones o gastos en general realizados en el año natural correspondiente al ejercicio presupuestario, previsión esta que, empero, se encuentra excepcionada en ciertos supuestos.

Por otro lado, el carácter vinculante de los créditos para gastos se ve excepcionado, a su vez, por la previsión recogida en el artículo 7 de la citada norma, a tenor de la cual se otorga a la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública la facultad de acordar la realización de las transferencias de créditos previstas en el mismo de acuerdo con la evolución de los recursos que financian el presupuesto y al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (16).

Asimismo, es el artículo 8 del Texto legal que ahora nos atañe el que, partiendo de la autorización contenida en el artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, prevé la posibilidad de que se incorporen al ejercicio actual los remanentes de créditos procedentes del ejercicio anterior, la cual deberá efectuarse de forma excepcional y, en todo caso, condicionada a la existencia de la pertinente cobertura financiera debidamente acreditada a través de remanentes de tesorería o baja en otros créditos.

Por último, el artículo 11 de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2020 recoge la posibilidad de que, a propuesta de la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública, se efectúen, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón, los correspondientes ajustes en los estados de ingresos y gastos cuando ello resulte necesario, a fin de mantener el equilibrio presupuestario de las fuentes de financiación (17), o bien cuando proceda legalmente. En concreto, aquel se encuentra autorizado para disponer de la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en la contabilidad de

---

(16) El principio de estabilidad presupuestaria constituye, desde el año 2001, uno de los principios presupuestarios básicos, apareciendo recogido en la actualidad en el artículo 135.1 de la Constitución, en el artículo 21.1 de la LOFCA y en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, a tenor del cual: se entiende por tal estabilidad «la situación de equilibrio o superávit estructural». Por otro lado, también el artículo 3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria de Aragón viene a hacer alusión a la estabilidad presupuestaria, disponiendo su apartado primero que «Se entenderá por estabilidad presupuestaria, en relación con los sujetos a los que se refiere el artículo 2.2.a) de esta Ley, la situación de equilibrio o de superávit, en términos de capacidad de financiación, de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales».

(17) Véase la nota precedente.

todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que se fije como insuficiente para la cobertura del coste correspondiente a su exacción y recaudación.

Atendiendo a lo indicado en los párrafos precedentes, es evidente que diversos preceptos contenidos en el Título segundo de la mencionada norma confieren, bien al Gobierno autonómico, bien al Consejero competente en asuntos de Hacienda, importantes facultades en materia de gestión de ciertos créditos presupuestarios. Dichas facultades, las cuales aparecen expresamente previstas en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de nuestra Comunidad, implican que será el órgano de Gobierno de la misma o el mencionado Consejero quienes, en un buen número de situaciones, determinarán la cuantía y el destino definitivo de los gastos públicos.

De acuerdo con ello, resulta coherente que la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario cierre su Título segundo recogiendo, en el artículo 12, una importante cautela al respecto, requiriendo que toda modificación de dichos créditos deberá efectuarse a través de un expediente en el que se expresen las razones que la justifiquen, el precepto legal que la autorice, la sección, servicio, programa, concepto o subconcepto afectados por la misma, el fondo financiador, el proyecto de gasto, así como las posibles desviaciones que, como consecuencia de aquella, puedan llegar a producirse en la ejecución de los programas de gasto y en la consecución de los correspondientes objetivos.

El *Título Tercero* de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2020, bajo la denominación «DE LA GESTIÓN DEL PRESUPUESTO» (artículos 13 a 16), da cabida a un conjunto de previsiones cuyo objetivo fundamental es el de evitar, en la medida de lo posible, la generación de desfases presupuestarios derivados de la adopción de ciertas decisiones, incluidas las que impliquen repercusiones en el gasto para ejercicios futuros.

De este modo, el artículo 13 de la citada Ley establece, como en ejercicios anteriores, que todo proyecto normativo cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto en el ejercicio 2020, así como en cualquier otro posterior, deberá incluir una memoria económica en la cual se pongan de relieve las posibles repercusiones presupuestarias de su ejecución y la forma en que serán financiados los gastos ocasionados por la nueva normativa (18). Dicha

---

(18) A este respecto, es importante recordar que el artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece que «Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

exigencia afecta igualmente a toda propuesta de acuerdo o resolución, quedando condicionada la efectividad de los mismos a que el órgano proponente disponga de financiación adecuada de acuerdo con los programas de gasto cuya gestión le corresponda.

Junto a las anteriores medidas, y persiguiendo, asimismo, la finalidad mencionada con anterioridad, el artículo 14 de la Ley de Presupuestos objeto del presente comentario establece que no podrá disponerse de los créditos para gastos cuya financiación se lleve a cabo con recursos afectados, hasta el instante en que exista constancia del ingreso o de la asignación de los mismos a nuestra Comunidad Autónoma.

Por su parte, y ya en lo que concierne a los compromisos de gastos de ejercicios futuros, el artículo 15 de la Ley de Presupuestos establece que corresponde al Gobierno de Aragón autorizar los gastos de carácter plurianual en los supuestos a los que se refiere el artículo 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón, excepto en las hipótesis a que hacen referencia las letras b) y e) de este último precepto (19).

Por fin, es el artículo 16 el que prevé que, con carácter general, el reconocimiento de las transferencias normativas destinadas a la Universidad de Zaragoza se realizará con periodicidad mensual por doceavas partes, salvo que sea preciso su reconocimiento con otra periodicidad; en tal caso, deberá solicitarse motivadamente la pertinente autorización a la persona titular del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

Como de inmediato se comprueba, las previsiones contenidas en el Título tercero de la Ley de Presupuestos para 2020 proceden a otorgar a diversos entes de la Administración autonómica (bien al Gobierno, bien al Consejero competente en materia de Hacienda) importantes facultades en sede presupuestaria.

El *Título Cuarto* de la Ley ahora comentada aparece dedicado a la materia «DE LOS CRÉDITOS DE PERSONAL» (artículos 17 a 35).

Así, y como viene siendo habitual, el referido Título se ocupa del régimen retributivo aplicable, de una parte, a los miembros del Gobierno regional y a otros cargos públicos de similar naturaleza y, de otra, al personal —funcionario, laboral o interino— del sector público adscrito al servicio de nuestra Comunidad durante el ejercicio 2020. Sin embargo, el contenido de las previsiones recogidas en dicho Título no será objeto de un estudio detallado en este comentario por tratarse de una cuestión que sobrepasa los límites del mismo.

---

(19) Dichos supuestos son aquellos en que los referidos gastos plurianuales tienen por objeto contratos de suministros, de asistencia técnica y científica o de arrendamiento de bienes que no pueden ser estipulados por el plazo de un año, o que este plazo resulte más gravoso, o bien operaciones de endeudamiento.



De ahí que, por ello, únicamente destaquemos el dato de que las retribuciones que atañen al presente ejercicio no experimentan incremento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2019, previsión que, como se encarga de reconocer de modo expreso el artículo 17.2 de la Ley de Presupuestos Autonómica, es de aplicación a las retribuciones fijadas en los contratos de cualquier naturaleza jurídica del personal del sector público. Asimismo, el referido precepto establece la obligatoriedad de que cualquier acuerdo o convenio se adecue a lo dispuesto en aquel, deviniendo inaplicables, en caso contrario, las cláusulas que se opongan al mismo.

El *Título Quinto* de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2020, bajo la rúbrica «DE LAS TRANSFERENCIAS A ENTIDADES LOCALES Y DE LAS ACTUACIONES DE POLÍTICA TERRITORIAL» (artículos 36 a 41), constituye una de las manifestaciones de la coordinación financiera que tiene lugar entre la Administración de nuestra Comunidad Autónoma y las Administraciones de otros entes territoriales de la misma.

A este respecto, el artículo 36 de la citada norma viene a recoger los criterios a través de los cuales se gestiona el Fondo Local de Aragón, el cual se encuentra constituido por el conjunto de transferencias destinadas a las Entidades Locales de Aragón que se incluyen en sus Presupuestos como apoyo al desarrollo y gestión de las diversas actividades competencia de aquellas. Dicho Fondo —que aparece recogido en el Anexo VI de la Ley de Presupuestos— se compone de programas específicos referentes a tales Entidades, así como por determinados programas sectoriales.

En lo que respecta a la gestión de dicho Fondo, se establece la posibilidad de que el Gobierno de Aragón determine las líneas de subvención del mismo dirigidas a financiar la colaboración en el mantenimiento de actuaciones y servicios de competencia compartida entre la Comunidad Autónoma de Aragón y las Entidades Locales, pudiendo ordenar anticipos de pago del 90% del importe concedido (artículo 36.2).

Por su parte, el artículo 37 de la Ley de Presupuestos aquí examinada, y en el marco de la política demográfica y contra la despoblación, articula un conjunto de programas cuyo objetivo esencial es mejorar la estructura poblacional de los asentamientos aragoneses, a través de una adecuada vertebración territorial y social de nuestra Comunidad.

En esta línea, el artículo 38 de dicha norma regula el Fondo de Cohesión Territorial constituido con la finalidad de avanzar en la cohesión del territorio y en el equilibrio poblacional de Aragón, mediante transferencias corrientes y de capital a los diversos agentes sociales que vayan a desarrollar actuaciones enmarcadas en alguno de los ejes de desarrollo territorial.

Por su parte, son los artículos 39 y 40 los que regulan diversas previsiones en relación con las transferencias a las Administraciones comarcales, tanto en

lo que atañe a créditos destinados a las mismas, como a lo concerniente a programas finalistas de las que aquellas son destinatarias.

Por fin, el artículo 41 de la Ley presupuestaria que nos ocupa establece, en relación con el Fondo de Compensación a Ayuntamientos incluidos en Áreas de Espacios Naturales Protegidos de Aragón, un régimen económico de compensaciones a favor de los mismos, siendo el importe máximo a percibir de 150.000 euros, sin que ningún municipio reciba cantidad inferior a 5.000 euros.

Continuando con el examen de la Ley de Presupuestos de Aragón para el año 2020, el *Título Sexto*, bajo la denominación «DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS» (artículos 42 a 46), se ocupa del régimen aplicable a las operaciones de crédito o endeudamiento que contraiga dicha Comunidad Autónoma (incluidas las de sus organismos autónomos y empresas), así como el de los avales que aquella conceda a lo largo del referido ejercicio presupuestario.

En lo que concierne al presente ejercicio, debe destacarse que el importe máximo al que pueden ascender las operaciones de endeudamiento o crediticias autorizadas al Gobierno de Aragón es de 1.080.109 miles de euros (artículo 42), cantidad esta que resulta ligeramente inferior en comparación con la del año 2018. A estos efectos, y como viene siendo tradicional, la contracción del mencionado endeudamiento podrá ser formalizada en una o en varias operaciones, tanto en el interior como en el exterior, en moneda nacional o en divisas, en atención a lo que resulte más conveniente para los intereses de nuestra Comunidad. En cualquier caso, y con independencia de su modalidad, las referidas operaciones de endeudamiento deberán ajustarse en todo momento, en lo que a sus características y requisitos se refiere, a lo previsto en la normativa vigente en la materia (20).

Junto a las operaciones a las que acaba de aludirse, el Consejero competente en materia de Hacienda se encuentra autorizado para acordar la refinanciación o sustitución del endeudamiento vivo con el exclusivo objeto de lograr una disminución en el importe de los costes financieros actuales o

---

(20) En relación con esta cuestión, recuérdese que las operaciones de endeudamiento llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas se encuentran sometidas a las limitaciones y requisitos recogidos en el artículo 14 de la LOFCA. A este respecto, una de dichas limitaciones —prevista en el apartado tercero del mencionado precepto— se refiere a la necesidad, por parte de las referidas Comunidades, de obtener autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación al crédito público, autorización que, según dispone el precitado artículo, deberá tener presente el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Dicha autorización es necesaria, asimismo, en cualquier otra operación de crédito concertada por una Comunidad Autónoma cuando se constate que esta última ha incumplido el susodicho principio de estabilidad presupuestaria.

futuros; asimismo, se permite la concertación de operaciones de derivados financieros —opciones, swaps, etc.— que contribuyan a mejorar la gestión o la carga financiera de la Comunidad siempre que no comporten un incremento de la deuda viva autorizada.

Por otra parte, también se contempla (artículo 44) la posibilidad de que los organismos públicos, empresas y demás entes del sector público de la Comunidad Autónoma puedan concertar, en determinadas condiciones, operaciones de endeudamiento. A estos efectos, tanto para los supuestos en que estas sean a largo plazo (más de un año), como a corto, dichos organismos deberán contar con la autorización previa del Departamento de Hacienda y Administración Pública. En todo caso, y cualquiera que sea la modalidad de endeudamiento adoptada, aquellos deberán informar mensualmente al citado Departamento de las operaciones de endeudamiento formalizadas y de la situación actual de su cartera de deuda.

Junto a lo anterior, y en lo que hace referencia al otorgamiento de avales y garantías (artículo 45), es el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de Hacienda, quien ostenta la competencia para su concesión, pudiendo prestarse a empresas radicadas en Aragón, con prioridad para las PYMES, respecto de las operaciones concertadas por las mismas con la finalidad de garantizar la creación o permanencia de puestos de trabajo. El importe total de los citados avales no puede rebasar, al igual que en el ejercicio precedente, el límite de riesgo de 100 millones de euros, exigiendo su otorgamiento la previa autorización de la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón en aquellos casos en que cada uno de los avales propuestos supere la cantidad de 6 millones de euros.

La concesión del aval se encuentra supeditada, como es habitual, al cumplimiento de ciertos requisitos. A este respecto, debe acreditarse que no existen deudas pendientes de pago con la Administración General del Estado, la propia Comunidad Autónoma o con la Seguridad Social. Igualmente, los sujetos beneficiarios del aval deberán acreditar que no han sido sancionados, mediante sanción firme, por las autoridades laborales competentes, por infracciones graves o muy graves y que se ha cumplido la normativa vigente en materia de residuos, debiendo presentarse, por parte de las entidades solicitantes los estados económico-financieros, con el fin de poder estimar su viabilidad.

El examen del contenido del articulado de la Ley de Presupuestos de Aragón para el ejercicio 2020 finaliza con el análisis del *Título Séptimo*, el cual se ocupa de recoger las normas relativas a «LA INFORMACIÓN A LAS CORTES DE ARAGÓN» (artículos 47 a 54).

En este sentido, los preceptos arriba indicados se ocupan de regular la obligación de información que compete al Gobierno de nuestra Comunidad. A este respecto, se prevé que este último debe remitir a la Comisión

de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública ciertos informes, datos, acuerdos o expedientes en relación con la siguiente información: presupuestaria (artículo 47), financiera (artículo 48), subvenciones y ayudas (artículo 49), fondos y planes especializados (artículo 50), personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 51), contratación pública (artículo 52), gasto en difusión y medios de comunicación (artículo 53) y sobre transparencia (artículo 54).

Con la mención a la referida información finaliza el examen del contenido de los diversos Títulos que integran la Ley de presupuestos que nos ocupa. Una vez efectuado lo anterior, únicamente resta realizar una breve mención sobre *tres cuestiones específicas* que presentan, sin duda, una especial trascendencia y cuya regulación aparece recogida en sede de las *Disposiciones Adicionales y Transitorias*: 1) la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas; 2) la determinación de la normativa a la que se sujeta la concesión de subvenciones y ayudas con cargo al Presupuesto de la Comunidad; 3) el establecimiento de diversos criterios de gestión de ciertos créditos presupuestarios.

En lo que concierne a la primera de las cuestiones arriba indicadas, es la Disposición Adicional 14ª de la Ley de Presupuestos la que, con base en lo previsto en la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón (21), procede a regular la tarifa del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas. A estos efectos, dicha Disposición procede a determinar los usos domésticos e industriales, distinguiendo, a su vez, el componente fijo del tipo variable.

Por su parte, y en lo que concierne a las subvenciones (Disposición Adicional 2ª), se mantiene la exigencia de que el solicitante acredite debidamente el hecho de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social (salvo cuando el importe de la subvención no exceda de 1.000 euros por beneficiario y año o se destine a finalidades específicas) (22), así como el adecuado cumplimiento de la normativa vigente en materia de tratamiento de residuos y el no haber sido objeto de sanción por la autoridad laboral competente.

Junto a lo anterior, se prevé asimismo que la concesión de una subvención a un beneficiario de un aval previo (aunque sea para una operación distinta) exigirá la previa autorización del Gobierno de Aragón, proceder este último que también se aplica en el supuesto contrario, esto es, cuando una vez concedida una subvención se solicite un aval con posterioridad. En cualquier caso,

---

(21) Artículo 88.1.

(22) Como, por ejemplo, las destinadas a la contratación de seguros agrarios o la formación universitaria, la realización de proyectos y actividades de investigación o las establecidas para la formación del personal investigador.

y salvo en los supuestos excepcionales autorizados por dicho Gobierno, se establece la prohibición de concurrencia, en relación con un mismo proyecto, de aval y subvención.

Por último, y ya para concluir, únicamente resta indicar que, en lo que concierne a la gestión de ciertos créditos presupuestarios, es la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Presupuestos la que se ocupa de esta cuestión en lo que atañe al presupuesto de las Cortes de Aragón, siendo la Disposición Adicional 8ª la que establece una serie de previsiones específicas acerca de la gestión de los créditos correspondientes a los Capítulos de Diversos Departamentos.

# DESAFÍO DEL INDEPENDENTISMO CATALÁN AL ESTADO AUTONÓMICO (\*)

ELISA PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CRONOLOGÍA DE UN DESAFÍO: DE LA REFORMA DEL ESTATUTO CATALÁN AL GOBIERNO DE JOAQUIM TORRA: 1. LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. 2. Declaración de soberanía y derecho a decidir del pueblo de Cataluña: la convocatoria del «9N». 3. El proceso constituyente: la creación de un Estado independiente catalán en forma de república. 4. Nuevo Gobierno de la Generalitat: la creación de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente y el predominio de los incidentes de ejecución de sentencia. 5. Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república: A) Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación; B) Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república. 6. Referéndum para la autodeterminación de Cataluña: la efectiva declaración de independencia. 7. La aplicación del artículo 155 CE: los 218 días de intervención de la autonomía en Cataluña. A) Medidas dirigidas al presidente de la Generalitat de Cataluña, al vicepresidente y al Consejo de Gobierno, medidas de carácter general. B) Medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat. C) Medidas singulares sobre determinados ámbitos de actividad administrativa: 1. Seguridad y orden público. 2. Gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria. 3. Área de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales. D) Medidas dirigidas al Parlamento de Cataluña. E) Medidas complementarias de carácter transversal. 8. Gobierno de Joaquim Torra: De las elecciones de 21 de diciembre de 2017 a las últimas advertencias del Tribunal Constitucional: A) Propuesta de resolución «Restitució de les institucions catalanes» de Junts per Catalunya y las enmiendas transaccionales de la CUP-CC de febrero de 2018; B) Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2018, de priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia y resolución 298/XII, de 7 de marzo de 2019, del Parlamento de Cataluña, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía; C) Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional. D) Cascada de incidentes de ejecución de sentencia a modo de broche final.– III. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: LA REAFIRMACIÓN DE LOS PILARES DEL ESTADO AUTONÓMICO:

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de marzo de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 27 de abril de 2020.

1. Defensa de la soberanía nacional y de los principios estructurales del Estado Autonomómico. 2. Supremacía de la Constitución y procedimiento de reforma constitucional. 3. Consultas populares vía referéndum. 4. Acatamiento de las decisiones del Tribunal Constitucional. 5. El art. 155 CE como mecanismo extraordinario de coerción del Estado.– IV. REFLEXIÓN FINAL: LA MALVERSACIÓN DEL DERECHO Y LAS DUDAS SOBRE LA EFICACIA DE UNA FEDERALIZACIÓN DE ESPAÑA.– V. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El objetivo de este trabajo es ofrecer un análisis de los principales hitos jurídicos que marcan el proceso independentista vivido en Cataluña. Al menos hasta hoy. Una visión que, desprovista de cualquier interés político, pretende facilitar al lector una mejor comprensión de las bases esenciales del desafío independentista al modelo autonómico y de los pilares fundamentales de la defensa articulada por el Constitucional. Y, a partir de ahí, incorporar una breve valoración de si, a través una reforma constitucional orientada al federalismo puede facilitarse una solución de consenso que permita una convivencia pacífica, igualitaria y justa. Para ello, ha sido necesario analizar casi un centenar de actuaciones jurídicas entre resoluciones y acuerdos del Parlamento de Cataluña, recursos de amparo constitucional, impugnaciones de disposiciones autonómicas e incidentes de ejecución de sentencia, así como una sucesión agotadora de providencias motivadas, autos y sentencias del Tribunal Constitucional.

**Palabras clave:** Tribunal Constitucional; proceso soberanista; Cataluña; poder constituyente; integridad territorial.

**ABSTRAC:** *This paper analyzes the most important legal milestones that mark the Catalan independence process. At least until today. An analysis not conditioned by political interests. The intention is to give the reader a simple understanding of the foundations of the Catalan sovereign process and the defensive pillars of the Constitutional Court. From there, an assessment is given of the constitutional reform towards a federal model as a response to the territorial problem. To this end, we analyze about 100 legal acts between resolutions and agreements of the Parliament of Catalonia, court rulings, constitutional complaints, challenges to autonomy arrangements and enforcement of sentences, as well as orders and sentences of the Constitutional Court.*

**Key words:** *Constitutional Court; independence process; Catalonia; constituent power; territorial integrity.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 (CE) constituye el símbolo de un éxito colectivo que ha permitido disfrutar de cuatro décadas de normalidad democrática. El constituyente afrontó los retos históricos irresueltos al iniciarse la Transición y acertó en la determinación de las grandes opciones que conforman sus contenidos fundamentales: Estado Social y Democrático de Derecho, democracia representativa o la Monarquía parlamentaria, entre otros. Si bien,

las más significativa de las modificaciones introducidas por la Carta Magna fue la profunda alteración de las bases territoriales tradicionales del Estado. Se modifica el modelo unitario y centralizado originario de la Revolución Francesa, vigente durante el régimen anterior a la CE, pasando a un modelo distinto tanto del Estado centralizado como del Estado federal, insertando una fórmula de descentralización *ex novo* cuyo diseño constitucional, sin embargo, quedó indefinido (1). Las indecisiones del constituyente de 1978 tomaron forma en una Constitución que recoge un marco general pero no zanja el cierre del modelo. La CE anuncia el Estado de las Autonomías, pero sólo regula sus piezas fundamentales: el art. 2 CE, que fija la indisoluble unidad de la nación española respetando el derecho a la autonomía y de las regiones y nacionalidades que la integran y la solidaridad entre todas ellas, y el art. 1.2 CE que sitúa la soberanía nacional en el pueblo español del que emanan los poderes públicos. A partir de ahí, el Título VIII CE se centra en la organización territorial del Estado, estableciendo a quién le corresponde el ejercicio del derecho a la autonomía, cuáles son las vías de acceso para ello, qué son y cómo se aprueban los EEAA y sobre que materias pueden asumir competencias las autonomías.

El análisis del actual problema territorial de España exige enfrentar las muestras inequívocas de agotamiento que nuestro modelo de Estado evidencia desde principios del siglo XXI. De un lado, el proceso de reforma estatutaria iniciado en el 2005, motor de numerosos recursos de inconstitucionalidad, puso de manifiesto la conflictividad imperante no solo entre el Estado y las CCAA, sino también entre estas últimas. De otro, los movimientos nacionalistas del País Vasco y de Cataluña dirigidos bien a negociar estatutos constitucionales diferenciados, bien para avanzar en la consecución de mayorías que obliguen al Estado a realizar un referéndum que permita a estas poblaciones abordar su futuro como comunidad política, ponen en entredicho las bases fundamentales del modelo autonómico, identificándose un problema de fondo que trasciende el terreno de las técnicas jurídicas (2). Si bien, imperiosas razones de actuali-

---

(1) Esta indeterminación del modelo dio pie a una profunda división doctrinal en torno a la naturaleza del nuevo Estado compuesto español. La doctrina se dividió en dos posturas principales. En primer lugar, un sector doctrinal formado por autores como TOMÁS y VALIENTE o PÉREZ ROYO, que entendió el nuevo modelo como un Estado regional al que no le resultan de aplicación los esquemas y conceptos acuñados para el Estado federal. En segundo lugar, otro sector representado por autores como TRUJILLO, CRUZ VILLALÓN o MUÑOZ MACHADO entendía que la nueva estructura político-territorial española pertenecía indubitadamente a la familia de los federalismos, explicable, por lo tanto, por la Teoría constitucional de la Federación. Cfr. (J. RUIPÉREZ ALAMILLO, 1988: 228); (F. TOMÁS Y VALIENTE, 1985: 136); (J. PÉREZ ROYO, 1986: 8); (J. PÉREZ ROYO, 1999: 57); (G. TRUJILLO, 1979: 43); (P. CRUZ VILLALÓN, 1981: 61); (S. MUÑOZ MACHADO, 2007).

(2) El presente trabajo se centra con carácter exclusivo en el proceso vivido en cataluña, si bien, conviene recordar, como lo hace JOSÚ DE MIGUEL BÁRCENA que, «el catalán es el segundo



dad nos llevan a centrarnos con carácter exclusivo en el denominado *procés*. El pasado 18 de diciembre de 2019, los telediarios iniciaban su emisión anunciando los últimos pronunciamientos del Constitucional que anulan las resoluciones del Parlamento de Cataluña 534/XII, de 25 de julio de 2019, «sobre las propuestas para la Cataluña real», en la que se reafirmaba el compromiso de la Cámara parlamentaria con el derecho a la autodeterminación, la independencia y se insiste en la reprobación al rey Felipe VI, y la resolución 546/XII, de 26 de septiembre de 2019, sobre la orientación política general del *Govern*, en la que el Parlamento catalán vuelve a insistir en el derecho de autodeterminación y ratifica el objetivo de la independencia.

El objetivo de este trabajo es ofrecer un análisis de los principales hitos jurídicos que marcan el proceso independentista en Cataluña. Al menos hasta hoy. Una visión que, desprovista de cualquier interés político, pueda facilitar al lector una mejor comprensión de las bases esenciales del desafío separatista al modelo autonómico y de los pilares fundamentales de la defensa articulada por el Constitucional. Y, a partir de ahí, incorporar una breve valoración de si, a través una reforma constitucional orientada al federalismo puede facilitarse una solución de consenso que permita una convivencia pacífica, igualitaria y justa. Para ello, se han analizado casi un centenar de actuaciones jurídicas entre resoluciones y acuerdos del Parlamento de Cataluña, recursos de amparo constitucional, impugnaciones de disposiciones autonómicas e incidentes de ejecución de sentencia, así como una sucesión agotadora de providencias motivadas, autos y sentencias del Tribunal Constitucional.

## II. CRONOLOGÍA DE UN DESAFÍO: DE LA REFORMA DEL ESTATUTO CATALÁN AL GOBIERNO DE JOAQUIM TORRA

El presente apartado responde a esa visión objetiva de los principales hitos jurídicos que marcan la evolución del *procés*, desde la reforma estatutaria fraguada en 2005, hasta la actualidad con el Gobierno de Joaquim Torra. Se describen aquí los avances del nacionalismo y las reacciones inmediatas por parte del Ejecutivo central, así como los aspectos fundamentales que vertebran las respuestas dadas por el TC. Si bien, dada su importancia, la doctrina constitucional sobre los pilares del Estado autonómico se desgrana para su mejor comprensión en un apartado independiente.

---

episodio de un ciclo soberanista que en España comienza más o menos con el famoso Acuerdo de Lizarra en septiembre de 1998. (...) Las demandas soberanistas, no se pueden circunscribir al *procés* catalán, siendo lo cierto que el propio TC ya había tenido que abordar la posible secesión de una Comunidad Autónoma al enjuiciar el segundo Plan Ibarretxe y otras iniciativas de menor relevancia política». (J. MIGUEL BÁRCENA, 2018:137).

## 1. LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña

A finales de septiembre de 2005, el Parlamento de Cataluña aprobó la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), publicada en el BOCG el 21 de octubre de ese mismo año (3). Se trata, sin duda, de la reforma estatutaria de mayor complejidad de las realizadas hasta el momento. Centrándonos en las cuestiones atinentes al modelo de Estado, cabe señalar algunos puntos de esta reforma como el reconocimiento de Cataluña como nación que se hace desde su preámbulo, el blindaje competencial orientado a defenderse de posibles extralimitaciones estatales, o la pretendida asunción directa *ex art.* 150.2 CE de diez nuevas competencias, una vez que las Cortes Generales hubieran aprobado las correspondientes LLOO de transferencia o delegación (4). El 18 de octubre de 2005, la Mesa del Congreso de los Diputados admitió a trámite la propuesta de reforma acordando darle traslado al Gobierno y publicándola en el BOCG (5). Esta decisión fue objeto un recurso de amparo que resultó inadmitido por el Alto Tribunal —en términos similares a los empleados en el «Plan Ibarretxe»— lo que facilitó que el proyecto de ley para la reforma del EAC accediera a la Comisión Constitucional a fin de preparar un texto definitivo (6). El resultado último fue la aprobación de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del EAC. Norma frente a la que se interpusieron una pluralidad de recursos de inconstitucionalidad dando pie a una abundante y compleja jurisprudencia del TC. En este sentido, ocupa un lugar destacado la STC 31/2010, de 28 de junio, que estimaría la inconstitucio-

---

(3) La propuesta de reforma del EAC fue aprobada por el Parlamento catalán, con el apoyo de 120 votos, en las sesiones celebradas los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2005 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 210-1, de 21 de octubre de 2005).

(4) En el preámbulo de dicha propuesta, Cataluña se define como nación, si bien, el TC limitó el uso de dicho término destacando expresamente la imposibilidad de equiparar nación con soberanía. En este sentido, *vid.* (M. MARSAL, 2005:11). Sobre el blindaje competencial debe señalarse que, aun cuando la clasificación competencial se mantuvo en el EAC finalmente aprobado, la versión original sufrió alteraciones. Nos remitimos en este sentido a la STC 31/2010, de 28, de junio.

(5) La Mesa del Congreso de los Diputados acordó admitir y tramitar la propuesta de reforma del EAC por el procedimiento establecido en el apartado II de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los EEAA.

(6) El día 2 de noviembre de 2005, el Grupo parlamentario del Partido Popular interpuso recurso de amparo contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2005. El recurso fue inadmitido por el ATC 85/2006, de 15 de marzo, al entender el Alto Tribunal que carecía de la «inexcusable jurisdicción o competencia» para pronunciarse sobre la propuesta de reforma. El Tribunal reproduce aquí los términos empleados en el ATC 135/2004, de 20 de abril.

nalidad parcial del EAC y sentaría las bases de posteriores pronunciamientos aquí analizados (7).

La STC 31/2010, de 28 de junio, objeto de profundo análisis por la doctrina científica, centra sus consideraciones en torno a cuestiones nucleares como el concepto de EA; el fundamento jurídico-político del Estatuto y de los poderes del Gobierno autonómico; el valor jurídico del Preámbulo; el concepto de nación; los denominados derechos históricos; las instituciones de la CA; la convocatoria de consultas populares; las relaciones de la CA con el Estado, con otras Comunidades y con la UE o la propia reforma del Estatuto (8). El TC estimó parcialmente el recurso interpuesto y declaró inconstitucionales algunas cuestiones competenciales, judiciales y financieras. Para ello, se forzó una sentencia interpretativa cuya intención última era salvar la inconstitucionalidad de algunos aspectos controvertidos de forma que estos se entenderían acordes con nuestro ordenamiento siempre que se interpretasen según el sentido dado por el TC en la sentencia (9). La delgada línea que en ocasiones separa el derecho de la política tiene un especial reflejo en este caso. La decisión del TC generó un profundo descontento entre los partidos que habían impulsado la reforma del EAC, sucediéndose las manifestaciones donde la proclama independentista toma especial protagonismo.

## **2. Declaración de soberanía y derecho a decidir del pueblo de Cataluña: la convocatoria del «9N»**

A partir de 2010, el «derecho a decidir» se convierte en el baluarte de determinados programas electorales. Su materialización llegó a través de la resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del

---

(7) LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006). Entre las muchas sentencias del Alto Tribunal sobre el EAC destacan las siguientes: SSTC 31/2010, de 28 de junio; 48/2010, de 9 de septiembre; 137/2010, de 16 de diciembre, o la 138/2010, de 16 de diciembre.

(8) La STC 31/2010, de 28 de junio, ha resultado profundamente analizada por la mejor doctrina. Nos remitimos para su análisis a la completa obra de (M. BARCELÓ I SERRAMALERA, X. BERNADÍ GIL, J. VINTRÓ CASTELLS: 2010).

(9) En el preámbulo la propuesta de reforma ECA, Cataluña se define como nación, afirmando que la CE, en su art. 2, reconoce la realidad de Cataluña como nacionalidad. Si bien, el uso del término nación en este caso queda limitado, como tuvo ocasión de reconocer el TC, por la imposibilidad de equiparar nación con soberanía. Aun cuando el EAC mantiene en su texto las referencias a Cataluña como nación y a la realidad nacional de Cataluña, el TC declaró expresamente que estas carecen de eficacia jurídica interpretativa, STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 12).

pueblo de Cataluña (10). Impugnada por el Gobierno de la nación, el TC dicta la Sentencia 42/2014, de 25 de marzo, en la que de nuevo recurre a la técnica interpretativa antes referida (11). Se trata de una sentencia aparentemente salomónica pues, pese a declarar la inconstitucionalidad de parte de la resolución, admite que las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña» no son inconstitucionales de ser interpretadas en los términos indicados por el Tribunal (12). Ahora bien, como señala FERRERES COMELLA, «el reajuste que supone la interpretación conforme introducida por el TC es de tal magnitud que no se puede decir que el derecho a decidir conserve la imagen que de él tenían sus promotores» (13). De acuerdo con la sentencia, el derecho a decidir es conforme con la CE siempre que se entienda, no como un derecho de autodeterminación, sino como «una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional» (FJ 3). Un argumento que no termina de resolver la cuestión en la medida en la que hay quien lo tilda de ingenuo, contradictorio e incluso falaz, por colisionar con pronunciamientos constitucionales anteriores que niegan al pueblo de Cataluña la posición de sujeto jurídico que pueda entrar en competencia con el titular de la soberanía nacional (STC 31/2010, de 28 de junio) (14);

---

(10) Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (BOPC núm. 13, de 24 de enero de 2013).

(11) Sobre la STC 42/2014, de 25 de marzo, *vid.* (J., TAJADURA TEJADA, 2016:57).

(12) La impugnación de la Resolución del Parlamento 5/X, de 23 de enero de 2013, planteada por el Gobierno el 8 de marzo de 2013, fue admitida a trámite por el TC al entender que, sin perjuicio de su marcado carácter político, la resolución producía verdaderos efectos jurídicos. La impugnación fue estimada en la STC 42/2014, de 25 de marzo, que declara la inconstitucionalidad del principio primero de la resolución titulado «Soberanía». Así, en términos similares a los empleados en las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre y 247/2007, de 12 de diciembre, el TC centra el objeto de sus consideraciones en la imposibilidad de atribuir a Cataluña la condición de pueblo soberano al contravenir frontalmente los arts. 1.2 y 2 CE. Junto con esto, el Tribunal subraya que, en el marco de la CE, una CA no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España (STC 42/2014, de 25 de marzo de 2014, FJ 3). Se trata de una conclusión similar a la alcanzada por el TS de Canadá en su pronunciamiento de 20 de agosto de 1998, en el que se rechazó la adecuación a su Constitución y al Derecho internacional de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias. Por otra parte, la sentencia afirma que las referencias al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña», contenidas en el título, parte inicial, y en los principios segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo de la Declaración, no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido dado en los FFJJ 3 y 4 de la sentencia.

(13) (V. FERRERES COMELLA, 2016: 471).

(14) (M. FONDEVILLA MARON, 2014: 600-602). En una línea similar, RIDAO MARTÍN señala que, «la STC 42/2014 incorpora un reconocimiento, novedoso y trascendente, del encaje constitucional del derecho a decidir, como un derecho que puede amparar la realización de actividades dirigidas a «preparar» o «defender» la separación de Catalunya e incluso a instar la consecución efectiva de ese objetivo en el marco de los procedimientos de reforma

y quienes ven, sin embargo, una suerte de «marco constitucional del derecho a decidir», o incluso, una creación por el Constitucional «de un derecho a la secesión como supuesto procedimental previo a la separación efectiva de una CA del Estado» (15).

De forma paralela, el 17 de diciembre de 2013, el Parlamento de Cataluña presentó ante el Congreso de los Diputados una propuesta de LO para la delegación a la *Generalitat*, vía art. 150.2 CE, de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña (art. 149.1.32.º CE), que sería rechazada el 8 de abril de 2014 (16). Nada de esto impide, sin embargo, la aprobación por la Cámara autonómica de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana y del Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña (17). Se gesta así el conocido como «9N», consulta popular convocada para el 9 de noviembre de 2014, suspendida de forma cautelar tras la admisión a trámite por el TC de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de España frente a la Ley 10/2014, de 26 de septiembre y el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre (18). Las SSTC 31/2015 y 32/2015, ambas de 25 de febrero, declararon inconstitucionales y nulos determinados incisos del art. 3.3 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, al considerar que este tipo de consultas tenía carácter referendario —es decir, acotaba la inconstitucionalidad a las previsiones específicas

---

de la Constitución, amparándose en la doctrina de la plena tangibilidad de las disposiciones constitucionales y distinguiendo, de forma novedosa y algo heterodoxa, entre el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir». (J. RIDAO MARTÍN: 2014).

(15) J. MIGUEL BÁRCENA, 2018:138).

(16) *Proposta per a presentar a la Mesa del Congrés dels Diputats la Proposició de llei orgànica de delegació a la Generalitat de Catalunya de la competència per a autoritzar, convocar i celebrar un referèndum sobre el futur polític de Catalunya* (BOPC núm. 221, de 17 de diciembre de 2013). La toma en consideración de la propuesta fue rechazada por el Congreso de los Diputados el 8 de abril de 2014 en la Sesión Plenaria núm. 180. Vid., Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 2014, X Legislatura, núm. 192, págs. 3-69.

(17) Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana (DOGC núm. 6715, de 27 de septiembre de 2014) y Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña (DOGC núm. 6715A, de 27 de septiembre de 2014). Resultan de especial interés los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 964/2014, de 28 de septiembre, emitido con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 10/2014, de 26 de septiembre; y núm. 965/2014, de 28 de septiembre, sobre la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA previstas en el art. 161.2 CE contra el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre.

(18) Vid., Providencias del TC, de 29 de septiembre de 2014, por la que el TC admite a trámite los recursos presentados y suspende de forma cautelar la convocatoria del «9N».

relativas a las consultas de tipo general— reputando inconstitucional y nulo en su totalidad el Decreto (19).

Ahora bien, el acatamiento por parte del Gobierno de la *Generalitat* de los pronunciamientos del Alto Tribunal, que llevó a cesar la convocatoria del «9N», fue solamente a efectos formales. En realidad, se modifica el planteamiento de la consulta y se transforma esta en el denominado «proceso de participación ciudadana» que —promovido al amparo de parte de la Ley de consultas que no había sido suspendida— convoca a los ciudadanos a manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña el mismo día 9 de noviembre (20). Ni la impugnación de esta nueva convocatoria, ni su suspensión por el TC, frenaron la intención de la *Generalitat* de continuar con el proceso participativo materializándose finalmente en la votación celebrada el «9N» (21).

---

(19) La STC 31/2015, de 25 de febrero, declara inconstitucionales y nulas las dos primeras frases del art. 3.3 («las consultas populares no referendarias pueden ser de carácter general o sectorial. Las consultas generales son las abiertas a las personas legitimadas para participar en los términos establecidos en el art 5.») y los apartados 4 a 9 del art. 16 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. Se asienta de este modo la doctrina de la STC 103/2008, de 11 de septiembre.

(20) El denominado «Proceso de participación ciudadana» se convocó en la misma fecha 9 de noviembre de 2014, conservando las mismas dos preguntas previstas para la convocatoria original: «¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?». «¿Quiere que este Estado sea independiente?».

(21) El «Proceso de participación ciudadana» fue impugnado por el Gobierno ante el TC, que, admitiendo a trámite la impugnación, acordó la suspensión con efectos desde el 31 de octubre de 2014 mediante providencia de 4 de noviembre de 2014. La frontal desobediencia a esta orden de suspensión daría lugar a la Sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJC, de 13 de marzo de 2017, por la que se condena al ex *president* de la *Generalitat* de *Catalunya* Artur Mas i Gavarró, como autor de un delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, y a Joana Ortega i Alemany (ex vicepresidenta del *Govern* de la *Generalitat* i ex *consellera de Governació i Relacions Institucionals*), e Irene Rigau i Oliver (ex *consellera del Departament d'Ensenyament de la Generalitat*), como cooperadoras necesarias de ese mismo delito de desobediencia. Autores como Josu de Miguel Bárcena destacan que la providencia de 4 de noviembre, en la que el TC acepta la suspensión de las actuaciones de la *Generalitat*, «pone de manifiesto que lo que estaba en juego no era tanto la validez constitucional de las actuaciones, como la posibilidad de establecer un marco jurídico preventivo que evitara la huida hacia delante del poder público catalán». (J., MIGUEL BÁRCENA, 2018:143). La intención de la *Generalitat* de continuar con el proceso participativo se manifiesta, no solo en la materialización final de la votación del «9N», sino también en el recurso contencioso-administrativo especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales planteado ante el TS contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 31 de octubre de 2014, por el que se decide plantear impugnación ante el TC de las actuaciones de la *Generalitat* relativas a la convocatoria. Este recurso especial resultó inadmitido por el Supremo mediante ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 27 de noviembre de 2014, al carecer de jurisdicción para conocer de su objeto (FJ 5).

La STC 138/2015, de 11 de junio, declaró inconstitucionales las actuaciones del Gobierno de Cataluña relativas al proceso de participación ciudadana. Si bien, la sentencia llegaría en el particular marco de una consulta ya celebrada —donde las actuaciones impugnadas habían agotado ya sus efectos— y en el que no existía un acto formal de convocatoria, ni un registro de participantes o una lista de las personas llamadas a participar, ni un procedimiento o unas garantías que comportasen un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral (22). Como señala BAR CENDÓN, «ello iba a forzar al TC a realizar una interpretación ciertamente novedosa o, quizá, muy forzada del carácter de las medidas adoptadas, a fin de poder considerarlas idóneas para ser impugnadas a través del cauce constitucional previsto al efecto. En este sentido, cabría decir que, en vez de utilizar el papel tradicional, la *Generalitat* utilizaba los medios electrónicos de información y comunicación más modernos para la organización y convocatoria de este «proceso de participación ciudadana», y aquí se encontraba la dificultad procesal» (23).

En realidad, nos encontramos en un camino donde no hay espacio a la improvisación. El Gobierno de Cataluña hizo público el *iter* a seguir incluyendo, claro está, el supuesto de oposición del Gobierno nacional. El Libro Blanco, *La transición Nacional de Cataluña*, publicado por el Gobierno catalán en 2014, permite una aproximación anticipada de los distintos pasos que luego se han visto sucedidos uno tras otro (24). Así, en el apartado destinado a las «vías alternativas en caso de que no se pueda hacer la consulta legal» se detallan algunos elementos que hoy nos resultan familiares como las consultas mediante votación organizadas al margen de las disposiciones legales por la *Generalitat* con el apoyo de los ayuntamientos o por organizaciones privadas con el apoyo indirecto de la *Generalitat* y de los ayuntamientos; las declaraciones unilaterales de independencia, o incluso los procedimientos de mediación tan aludidos en los últimos tiempos (25).

---

(22) STC 138/2015, de 11 de junio. En el mismo sentido, SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4); 31/2015, de 25 de febrero (FJ 6); 42/2014, de 25 de marzo (FJ 3); STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 11), STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 10).

(23) (A. BAR CENDÓN, 2016: 191-192).

(24) GOBIERNO DE CATALUÑA, *Libro blanco de la Transición Nacional de Cataluña. Síntesis*, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones, Barcelona, 2014. Esta obra es resultado del trabajo elaborado por el Consejo Asesor para la Transición Nacional creado por el Gobierno de la *Generalitat* en 2013.

(25) *Ibidem*, págs. 29-30.

### 3. El proceso constituyente: la creación de un Estado independiente catalán en forma de república

En una clara intención de continuar con el proceso independentista, el Parlamento de Cataluña aprueba la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015 (26). Se pone en marcha el denominado «proceso constituyente», dirigido a la creación de un Estado independiente catalán en forma de república (27). Estamos ante el detonante de una profunda crisis política y parlamentaria por razón de la vía elegida para conseguir un objetivo político: la independencia de Cataluña, por muy legítimo que pueda ser (28). El Parlamento catalán muestra aquí una radicalización en su postura, ordenando, entre otras cuestiones, un proceso de desconexión no supeditado a las decisiones del TC, al que consideran falto de legitimidad a raíz de la sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (29).

Las decisiones del TC se recogen en la STC 259/2015, de 2 de diciembre de 2015, punto de partida de muchos de los incidentes de ejecución de sentencia que el Gobierno central terminará formulando durante el proceso independentista catalán. La sentencia, de fundamental importancia, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la resolución del Parlamento 1/XI, sobre el

---

(26) El 9 de noviembre de 2015, el Parlamento catalán decidía aprobar la propuesta de resolución sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales presentada por JxSí y la CUP y las enmiendas a la misma.

(27) Se trata de la actuación más radical que hasta ese momento había realizado el Parlamento de Cataluña. El texto aprobado declara solemnemente el inicio del proceso de creación de un Estado catalán independiente en forma de república y proclama la apertura de un proceso constituyente ciudadano para preparar las bases de la futura constitución catalana. La Cámara afirma, además, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, que el proceso de desconexión democrática del Estado español no se supeditará a las decisiones de las instituciones españolas, en particular del TC, que considera falto de legitimidad y de competencia a raíz de la STC 31/2010, de 28 de junio. Y se insta al futuro Gobierno a cumplir exclusivamente las normas o los mandatos emanados del Parlamento catalán como única Cámara legítima y democrática.

(28) En idéntico sentido (A. BAYONA, 2019: 76).

(29) En el marco de la creciente tensión, el Gobierno central reforzaba los poderes de ejecución del TC mediante la LO 15/2015 de 16 de octubre, de reforma de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del TC como garantía del Estado de Derecho. Razones de sistematización obligan a dejar para un estudio más detallado el análisis de los efectos que se dimanan de esta nueva atribución de poderes al TC. Será en este momento donde el Alto Tribunal ejerce, por primera vez, las competencias sancionadoras y controladoras de la ejecución de sus propias resoluciones que le atribuye la nueva redacción de los arts. 87 y 92 LOTC. Mediante Providencia de 11 de noviembre de 2015, el Alto Tribunal ordenaba la notificación personal a los miembros del Parlamento catalán y del Gobierno de la *Generalitat* —entonces en funciones—, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades en las que incurrirían, incluida la penal, en caso de ignorar la suspensión.



inicio del proceso político en Cataluña. El TC entiende ahora que, a diferencia de la resolución 5/X, que dio lugar a la Sentencia 42/2014, de 25 de marzo, la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, «está excluyendo la utilización de los cauces constitucionales (art. 168 CE) para la conversión en un «Estado independiente» de lo que hoy es la Comunidad Autónoma de Cataluña» (30). Por lo tanto, abandonando los esfuerzos interpretativos, el Constitucional reconoce una clara ruptura unilateral del orden constitucional, sin que las proclamaciones recogidas en la resolución puedan encauzarse por vías constitucionales (31).

#### **4. Nuevo Gobierno de la *Generalitat*: la creación de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente y el predominio de los incidentes de ejecución de sentencia**

La formación del nuevo Gobierno de la *Generalitat*, liderado por Carles Puigdemont, llevó al extremo la tensión del proceso independentista. Entre sus primeras actuaciones destaca la resolución del Parlamento 5/XI, de 20 de enero, de creación de Comisiones Parlamentarias (32). A través de esta se crea la denominada Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, a la que se le asignan unos ámbitos de actuación coincidentes con los fines que perseguía la anulada resolución del Parlamento 1/XI, de 9 de noviembre de 2015 (33). La identidad de los objetivos pretendidos fue advertida por el TC al estimar el incidente de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, promovido por el Gobierno de la nación (34). Pese a ello, el informe y las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, centradas en el derecho

---

(30) STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 3).

(31) En relación con el análisis pormenorizado de esta sentencia puede consultarse los trabajos de (D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2016: 391-397); (G. MARTÍN I ALONSO, 2016:15); (A. SANTOS CONTRERAS: 2017).

(32) Resolución del Parlamento 5/XI, de 20 de enero de 2016, de creación de Comisiones Parlamentarias (BOPC núm. 42, de 25 de enero de 2016). Junto con esta, se acuerda la creación del Departamento de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia, por los Decretos de la *Generalitat* 2/2016, de 13 de enero, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la *Generalidad* de Cataluña, y 45/2016, de 19 de enero, de estructuración del Departamento de Asuntos Exteriores, Relaciones Institucionales y Transparencia. La STC 77/2017, de 21 de junio de 2017, estima parcialmente el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno y declara la nulidad de determinados extremos de los Decretos, como la denominación «Asuntos Exteriores» empleada en ambos.

(33) La Comisión de Estudio del Proceso Constituyente quedó constituida el 28 de enero de 2016 (BOPC núm. 48, de 3 de febrero de 2016).

(34) El 1 de febrero de 2016, el Gobierno planteó incidente de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, respecto de la resolución 5/XI, de 20 de enero de 2016, estimado por el TC en el ATC 141/2016, de 19 de julio, con el alcance establecido en su FJ 7.

a decidir del pueblo catalán y en la legitimidad de Cataluña para iniciar un proceso constituyente, fueron ratificadas por el Parlamento de Cataluña en la resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016 (35). Entre las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente ratificadas destacan las siguientes: i) reconoce el derecho a decidir del pueblo catalán, que se lograría únicamente iniciando un proceso de desconexión de las leyes y el marco constitucional español; ii) el pueblo de Cataluña tiene legitimidad para iniciar un proceso constituyente propio, democrático, ciudadano, transversal, participativo y vinculante, que debería contar con el apoyo de las instituciones catalanas; iii) el proceso, avalado por las experiencias comparadas, debería contar con tres fases: la primera sería un proceso participativo; la segunda constaría en la desconexión de las instituciones españolas y la convocatoria de elecciones constituyentes que redactarían la constitución catalana; y finalmente, en la tercera etapa se debería ratificar el texto mediante un referéndum popular. La respuesta del ejecutivo central llegó a través de un nuevo incidente de ejecución de sentencia que sería estimado en su totalidad, declarando la nulidad de la resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016 (36).

Pese a los pronunciamientos del TC, el Parlamento de Cataluña aprueba la resolución 306/XI, de 6 de octubre de 2016, sobre la orientación política general del Gobierno (37). Esta fue entendida como una expresión de los diferentes pasos de la denominada «hoja de ruta» del proceso secesionista, pasos entre los que destacan: la convocatoria de un referéndum, la creación de las estructuras del Estado y la sustitución de la legalidad constitucional (38). El

---

(35) Resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016, por la cual el Parlamento catalán ratifica el informe y las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente (BOPC núm. 200, de 1 de agosto de 2016, previamente publicados en el BOPC núm. 190, de 20 de julio de 2016).

(36) El 29 de julio de 2016, el Gobierno planteó incidente de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre y del ATC 141/2016, de 19 de julio, respecto de la Resolución 263/XI, de 27 de julio de 2016. El incidente se resolvió mediante ATC 170/2016, de 6 de octubre. El referido auto fue notificado personalmente a la presidenta del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General del Parlamento, así como al presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno de la *Generalitat*, recordándoles su deber de abstenerse de realizar cualquier tipo de actuación tendente a dar cumplimiento a la resolución 263/XI. Además, constatado que la presidenta del Parlamento catalán, Carme Forcadell había desatendido las resoluciones del Alto Tribunal, se dedujo testimonio de particulares para que el Ministerio Fiscal, en caso de entenderlo procedente, ejerciese las acciones correspondientes.

(37) Resolución 306/XI, de 6 de octubre de 2016, sobre la orientación política general del Gobierno (BOPC núm. 237, de 18 de octubre de 2016).

(38) Bajo la rúbrica «El futur polític de Catalunya», el título primero de la resolución 306/XI, de 6 de octubre de 2016 reiteraba, entre otras cuestiones, el derecho imprescriptible e inalienable de Cataluña a la autodeterminación, instándose al Gobierno a celebrar un referéndum vinculante sobre la independencia de Cataluña a más tardar en septiembre de 2017.

Gobierno de la nación planteó un nuevo incidente de ejecución que, estimado por el TC mediante ATC 24/2017, de 14 de febrero, conllevaría la declaración de nulidad de determinados epígrafes de la resolución 306/XI, de 6 de octubre de 2016, referidos al referéndum y al proceso constituyente (39).

No son estos los únicos incidentes de ejecución que tuvieron lugar. El 6 de septiembre de 2017 el Gobierno de la nación planteó un nuevo incidente de ejecución por el que solicitaba la declaración de nulidad de determinados acuerdos de la Mesa y del Pleno del Parlamento de Cataluña de 6 de septiembre de 2017, que permitían la aprobación de un instrumento normativo destinado a dar cobertura jurídica a la convocatoria y celebración de un referéndum unilateral vinculante, limitado al ámbito territorial de Cataluña, sobre la secesión de España (40). El incidente de ejecución se plantea en un contexto definido por la previa interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, si bien, como aclararía el TC, el incidente de ejecución frente a los acuerdos de la Mesa no queda privado de efectos útiles en la medida en que no se trata del control de constitucionalidad de un texto legal, sino de preservar la eficacia de las resoluciones del TC, protegiendo su ámbito jurisdiccional frente a cualquier intromisión ulterior de un poder público que pudiera intentar menoscabarla (41). Los acuerdos de 6 de septiembre de 2017 se entienden como una manifestación de las atribuciones inherentes a la soberanía que el Parlamento de Cataluña se arroga. Estos pretendían dar cauce a la tramitación de una proposición que dotase de aparente cobertura jurídica a la convocatoria y celebración de un referéndum de autodeterminación que ya había sido declarado inconstitucional. La Cámara autonómica evidencia así

---

(39) El Gobierno interpuso incidente de ejecución de la STC 259/2015, ATC 141/2016, providencia de 1 de agosto de 2016 y ATC 170/2016, respecto de determinados apartados de la resolución 306/XI, de 6 de octubre de 2016. El TC estimó el incidente mediante ATC 24/2017, de 14 de febrero, declarando la nulidad de los números 1 a 9 del epígrafe I.1.1, titulado «Referéndum, amparo legal y garantías», dentro del capítulo I.1, titulado «Referéndum»; y de los números 13 a 16 del capítulo I.2, titulado «Proceso constituyente»; ambos capítulos comprendidos dentro del título I de dicha resolución, bajo el título de «El futuro político de Cataluña», y, al igual que ocurrió con el ATC 170/2016, de 6 de octubre, también en este caso hubo notificación personal y deducción de testimonio.

(40) El incidente de ejecución de sentencia se dirige contra los siguientes acuerdos de la Mesa y del Pleno del Parlamento de Cataluña, todos ellos adoptados el 6 de septiembre de 2017: i) acuerdo de la Mesa de admisión a trámite por el procedimiento de urgencia extraordinaria (art. 105 del Reglamento del Parlamento catalán) de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación; ii) acuerdo de la Mesa que rechaza la reconsideración del acuerdo de admisión a trámite de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación; iii) acuerdo del Pleno por el que se decide alterar el orden del día de la sesión de dicho órgano a efectos de proceder al debate y votación definitiva de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación; iv) acuerdo del Pleno por el que se suprimen los trámites esenciales del procedimiento legislativo.

(41) ATC 123/2017, de 19 de septiembre (FJ 2).

una intención clara de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español. Una voluntad calificada por el TC de inaceptable vía de hecho —incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE— para reformar la CE al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica (42).

En base a estas consideraciones, el TC mediante su Auto 123/2017, de 19 de septiembre, declara la nulidad de los acuerdos del Parlamento de 6 de septiembre de 2017, y vuelve a deducir testimonio de particulares a fin de que, en su caso, se exigiera la responsabilidad penal que correspondiese a la presidenta del Parlamento de Cataluña, al vicepresidente primero de la Mesa del Parlamento, a la secretaria primera de la Mesa, al secretario tercero de la Mesa y a la secretaria cuarta de la Mesa, por incumplir el mandato del párrafo primero del art. 87.1 LOTC.

### **5. Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república**

La voluntad del Parlamento de Cataluña de proseguir el proceso secesionista terminó por materializarse en dos textos normativos: Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación y Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república, calificadas por el Gobierno de la nación como la mayor afrenta y amenaza de destrucción de las normas de convivencia que la sociedad española se dio en el año 1978 (43).

#### **A) Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación**

La aprobación de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, se fundamenta en la consideración del pueblo de Cataluña como un sujeto político soberano que, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, convoca un referéndum de autodeterminación para el 1 de octubre de 2017, en el que los catalanes y residentes en Cataluña son llamados a contestar la siguiente pregunta: «¿Quiere

---

(42) SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4) y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7). Asimismo, contraviene frontalmente los pronunciamientos contenidos en los AATC 141/2016, 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, y 24/2017, de 14 de febrero.

(43) Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación (DOGC núm. 7449A, de 6 de septiembre de 2017) y Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república (DOGC núm. 7451A, de 8 de septiembre de 2017). En un sentido similar, ÁLVAREZ GARCÍA entiende que las normas aquí analizadas son frontalmente inconstitucionales al vulnerar de plano los principios de legalidad y de separación de poderes y a las decisiones del Constitucional. (V. ÁLVAREZ GARCÍA, 2017: 16).

que Cataluña sea un Estado independiente en forma de república?». El resultado del referéndum se califica de vinculante, en el sentido de que, si los votos afirmativos superan a los negativos, el Parlamento de Cataluña debía declarar la independencia en el plazo de dos días. La Ley contiene, por lo demás, una regulación detallada de todos los aspectos relevantes para la celebración del mismo, diseñando incluso una Administración electoral *ad hoc*.

La Ley 19/2017, de 6 de septiembre, pretende establecer un régimen jurídico excepcional en orden al referéndum de autodeterminación de Cataluña. Su contenido no sólo contraviene el marco constitucional y estatutario sino también los expresos mandatos del TC recogidos de forma reiterada en las resoluciones dictadas con ocasión de las iniciativas precedentes ya examinadas. Esto, unido al anómalo procedimiento seguido para su aprobación, cualifica en grado máximo su inconstitucionalidad (44). La admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno central suspendió la eficacia de la Ley, advirtiéndose a los poderes públicos catalanes de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada (45). Los vicios, tanto de fondo como de forma, en los que incurre la norma motivaron una rápida declaración de inconstitucionalidad recogida en la STC 114/2017, de 17 de octubre, en la que el Alto Tribunal la reconoce contraria a la CE, al EA y a cualquier otra regla de Derecho (46). El TC entiende que la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, contraviene de modo explícito los principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la nación constituida en Estado social y democrático de Derecho, o la propia supremacía de la CE a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (47). Como ya hiciera en anteriores pronunciamientos, el TC destaca que esta Ley no es sino resultado de un rechazo a la fuerza de obligar de la CE, a la que se contrapone de modo expreso un

---

(44) Resulta de especial interés en este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 793/2017, de 7 de septiembre de 2017, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la Ley de 6 de septiembre de 2017, de referéndum de autodeterminación.

(45) Providencia del TC, de 7 de septiembre de 2017, por la que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno frente a la Ley 19/2017, de 6 de septiembre.

(46) STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017 (FJ 4 y 5).

(47) Se dejan de lado las cuestiones referidas a los aspectos procedimentales derivados de la tramitación parlamentaria que siguió la iniciativa legislativa de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre. Como reconoce el TC, se incurrieron en graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron a la formación de voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes, extremos suficientes para deparar la inconstitucionalidad de la norma. *Vid.*, STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 6).

poder que se reclama depositario («representante», en palabras del art. 3.1 de la Ley) de una soberanía y expresión de una dimensión constituyente desde el que se ha llevado a cabo una manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional, un poder que se pretende fundacional de un nuevo orden político y liberado, por ello mismo, de toda atadura jurídica (48).

Como señala MIGUEL BÁRCENA, «el lenguaje de la STC 114/2017 se vuelve cada vez más severo e inapelable, abandonando por completo cualquier posibilidad de diálogo con la norma y la institución autonómica, como se hizo en momentos anteriores» (49). La situación, en la actualidad, no ha mejorado.

### **B) Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república**

La Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república nace con vocación de «norma suprema del ordenamiento jurídico» de la futura Cataluña independiente, «mientras no sea aprobada la Constitución de la república» (50). El preámbulo de la norma sostiene, como base jurídica de la Ley, que «una vez proclamada la independencia de Cataluña es imprescindible dar forma jurídica, con carácter transitorio, a los elementos constitutivos básicos del nuevo Estado para que de forma inmediata pueda empezar a funcionar con la máxima eficacia y, al mismo tiempo, hay que regular el tránsito del ordenamiento jurídico vigente al que tiene que ir creando la república, garantizando que no se producirán vacíos legales, que la transición se hará de manera ordenada y gradual y con plena seguridad jurídica». Es decir, se pretende culminar a su través el proceso secesionista, regulando de forma transitoria los elementos fundacionales básicos de la república hasta su configuración definitiva por la futura Constitución catalana (51).

---

(48) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5), STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 6); en iguales términos, ATC 141/2016, de 19 de julio (FJ 3).

(49) J. MIGUEL BÁRCENA, 2018:155).

(50) Su condición de norma suprema (transitoria) del ordenamiento jurídico de la futura Cataluña independiente aparece expresamente recogida en el texto de *Proposició de llei de transitorietat jurídica i fundacional de la república* (202-00066/11) (BOPC núm. 507 de 7 de septiembre de 2017). La entrada en vigor de la norma se condiciona a lo dispuesto en el art. 4.4 de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre: la declaración formal de independencia por parte del Parlamento, previo cumplimiento de los requisitos de votación favorable a ésta en el referéndum de autodeterminación.

(51) La norma presenta una estructura de 7 títulos, 89 artículos y 3 disposiciones finales en la que se da cobertura a cuestiones tan esenciales como: i) la condición de esta norma como suprema hasta la aprobación de la Constitución de la república; la declaración efectiva de Cataluña como república de derecho, democrática y social; la soberanía de Cataluña; la nacionalidad catalana de origen y quién la puede solicitar; los mecanismos para aplicar la

La Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república fue declarada inconstitucional y nula por la STC 124/2017, de 8 de noviembre (52). El objeto de enjuiciamiento queda limitado en este caso a determinar la validez o invalidez jurídica de la pretensión del legislativo catalán de erigir en la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, y a partir de ella, un sistema jurídico ajeno a todo al ordenamiento vigente. Así pues, solo en el caso de que se tratara de una iniciativa jurídicamente válida, se entraría por el TC en la adecuación constitucional del contenido de la norma (53). Los razonamientos empleados por el Alto Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de esta norma en su conjunto no son sino reproducción de los empleados en la STC 114/2017, de 17 de octubre, en relación con la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación. En este sentido, y dejando de lado las cuestiones referidas a la inobservancia del procedimiento legislativo en la tramitación y aprobación de la Ley, así como otras de carácter material que desbordan el objeto del presente trabajo, los pronunciamientos del Constitucional se centran en la soberanía nacional; los principios de unidad y autonomía; la supremacía de la CE; la posición que ocupan los EEAA en el sistema de fuentes y su prevalencia como norma institucional básica de la CA y en el proceso de reforma expresamente previstos por la CE. Como se verá, se trata del mantra que el Tribunal Constitucional ha venido repitiendo incansable en la totalidad de las resoluciones vertidas a lo largo de todo el procedimiento independentista.

## 6. Referéndum para la autodeterminación de Cataluña: la efectiva declaración de independencia

La contundencia del TC no sirvió, sin embargo, para frenar los impulsos del nacionalismo. El 1 de octubre de 2017, el Gobierno de la *Generalitat* llevó a cabo el «referéndum para la autodeterminación de Cataluña» (54). Los resultados de la votación se presentaron ante el Parlamento de Cataluña el 10

---

sucesión de ordenamientos y de Administraciones; los derechos y deberes de los ciudadanos catalanes y los extranjeros; ii) fija un sistema institucional: Parlamento y su función legislativa, Presidencia y sus funciones, Gobierno y Administración, Sindicatura electoral de Cataluña, el censo electoral y el Gobierno local, entre otras instituciones; iii) sistematiza el Poder judicial y la Administración de Justicia; iv) regula las finanzas; v) y, por último, fija el proceso constituyente que se activaría como proceso participativo posterior a la declaración de independencia.

(52) El 11 de septiembre de 2017, el Gobierno central interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, que fue admitido a trámite mediante providencia de 12 de septiembre y resuelto mediante STC 124/2017, de 8 de noviembre.

(53) Cfr., STC 124/2017, de 8 de noviembre (FJ 3).

(54) Votación que, sin entrar en cuestiones de índole política, se ha cuestionado por desarrollarse sin las garantías exigidas, no ya por la legislación estatal, sino por la propia Ley catalana 19/2017, de 6 de septiembre.

de octubre de 2017, en una comparecencia ante la Cámara del Presidente de la *Generalitat* en la que, asumiendo «el mandato del pueblo de que Cataluña se convierta en un Estado independiente en forma de república», se propone «suspender los efectos de la declaración de independencia con el fin de que en las próximas semanas se aborde un diálogo sin el que no es posible llegar a una solución acordada» (55). Tras la comparecencia parlamentaria, el presidente de la *Generalitat* y su Gobierno, junto con los diputados de la CUP y de JxSí, incluida la presidenta del Parlamento, se reunieron para firmar en un acto público la denominada «Declaración de los representantes de Cataluña». Se trata de un documento que anunciaba la declaración de independencia en los términos siguientes: «Constituimos la República catalana, como un Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social. Disponemos la entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» e «iniciamos el proceso constituyente, democrático, de base ciudadana, transversal, participativo y vinculante», todo ello suscrito por los firmantes como «legítimos representantes del pueblo de Cataluña» (56).

En el marco del debate general sobre la aplicación del art. 155 CE, el Parlamento catalán aprobó las resoluciones «Proceso constituyente» y «Declaración de los representantes de Cataluña», ambas de 27 de octubre de 2017 (57). Mediante la primera, se declara «el inicio y la apertura del proceso constituyente», instando al Gobierno de la *Generalitat* a aplicar el Título VII de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república (58). La segunda, contiene la efectiva declaración de independencia de Cataluña, con efectos directos, dando cumplimiento a lo previsto en el art. 4.4 de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre (59). Insta al Gobierno de la

---

(55) Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña, núm. 83, sesión de 10 de octubre de 2017, serie P.

(56) *Declaració dels representants de Catalunya*, suscrita según el texto de la misma por, *els legítims representants del poble de Catalunya*, en Barcelona a 10 de octubre de 2017.

(57) La decisión de la Mesa de admitir a trámite las referidas propuestas de resolución fue adoptada pese a las rotundas advertencias que les fueron formuladas por el Secretario General y el Letrado Mayor. En la misma fecha se rechazó la solicitud de reconsideración del acuerdo formulada por el Grupo parlamentario Socialista, que interpondría recurso de amparo contra esos actos parlamentarios.

(58) El título VII de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, bajo la rúbrica «Proceso constituyente», aborda cuestiones como la activación y las características fundamentales (art. 85); las fases del proceso (art. 86); el proceso participativo (art. 87); la Asamblea constituyente (art. 88) y la ratificación del referéndum (art. 89).

(59) La resolución aprobada el 27 de octubre de 2017, bajo la denominación «Declaración de los representantes de Cataluña», añade un pronunciamiento no contemplado en la Declaración de mismo título de 10 de octubre: «*assumim el mandat del poble de Catalunya expressat en el Referéndum d'Autodeterminació del 1 d'octubre i declarem que Catalunya esdevé un estat independent en forma de República*».



*Generalitat* «a dictar todas las resoluciones necesarias para el desarrollo de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república» (60). Y concluye acordando la creación de una comisión parlamentaria de investigación «para determinar las responsabilidades del Gobierno del Estado Español», en relación con los sucesos del 1 de octubre.

Las resoluciones de 27 de octubre de 2017 evidencian la voluntad del Parlamento de Cataluña de proseguir y dar soporte al proceso constituyente y secesionista ya declarado inconstitucional, materializando una hipotética desconexión del Estado español. Su finalidad parece evidente, la independencia de Cataluña, la proclamación como república, la aplicación de un régimen jurídico transitorio y el inicio del denominado proceso constituyente con la ruptura consiguiente del orden constitucional. Estas resoluciones actúan como desarrollo tanto de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación —anulada por la STC 114/2017, de 17 de octubre— como de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república— en aquel momento suspendida y posteriormente anulada por la STC 124/2017, de 8 de noviembre—.

La aprobación de las resoluciones de 27 de octubre lleva al Gobierno central a formular un nuevo incidente de ejecución de sentencia resuelto por el Constitucional mediante el Auto 144/2017, de 8 de noviembre (61). El Alto Tribunal sigue una línea continuista en sus pronunciamientos. En primer lugar, señala que las resoluciones de 27 de octubre de 2017 constituyen una arrogación por la Cámara autonómica de atribuciones inherentes a la soberanía, superiores a las que derivan de la autonomía reconocida por la CE y se coloca, una vez más, en una «resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional» (62). El reiterado incumplimiento de los mandatos del Alto Tribunal, junto con la pretensión ya repetida de «cancelar en el territorio de Cataluña y

---

(60) Sirvan aquí algunos ejemplos: dar efectividad a la nacionalidad catalana (arts. 7, 8 y 9); promover el reconocimiento de la república catalana ante todos los Estados e instituciones; establecer el régimen de integración de los funcionarios de la AGE, la local, la universitaria y de la Administración de Justicia; establecer el régimen para el ejercicio de la autoridad fiscal, seguridad social, y catastral (arts. 80 a 83), entre muchas otras cuestiones. Todos los preceptos citados se refieren a la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república.

(61) El ATC 144/2017, de 8 de noviembre, resuelve el incidente de ejecución formulado por el Gobierno el 30 de octubre de 2017. El objeto se centra en la solicitud de nulidad y privación de efectos jurídicos de las resoluciones aprobadas por el Pleno del Parlamento en su sesión de 27 de octubre de 2017, por contravenir lo ordenado en la STC 114/2017, de 17 de octubre y en la providencia de 12 de septiembre de 2017.

(62) En ese tenido, SSTC 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero; 138/2015, de 11 de junio; 259/2015 de 2 de diciembre; 52/2017, de 10 de mayo; 77/2017, de 21 de junio; 90/2017, de 5 de julio, y 114/2017, de 17 de octubre; AATC 141/2016, 170/2016, 24/2017, 123/2017 y 124/2017, por citar los principales.

para todo el pueblo catalán, la vigencia de la CE, del EA y de cualesquiera reglas de derecho que no se avinieran o acomodaran al dictado de su nuda voluntad», sitúan al Parlamento, a juicio del Constitucional, al margen del Derecho, entrando en una intolerable vía de hecho (63).

La renuencia implacable de la Cámara autonómica a someterse a los mandatos del TC se interpreta, además de como un desacato inadmisibles, como un verdadero riesgo para las garantías y los derechos previstos en la CE y en el EAC. El TC rechaza de nuevo toda posibilidad de llevar a cabo un proyecto de desconexión del Estado español a través de mecanismos de reforma constitucional ajenos a los procedimientos expresamente previstos (64). De acuerdo con esto, el Alto Tribunal estima el incidente de ejecución y declara las resoluciones de 27 de octubre de 2017 inconstitucionales y nulas, deduciendo testimonio para el posible ejercicio de acciones penales frente a la presidenta del Parlamento de Cataluña y de los miembros de la Mesa que votaron a favor de admitir a trámite las referidas propuestas de resolución (65).

El desafío planteado desde el Gobierno y el Parlamento de Cataluña dio pie a la activación por el Gobierno central del mecanismo de control previsto en el art. 155 CE (66). Un instrumento de defensa del orden constitucional, calificado de extraordinario, al tratarse de una vía específica de coerción directa del Estado sobre las CCAA. El precepto configura una modalidad de control de la actividad de los órganos de las CCAA (67). Este permite al Gobierno adoptar «las medidas que sean necesarias» en aras de obligar a una CA a cumplir con los mandatos que la CE u otras leyes le impongan, en

---

(63) ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 5) y, en el mismo sentido, SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4), y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7), así como ATC 24/2017, de 14 de febrero (FJ 9).

(64) En el mismo sentido, SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4), 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7) y STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5).

(65) El TC señala que las actuaciones llevadas a cabo por la presidenta del Parlamento y de los miembros de la Mesa que votaron a favor de admitir a trámite las referidas propuestas de resolución, constituyen un incumplimiento objetivo de su deber de acatar las resoluciones del TC. Por ello, da traslado al Ministerio Fiscal a fin de que, si lo estima pertinente, promueva el ejercicio de las acciones penales que considere procedentes.

(66) Art 155 CE dispone que, «si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas». Se dejan de lado las consecuencias penales por quedar fuera del marco de la especialización jurídica de este trabajo.

(67) STC 33/2018, de 12 de abril (FJ 12).

caso de que exista un incumplimiento o un atentado grave contra el interés general de España. Pese a su excepcionalidad, no se trata de un instrumento desconocido en nuestro entorno. Su origen directo se halla en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn (68); y junto con España, países como Italia, Austria o Portugal, también prevén, con algunas diferencias de un texto constitucional a otro, la posibilidad de que en determinados casos extremos se lleguen a disolver, suspender o sustituir los órganos de una Región autónoma o de un Estado federado (69). Incluso el Tratado de la Unión Europea recoge un mecanismo específico de defensa de los valores en los que se fundamenta la Unión. Además, aun cuando hasta ahora su aplicación en España ha permanecido inédita, ésta se había contemplado anteriormente, y con ciertos visos de efectividad, hasta en dos ocasiones previas: Canarias y el País Vasco (70).

En todo caso, la puesta en marcha del art. 155 CE supuso el inicio de una nueva etapa en el proceso secesionista. Definida por la intervención de la autonomía catalana, el primer paso se materializó en la disolución del Parlamento catalán, la destitución del Gobierno de la *Generalitat* y la convocatoria de elecciones autonómicas para el 21 de diciembre de 2017. La trascendencia de su aplicación efectiva es innegable y prueba de ello es la proliferación de estudios especializados sobre la naturaleza, los límites y el alcance de las medidas derivadas del art. 155 CE (71). Por ello, el epígrafe siguiente esquematiza el *iter* de los acontecimientos vividos en el caso de Cataluña, analizando los

---

(68) El origen del mecanismo de coerción incorporado en el art. 155 CE puede localizarse en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn cuyo tenor literal dispone que, «*si un Land no cumpliera los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del Bundesrat, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal. Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los Länder y a las autoridades de los mismos*». Cito por STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 10). Vid. (J. M<sup>o</sup>. LAFUENTE BALLE, 2018: 79-121).

(69) Cfr. Art. 126 del Texto originario de la Constitución de la República italiana, promulgada el 27 de diciembre de 1947; art. 100 de la Ley Constitucional Federal de Austria de 1920 (*Osterreichische Bundesverfassung*); y art. 234 de la Constitución portuguesa.

(70) Como señala RIDAO MARTÍN, «la primera en febrero de 1989, cuando el Gobierno del Estado, ante los reiterados incumplimientos del gobierno de la Comunidad de Canarias en la aplicación de las reducciones arancelarias acordadas con la Comunidad Europea, requirió al Presidente de dicha CA en la forma prevista en el precepto constitucional. La segunda de las ocasiones tuvo lugar tras una acumulación progresiva de enfrentamientos entre el gobierno vasco y el del Estado, primero a propósito de la aplicación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y, después, con el planteamiento de los denominados "Planes Ibarretxe I y II"». (J. RIDAO MARTÍN, J., 2018:170-171). Para el análisis de lo acontecido en el País Vasco, vid. (E. VIRGALA FORURIA, 2005: 55).

(71) Entre otros autores (L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2016: 277-304); (J. RIDAO MARTÍN, 2018:169-203); (J. M<sup>o</sup>. LAFUENTE BALLE, 2018 a: 77-116); (E. ALBERTÍ ROVIRA, 2018: 1-23); (J. URÍAS, 2019: 101-114).

presupuestos de aplicación del mecanismo de coerción estatal y el conjunto de medidas derivadas del acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017 (72).

## **7. La aplicación del artículo 155 CE: los 218 días de intervención de la autonomía en Cataluña**

El punto de partida lo marca aquí el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprobaron las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del art. 155 CE, en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017 (73). La confusión generada por los acontecimientos vividos el 10 de octubre de 2017 en el Parlamento de Cataluña —con las declaraciones efectuadas por el presidente de la *Generalitat*, a las que unir la firma de este, su Gobierno y los Grupos parlamentarios de JxSí y la CUP de un manifiesto de constitución de la república catalana— exigían una aclaración del contenido y alcance de estas actuaciones. Por ello, en su reunión de 11 de octubre de 2017, el Consejo de Ministros aprobó el acuerdo por el que, en aplicación del art. 155 CE, se formulaba un requerimiento al presidente de la *Generalitat* de Cataluña intimándole a cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales y a cesar en el total de actuaciones contrarias al interés general de España (74).

El requerimiento remitido por el presidente del Gobierno juega un papel determinante como requisito previo al ejercicio del art. 155 CE (75). Para cum-

---

(72) Se deja para el apartado destinado al análisis de la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos del Alto Tribunal sobre el art. 155 CE.

(73) Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre, de aprobación de las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del art. 155 CE y Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 155 CE, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. presidente de la *Generalitat* de Cataluña, para que esta proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general (BOE extraordinario, núm. 260, de 27 de octubre de 2017).

(74) En ese sentido se pronuncia el requerimiento remitido el 11 de octubre de 2017 por el presidente del Gobierno central al presidente de la *Generalitat* de Cataluña. Documento disponible en: <https://assets.documentcloud.org/documents/4106869/Requerimiento.pdf> (fecha de última consulta, 5 de diciembre de 2019).

(75) Aun cuando la importancia del requerimiento, como requisito previo al ejercicio del art. 155 CE, es incontestable, la mayor atención que precisa su contenido tiene su razón de ser en las especiales consecuencias que se quisieron vincular a este en los recursos de inconstitucionalidad planteados frente al Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, y que, como se verá, fueron desestimados por el TC en las SSTC 89/2019 de 2 de julio y 90/2019, de 2 de julio. Si bien, entendemos que un análisis en profundidad del contenido del requerimiento excede del objeto de este trabajo, debiendo abordarse en un estudio específico del mecanismo previsto en el art. 155 CE.

plir con su objetivo, evitando dudas en su contenido, el texto se divide en dos partes diferenciadas. Una primera, en la que se expone la relación de motivos que se entiende habilitan al Gobierno a iniciar el procedimiento previsto en el art. 155 CE (76); y una segunda, en la que se exhorta al presidente de la *Generalitat* a confirmar, sin atisbo de duda, si el 10 de octubre de 2017 se declaró o no la independencia de Cataluña, compeliéndole a actuar en consecuencia según su respuesta. El requerimiento concedía un plazo de cinco días para responder y advertía que, «la ausencia de respuesta, o cualquier respuesta que no fuera claramente negativa sería entendida como una confirmación de la declaración de independencia». Asimismo, en el caso de que se confirmara la declaración de independencia, se le otorgaba un nuevo plazo de 72 horas adicionales para «revocar dicha declaración y restaurar el orden constitucional y estatutario ordenando el cese de cualquier actuación dirigida a la promoción, avance o culminación del denominado proceso constituyente tendente a la declaración y configuración de Cataluña como un Estado independiente del resto de España, con cumplimiento íntegro de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (77). A partir de este momento los presidentes de los Ejecutivos nacional y autonómico inician una relación epistolar de ida y vuelta de la que no se obtuvo ningún resultado positivo (78). El grado de suficiencia de las respuestas brindadas en sus respectivas comunicaciones se interpretó de forma muy diferente dependiendo de la fuerza política que hiciera el análisis. Mientras que el Ejecutivo de la nación entendió que, «la contestación del requerimiento —presidente de la *Generalitat*— pone de manifiesto la deliberada voluntad de persistir en la secesión de España y atentar de modo flagrante contra la soberanía nacional del pueblo español, y la integridad territorial

---

(76) La primera parte del requerimiento describe, a lo largo de nueve extensos apartados, lo que el Gobierno de la nación entiende como un incumplimiento manifiesto, contumaz y deliberado, por parte de la CA de Cataluña y sus máximas instituciones gubernamentales y parlamentarias, de sus obligaciones constitucionales a través de la puesta en marcha de un proceso de secesión respecto del Estado español.

(77) En la segunda parte del requerimiento, el Gobierno central exhorta al presidente de la *Generalitat* a que «confirme si alguna autoridad de la *Generalitat* de Cataluña ha declarado la independencia y/o si en su declaración del 10 de octubre de 2017, ante el Pleno del Parlamento implica la declaración de independencia al margen de que esta se encuentre o no en vigor».

(78) El presidente de la *Generalitat* respondió al requerimiento de 11 de octubre mediante una carta fechada el día 16 de ese mes, misma fecha en la que, a su vez, obtuvo debida respuesta del presidente de la nación. La segunda contestación del presidente de la *Generalitat* a Mariano Rajoy llegaría el 19 de octubre a través de una carta en la que, a la vista de las posiciones mostradas, concluye que, «si el Gobierno del Estado persiste en impedir el diálogo y continuar la represión, el Parlamento de Cataluña podrá proceder, si lo estima oportuno, a votar la declaración formal de la independencia que no votó el día 10 de octubre».

del Estado, que son pilares básicos de la CE» (79). Desde el Parlamento de Cataluña se afirma todo lo contrario y se señala que todas las cuestiones planteadas en el requerimiento de octubre de 2017 fueron debidamente atendidas y objeto de cumplida contestación por parte del presidente de la *Generalitat* en las misivas de 16 y 19 de octubre de 2017, donde se niega la existencia de una declaración de independencia por las instituciones catalanas. En línea con esta postura, mostrando su pleno apoyo a los argumentos anteriores, se muestra el Grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea que pone especial énfasis en la insuficiencia del requerimiento formulado por el Ejecutivo nacional al que imputa graves defectos de fondo y de forma (80).

El Consejo de Ministro declaró oficialmente no atendido el requerimiento de 11 de octubre de 2017. Se entiende, en consecuencia, que el presidente de la *Generalitat* dio carta de naturaleza al referéndum declarado inconstitucional, ignorando los pronunciamientos de la STC 114/2017, de 17 de octubre. Y se confirma la ruptura con el orden constitucional y estatutario de dicha CA al haber desatendido «el cese de cualquier actuación dirigida a la promoción, avance o culminación del denominado proceso constituyente, tendente a la declaración y configuración de Cataluña como Estado independiente, con cumplimiento íntegro de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». Por último, el Consejo de Ministros concluía que la falta de traslado del requerimiento a la presidenta y a la Mesa del Parlamento de Cataluña, pone de manifiesto un absoluto desprecio a la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo, evidenciando que ambas instituciones —Gobierno y Parlamento de Cataluña— actúan como si de un solo poder y una sola voluntad se tratara (81). De este modo, entendiendo cumplidos los requisitos que justifican la puesta en marcha del art. 155 CE, el Gobierno de la nación acuerda solicitar al Senado la autorización exigida por dicho precepto a fin de poder adoptar las medidas necesarias para garantizar el advenimiento de las instituciones catalanas al cumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, protegiendo con ello el interés general nacional (82). El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017, incorpora para su autorización, una propuesta

---

(79) Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017.

(80) El Grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea formuló 17 votos particulares al Dictamen de la Comisión Conjunta de las Comisiones General de las Comunidades Autónomas y Constitucional relativo a la aprobación de las medidas propuestas por el Gobierno de España al Senado a las que se refiere el art.155 CE (BOCGS núm. 166, de 28 de octubre de 2017).

(81) Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, apartado C, «Requerimiento previo», *in fine*, publicado por la Secretaría de Estado de Comunicación, págs. 7-9.

(82) Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017.

de medidas centradas en cinco apartados clave: «A. Medidas dirigidas al presidente de la *Generalitat* de Cataluña, al vicepresidente y al Consejo de Gobierno», «B. Medidas dirigidas a la Administración de la *Generalitat*», «C. Medidas singulares sobre determinados ámbitos de actividad administrativa», «D. Medidas dirigidas al Parlamento de Cataluña» y «E. Medidas de carácter transversal», previéndose que «las medidas que resulten autorizadas por el Senado, entrarán en vigor desde el momento de la publicación del presente Acuerdo en el Boletín Oficial del Estado» (apartado E.10, segundo párrafo). El 27 de octubre, el Pleno del Senado, entendiéndose cumplidos los requisitos del art. 155 CE, aprobaba —con algún condicionamiento y modificación— la propuesta de medidas elevadas por el Gobierno de la nación, dando luz verde a la efectiva intervención de la autonomía catalana.

Esta etapa se cierra con la interposición, por el Grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (en el Congreso de los Diputados) y por el Parlamento de Cataluña, de dos recursos de inconstitucionalidad formulados contra el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017 y las medidas adoptadas por el Gobierno para su ejecución (83). La importancia de estos recursos se refleja en las sentencias del Constitucional que los resuelven desestimando la mayor parte de sus pretensiones y clarificando, entre otras cuestiones, las incógnitas del art. 155 CE (84). Así, las SSTC 89/2019 y

---

(83) El 4 de diciembre de 2017, tuvo entrada en el registro del TC el recurso interpuesto por Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea contra el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017. El recurso 5884-2017 se interpone contra la totalidad del acuerdo y, subsidiariamente, en relación con los apartados A (cese del presidente y Gobierno de la *Generalitat* y facultad de disolución parlamentaria y convocatoria de elecciones), B (en la previsión por la que se autoriza a someter la actuación de la administración de la *Generalitat* a un régimen de comunicación o autorización previa), C.1 (en cuanto a la sustitución de la Policía de la *Generalitat* por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), D, en su totalidad, y las previsiones de los apartados E.2 y E.3. Del mismo modo, mediante escrito registrado en el Constitucional el 9 de enero de 2018, el Parlamento de Cataluña, en cumplimiento de la Resolución 818/XI, adoptada por el pleno de la Diputación Permanente, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017 y contra todas las disposiciones dictadas en desarrollo, o como complemento o adición, de las medidas aprobadas por el referido acuerdo. Salvando alguna diferencia, ambos recursos se articulan sobre la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del Acuerdo senatorial por las vulneraciones procedimentales en que se habría incurrido durante su tramitación, primero gubernamental y luego parlamentaria, así como en relación con las medidas aprobadas por el Pleno de la Cámara, las cuales excederían de lo previsto en el art.155 CE. Entendemos que el análisis de tales vicios procedimentales supera el objeto de este trabajo por lo que nos remitimos para su esclarecimiento a los pronunciamientos de las SSTC 89/2019 y 90/2019 de 2 de julio.

STC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3).

(84) En la STC 89/2019, de 2 de julio, el Alto Tribunal acuerda estimar parcialmente el recurso 5884-2017, y, en su virtud, declarar la inconstitucionalidad del párrafo segundo del apartado E.3 aprobado por el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, desestimando el recurso en todo lo demás. Del mismo modo, la STC 90/2019, de 2 de

90/2019, ambas de 2 de julio, resultan fundamentales para conocer tanto la naturaleza y alcance del procedimiento previsto en el art. 155 CE, como, en particular, la profundidad de la injerencia en la autonomía catalana de las medidas adoptadas por el Ejecutivo central (85).

Tal y como hemos visto, el art. 155 CE habilita al Estado para constreñir o limitar la autonomía garantizada constitucionalmente a las CCAA, siempre que concurran los presupuestos necesarios para ello. Es decir, este mecanismo extraordinario de coerción no queda exento de límites, por lo que el examen de las medidas propuestas por el Gobierno, y autorizadas por el Senado, debe efectuarse a la luz de los requisitos fijados en el precepto. El primero de estos vendría determinado por la exigencia de un especial y grave comportamiento autonómico. Como reconoce el TC, no cabe incoar este procedimiento sino cuando se esté ante una actuación autonómica que incumpla la CE u otras leyes, o atente gravemente al interés general de España, y ante la que no exista otra vía posible para restaurar «el orden constitucional transgredido, o así se prevea fundadamente que vaya a ser en atención ya a la actitud inequívocamente renuente de los mismos órganos superiores de la CA, ya a la propia entidad del ilícito de que se trate» (86). El segundo requisito lo constituye la «necesariedad de las medidas» que el precepto permite aprobar y adoptar. El art. 155.1 CE no especifica los medios en los que puede materializarse la coerción estatal. Queda abierta la posible propuesta y autorización de cuantas medidas sean precisas a fin de hacer frente a todas aquellas actuaciones contra las que no sirvan las respuestas ordinarias. El límite vendría dado por la vinculación inexorable de las «medidas necesarias» a la finalidad que se pretende: bien obligar a la CA a cumplir con las obligaciones constitucionales y legales incumplidas, bien preservar o proteger el mencionado interés general contra el que se ha atentado (87). Ahora bien, como aclara el TC, «el concepto

---

julio, por la que se resuelve el recurso 143-2018, interpuesto por el Parlamento de Cataluña, acuerda inadmitir parcialmente el recurso en lo que respecta a todas las disposiciones que se han dictado, sin solución de continuidad, en desarrollo o como complemento o adición de las medidas aprobadas por el Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017. Al tiempo que declara la pérdida sobrevenida de objeto del recurso en lo relativo al párrafo segundo del apartado E.3 incluido en el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017. El TC desestima el recurso en todo lo demás.

(85) De especial interés aquí resulta el trabajo de (J. M<sup>o</sup>. LAFUENTE BALLE, 2018a: 77-116).

(86) En este sentido, STC 89/2109, de julio (FJ 4c). Como señala el TC, «estamos ante un precepto cuya aplicación solo procede en circunstancias especialmente críticas, a fin de remediar la conducta de una CA, manifestada mediante actos o disposiciones formales o resultante de comportamientos fácticos, en la que pone de manifiesto la grave alteración jurídica e institucional en parte del territorio nacional», STC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 17a) y STC 89/2109, de julio (FJ 4b). Se trata de una vía de último recurso, STC 215/2014, de 18 de diciembre (FJ 8).

(87) STC 89/2019, de 17 de julio (FJ 4b).



«medida necesaria» que emplea el art. 155 CE supone un límite jurídico que el Tribunal ha de utilizar para juzgar, no la medida en sí, sino el juicio que han realizado otros órganos constitucionales, el Gobierno y el Senado, acerca de la adecuación de la medida a las circunstancias que han desencadenado la aplicación del art. 155 CE» (88). Por lo tanto, la función que debe cumplir el TC, en su condición de garante de la CE, es la de enjuiciar la valoración que Gobierno y Senado han hecho sobre la necesidad de las medidas acordadas comprobando para ello si estas se ajustan o no a las exigencias del art. 155 CE. Queda fuera, por tanto, toda posibilidad de que el Constitucional pueda sustituir el juicio político que corresponde hacer a estos órganos, a los que la CE les ha conferido la articulación del poder de coerción sobre las CCAA.

La injerencia en la autonomía catalana, derivada de la aplicación del art. 155 CE, obliga a analizar con detalle las medidas autorizadas por el Senado y ejecutadas por el Gobierno (89). Tales medidas, materializadas en una ingente cantidad de normas, se entienden ajustadas a la CE, bien por declaración expresa del Constitucional, bien por no haber sido recurridas por los interesados (90). Esta última opción, la ausencia de controversia, justifica

---

(88) *Ibidem* (FJ 11b).

(89) Una vez introducidas por el Senado las modificaciones oportunas al Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017.

(90) Reales Decretos 942 a 946/2017, todos ellos de 27 de octubre, por los que se dispone, respectivamente, el cese del presidente de la *Generalitat* de Cataluña; el cese del vicepresidente y de los consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la *Generalitat*; designación de órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de Cataluña; la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la *Generalitat* de Cataluña y el cese de distintos cargos de la *Generalitat*; y la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y su disolución (todos ellos publicados en el BOE núm. 261, de 28 de octubre de 2017). Por su parte, el Real Decreto 953/2017, de 31 de octubre, establece normas complementarias para la realización de las elecciones al Parlamento de Cataluña (BOE núm. 267, de 3 de noviembre de 2017); Real Decreto 954/2017, de 31 de octubre, de adopción de diversas medidas respecto de la organización de la *Generalitat* de Cataluña y el cese de distintos altos cargos de la misma (BOE núm. 266, de 2 de noviembre de 2017); el Real Decreto 983/2017, de 10 de noviembre, nombra a la directora general de Modernización de la Administración de Justicia de la *Generalitat* (BOE núm. 274, de 11 de noviembre de 2017); y el Real Decreto 990/2017, de 17 de noviembre, nombra al director general de Centros Concertados y Centros Privados de la *Generalitat* (BOE núm. 280, de 18 de noviembre de 2017). En este sentido, destacan también algunas órdenes ministeriales como la Orden INT/1038/2017, de 28 de octubre por la que se dispone el cese de Josep Lluís Trapero Álvarez en la plaza de la categoría de Mayor de la Escala Superior del Cuerpo de *Mossos d'Esquadra* (BOE núm. 262, de 28 de octubre de 2017); la Orden ECD/1142/2017, de 22 de noviembre por la que se nombra, presidente del Consejo de Dirección del Consorcio de Educación de Barcelona (BOE núm. 286, de 24 de noviembre de 2017); la Orden INT/1074/2017, de 7 de noviembre sobre delegación de funciones en órganos del Departamento de Interior de la *Generalitat* de Cataluña (BOE núm. 271, de 8 de noviembre de 2017); la Orden PRE/255/2017, de 30 de noviembre, de

que aquellas medidas no recurridas no sean objeto de comentarios en este trabajo.

### **A) Medidas dirigidas al presidente de la Generalitat de Cataluña, al vicepresidente y al Consejo de Gobierno, medidas de carácter general**

El Acuerdo de 21 de octubre de 2017, solicitaba como primera medida,

«La autorización al Gobierno de la nación para proceder al cese del presidente de la *Generalitat* de Cataluña, del vicepresidente y de los consejeros que integran el Consejo de Gobierno de la *Generalitat* de Cataluña. El cese implica la sustitución en el ejercicio de todas las funciones que estatutaria, legal y normativamente les son propias como presidente, vicepresidente y miembros del Consejo de Gobierno y como titulares de sus respectivos Departamentos o Consejerías. A partir de ese momento, el ejercicio de dichas funciones corresponderá al Gobierno de la nación o a los órganos o las autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación» (91).

Estas medidas constituyen el epicentro de las decisiones adoptadas por el Senado. El Gobierno pasó a ejercer, a través de sus diversas articulaciones orgánicas, las funciones del presidente, vicepresidente y demás miembros del Consejo de Gobierno de la CA. Por tanto, en virtud del título que otorga el art. 155 CE, pasó a ser órgano de gobierno, extraordinario y a efectos funcionales, de la CA a la que habrían de imputarse las disposiciones y actos que en esa posición adoptara el Ejecutivo central (92).

---

delegación de competencias de la persona titular del Departamento de la Presidencia a favor de la persona titular de la Secretaría General de la Presidencia (Orden de 30 de noviembre, publicada en el BOE núm. 294, de 4 de diciembre de 2017, y la Orden HFP/1102/2017, de 16 noviembre, sobre operaciones contables de cierre del ejercicio presupuestario de 2017 (BOE núm. 279, de 17 de noviembre de 2017).

(91) Este último párrafo resultó finalmente modificado por el Senado. Donde el Acuerdo del Consejo de Ministros disponía que, «el ejercicio de dichas funciones corresponderá a los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación», el Senado añadió, «el ejercicio de dichas funciones corresponderá al Gobierno de la nación o a los órganos o las autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación».

(92) Como se expondrá más adelante, la intervención del Gobierno central fue valorada de forma sustancialmente distinta por secesionistas y constitucionalistas. Mientras que en los primeros cundió la sensación de implacable represión política, en los segundos, se comprueba una interpretación de tibieza en las medidas adoptadas. Entre estos últimos, por ejemplo, hay autores como ÁLVAREZ GARCÍA quien afirma que «la medida de sustitución temporal de los titulares máximos de los órganos de gobierno autonómicos catalanes, que, repito, quizá podría haber sido suficiente para hacer frente a la situación de crisis antes de la declaración unilateral de independencia, dejó paso a la necesidad de una medida más incisiva a partir de ese momento: la revocación definitiva de sus cargos como nueva medida necesaria y proporcionada para hacer frente a la «rebelión» del Ejecutivo catalán». (V. ÁLVAREZ GARCÍA, 2017:7).

Junto con lo anterior, el Senado autorizó una solicitud singular por la que,

«Se atribuye a favor del presidente del Gobierno de la nación la competencia para decretar la disolución anticipada del Parlamento de Cataluña o el fin de la legislatura y para la convocatoria de elecciones autonómicas (art. 10.c) de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la *Generalitat* y del Gobierno), la cual se ejercería en un plazo máximo de 6 meses desde la autorización por el Senado. Una medida que incide de forma evidente en el autogobierno de la CA en cuanto este tiene su sede esencial en la existencia de una asamblea democráticamente elegida (art. 155.2CE)».

La grave crisis constitucional que supuso la proclamación por el Gobierno catalán de una república catalana —ficticia en derecho, pero afirmada y propugnada de facto— con la que se pretendió romper la unidad de la nación española, constituye una razón suficiente para que el Constitucional declare ajustados a la CE los ceses y consiguientes sustituciones autorizados por el Senado. Para el Tribunal tales medidas no pueden ser tachadas de exorbitantes o desmedidas sino todo lo contrario. «Se trató de medidas con las que el Senado hubo de salir al paso, en defensa de la CE y del EA, de la arbitrariedad desplegada, con desprecio de toda norma que no sirviera a su propósito, por el Gobierno autonómico, socavando su propio fundamento constitucional y estatutario (arts. 1 y 2.4 EAC), sustrayéndose de toda vinculación a la CE y al resto del ordenamiento jurídico». Por lo tanto, el Alto Tribunal entiende que su cese responde a la necesidad de restaurar el orden constitucional comprometido. En concreto, para que los titulares de estos cargos públicos «no prosiguieran en la perpetración de actuaciones de ese género, sirviéndose para ello, como propias, de las instituciones de todos los ciudadanos de Cataluña, ni consumaran su propósito último de quebrar el Estado» (93). Es cierto que mantener el mismo ejecutivo autonómico resultaría inusual, pues confiar que ese mismo Gobierno se va a responsabilizar de restablecer la integridad de las funciones y competencias que tiene atribuidas, devolviéndolas a la legalidad, resulta como poco paradójico.

Por lo que se refiere a la disolución del Parlamento autonómico, el primer paso consistiría en aclarar que la intervención directa de una Asamblea legislativa —como fue la disolución del Parlamento catalán y la posterior convocatoria de elecciones autorizadas por el Senado— no queda excluida del art. 155 CE, siempre que se justifique como una medida temporal y necesaria (94). Sobre

(93) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 12) y STC 90/2019, de 2 de julio (FJ 7).

(94) Sobre la temporalidad de esta medida debe subrayarse que en ningún caso podría autorizarse la sustitución permanente de la Cámara autonómica. El Gobierno no puede quedar apoderado para hacer las veces del legislador ordinario (autonómico, en esta hipótesis), y tampoco tal sustitución podría correr a cargo de las Cortes Generales, que no están llamadas a intervenir en el ejercicio de la coerción estatal. Además, dicha sustitución permanente implicaría una suspensión indefinida del autogobierno, representado por el Parlamento, que no es posible

su necesidad, el TC reconoce la plena adecuación de esta medida al caso concreto, al entender que el Parlamento de Cataluña no resultó en absoluto ajeno a los hechos que desencadenaron la aplicación del procedimiento del art. 155 CE. En este sentido, basta recordar los acontecimientos vividos en el ámbito del Parlamento catalán desde la aprobación de la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, a la aprobación de las Leyes 19/2017, de 7 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, y 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república; la sesión celebrada el 10 de octubre de 2017 y el desarrollo de la sesión parlamentaria celebrada el 27 de octubre de 2017, en la que se aprobaron las denominadas «Declaración de los representantes de Cataluña» y «Proceso constituyente». Este *iter* permite al TC afirmar que «el Parlamento de Cataluña se ha alzado frente a la soberanía nacional residenciada en el pueblo español, convocando a una fracción de ese pueblo, en desafío a la unidad de la nación, a decidir la suerte del Estado común (arts. 1.2 y 2 CE), al tiempo que pretendía arrumar la actual posición institucional, conforme al ordenamiento en vigor, de la CA, con la consiguiente vulneración, por tanto, del principio constitucional de autonomía (art. 2 CE) y de las determinaciones basilares del propio Estatuto de Cataluña (arts. 1 y 2 EAC), minando así su inmediata fuente de autoridad» (95). Entiende el Alto Tribunal que con ello el Parlamento autonómico ha pretendido «cancelar de hecho, en el territorio de Cataluña y para todo el pueblo catalán, la vigencia de la CE, del EA y de cualesquiera reglas de derecho que no se avinieran o acomodaran al dictado de su nuda voluntad» (96). Al obrar de este modo, la Cámara «se ha situado por completo al margen del derecho», ha dejado «de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias propias y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto» (97).

De acuerdo con esto, el TC concluye que la autorización del Senado al presidente del Gobierno para disolver la Asamblea autonómica y para la

---

en el seno del art. 155 CE. En este sentido, *vid.* STC 89/2019, 2 de julio (FJ 11). Respecto a la disolución del Parlamento catalán, el TC entiende que «la medida en cuestión, tampoco desfigura la Asamblea, ni altera de modo permanente la condición y posición de la Cámara en el sistema institucional del que el Parlamento forma parte, por cuanto es aquí el modo en el que el Acuerdo procura la consecución del objetivo de restaurar la autonomía constitucionalmente garantizada y el retorno a la normalidad en el funcionamiento de las instituciones de la CA, en el seno de lo dispuesto en la CE y en el EA». STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 13).

(95) STC 52/2017, de 10 de mayo (FJ 8); STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 13) y STC 90/2019, 2 de julio (FJ 7).

(96) *Ibidem*.

(97) SSTC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5); 124/2017, de 8 de noviembre (FJ 5); 89/2019, de 2 de julio (FJ 13) y 90/2019, de 2 de julio (FJ 7).

convocatoria de elecciones, con la consiguiente formación de una nueva Asamblea, es sin duda una medida necesaria para restaurar el orden infringido, o al menos impedir que su conculcación persista, acomodándose con ello a las exigencias del art. 155.1 CE.

## **B) Medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat**

Tras los ceses expuestos y la disolución del Parlamento catalán, la Administración de la *Generalitat* continuó funcionando como la organización administrativa ordinaria que ejerce las funciones ejecutivas que el Estatuto y su normativa reguladora le atribuyen. Ahora bien, el Acuerdo senatorial de 27 de octubre acordaba que,

«Su actuación se llevaría a cabo bajo las directrices de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación en sustitución del presidente, del vicepresidente y de los consejeros de Gobierno. En este sentido, y para garantizar el normal funcionamiento de las distintas áreas de actividad de la Administración de la *Generalitat* de Cataluña, se acordó que dichos órganos o autoridades pudiesen: i) dictar y adoptar las disposiciones, actos, resoluciones, instrucciones u órdenes de servicio que sean necesarias para el ejercicio de las competencias y funciones asumidas; ii) someter a un régimen de comunicación o autorización previa las actuaciones de la Administración de la *Generalitat*, siendo nulos los actos, actuaciones y resoluciones que se adopten sin este requisito; iii) acordar el nombramiento, el cese, o la sustitución temporal con asunción de las funciones correspondientes, de cualesquiera autoridades, cargos públicos y personal de la Administración de la *Generalitat* de Cataluña, así como los de cualesquiera organismos, entes y entidades vinculadas o dependientes de la misma, y de su sector público empresarial» (98).

Estas medidas deben relacionarse con el art. 155.2 CE cuyo tenor literal dispone que, «para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas». La impartición de instrucciones es una forma de hacer valer la jerarquía entre el titular de esa potestad y quienes le están subordinados (99). En este caso, la potestad queda al servicio de la ejecución de las medidas autorizadas por el Senado, de forma que permite al Gobierno

---

(98) Junto con lo anterior queda también previsto que, «en caso de que el incumplimiento de las disposiciones, actos, resoluciones, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos o autoridades designadas por el Gobierno de la nación, pudiera ser constitutivo de responsabilidad disciplinaria, se podrá proceder a su exigencia, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa estatal y autonómica que resulte de aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades patrimoniales, contables, penales, o de otro orden a que pudieran dar lugar».

(99) Al respecto, SSTC 27/1983, de 20 de abril (FJ 2), y 54/1990, de 28 de marzo (FJ 1).

sobreponerse a las autoridades de la CA y poder dirigir su actuación cuando, como en este supuesto, los titulares de los órganos autonómicos de gobierno hayan sido cesados y sustituidos.

Las dudas sobre la constitucionalidad de estas medidas, planteadas en los recursos interpuestos por el Parlamento catalán y el Grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, se centran exclusivamente en el régimen de comunicación o autorización previa. Se afirma que dicha decisión supone la introducción de un nuevo régimen referido al contenido y efecto de las decisiones autonómicas ajeno a la finalidad y condiciones del art. 155 CE. El TC entiende, sin embargo, que esta medida resulta necesaria a la luz de las circunstancias concretas del caso, y afirma que «vinculada a la potestad constitucional de dar instrucciones, se encuentra la medida consistente en fijar los casos en los que las actuaciones de la Administración intervenida habrían de quedar sujetas a la previa comunicación o autorización del Gobierno, o de los órganos o autoridades por él designados, con la posibilidad, en el primer supuesto, de que se llegue a prohibir la concreta actuación proyectada» (100). Reconocida por tanto la constitucionalidad de las medidas examinadas, estas resultan de plena aplicación.

### **C) Medidas singulares sobre determinados ámbitos de actividad administrativa**

Junto con las anteriores, el Senado autorizó a los órganos y autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación a adoptar, adicionalmente, medidas singulares sobre las siguientes áreas:

#### **1. Seguridad y orden público**

«Acordado el cese del presidente de la *Generalitat* de Cataluña y del consejero titular del Departamento de Interior en el ejercicio de las funciones previstas en el art. 164 del EAC, y en su caso, de las autoridades dependientes, el ejercicio de dichas funciones corresponderá a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación, que podrán dictar instrucciones directas y de obligado cumplimiento a los miembros de la Policía de la *Generalitat* de Cataluña-*Mossos d'Esquadra*. Los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación podrán acordar el despliegue de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Cataluña, coordinando la actuación de la Policía de la *Generalitat* de Cataluña-*Mossos d'Esquadra*. En el caso de que sea necesario, los miembros

---

(100) Todo ello, claro está, con independencia de que tales actos puedan someterse al correspondiente control judicial que, en todo caso, afectaría a su eventual aplicación, pero no a la medida en sí. STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 14).

del Cuerpo de Policía de la *Generalitat* de Cataluña-Mossos d'Esquadra serán sustituidos por efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el caso de que el incumplimiento de las disposiciones, actos, resoluciones, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación, pudiera ser constitutivo de responsabilidad disciplinaria, se podrá proceder a su exigencia, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa estatal y autonómica especial que resulte de aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades patrimoniales, contables, penales, o de otro orden a que pudieran dar lugar».

En relación a estas, los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente al Acuerdo del Senado plantean, en concreto frente a la prevista sustitución de los Mossos por la Policía nacional o por la Guardia civil, la misma cuestión *supra* examinada: una suerte de sustitución de la Administración de la *Generalitat* en el ámbito de la seguridad pública que altera la distribución competencial entre Estado y CA. Este argumento fue rápidamente desechado por el TC al recordar que, «el art. 155 CE permite, en los términos en él previstos, limitar o modular las competencias autonómicas en el grado que el Gobierno y, en última instancia, el Senado, consideren necesario en atención a las circunstancias», con lo que la tacha fundada en la alteración del orden competencial no fue atendida (101). Fuera de la cuestión competencial debe recordarse que, con el cese y la sustitución del presidente y demás miembros del Consejo ejecutivo de la *Generalitat*, el Gobierno pasó a ejercer todas sus funciones. De este modo «el mando supremo de la Policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*», que el art. 164.3 EAC atribuye a la *Generalitat*, pasó a ser ejercido por aquellos órganos o autoridades, apoderados por el párrafo primero del apartado C.1 para «dictar instrucciones directas y de obligado cumplimiento a los miembros de la Policía de la *Generalitat-Mossos d'Esquadra*». En realidad, la medida impugnada responde a una reasignación de efectivos según lo requirieran las circunstancias en las que se han de prestar los distintos servicios policiales que, excepcionalmente, habrían de contar con un mando superior común. Por lo tanto, ninguna tacha constitucional se predica de este extremo.

## 2. Gestión económica, financiera, tributaria y presupuestaria

*«Se habilita al Gobierno de la nación, por sí mismo o a través de los órganos previstos en el apartado «Medidas dirigidas a la Administración de la Generalitat» a ejercer las competencias necesarias en materia económica, financiera, tributaria y presupuestaria, para que en beneficio del interés general, se garantice la prestación de los servicios públicos esenciales, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. Se destaca que, en especial, se adoptarán las medidas necesarias que*

---

(101) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 15).

*permitan: i) garantizar que la totalidad de los fondos que por cualquier concepto corresponda transferir del Estado a la CA, a sus organismos, entes y entidades vinculadas o dependientes de la misma y de su sector público empresarial, no se destinen a actividades o fines vinculados o relacionados con el proceso secesionista que motiva el presente acuerdo o que contravengan las medidas contenidas en el mismo; ii) garantizar que los ingresos que corresponde recaudar o recibir por cualquier título a la CA, a sus organismos entes y entidades vinculadas o dependientes de la misma y a su sector público empresarial, no se destinen a actividades o fines vinculados o relacionados con el proceso secesionista que motiva el presente acuerdo o que contravengan las medidas contenidas en el mismo».*

### **3. Área de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y audiovisuales (102).**

*«Corresponderá a los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación: i) el ejercicio de las funciones de la Generalitat de Cataluña relativas a las telecomunicaciones y a los servicios digitales; ii) el ejercicio de las funciones de la Generalitat de Cataluña relativas a las tecnologías de la información, y en particular, las funciones de gobierno y administración del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y del Centro de la Seguridad de la Información de Cataluña».*

En este punto debe hacerse referencia a la enmienda aprobada al Grupo parlamentario socialista sobre el control de los medios catalanes de comunicación pública, conforme a la cual se suprimió el párrafo C.3.3, referido al control del servicio público autonómico de comunicación audiovisual para garantizar una información veraz y objetiva. Al respecto señala RUIZ ROBLEDO que, a pesar de ello, el apartado B del Acuerdo, que facultaba al Gobierno central para el control de cualesquiera organismos, entes, entidades y empresas públicas vinculadas o dependientes de la Administración de la *Generalitat*, permitiría la intervención de la corporación catalana de Medios Audiovisuales y de la empresa *Televisió de Catalunya* para evitar que la televisión catalana siguiera al servicio del independentismo más recalcitrante (103). Ahora bien, como advierte LAFUENTE BALLE, «esta enmienda formó parte del pacto entre el Partido Popular y el Partido Socialista con el que se aprobó el Acuerdo del Senado. Tratándose de una propuesta del Grupo parlamentario socialista, no parece imaginable que el Gobierno central

---

(102) El Acuerdo del Senado, de 27 de octubre de 2017, excluye de su aprobación las previsiones del último párrafo del apartado C.3, propuesto por el Consejo de Ministro en el Acuerdo de 21 de octubre de 2017. Se trata de uno de los cambios más substantivos que el Senado introdujo en el Acuerdo del Gobierno, excluyendo el «servicio público autonómico de comunicación audiovisual» de los ámbitos de actividad administrativa de la *Generalitat* de Catalunya sometidos a medidas singulares de intervención.

(103) (A. RUIZ ROBLEDO: 2017).



invocase en algún momento el apartado B para intervenir TV3. Más aún, tampoco parece aconsejable para los intereses ni del PP, ni del PSOE, objetar un pacto de Estado tan laborioso de alcanzar y tan frágil de sostener» (104).

## D) Medidas dirigidas al Parlamento de Cataluña

A fin de garantizar que el Parlamento de Cataluña ejerciese la función representativa que tiene encomendada, haciéndolo con pleno respeto a la CE y el EA, el Senado autorizó las siguientes medidas,

D. 1 «Mientras se mantenga la vigencia de las presentes medidas y hasta la constitución del nuevo Parlamento de Cataluña surgido de las elecciones que se celebren de acuerdo con lo establecido en el apartado «Medidas dirigidas al presidente de la *Generalitat* de Cataluña, al Vicepresidente y al Consejo de Gobierno», el presidente del Parlamento de Cataluña no puede proponer candidato a la presidencia de la *Generalitat*, ni el Parlamento celebrar debate y votación de investidura.

En realidad, tras la inmediata convocatoria de elecciones y simultánea disolución de la Cámara, estas medidas no tuvieron efectividad alguna. Aun así, debemos señalar que la previsión contemplada, referida a la imposibilidad de culminar un procedimiento de investidura, no es sino una consecuencia obligada de las decisiones de cese y sustitución adoptadas al amparo del art. 155.1 CE y cuya constitucionalidad ya fue confirmada por el TC.

D. 2 «No serán de aplicación las funciones de control y las figuras reguladas en los arts. 66 y 67, en los apartados segundo y tercero de la sección primera, en la sección cuarta, en la sección quinta y en la sección séptima del Capítulo III del Título IV del Reglamento del Parlamento de Cataluña, respecto de las autoridades designadas para el desarrollo y ejecución de las medidas aprobadas por el Senado. Las facultades de seguimiento y control sobre las mismas corresponderán exclusivamente al órgano que designe a tal efecto el Senado».

El cese del presidente de la *Generalitat* y de los miembros de su Consejo de Gobierno supuso que el Ejecutivo nacional pasara a ejercer todas sus funciones. Dicha actuación encuentra su fundamento en el art. 155 CE, lo que implica que el Gobierno o sus miembros no actúen como autoridades dependientes —en términos de confianza política— del Parlamento de Cataluña, ni responsables, en cuanto tales, ante el mismo. Como reconoce el TC, estos son, en realidad, «responsables de llevar a término una intervención coercitiva sobre la CA, de modo tal que el eventual control político que sobre ellos pretendiera realizar la cámara autonómica no sólo carecería del soporte institucional consistente en la relación fiduciaria que de ordinario une a gobierno y parlamento, sino que

---

(104) (J. M<sup>o</sup>. LAFUENTE BALLE, 2018b: 89).

privaría a la intervención misma de su propio carácter coercitivo, en cuanto que quedaría sujeta al control de la asamblea autonómica» (105).

De acuerdo con esto, el Alto Tribunal entiende que ninguna tacha merece la exención a estas autoridades y órganos a las denominadas funciones de control previstas en el Reglamento del Parlamento de Cataluña.

D. 3 «Las propuestas de resolución del Parlamento para impulsar la acción política y de gobierno y declaraciones institucionales, presentadas al amparo de lo dispuesto en la sección sexta del Capítulo III del Título IV del Reglamento de la Cámara, no podrán dirigirse a las autoridades designadas para el desarrollo y ejecución de las presentes medidas y deberán, en cualquier caso, ser conformes con la Constitución, el Estatuto de Autonomía y las resoluciones del Tribunal Constitucional, así como al presupuesto, objeto y finalidad de las presentes medidas, careciendo de cualquier validez y efecto en otro caso».

Los motivos examinados en el párrafo anterior resultan igualmente válidos para defender la constitucionalidad de este apartado. No cabe entender que el hecho de que esas propuestas de resolución no puedan «dirigirse a las autoridades designadas para el desarrollo y ejecución de las presentes medidas» sea inconstitucional, toda vez que las resoluciones parlamentarias de ese género parten siempre, al igual que las interpelaciones, de una «posición preeminente de las Cámaras sobre el poder ejecutivo» (106). Esa posición, como reconoce el TC, «no la ostentó el Parlamento de Cataluña sobre el Gobierno, o sobre las autoridades a las que se refiere esta regla, en tanto estuvo vigente el Acuerdo del Senado» (107).

Este apartado finaliza con la necesaria conformidad de las declaraciones institucionales y de las propuestas de resolución del Parlamento a la CE, el EA y las resoluciones del TC, así como «al presupuesto, objeto y finalidad de las presentes medidas». Dejando de lado el carácter puramente declarativo de las tres primeras menciones, en lo atinente a la conformidad con las «presentes medidas», parece lógico que el Acuerdo del Senado pretenda evitar interferencias o perturbaciones en su ejecución, lo que no resulta merecedor de tacha inconstitucional.

D. 4 «El Parlamento de Cataluña seguirá ejerciendo su potestad legislativa y de organización propia, si bien no podrá tramitar iniciativas que resulten contrarias a las presentes medidas, ni a su presupuesto, objeto y finalidad» (108).

---

(105) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 16).

(106) STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 17).

(107) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 15).

(108) El Senado suprimió los párrafos segundo y tercero del subapartado D.4 propuestos por el Consejo de Ministros, ambos relativos a la remisión a una autoridad gubernativa estatal de actos del Parlamento de Cataluña, por entenderlos contrarios a la CE.

## E) MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE CARÁCTER TRANSVERSAL

Por último, con el fin de garantizar la eficacia de las medidas generales y singulares señaladas, el Senado autorizaba la adopción adicional de «medidas complementarias de carácter transversal». Entre ellas, las siguientes:

### E. 1 Normativa estatal y autonómica de aplicación (109).

«El ejercicio de las competencias, facultades y funciones que, en virtud de lo autorizado en este Acuerdo, se atribuya a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación, se ajustará a la normativa vigente, estatal o autonómica, que en cada caso resulte de aplicación.

La revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones dictados por sustitución en las funciones o competencias de los órganos de la Administración de la *Generalitat* de Cataluña se sujetará a las previsiones de la legislación procesal. La revisión jurisdiccional de los actos y disposiciones dictados en aplicación de las medidas previstas en este Acuerdo corresponderá a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, en atención al rango de los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación».

### E. 2 Declaración de invalidez e ineficacia de disposiciones, actos y resoluciones autonómicas dictadas en contravención con las medidas aprobadas en el Acuerdo.

«Queda prohibida la emisión, aprobación o dictado de cualesquiera actos, actuaciones, resoluciones, disposiciones, contratos, convenios, acuerdos o encomiendas a favor de entidades públicas o privadas, o cualesquiera otro acto y/o actuación análoga a los anteriores dictado o realizado por parte de las autoridades, cargos públicos y personal tanto del Parlamento de Cataluña como de cualquier órgano u organismo de la Administración de la *Generalitat* de Cataluña, que contravengan las medidas contenidas en el presente Acuerdo o se lleven a efecto sin cumplir los requisitos que en desarrollo de las mismas establezcan los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación. Los mismos son nulos de pleno derecho y carecerán de efecto alguno».

El Senado consideró oportuno prohibir expresamente cualquier contravención de «las medidas contenidas en el presente Acuerdo». Una prevención que se impone a cualesquiera «autoridades, cargos públicos y personal», tanto del Parlamento de Cataluña, como de la Administración de la *Generalitat*. Ahora bien, será la consideración como nulos de pleno derecho —de cuantos actos, resoluciones o disposiciones contravengan la regla antes referida— la que da pie a poner en duda la constitucionalidad de este apartado. En este sentido, podría entenderse que no corresponde al Acuerdo senatorial «determinar el

---

(109) En el Acuerdo de 27 de octubre de 2017, el Senado suprimió el primer párrafo propuesto por el Consejo de Ministros por entender que su contenido estaba duplicado.

alcance de sus consecuencias ni, en especial, el régimen de los actos contrarios al mismo», pues eso sería propio de la CE y de las «normas generales de disciplina de la nulidad en el ámbito administrativo», concluyendo que solo mediante ley puede ampliarse el elenco de supuestos determinantes de la nulidad (110). Sin embargo, el TC considera que se trata de una regla sin tacha constitucional alguna: «una regla específica que puede ser incorporada por la resolución parlamentaria para garantizar la efectividad de la acción del Gobierno, en un contexto en el que la intervención deparó el desplazamiento y sustitución de los órganos superiores de dirección política de la administración autonómica». Así, para asegurar el funcionamiento de una organización administrativa legítimamente intervenida por otro poder, estos controles, tanto preventivos como reactivos, son instrumentales para el control jurídico de la administración autonómica, sujeta a medidas legítimas de excepción (111).

### E. 3 Publicaciones en Boletines Oficiales.

«A fin de garantizar, con arreglo a la normativa estatal o autonómica de aplicación, la adecuada publicación de resoluciones, actos, acuerdos o disposiciones normativas, cualesquiera que fuese su rango, de naturaleza administrativa o parlamentaria, en el Diario Oficial de la *Generalitat* de Cataluña o en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación dispondrán de las facultades previstas en el apartado «Medidas dirigidas a la Administración de la *Generalitat*» de este Acuerdo.

La publicación en dicho Diario o Boletín, sin la autorización o en contra de lo acordado por los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la nación en el ejercicio de dichas facultades determinará la falta de vigencia de la disposición normativa correspondiente, así como de la falta de validez y efectos de la resolución, acto o acuerdo objeto de publicación».

El primero de estos párrafos se remite a las facultades previstas en el apartado «Medidas dirigidas a la Administración de la *Generalitat*» (apartado B del Acuerdo), remisión que se ha de entender hecha al régimen de comunicación o autorización previa de las actuaciones de la Administración de la *Generalitat* y a la nulidad de los actos, actuaciones y resoluciones que se adopten sin este requisito. Las mismas razones empleadas en el reconocimiento de la constitucionalidad de esta regla sirven ahora para este caso, por lo que no se duda de su constitucionalidad. Así, entiende el TC que nada hay que objetar a la regulación por el Senado de la potestad del Gobierno para impartir instrucciones (art. 155.2 CE) a los organismos o autoridades de la CA, en orden a la publicación o no en el DOGC, de cualesquier acto, resolución

(110) Vid. Recurso de inconstitucionalidad 5884-2017.

(111) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 14, b).

o disposición de naturaleza administrativa. Se trata de una previsión con la que se pretende evitar la publicación de decisiones o normas reglamentarias autonómicas que las medidas aprobadas por el Senado y, a su través, lo preservado por el art. 155 CE (112).

Ahora bien, el segundo párrafo de este apartado sí resultó declarado inconstitucional en la STC 89/2019, de 2 de julio, por desconocer en su conjunto la exigencia de la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. El TC entiende que la reacción ante una eventual publicación no autorizada o prohibida no puede ser, sin daño para la seguridad jurídica, la de tener por ineficaz la publicación. Como reconoce el Alto Tribunal, «la publicidad de las normas está expresamente garantizada por el art. 9.3 CE y resulta inseparable de la seguridad jurídica que el propio precepto constitucional preserva» (113). La postura del Constitucional es la de entender que la publicidad de la norma aporta certidumbre sobre su existencia, garantía que no es compatible con que el poder público prive anticipadamente de vigencia, de manera indeterminada y abstracta, a cualquier disposición que hubieran accedido irregularmente a los diarios o boletines oficiales. Máxime si tenemos en cuenta que estos diarios oficiales «son los medios a través de los que, precisamente, se asegura la certeza del derecho y se crea en la ciudadanía la legítima confianza de que lo publicado es un precepto jurídico y, como tal, merecedor de obediencia en tanto su presunción de validez no se destruya» (114).

E. 4 Modificación de los departamentos, de las estructuras orgánicas y de los organismos, entes y entidades vinculadas o dependientes de la *Generalitat* de Cataluña.

«Acordado el cese del presidente, del vicepresidente y de los consejeros de Gobierno, el ejercicio de sus respectivas funciones en orden a la organización de los Departamentos de la *Generalitat* de Cataluña, prevista en el artículo 23 de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la *Generalitat* y del Gobierno, corresponderá igualmente al Gobierno de la Nación o a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la Nación en sustitución de aquéllos (115). En estas previsiones queda incluido en todo caso el ejercicio de la potestad de organización, creación, modificación y extinción de aquellos organismos y entidades públicas creadas o autorizadas por Ley».

(112) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 14 c)

(113) SSTC 195/2005, de 18 de julio (FJ 3); 136/2011, de 13 de septiembre (FJ 9), y 33/2018, de 12 de abril (FJ 5).

(114) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 14).

(115) El Senado introdujo una modificación en la redacción original en la que se disponía que, «corresponderá igualmente a los órganos o autoridades creados o designados por el Gobierno de la nación en sustitución de aquéllos».

#### E. 5 Creación de órganos y designación de autoridades por el Gobierno de la nación para el cumplimiento de las medidas.

«Se habilita al Gobierno de la nación para la creación de los órganos y el nombramiento o designación de las autoridades que sean necesarios para el ejercicio de las funciones y para el cumplimiento de las medidas contenidas en este Acuerdo».

#### E. 6 Disposiciones y protocolos de actuación.

«Se autoriza al Gobierno de la nación, o en su caso, a los órganos o autoridades creados o designados por éste a la adopción de los actos, actuaciones, resoluciones y disposiciones necesarias con el fin de garantizar el cumplimiento de las medidas contenidas en este Acuerdo y de proporcionar la necesaria seguridad jurídica en defensa y respeto del orden constitucional. Dicha autorización comprende igualmente la habilitación para la elaboración de las directrices, instrucciones y protocolos de actuación necesarios para instruir las actuaciones de las autoridades y personal de la Administración General del Estado que deban ejecutar las medidas adoptadas, al objeto de proporcionar igualmente la necesaria seguridad jurídica a su actuación, en defensa y respeto del orden constitucional».

#### E. 7 Seguridad jurídica de los funcionarios públicos o empleados sujetos al régimen laboral de la *Generalitat* de Cataluña.

«La incoación, tramitación y resolución de expedientes sancionadores, por parte de cualquier órgano de la Administración de la *Generalitat* de Cataluña o de organismos, entes y entidades vinculadas o dependientes de la misma y de su sector público empresarial, al personal funcionario o laboral que en ella prestan servicios, por considerar infracción el acatamiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial que anulan actividades o fines vinculados o relacionados con el proceso secesionista que motiva el presente Acuerdo o de las medidas contenidas en este Acuerdo, son nulos de pleno derecho e ineficaces, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal o de otro orden a que hubiere lugar respecto a quien inicie, tramite o resuelva los expedientes sancionadores antedichos».

#### E. 8 Potestad disciplinaria y traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal (116).

«El incumplimiento de las medidas contenidas en el presente Acuerdo se entenderá como incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y al Estatuto, a los efectos de las infracciones previstas en la normativa disciplinaria estatal o autonómica de aplicación, sin necesidad de recurrir a informes previos sobre

---

(116) El Senado autorizó la propuesta original del Consejo de Ministros añadiendo al texto original «lo innecesario de recurrir a informes previos sobre los expedientes disciplinarios».

los expedientes disciplinarios. El incumplimiento de las medidas contenidas en el presente Acuerdo se entenderá como incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y al Estatuto, a los efectos de las infracciones previstas en la normativa disciplinaria estatal o autonómica de aplicación. El ejercicio de la potestad disciplinaria por el Gobierno de la Nación, o por los órganos o autoridades que cree o designe a tal efecto, con respecto a las autoridades y el personal funcionario o laboral del Parlamento de Cataluña y de la Administración de la *Generalitat* o de su sector público, se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de la posible exigencia de responsabilidad penal».

Las medidas autorizadas por el Senado entraron en vigor el 27 de octubre de 2017, tras la publicación en el BOE de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 21 de octubre y del Senado de 27 de octubre (117). La aplicación del art. 155 en Cataluña se mantuvo durante 218 días después de la intervención de la autonomía, aplicándose las medidas examinadas hasta la toma de posesión de los *consellers* del *Govern* de Joaquim Torra el 2 de junio de 2018. Se trata esta de la última condición para la recuperación del autogobierno por parte de la *Generalitat* por lo que, una vez acontecido, se procedió al levantamiento automático del art. 155 CE.

La decisión de aplicar el art. 155 CE ha sido notablemente cuestionada. Para algunos no alcanzó la intensidad necesaria, para otros se trató de un acto antidemocrático. En términos generales se trata de una clara injerencia en la autonomía catalana que, sin embargo, no alcanzó en su puesta en marcha los límites desorbitados que se habían vaticinado. El resultado último se tradujo en el cese de aquellos altos cargos directamente implicados en el proceso de independencia encausados por el Tribunal Supremo. No se intervinieron finalmente los medios de comunicación públicos. Tampoco se alteró el modelo de inmersión lingüística en la educación. Y la sustitución en los Mossos d'Esquadra, del mayor Josep Lluís Traperó, se hizo por su segundo Ferrán López. Ahora bien, las percepciones al respecto son bien distintas. Como señala, de forma quizá un poco general, LAFUENTE BALLE, «la intervención del Gobierno central en la opinión secesionista y en los sectores constitucionalistas es diferente. En los primeros cundió una intolerable sensación de represión política. Y en los segundos, una dolorosa interpretación de tibieza en las medidas adoptadas» (118). En cualquier caso, se trata esta de una cuestión donde el consenso es difícilmente alcanzable.

---

(117) RUIZ ROBLEDÓ critica que las medidas aprobadas por el Senado no fuesen publicadas en el BOE con un texto consolidado, sino que se optara por una publicación separada de la solicitud del Gobierno y la autorización del Senado. (A. RUIZ ROBLEDÓ: 2017).

(118) (J. M<sup>o</sup>. LAFUENTE BALLE, 2018b: 90).

## 8. Gobierno de Joaquim Torra: De las elecciones de 21 de diciembre de 2017 a las últimas advertencias del Tribunal Constitucional

La rápida convocatoria electoral, señalada para el 21 de diciembre de 2017, sirvió de algún modo para mitigar la tensión política (119). Como reconoce BAYONA, «la aplicación del art. 155 de la Constitución y la convocatoria de nuevas elecciones tuvo un cierto efecto balsámico, al menos momentáneamente. Pero esa aparente tranquilidad solo duró hasta las nuevas elecciones del 21 de diciembre, cuyo resultado no resolvió desde luego el problema, sino que en realidad lo complicó» (120). Dejando de lado cuestiones de orden político como fueron los intentos de investir a Puigdemont, Turull y Sánchez, el nuevo presidente de la *Generalitat*, Joaquim Torra i Pla, fue investido como tal por la Asamblea autonómica el 14 de mayo (121), tomando posesión del cargo el 17 de mayo de 2018 (122). La recuperación del autogobierno de Cataluña llegaría con la toma de posesión de los *consellers* del *Govern* el 2 de junio de 2018, cumpliendo así con la última condición que vinculaba la vigencia del art. 155 CE (123).

Ahora bien, los más de siete meses de la aplicación del art. 155 CE no fueron traba alguna para que el actual presidente de la *Generalitat* reiterara de nuevo la promesa de avanzar hacia la república catalana. Tal y como Torra reconocía, «su Ejecutivo asumía los compromisos adquiridos por el resultado del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre para alcanzar un estado independiente. Un mandato que fue revalidado en las elecciones del 21 de diciembre» (124). Acorde con esta promesa, la etapa política del hoy presidente de la *Generalitat* se define por una línea continuista y una

---

(119) Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución (BOE núm. 261, de 28 de octubre de 2017).

(120) (A. BAYONA, 2019:19).

(121) El nuevo Parlamento catalán se constituye el 17 de enero de 2018, mediante Real Decreto 1/2018, de 9 de enero, de convocatoria de la sesión constitutiva del Parlamento de Catalunya (DOGC núm. 7532º, de 10 de enero de 2018 y BOE núm. 9, de 10 de enero de 2018).

(122) Real Decreto 291/2018, de 15 de mayo, por el que se nombra presidente de la *Generalitat* de Cataluña a D. Joaquim Torra i Pla (BOE núm. 119, de 16 de mayo de 2018). El 14 de mayo de 2018, Joaquim Torra fue investido como el 131º presidente de la *Generalitat* en la XII legislatura. Sin embargo, sus funciones permanecieron suspendidas en virtud del art.155 CE, que exigía la toma de posesión de todo el Gobierno catalán en pleno para la restitución de la autonomía intervenida.

(123) En ese sentido, se debe consultar el Decreto 3/2018, de 29 de mayo, por el que se nombran el vicepresidente del Gobierno y los consejeros y las consejeras de los departamentos de la Generalidad de Cataluña (DOGC núm. 7632, de 1 de junio de 2018).

(124) <http://www.rtve.es/noticias/20180602/govern-quim-torra-toma-posesion-pone-fin-articulo-155/1743820.shtml>



sucesión agotadora de recursos de amparo e incidentes de ejecución de sentencia interpuestos frente a las resoluciones y acuerdos de un Parlamento autonómico que ha venido reiterando cuestiones ya resueltas por el TC (125). Una etapa caracterizada por la tensión existente entre los Grupos parlamentarios minoritarios y aquellos que ostentan la mayoría en la Cámara catalana y que, desde las elecciones autonómicas del 27 de septiembre de 2015, no parece decrecer.

Como hemos avanzado, los hitos jurídicos de esta etapa no hacen sino reiterar cuestiones ya examinadas. La postura defendida por el presidente Torra queda lejos de avenirse a las sentencias del Constitucional y obliga de nuevo a revisar conceptos esenciales, centrales y legitimadores de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Si bien, debemos advertir aquí que, pese a su fundamental importancia, razones de lógica sistemática y de espacio dejan fuera de nuestro análisis las cuestiones referidas a la STS, Sala de lo Penal, 459/2019 de 14 de octubre —conocida como la Sentencia del *Procés*— por la que el TS impuso penas de entre 9 y 13 años de cárcel a los nueve líderes independentistas catalanes condenados por un delito de sedición, así como la más reciente STJUE, de 19 de diciembre de 2019, por la que el Tribunal Europeo resuelve la cuestión de prejudicialidad planteada por el TS el 1 de julio de 2019, y en cuyo Fallo se afirma que Oriol Junqueras debió ser reconocido como eurodiputado desde la proclamación oficial de los resultados de las elecciones al Parlamento europeo del pasado mes de mayo y gozar, desde ese mismo momento, de inmunidad.

### **A) Propuesta de resolución «restitució de les institucions catalanes» de Junts per Catalunya y las enmiendas transaccionales de la CUP-Crida Constituent de febrero de 2018**

Representativos de cuanto se ha dicho resultan los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 23 y 28 de febrero de 2018. El primero de estos admite a trámite la propuesta de resolución presentada por JxCat con el título «*Restitució de les institucions catalanes*» (126); el segundo, admite a trámite las enmiendas a la referida propuesta de resolución que fueron

---

(125) Se habla aquí de una nueva etapa política por facilitar una mejor comprensión de las etapas cronológicas del *procés*. Si bien, no se desconoce que la reedición de la mayoría independentista en el Parlamento catalán puede entenderse como una solución de continuidad respecto de la anterior, de forma que las elecciones del 21 de diciembre no constituirían en puridad una nueva etapa en la política catalana.

(126) Propuesta de resolución presentada por el Grupo parlamentario Junts per Catalunya con el título «*restitució de les institucions catalanes*» (BOPC núm. 22, de 23 de febrero de 2018).

presentadas por la CUP-CC (127). La única versión oficial de las enmiendas admitidas se encuentra publicada en catalán, por lo que pasamos a reproducir en castellano las enmiendas número 1, 2, 3, 5, 9 y 10 que resultan interés al objeto de este estudio:

*«La enmienda primera dispone que «se reafirma y reitera en la declaración de independencia y en la proclamación de Cataluña como un Estado independiente en forma de república, que fueron votadas y aprobadas el 27 de octubre de 2017». En la enmienda segunda se insiste en la voluntad del pueblo de Cataluña expresada «en el referéndum democrático de autodeterminación de 1 de octubre de 2017». La tercera se refiere al «referéndum democrático de autodeterminación de 1 de octubre que motivó la posterior proclamación de la república en este Parlamento el día 27 de octubre». La enmienda quinta sostiene la soberanía de las instituciones catalanas e imputa una violación de derechos fundamentales al Senado y al Gobierno, como consecuencia de la aplicación del art. 155 CE. La enmienda novena reitera la legitimidad del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017. Finalmente, la enmienda décima manifiesta que la voluntad popular se tradujo en la proclamación de la república el día 27 de octubre de 2017 por el Parlamento de Cataluña. Por su parte la enmienda transaccional tercera también reitera la legitimidad del referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017, exige que cesen las injerencias del Gobierno de España y del Tribunal Constitucional e insiste en la soberanía del pueblo de Cataluña».*

El rotundo e inequívoco contenido de las enmiendas transcritas llevó al Secretario General del Parlamento catalán a recordar a la Cámara autonómica su deber de cumplir las resoluciones del TC, así como la obligación de la Mesa de comprobar que las iniciativas parlamentarias no contravienen dicha jurisprudencia (128). La advertencia del Secretario General se fundamenta en la obligación de todos los poderes públicos, incluidos los órganos de las Cámaras legislativas, de avenirse «al cumplimiento de lo que el TC resuelva» (art. 87.1 LOTC), al ser esta «la consecuencia obligada de la sumisión a la CE de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE)» (129). Por ello, el debido

---

(127) *Proposta de resolució sobre la restitució de les institucions catalanes 250-00054/12, esmenes presentades reg. 1403/ admissió a tràmit: mesa del parlament, 28.02.2018, subgrup parlamentari de la candidatura d'unitat popular — crida constituent (reg. 1403) (BOPC núm. 27, de 28 de febrero de 2018).*

(128) Tal y como se refleja en el acta de la sesión de la Mesa de 28 de febrero de 2018, también el vicepresidente segundo y los secretarios segundo y tercero manifestaron su oposición a la admisión de las citadas enmiendas.

(129) STC 128/2019, de 11 de noviembre (FJ 2 c). En el mismo sentido, SSTC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 10); 46/2018, de 26 de abril (FJ 5); 47/2018, de 26 de abril (FJ 6) y 96/2019, de 15 de julio (FJ 6); también AATC 123/2017, de 19 de septiembre (FJ 8), y 6/2018, de 30 de enero, entre otros.

respeto a las resoluciones del TC y, en definitiva, a la CE, que incumbe cualificadamente a los poderes públicos, debía ser razón suficiente para impedir que la Mesa admitiese a trámite una iniciativa parlamentaria que de forma manifiesta incumplía el deber de acatar lo decidido por el Constitucional (130). La advertencia no fue un hecho aislado. El Grupo parlamentario de C's también dejó clara su disconformidad a través de una solicitud de reconsideración del referido acuerdo de 28 de febrero de 2018, que resultaría desestimada el 1 de marzo de 2018 (131).

Las últimas actuaciones a destacar en relación con la resolución *Restitució de les institucions catalanes*, serán, de un lado, la decisión del presidente del Parlamento de Cataluña, de 1 de marzo de 2018, de admitir las enmiendas transaccionales suscritas por el Grupo parlamentario JxCat y el subgrupo parlamentario CUP-CC (132); y de otro, el acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña, de 13 de marzo de 2018, que inadmitió la petición de reconsideración de la decisión del presidente de la Cámara de admitir de facto las enmiendas transaccionales (133).

Tanto los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 28 de febrero y de 1 de marzo, como la decisión del presidente del Parlamento catalán, expresada durante la sesión del Pleno de 1 de marzo de 2018, fueron objeto de recurso ante el TC y declarados nulos mediante STC 128/2019, de

---

(130) SSTC 46/2018, de 26 de abril (FJ 5), 47/2018, de 26 de abril (FJ 6), 96/2019, de 15 de julio (FJ 6), y 115/2019, de 16 de octubre (FJ 6).

(131) La reconsideración fue desestimada por acuerdo de la Mesa de 1 de marzo de 2018, en el que se razona que no corresponde al órgano rector el control de la constitucionalidad de las propuestas de resolución, ni de las enmiendas que a las mismas se realicen, al tratarse de iniciativas de impulso político.

(132) En la sesión de la Mesa de 1 de marzo de 2018, el vicepresidente segundo y el secretario tercero (pertenecientes al Grupo parlamentario C's), solicitaron que las enmiendas transaccionales suscritas por el Grupo parlamentario Junts per Catalunya y por el subgrupo parlamentario CUP-CC, presentadas sobre la base de las enmiendas cuya admisión a trámite había sido objeto de petición de reconsideración, fueran debidamente calificadas por la Mesa y, en consecuencia, inadmitidas por ser contrarias a lo resuelto por el TC en la STC 114/2017, de 17 de octubre, y en el ATC 144/2017, de 8 de noviembre. Como se refleja en el acta de dicha sesión, tanto el secretario general del Parlamento, como el letrado mayor, secundaron dicha petición. El presidente del Parlamento resolvió inadmitir la solicitud al entender que no era procedente someter las enmiendas transaccionales a la calificación y admisión a trámite de la Mesa, al no estar previsto dicho trámite en el reglamento.

(133) El 1 de marzo de 2018 se comunicó al presidente del Parlamento una petición de reconsideración del acuerdo de admisión «de facto» de las enmiendas transaccionales que resultó rechazada por este. En la sesión de la Mesa de 13 de marzo de 2018, se decidió inadmitir por extemporánea y por carecer de objeto, la petición de reconsideración realizada respecto del acuerdo de la Mesa de 1 de marzo de 2018 por el que se admiten de facto las enmiendas transaccionales anteriormente indicadas.

11 de noviembre (134). El objeto principal del recurso de amparo planteado excede el objeto de este trabajo, no haciéndolo, sin embargo, el FJ 3 de la sentencia, en el que el Alto Tribunal reconoce que las enmiendas admitidas a trámite por la Mesa del Parlamento entraban en frontal y palmaria contradicción con lo resuelto por el TC en la Sentencia 114/2017 de 17 de octubre. Como señala el Tribunal, de su contenido se desprende con claridad, «la insistencia en afirmar la soberanía de Cataluña, constituida en un Estado independiente en forma de república, que pretende su legitimación en los resultados del ilegal referéndum de autodeterminación convocado con apoyo en la Ley 19/2017, anulada por dicha sentencia» (135). No se trata esta de la única contravención a la jurisprudencia constitucional. Las referidas enmiendas también desobedecen de plano la expresa admonición que el Constitucional dirigió a los órganos del Parlamento de Cataluña en el ATC 144/2017, de 8 de noviembre, donde se les recordaba, de forma expresa y reiterada, su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que constituyese una alteración unilateral del marco constitucional o un incumplimiento de las resoluciones del Alto Tribunal (136).

**B) Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2018, de priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia y Resolución 298/XII, de 7 de marzo de 2019, del Parlamento de Cataluña, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía.**

Tan solo dos días después de los acontecimientos del 1 de octubre, el rey Felipe VI pronunciaba un discurso duramente criticado desde las principales instituciones catalanas. Las palabras vertidas el 3 de octubre de 2017, no solo dieron pie a una declaración formal del Parlamento de Cataluña de rechazo y condena a la intervención del monarca, sino que, meses después, la Cámara autonómica dio luz verde a la creación de una Comisión de Investigación de la Monarquía. El rechazo al posicionamiento de la Corona no quedó ahí. El 2 de octubre de 2018, el Pleno del Parlamento catalán iniciaba el primer debate de política general de la XII legislatura, y el primero de Quim Torra como presidente de la *Generalitat*. En el seno de este debate quedó aprobada la resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, sobre la priorización de la agenda social

---

(134) El TC entiende que estos acuerdos vulneran el derecho de los recurrentes a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), siendo obligado restablecer a los recurrentes en su ejercicio.

(135) STC 128/2019, de 11 de noviembre (FJ 3).

(136) ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 6 y fallo).

y la recuperación de la convivencia (137). Compuesta por doce epígrafes, el segundo de estos se destina a las Instituciones y Administraciones y en él se integra el apartado decimoquinto de la resolución, de acuerdo con el cual,

«El Parlamento de Cataluña, en defensa de las instituciones catalanas y las libertades fundamentales: a) insta a todas las instituciones del Estado a garantizar la convivencia, la cohesión social y la libre expresión de la pluralidad política en el Estado. En este sentido, reprueba los actos represivos contra la ciudadanía y condena las amenazas de aplicación del 155 de la Constitución, la ilegalización de partidos políticos catalanes, la judicialización de la política y la violencia ejercida contra los derechos fundamentales; b) insta a las instituciones y partidos catalanes al diálogo, al acuerdo y al respeto de la pluralidad de las diferentes opciones de todos los catalanes; c) rechaza y condena el posicionamiento del rey Felipe VI, su intervención en el conflicto catalán y su justificación de la violencia por los cuerpos policiales el 1 de octubre de 2017; d) reafirma el compromiso con los valores republicanos y apuesta por la abolición de una institución caduca y antidemocrática como la monarquía».

De la lectura de la resolución se desprende una clara situación de desequilibrio. Mientras que la letra a) comienza instando a las instituciones del Estado, y únicamente a estas, a «garantizar la convivencia, la cohesión social y la libre expresión de la pluralidad política en el Estado», al mismo tiempo que condena determinados actos que imputa de modo exclusivo al Estado, a saber, actos represivos contra la ciudadanía; amenazas de aplicación del 155 CE; ilegalización de partidos políticos catalanes; judicialización de la política; y violencia ejercida contra los derechos fundamentales; en la letra b), en cambio, la Cámara catalana solamente insta a instituciones y partidos políticos catalanes al diálogo, al acuerdo y al respeto de la pluralidad política de los catalanes, pero no hace ninguna valoración, ni recoge actuación alguna por parte de aquellos, que haya podido afectar a la convivencia y a la cohesión social, como tampoco les hace responsables de tener que contribuir a garantizar dicha convivencia o cohesión social (138). La letra c) encierra un juicio crítico de censura a la intervención del rey en unos hechos de extraordinaria relevancia pública como son los acontecidos el 1 de octubre de 2017. Mientras que el apartado d) guarda una identidad de razón con el anterior, expresando una lógica consecuencia de este, la abolición de la monarquía.

Estos dos últimos apartados encierran una reprobación del jefe del Estado y una reafirmación de los valores republicanos, entendida por el Gobierno de la nación como un intento de dar apariencia de validez al denominado proceso

(137) Resolución 92/XII, de 11 de octubre de 2018, sobre la priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia (BOPC núm. 177, de 18 de octubre).

(138) Se siguen aquí los argumentos del TC en la STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 4).

constituyente en Cataluña. La respuesta del Ejecutivo fue la interposición de una impugnación de disposiciones autonómicas (núm. 5813-2018), promovida frente a las letras c) y d), apartado decimoquinto, epígrafe II de la resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre, que el TC resolvió en su Sentencia 89/2019, de 17 de julio. De este modo, el Alto Tribunal rechaza la pretensión del Parlamento catalán de amparar el contenido de las letras c) y d) de la resolución de 11 de octubre, en un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, al entender que no se tratan de meras declaraciones políticas, como defiende la Cámara autonómica, sino del ejercicio práctico de una competencia, atribución o función del que se desprenden verdaderos efectos jurídicos (139). En consecuencia, y por lo que se refiere a la letra c), el Tribunal destaca que «se trata de una declaración formal en la que el Parlamento de Cataluña toma posición institucional, emitiendo un juicio de valor que es contrario a la configuración constitucional de la institución de la Corona. (...) Además, tal decisión de la Cámara autonómica ha sido adoptada fuera del ámbito propio de sus atribuciones, que son las que le confieren la CE, el EAC y su propio reglamento orgánico, que no le reconocen ninguna potestad de censura o reprobación de los actos regios» (140). De acuerdo con lo anterior, el Constitucional concluye que la decisión adoptada por la mayoría del Pleno del Parlamento de Cataluña, recogida en la letra c) de la resolución 92/XII, de 11 de octubre, es contraria a la configuración constitucional del rey, ex arts. 1.3 y 56.1 CE, así como a la inviolabilidad y a la exención de responsabilidad de la persona del monarca prevista en el art. 56.3 CE, por lo que debe ser declarada inconstitucional y nula. Respecto a la letra d), entiende el TC que, si bien reafirma la preferencia por el sistema republicano, también lo hace respecto a su rechazo y condena a la institución monárquica en cuanto se ostenta por el titular de la Corona. Por lo tanto, la letra d) guarda unidad de sentido con la c), y «hace extensivo el juicio de reprobación dirigido contra el rey también a la Corona y al sistema constitucional de Monarquía parlamentaria que aquel representa» (141). En consecuencia, el TC declara la letra d) del apartado decimoquinto, epígrafe II de la resolución 92/XII, de

---

(139) STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 4). El Alto Tribunal asume que una resolución que constituye la manifestación de voluntad de una institución del Estado, aprobada conforme a las normas procedimentales que establece su reglamento orgánico, difiere completamente de la libre expresión que, en el seno del debate democrático, puedan hacer los parlamentarios cuando estos expresan sus ideas, opiniones o juicios de valor. En tales casos, la puesta en el conocimiento público de aquellos gozará de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE, protección que no puede hacerse extensiva al Pleno de un órgano legislativo, como es el caso del Parlamento de Cataluña.

(140) STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 4c).

(141) STC 98/2019, de 17 de julio (FJ 4d).

11 de octubre, inconstitucional y nula por resultar contraria al art. 1.3 en relación con el art. 56.1 CE.

Lo examinado hasta ahora debe ponerse en relación con la resolución 298/XII, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía, aprobada por el Parlamento de Cataluña el pasado 7 de marzo de 2019. De acuerdo con esta (142),

«El Parlamento de Cataluña acuerda crear la Comisión de Investigación sobre la Monarquía (CIM), y establece el objeto y contenido de los trabajos, en los siguientes términos: a) La Comisión de Investigación sobre la Monarquía tiene por objeto investigar las actividades irregulares o delictivas de personas vinculadas a la familia real española, incluidas las destinadas a forzar el traslado del domicilio social de bancos, grandes empresas y multinacionales fuera del territorio de Cataluña. b) Los contenidos básicos de investigación de la Comisión son los siguientes: Primero. Las actuaciones destinadas a forzar el traslado del domicilio social de bancos, grandes empresas y multinacionales fuera de Cataluña durante los días posteriores al referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017; Segundo. Las estructuras de corrupción vinculadas a la familia real española y a personas que están o han estado relacionadas; Tercero. Las supuestas cuentas irregulares del anterior jefe del Estado en Suiza y otros paraísos fiscales a nombre de terceras personas, la procedencia de este capital y otras actividades irregulares o delictivas de estas personas que puedan derivarse de las declaraciones de Corinna zu Sayn-Wittgenstein. La Comisión de Investigación sobre la Monarquía puede incorporar especialistas en un número no superior al de diputados que son miembros».

Los argumentos para declarar su nulidad de esta resolución resultan idénticos a los ya examinados en la STC 98/2019, de 17 de julio, y a cuyos fundamentos se remite el Constitucional desde su Sentencia 111/2019, de 2 de octubre. A través de esta, el TC da respuesta al cuestionamiento que desde el Parlamento catalán se hace contra el rey, la Corona y el sistema constitucional de Monarquía parlamentaria que aquel representa (143).

---

(142) El único texto oficial, en lengua catalana, de la resolución 298/XII, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía, se publicaba en el BOPC, núm. 282, de 11 de marzo de 2019.

(143) El TC entiende que la resolución 298/XII, de 7 de marzo, es contraria al estatus constitucional del monarca, al que la norma fundamental caracteriza como «símbolo de la unidad y permanencia del Estado» y le confía el arbitrio y moderación del funcionamiento regular de las instituciones (art. 56.1 CE), en orden a asegurarle una posición de neutralidad respecto de la contienda política, posición que le hace acreedor de un respeto institucional cualitativamente distinto al de las demás instituciones del Estado, STC 98/2019 (FJ 4b) que cita el precedente ATC 213/2006, de 3 de julio (FJ 6), y en el mismo sentido, STC 111/2019, de 2 de octubre (FJ 5c).

### **C) Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional**

El 25 de junio de 2018, la CUP-CC daba entrada en el registro general del Parlamento de Cataluña a una moción en la que se planteaba la aprobación de una propuesta de resolución en los siguientes términos:

«El Parlamento de Cataluña, ante las actuaciones del Estado, por medio del Tribunal Constitucional, la Audiencia Nacional y la Fiscalía, de judicialización y persecución de los actos consecuentes con mandato democrático ratifica su firme voluntad de llevar a cabo las actuaciones necesarias previstas y aprobadas por este Parlamento, para alcanzar y culminar democráticamente la independencia de Cataluña. a) Por todo ello, el Parlamento reitera los objetivos contenidos en la resolución 1/XI, del 9 de noviembre, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015».

La característica que define esta controvertida propuesta se halla en la reiteración de objetivos de la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015, de 2 de diciembre. Su admisión a trámite por el Parlamento catalán, mediante acuerdo de 26 de junio de 2018, fue objeto de una frontal oposición, materializada en tres solicitudes de reconsideración (planteadas, respectivamente, por los Grupos parlamentarios Socialistes i Units per Avançar, Partido Popular de Cataluña y Ciudadanos). Todas ellas resultaron desestimadas el 2 de julio de 2018, mostrándose la inequívoca intención del Parlamento catalán de perseguir el objetivo político de la independencia.

Esta férrea postura conduce a la Cámara autonómica a aprobar, sin tener en cuenta ningún tipo de recomendación en contra, la Moción 5/XII, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el TC (144). De cuyo texto se desprende que,

«El Pleno del Parlamento... de acuerdo con lo que establece el art. 161 del Reglamento, ha aprobado la siguiente, Moción: 1. El Parlamento de Cataluña, ante las actuaciones del Estado, por medio del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y la Fiscalía, de judicialización y persecución de los actos consecuentes con su mandato democrático ratifica su firme voluntad de llevar a cabo las actuaciones necesarias previstas y aprobadas por este Parlamento, para alcanzar y culminar democráticamente la independencia de Cataluña. 2. El Parlamento de Cataluña reitera los objetivos políticos de la resolución 1/XI, del 9 de noviembre, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia

---

(144) Moción 5/XII, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional (BOPC núm. 121, de 9 de julio de 2018).



de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, legitimados por los resultados del referéndum del 1 de octubre y de las elecciones del 21 de diciembre de 2017. 3. El Parlamento de Cataluña ha expresado en muchas ocasiones la defensa del derecho a decidir y de la autodeterminación y, en consecuencia, como depositario de la soberanía del pueblo de Cataluña y con fidelidad a su voluntad, reitera el compromiso de alcanzar estos objetivos políticos por vías democráticas y no violentas. 4. El Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a hacer efectivo el contenido de los artículos suspendidos por el Tribunal Constitucional de una pluralidad de normas (145) 5. El Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a elaborar y presentarle, en el plazo de noventa días, un informe con el estado y el plan de ejecución de todas las medidas tendentes a hacer efectivo el contenido de los artículos suspendidos por el Tribunal Constitucional de las normas del apartado 4».

Las reacciones se sucedieron en cadena. El 4 de julio de 2018, los diputados del Grupo parlamentario Socialistes i Units per Avançar interpusieron recurso de amparo contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento, de 2 de julio de 2018, por el que se confirma el acuerdo de 26 de junio que calificó y admitió a trámite el apartado primero de la «Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el TC». Días después, el 13 de julio de 2018, el Gobierno de la nación promovía la impugnación de disposiciones autonómicas en relación con los apartados 1 a 5 de la Moción 5/XII, de 5 de julio de 2018. Mientras que el 21 de septiembre de 2018, era el Grupo parlamentario C's el que interponía recurso de amparo contra los acuerdos de la Mesa del Parlamento catalán, de 26 de junio y de 2 de julio de 2018, por los que se admitía a trámite la citada Moción y se desestimaba la solicitud de reconsideración planteada.

Los recursos de amparo aquí referidos no son sino una expresión de la ya aludida tensión entre la mayoría parlamentaria y los grupos minoritarios del Parlamento catalán. En ambos casos, el fundamento se encuentra en la vulneración del derecho a ejercer las funciones representativas de los recurrentes con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE), que se encuentra en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE) (146). Una vulneración

---

(145) Entre ellas, a modo de ejemplo: Ley 24/2015, del 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética; Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático; Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por medio del Servicio catalán de la Salud, entre muchas otras.

(146) En realidad, estos dos casos deben ponerse en relación con otros muchos en los que el Alto Tribunal estima la existencia de la vulneración del art. 23.2 CE. La conflictividad en el Parlamento catalán resulta evidente a la luz de la ingente cantidad de recursos interpuestos,

que fue apreciada por el TC en sus Sentencias 115/2019, de 16 de octubre y 156/2019 de 28 de noviembre, en las que, reconociendo la necesidad de asegurar el adecuado ejercicio de la función de representación política de las minorías parlamentarias en la oposición, acuerda declara la nulidad de las decisiones y actuaciones de la presidencia del Parlamento de Cataluña de 5 de julio de 2018, restableciendo a los recurrentes en su derecho (147).

Cuestión distinta es la que se plantea en la impugnación de disposiciones autonómicas promovida por el Gobierno de la nación frente a la Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, de 5 de julio de 2018. El Ejecutivo entiende, entre otras cuestiones, que los tres primeros apartados de la moción incurrir en los mismos motivos de inconstitucionalidad que la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015 (148). Apreciación finalmente compartida por el Constitucional que en su Sentencia 136/2018, de 13 de diciembre, declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 a 3 de la Moción 5/XII, de 5 de julio de 2018 (149).

---

sirvan de ejemplo, entre otras las SSTC 107/2016, 108/2016 y 109/2016, de 7 de junio; 224/2016 y 225/2016, de 19 de diciembre; 71/2017, de 5 de junio; 10/2018, de 5 de febrero; 27/2018, de 5 de marzo; 46/2018 y 47/2018, de 26 de abril; 41/2019 y 42/2019, de 27 de marzo; 52/2019, de 11 de abril, y 96/2019, de 15 de julio.

(147) La STC de 156/2019, de 28 de noviembre de 2019, por la que el Alto Tribunal resuelve el recurso del Grupo parlamentario Ciutadans, declara la nulidad de las decisiones y actuaciones de la presidencia del Parlamento de Cataluña de 5 de julio de 2018. Por su parte, la STC 115/2019, de 16 de octubre, por la que se resuelve el recurso interpuesto por los diputados del Grupo parlamentario Socialistes i Units per Avançar, declara la nulidad del acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 2 de julio de 2018, por el que se confirma el acuerdo de 26 de junio de 2018 que calificó y admitió a trámite el apartado primero de la «Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional». De singular interés resulta el voto particular concurrente que formula la vicepresidenta D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías a la STC 115/2019, de 16 de octubre.

(148) El Gobierno de la nación promueve la impugnación en base a dos consideraciones, de un lado, por entender que los tres primeros apartados de la resolución 5/XII, de 5 de julio de 2018, incurrir en los mismos motivos de inconstitucionalidad que la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015; y de otro, por apreciar una causa de nulidad autónoma, predicable a los cinco apartados de la resolución, como es la vulneración de los art. 164.1 CE y 87.1 LOTC dado que la moción «incumple» lo resuelto por el Tribunal en la STC 259/2015, de 2 de diciembre. Nos centramos tan solo en uno de los motivos, el que dio lugar a la estimación parcial de la impugnación, puesto que la causa de nulidad fundada en la vulneración de los arts. 164 CE y 87.1 LOTC no fue atendida por el TC al entender que el instrumento adecuado a tal fin era plantear un incidente de ejecución de sentencia y no una impugnación de disposiciones autonómica que tiene otra finalidad.

(149) La STC 136/2018, de 13 de diciembre, parte en sus razonamientos de la doctrina sentada en las SSTC 259/2015, de 2 de diciembre y 42/2014, de 25 de marzo.

Respecto al primero de los apartados, el Alto Tribunal considera que el lenguaje utilizado contraponen una supuesta y única legitimidad democrática del Parlamento catalán, frente a una pretendida ausencia de legalidad y legitimidad de las instituciones del Estado. Y ello a pesar de que, como se declaró en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, «en el Estado social y democrático de Derecho configurado por la CE de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda: la legitimidad de una actuación o política del poder público consiste básicamente en su conformidad a la CE y al ordenamiento jurídico. Sin conformidad con la CE no puede predicarse legitimidad alguna. En una concepción democrática del poder no hay más legitimidad que la fundada en la Constitución» (150). En relación al segundo, el TC rechaza la tesis del Parlamento catalán que alegaba que reiterar los objetivos políticos de la resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, implicaba, al mismo tiempo, descartar los procedimientos inconstitucionales previstos en aquella. Ante este argumento, el Constitucional sostiene que la resolución 1/XI estaba dotada de una «patente unidad de sentido», inspirada, precisamente, en la radical negación de todo límite jurídico a la actuación del Parlamento de Cataluña y, en tal medida, los objetivos allí proclamados se ven lastrados por ese vicio fundamental (151). El último de los apartados declarado inconstitucional se encabezaba por la definición del Parlamento de Cataluña «como depositario de la soberanía del pueblo de Cataluña», de modo que todo su contenido alcanza sentido por referencia a esa afirmación de soberanía. Solo desde esta inicial afirmación se entiende la reiteración de un compromiso frente a un pueblo que se dice soberano, con fidelidad a su voluntad, para alcanzar la autodeterminación de Cataluña. El TC recuerda en este punto que la afirmación por un poder público de la condición de soberano del pueblo de una CA supone «la simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la CE, reside únicamente en el conjunto del pueblo español. Por ello, no cabe atribuir su titularidad a ninguna fracción o parte del mismo» (152). La vulneración de los arts. 1.2 y 2 de la CE y 1 y 2.4 del EAC y, en relación con ellos, los arts. 9.1 y 168 de la CE parece clara.

---

(150) SSTC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 5) y 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 7a).

(151) De acuerdo con esto, procede suprimir cualquier mención a esa resolución y declarar inconstitucional y nulo el apartado 2 de la Moción 5/XII, por vulnerar los principios de Estado democrático de Derecho (art. 1.1) y supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE), *vid.*, STC 136/2018, de 13 de diciembre (FJ 7a).

(152) El Constitucional se remite aquí a la doctrina recogida en las SSTC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 3), y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4a).

## **D) Cascada de incidentes de ejecución de sentencia a modo de broche final**

Buscamos ahora un broche final, a modo de cierre, a una etapa que parece no terminar. Una etapa en la que además del recrudescimiento de los términos no se identifican cambios reseñables sobre el fondo de la cuestión. Como veremos a continuación, el ATC 180/2019, de 18 de diciembre, y todos los que le siguen son en su mayor parte reiteraciones mecánicas de pronunciamientos anteriores. El TC llega incluso a declarar extintos, por carencia sobrevenida de objeto, muchos de los incidentes de ejecución planteados por el Ejecutivo central, al entenderlos resueltos a través de autos coetáneos. Y es que, ante la reiteración de intenciones del *Parlament*, reiteración de resoluciones del Constitucional. Esta etapa no será recordada por las grandes aportaciones jurídicas, ni de la Cámara autonómica ni del Alto Tribunal. Más bien lo será por la voluntad renuente del Parlamento de Cataluña de avenirse al cumplimiento de los mandatos del Constitucional y el creciente hastío del Alto Tribunal ante este desacato.

Adelantamos, por tanto, que los pronunciamientos del TC en esta etapa comparten, a modo de mínimo común denominador, cuestiones tan conocidas como el debido respeto a las resoluciones del TC y la propia CE; el deber de las cámaras legislativas de inadmitir a trámite propuestas o proposiciones cuya inconstitucionalidad sea evidente; la soberanía nacional y la unidad de la nación española o, el derecho de autodeterminación y la reivindicación de la soberanía del pueblo de Cataluña para decidir su futuro político. La única nota distintiva está en la progresión que se observa en las decisiones del Constitucional, que pasa de la declaración de nulidad de los acuerdos de la Mesa del Parlamento catalán, a la notificación personal de sus decisiones a determinados cargos públicos —recordándoles su deber constitucional de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar las decisiones del alto tribunal— hasta llegar a una última postura que conlleva deducir testimonio de particulares a fin de que sea el Ministerio Fiscal el que determine, en su caso, si procede o no exigir responsabilidades penales.

Una prueba de cuanto se ha dicho viene representada por el endurecimiento de los términos recogidos en las resoluciones del Parlamento de Cataluña 534/XII, de 25 de julio de 2019, sobre las propuestas para la Cataluña real y 546/XII, de 26 de septiembre de 2019, sobre la orientación política general del *Govern* (153). La primera de estas reafirma el compromiso de la Cámara parlamentaria con el derecho a la autodeterminación y la independencia, insistiéndose en la reprobación

---

(153) Resolución 534/XII del Parlamento de Cataluña, sobre las propuestas para la Cataluña real, aprobada en la sesión de 25 de julio de 2019 (BOPC núm. 400, de 1 de agosto de 2019) y resolución 546/XII del Parlamento de Cataluña, sobre la orientación política general del Gobierno, aprobada en la sesión de 26 de septiembre de 2019 (BOPC núm. 431, de 4 de octubre de 2019).

ción al rey Felipe VI. En la segunda, el Parlamento catalán vuelve a insistir en el derecho de autodeterminación y ratifica el objetivo de la independencia. Nos centramos a continuación en el análisis de los apartados I.1 y I.2 de la resolución 534/XII de 25 de julio de 2019, sobre las propuestas para la Cataluña real, cuya transcripción al castellano responde al siguiente contenido (154):

«I. Respuestas de país a la situación política. I.1 Autogobierno, derechos humanos y búsqueda de soluciones dialogadas. 2. [...] el Parlamento de Cataluña reafirma su compromiso con la defensa de los derechos humanos, especialmente de los que han sido recientemente vulnerados por el Estado español: [...] h) El derecho a la autodeterminación de los pueblos, que, tal y como ha expresado en repetidas votaciones el Parlamento, es un derecho irrenunciable del pueblo de Cataluña. 2. 1. El Parlamento de Cataluña se ratifica en la defensa del ejercicio del derecho de autodeterminación como instrumento de acceso a la soberanía del conjunto del pueblo de Cataluña. I.2 Legitimidad democrática, soberanía popular y acción política [...] 1. El Parlamento de Cataluña se afianza, de acuerdo con la resolución 1/XI, de 2015, en la necesidad de legislar como parlamento plenamente soberano, de acuerdo con los intereses y las necesidades de la sociedad catalana, para dar respuesta a la pobreza energética, a la emergencia en el ámbito de la vivienda y también a la emergencia humanitaria que viven los refugiados, y para garantizar el acceso universal a la atención sanitaria pública y de calidad, una educación pública, las libertades públicas, unas competencias plenas para las administraciones locales, el derecho al aborto y una gestión de la deuda que haga posible —y no impida— un plan de choque social. [...] 3. El Parlamento de Cataluña se reafirma en su disposición a ejercer de manera concreta el derecho a la autodeterminación, de acuerdo con la voluntad mayoritaria del pueblo de Cataluña, a través de un acuerdo con el Estado español o sin acuerdo».

Los incisos transcritos se hacen eco del repetido compromiso del Parlamento de Cataluña con el derecho a la autodeterminación de los pueblos, como derecho irrenunciable del pueblo catalán. La Cámara autonómica se ratifica así en la defensa del ejercicio del derecho de autodeterminación como instrumento de acceso a la soberanía del conjunto del pueblo de Cataluña, y «se reafirma en su disposición a ejercer de manera concreta el derecho a la autodeterminación, de acuerdo con la voluntad mayoritaria del pueblo de Cataluña, a través de un acuerdo con el Estado español o sin acuerdo». De lo anterior se concluye que el Parlamento catalán no tiene intención alguna de corregir, no ya el rumbo independentista que no es en puridad el problema, sino la contradicción sistemática de la senda secesionista con los pronunciamientos que el Constitucional lleva años reiterando. Así pareció entenderlo el Gobierno de la nación que no tardó en interponer el consecuente incidente de ejecución de la STC 259/2015,

---

(154) El texto oficial, en lengua catalana, de los incisos de la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019, se traduce al castellano por el Gobierno central, sin que esta traducción haya sido objeto de reparo por parte del Parlamento de Cataluña. *Vid.*, ATC 180/2019, de 18 de diciembre (FJ 1).

de 2 de diciembre, respecto de los reseñados incisos de los apartados I.1 y I.2 de la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019. En esta ocasión, pese a que por parte del Parlamento catalán se insistió en defender que los incisos impugnados no constituían desarrollo o continuación de la anulada resolución 1/XI, no contraviniendo tampoco lo resuelto en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, el Alto Tribunal no titubeó en señalar que el *Parlament* reincidía aquí, una vez más, en la vulneración del orden constitucional y estatutario. Mediante ATC 180/2019, de 18 de diciembre, el Constitucional resuelve el incidente de ejecución y deja clara su postura en cuanto a la rebeldía sistemática de la Cámara autonómica. Se distinguen en la resolución dos cuestiones rectoras: de un lado, un nuevo intento unilateral de conseguir la ineficacia práctica de la CE o de reformar esta al margen de los procedimientos previstos al efecto; y de otro, el incumplimiento reiterado que el Parlamento catalán lleva a cabo de su deber de impedir cualquier iniciativa que altere unilateralmente el marco constitucional o que conlleve un incumplimiento de los pronunciamientos del TC.

En relación a la primera de estas cuestiones, el Alto Tribunal señala que la aprobación de los apartados I.1 y I.2 de la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019, implican la «cancelación de hecho, en el territorio de Cataluña y para todo el pueblo catalán, de la vigencia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de cualesquiera reglas de derecho que no se avinieran o acomodaran al dictado de su nuda voluntad. Por ello, la Cámara autonómica se sitúa por completo al margen del derecho, entrando en una inaceptable vía de hecho» (155). El Parlamento de Cataluña —al insistir en proclamarse soberano, así como en el ejercicio del derecho a la autodeterminación— muestra una voluntad antijurídica e inadmisibles de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de secesión del Estado español y creación de un Estado catalán independiente en forma de república que entra en conflicto directo con la jurisprudencia constitucional (156). Se trataría de la reiteración de una vía de hecho incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE, como ha reconocido el Constitucional en plurales pronunciamientos anteriores de sobra conocidos por todos los partícipes del *procés* (157). Todo ello conduce a la estimación por el Constitucional del incidente de ejecución promovido por el Gobierno contra la resolución 534/XII, declarando la nulidad de los incisos de los apartados I.1 y I.2 impugnados. Ahora bien, el

---

(155) ATC 180/2019, de 18 de diciembre (FJ 8).

(156) Sirvan como ejemplo los pronunciamientos recogidos en la SSTC 259/2015, de 2 de diciembre, 114/2017, de 17 de octubre, y 136/2018, de 13 de diciembre, y los AATC 141/2016, de 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, 24/2017, de 14 de febrero, 123/2017 de 19 de septiembre, entre otros.

(157) Baste recordar aquí las SSTC 103/2008, de 11 de septiembre y 259/2015, de 2 de diciembre, y los AATC 141/2016, de 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, 24/2017, de 14 de febrero, o 123/2017, de 19 de septiembre.

ATC 180/2019, de 18 de diciembre, no se limita a declarar la nulidad de tales incisos. El Constitucional, ante el grave quebranto del orden constitucional que supone la repetida postura del Parlamento de Cataluña, entiende obligado hacer ejercicio de sus competencias para preservar su jurisdicción y el cumplimiento de sus resoluciones. Por ello, acuerda la notificación personal del referido auto al presidente del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General del Parlamento. Así, en términos ya conocidos, se recuerda a cada uno de los notificados su deber de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a los incisos de la resolución 534/XII declarados nulos, así como el de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente pretenda o suponga ignorar o eludir la nulidad acordada de dichos incisos.

No se trata este del único incidente de ejecución interpuesto frente a la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019, sobre las propuestas para la Cataluña real. El 7 de octubre de 2019, el Gobierno de la nación formulaba incidente de ejecución de la STC 136/2018, de 13 de diciembre, respecto los mismos incisos que el ATC 180/2019, de 18 de diciembre, había declarado nulos. La identidad de razón de ambos incidentes y la estimación de la nulidad de los apartados impugnados, dio lugar a que mediante ATC 182/2019, de 18 de diciembre, el TC declarase la desaparición sobrevenida del objeto del incidente de ejecución de la STC 136/2018, de 13 de diciembre, declarándolo extinto. El Constitucional reconoce que tanto la pretensión principal del incidente —la declaración de nulidad de los incisos de los apartados I.1 y I.2 de la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019— como sus pretensiones accesorias —la notificación y requerimiento a determinadas autoridades para abstenerse de realizar actuaciones tendentes a dar cumplimiento a esa misma resolución— fueron todas estimadas mediante ATC 180/2019, de 2 de diciembre. Por ello, no tiene sentido entrar a resolver, y menos cuando la posición institucional del TC y la eficacia de la STC 136/2018, cuya salvaguarda motiva el incidente de ejecución, quedaban ya restablecidas con el mencionado ATC 180/2019, de 18 de diciembre.

La resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019, dio para un tercer incidente de ejecución de sentencia. En esta ocasión, el Gobierno de la nación plantea la contradicción de algunos de sus apartados —en concreto, los incisos I.1, I.2 y I.3— con los mandatos recogidos en la STC 98/2019, de 17 de julio, que declaró inconstitucionales y nulas las letras c) y d) del apartado decimoquinto del epígrafe II de la resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre de 2018, sobre la priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia. Del contenido de tales incisos se desprende que (158),

---

(158) El texto oficial, en lengua catalana, de los incisos de la resolución 534/XII, de 25 de julio, es objeto de traducción al castellano por el Gobierno central, sin que esta traducción

«1. Respuestas de país a la situación política. 1.1. Autogobierno, derechos humanos y búsqueda de soluciones dialogadas. 3. El Parlamento de Cataluña, para ejercer la más firme defensa de los derechos humanos: e) Reafirma su compromiso con los valores republicanos y apuesta por la abolición de una institución caduca y antidemocrática como la monarquía, tal como ya quedó recogido en la resolución 92/XII, aprobada por la mayoría del Parlamento de Cataluña, y reafirma también su rechazo al posicionamiento del rey Felipe VI y su intervención en el conflicto catalán y a su justificación de la violencia ejercida por los cuerpos policiales el Primero de Octubre. 1.2 Legitimidad democrática, soberanía popular y acción política 6. 2. El Parlamento de Cataluña se reafirma en su reprobación de Felipe VI por su posicionamiento y su intervención con relación al conflicto democrático que genera la negación de derechos civiles y políticos en Cataluña por parte del Estado español. 1.3 La sentencia del Tribunal Supremo por el juicio del 1 de octubre. 7. 2. El Parlamento de Cataluña reafirma su derecho a expresar valoraciones y opiniones políticas sobre la actuación y el futuro de la institución monárquica y su compromiso con los valores republicanos, tal como expresaba en la Resolución 92/XII, sobre la priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia».

La simple comparativa entre los pronunciamientos de la STC 98/2019, de 17 de julio, y los apartados impugnados de la resolución 534/XI, de 25 de julio de 2019, permite advertir la contradicción existente. El choque de posturas es tan claro que el TC no tiene más opción que estimar el incidente de ejecución y declarar, en su ATC 184/2019, de 18 de diciembre, la nulidad de los incisos 1.1.3 e), 1.2.6.2 y 1.3.7.2 de la resolución impugnada (159). Para ello, el Constitucional vuelve a hablar de la vulneración del orden constitucional y estatutario cometida por la Cámara autonómica y señala un reprochable comportamiento al situarse esta de nuevo al margen del derecho, entrando una vez más en una inaceptable vía de hecho (160). Una reflexión ya empleada con anterioridad que se acompaña, además, de otra también conocida como es la del quebrando del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga alterar unilateralmente el marco constitucional o incumplir sus resoluciones. A estas se aparejan unas consecuencias jurídicas igualmente previsibles como son la nulidad de incisos impugnados y la notificación personal del ATC 184/2019, de 18 de diciembre, a presidente del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General del Parlamento, con la advertencia de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes

---

haya sido objeto de reparo por parte del Parlamento de Cataluña. *Vid.*, ATC 184/2019, de 18 de diciembre (FJ 1).

(159) Por su extensión y especial detalle nos remitimos al ATC 184/2019, de 18 de diciembre (FJ 6b) en el que el Tribunal acomete un análisis comparativo de los fundamentos jurídicos y del fallo de la STC 98/2019, de 17 de julio, con los apartados 1.1, 1.2 y 1.3 de la resolución 534/XII, de 25 de julio.

(160) ATC 184/2019, de 18 de diciembre (FJ 7).



a dar cumplimiento a la resolución 534/XII, en los apartados e incisos anulados, y de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad de esos apartados e incisos.

Por su parte, la resolución 546/XII, de 26 de septiembre de 2019, sobre la orientación política general del *Govern* también planteó serias dudas sobre la adecuación de su contenido a la jurisprudencia constitucional. La lectura sus apartados 1.1, 1.2, 1.3 y 1.4 permite comprobar como la resolución 546/XII no esconde su abierta contradicción tanto con los principios constitucionales que vertebran nuestro ordenamiento jurídico, como con los numerosos pronunciamientos del TC que los reafirman (161) (162). La gravedad de este nuevo desafío al ordenamiento constitucional queda plasmada en el ATC 181/2019, de 18 de diciembre, por el que el Alto Tribunal resuelve el incidente de ejecución de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, interpuesto por el Gobierno de la

---

(161) Del contenido de estos «La necesidad de garantizar en Cataluña el derecho a la autodeterminación» (apartado 1.1, 17) y «reitera el reconocimiento del derecho inalienable del pueblo de Cataluña a la autodeterminación y la voluntad de ejercerlo con plenitud» (apartado 1.2, 20), por lo que «se ratifica en la defensa del ejercicio del derecho de autodeterminación como instrumento de acceso a la soberanía del conjunto del pueblo de Cataluña» (apartado 1.3, 23), al tiempo que afirma que «Cataluña ejerció el derecho de autodeterminación en el referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de 2017», que califica como «referéndum legítimo y legal» (apartado 1.3, 29). El Parlamento de Cataluña «se reafirma, de acuerdo con la resolución 1/XI de 2015 y con el apartado 1.2.6 de la resolución 534/XII de 2019, en su carácter plenamente soberano», al tiempo que «rechaza las imposiciones antidemocráticas de las instituciones del Estado español y, en especial, de su TC y TS, y, consiguientemente, afirma la legitimidad de la desobediencia civil e institucional como instrumentos en defensa de los derechos civiles, políticos y sociales que puedan ser lesionados» (apartado 1.4, 31). En conexión con ello, advierte que, en caso de que el TS dicte sentencia condenatoria (en la causa especial núm. 20907-2017, se entiende), «se conjura a liderar una respuesta institucional a la sentencia», en defensa, entre otros extremos, «del ejercicio del derecho de autodeterminación» (apartado 1.3, 26). Asimismo, declara la Cámara autonómica la pertenencia de Cataluña «a una realidad nacional más amplia, la de los Países Catalanes», para los que también reclama la soberanía y el derecho de autodeterminación (apartado 1.4, 28 y 33), al tiempo que reivindica una «amnistía total» para las personas que hayan sido procesadas, juzgadas, detenidas o encarceladas por la defensa del derecho de autodeterminación (apartado 1.4, 32), instando al Gobierno de la *Generalitat* «a impulsar un acuerdo nacional [...] abierto a todos los agentes políticos, sociales y culturales de los Países Catalanes, [...] para lograr la amnistía de todas las personas perseguidas por el ejercicio de los derechos políticos, civiles y sociales, y fijar las vías para concretar el ejercicio del derecho de autodeterminación en el plazo más breve posible» (apartado 1.4, 35). Finalmente, el Parlamento catalán se refiere a las «alianzas internacionales que el pueblo de Cataluña pueda establecer» y a la conveniencia de decidir sobre su «pertenencia o no a las diferentes organizaciones internacionales, empezando por España» (apartado 1.4, 34).

(162) En especial, entra en conflicto con los postulados recogidos en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, así como de los AATC 141/2016, de 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, y 24/2017, de 14 de febrero, entre otros.

nación respecto de los apartados I.1, I.2, I.3 y I.4 de la resolución 546/XII, de 26 de septiembre de 2019. A lo largo de los fundamentos jurídicos 6 y 7 del ATC 181/2019, de 18 de diciembre, el Constitucional analiza los diferentes quebrantos en los que incurre esta resolución y por los que entiende que la Cámara autonómica pretende de nuevo cancelar de hecho, en el territorio de Cataluña y para todo el pueblo catalán, la vigencia de la CE, del EA y de cualesquiera reglas de derecho que no se acomoden al dictado de su nuda voluntad. El Alto Tribunal ponen encima de la mesa cuestiones ya analizadas con anterioridad —sin ir más lejos, examinadas respecto a la resolución 534/XII, de 25 de julio de 2019— como la gravedad de la insistencia del Parlamento catalán de proclamarse «plenamente soberano»; la reafirmación de su compromiso ante el pueblo catalán de ejercer «el derecho a la autodeterminación» como instrumento para alcanzar la independencia de Cataluña; la pretendida pertenencia de Cataluña «a una realidad nacional más amplia, la de los Países Catalanes», a los que también extiende la reclamación de ese pretendido derecho de autodeterminación; la desvinculación de Cataluña de la primacía incondicional de la CE y su fuerza de obligar, vulnerando la soberanía nacional; la reiteración del mandato que proclama que «el Parlamento de Cataluña debe adoptar las medidas necesarias para abrir el proceso de desconexión del Estado español», o la llamada a desobedecer las resoluciones del TC, entre otras.

Esta reiteración de planteamientos se interpreta por el Constitucional como un síntoma inequívoco de la continuidad del proceso secesionista en Cataluña. Un posicionamiento al margen del ordenamiento constitucional que conduce a la estimación del incidente de ejecución promovido por el Gobierno, declarándose la nulidad de la resolución 546/XII en los incisos impugnados (apartados I.1, I.2, I.3 y I.4). Asimismo, el Alto Tribunal entiende necesario preservar su jurisdicción y el cumplimiento de sus resoluciones, a cuyo efecto acuerda la notificación personal del Auto al presidente del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la mesa y al secretario general del Parlamento, y en esta ocasión, también, al presidente y restantes miembros del Consejo de Gobierno de la *Generalitat*.

Junto con este, el Gobierno de la nación interpuso un segundo incidente de ejecución frente a los mismos apartados I.1 I.2 I.3 y I. 4 de la resolución 546/XII, de 26 de septiembre de 2019. El objetivo era que el TC determinase si los apartados impugnados entraban o no en conflicto con lo resuelto en la STC 136/2018, de 13 de diciembre, que declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1, 2 y 3 de la moción 5/XII del Parlamento de Cataluña. Si bien, nos encontramos de nuevo ante un caso de carencia sobrevenida de objeto en un incidente de ejecución de sentencia. Los incisos impugnados ya habían sido declarados nulos mediante ATC 181/2019, de 18 de diciembre, como también se había procedido a la notificación personal de la resolución

a los cargos públicos señalados. Por tanto, el total de las pretensiones de este segundo incidente de ejecución, dada su identidad de razón, se entienden plenamente satisfechas declarándose su extinción mediante ATC 183/2019, de 18 de diciembre.

También pendientes de resolución quedaban los incidentes de ejecución de sentencia formulados por el Gobierno de la nación frente a los acuerdos de la mesa del Parlamento de Cataluña de 22 y de 29 de octubre de 2019. A través de tales acuerdos, la Cámara autonómica admitía a trámite la propuesta de resolución «De respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo sobre los hechos del 1 de octubre», en el inciso final de su apartado undécimo; y rechaza las solicitudes de reconsideración formuladas contra el acuerdo anterior por los Grupos parlamentarios PSC-Units y C's y el subgrupo Partido Popular. La referida propuesta de resolución, junto a las enmiendas presentadas, fueron sometidas a votación el 26 de noviembre de 2019, aprobándose por el Pleno de la Cámara como resolución 649/XII, de respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo sobre los hechos del 1 de octubre (163). El Gobierno entiende que el acuerdo de 22 de octubre, en el que literalmente se señala que, «por ello, reitera y reiterará tantas veces como lo deseen los diputados y las diputadas... la defensa del derecho de autodeterminación y la reivindicación de la soberanía del pueblo de Cataluña para decidir su futuro político, ... (y) la reprobación de la monarquía», contravienen las SSTC 259/2015, de 2 de diciembre, 136/2018, de 13 de diciembre y 98/2019, de 17 de julio, y en consecuencia plantea los correspondientes incidentes de ejecución. El primero de estos, el referido a la STC 259/2015, de 2 de diciembre, y a las providencias de 10 y 16 de octubre de 2019, resultó estimado recientemente mediante el ATC 9/2020, de 28 de enero (164). El

---

(163) Resolución 649/XII, del Parlamento de Cataluña, de respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo sobre los hechos del 1 de octubre (BOPC núm. 481, de 29 de noviembre de 2019). Dada su importancia al objeto de este estudio pasamos a reproducir el último inciso de esta: «12. El Parlamento de Cataluña: a) Denuncia la censura previa que el TC pretende imponer al Parlamento de Cataluña mediante, entre otras, las providencias de 5 de noviembre de 2019, que ordenan la suspensión parcial del punto undécimo de la propuesta original de esta resolución, que acababa con el texto siguiente: «Por ello, reitera y reiterará tantas veces como lo deseen los diputados y las diputadas [...] la defensa del derecho a la autodeterminación y la reivindicación de la soberanía del pueblo de Cataluña para decidir su futuro político»; b) Rechaza la suspensión parcial mencionada, acordada por el TC, relativa al inciso que completaba el punto undécimo de la presente resolución con el texto reproducido en la letra a de este punto duodécimo, y considera que esta actuación del TC es contraria a los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad ideológica y participación política.»

(164) Providencias de 10 y 16 de octubre de 2019 referidas a los incidentes de ejecución de sentencia promovidos respectivamente en relación con determinados apartados de las resoluciones del Parlamento de Cataluña 534/XII y 546/XII, a la postre estimados por AATC 180/2019 y 181/2019, de 18 de diciembre.

Constitucional declara la nulidad de los acuerdos de 22 y 29 de octubre de 2019, al entender que la propuesta de resolución admitida a trámite (en el apartado e inciso impugnados), plasma la voluntad de la Cámara catalana de eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de secesión del Estado español y creación de un Estado catalán independiente en forma de república (165). El Tribunal hace un repaso de su doctrina —el deber de las cámaras legislativas; la soberanía nacional y la unidad de la nación española; el derecho de autodeterminación, y la reivindicación de la soberanía del pueblo de Cataluña para decidir su futuro político, entre otras cuestiones— y con términos idénticos a los utilizados en los autos anteriores, afirma que el Parlamento de Cataluña ha vuelto a vulnerar el orden constitucional y estatutario, al admitir a trámite la Mesa de la Cámara la propuesta de resolución «de respuesta a la sentencia del Tribunal Supremo sobre los hechos del 1 de octubre». El inciso final del apartado undécimo de esa propuesta contraviene frontalmente lo decidido en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, y desatiende las admoniciones incluidas en las providencias de 10 y 16 de octubre de 2019, pues de su contenido se desprende de manera inequívoca la insistencia del Parlamento de Cataluña en afirmar la soberanía del pueblo de Cataluña y la defensa del derecho de autodeterminación (166). Para el Constitucional, el Parlamento catalán admitió a trámite la propuesta de resolución siendo plenamente consciente de que su actuar era contrario a sus deberes constitucionales. La Cámara conocía perfectamente la existencia de resoluciones judiciales previas que impedían darle curso a la propuesta de resolución por tratarse de una reiteración de las resoluciones 1/XI, 534/XII y 546/XII. Por lo tanto, la nulidad de los acuerdos del Parlamento catalán de 22 y 29 de octubre de 2019, en lo que se refiere a la impugnación aquí referida, resulta obligada. Tanto como la notificación personal del ATC 9/2020, de 28 de enero, al presidente del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la Mesa y al Secretario General del Parlamento. Y aquí es donde se aprecia un nuevo giro del Constitucional que, sin que pueda decirse que haya actuado de forma impulsiva e inesperada, acuerda la deducción de testimonio de particulares a fin de que el Ministerio Fiscal proceda, en su caso, a exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder al presidente del Parlamento de Cataluña, al vicepresidente primero de la Mesa del Parlamento y al secretario primero de la Mesa.

Al incidente de ejecución de sentencia examinado le siguieron otros dos, también contra los acuerdos de la Mesa del *Parlament* de 22 y 29 de octubre de 2019. Estas dos nuevas impugnaciones se concretan, el igual en el caso anterior, en la admisión a trámite del inciso final del apartado undécimo de

---

(165) ATC 9/2020, de 28 de enero (FJ 6).

(166) *Ibidem* (FJ 7).

la referida propuesta de resolución, ejecutando en el primer caso la STC 136/2018, de 13 de diciembre y las providencias de 10 y 16 de octubre de 2019 (167); y en el segundo, la STC 98/2019, de 17 de julio. Para el análisis del primero de estos deben tenerse en cuenta dos cuestiones fundamentales: la primera, que los pronunciamientos esenciales de la STC 259/2015, de 2 de diciembre, que justificaron la estimación del incidente de ejecución resuelto por ATC 9/2020, de 28 de enero, se reiteraron en la STC 136/2018, de 13 de diciembre, por lo que ambas resoluciones, y por ende, ambos incidentes, comparten los vectores centrales de los razonamientos del Tribunal. La segunda, consecuencia obligada de la anterior, es que la estimación del primer incidente, en el total de sus peticiones, conlleva la carencia sobrevenida de objeto del incidente de ejecución de la STC 136/2018, de 13 de diciembre (168). Y así lo entendió el Constitucional que por ATC 10/2020, de 18 de enero, lo declaró extinto al entender que su resolución no satisfacía en puridad ningún interés, ni de parte, ni de carácter general. En segundo lugar, y siguiendo una línea prácticamente idéntica a otras resoluciones ya examinadas, el ATC 11/2020, de 28 de enero, estima el incidente de ejecución de la STC 98/2019, de 17 de julio, formulado por el Gobierno central frente a los acuerdos del Parlamento catalán de 22 y 29 de octubre de 2019. En este caso, el TC considera que comparando la fundamentación y el fallo de la STC 98/2019, de 17 de julio y el inciso de la propuesta de resolución admitida por los acuerdos impugnados, la contradicción entre ambas es manifiesta. La propuesta de resolución, en el pasaje impugnado, vuelve a reproducir, con el mismo término de reprobación, el pronunciamiento institucional del Parlamento de Cataluña recogido en las letras c) y d) del apartado decimoquinto, epígrafe II de la resolución 92/XII, ya declarado inconstitucional y nulo por el TC (169). Por ello, la declaración de nulidad de los acuerdos de la mesa del Parlamento de Cataluña de 22 y 29 de octubre de 2019, parece la respuesta lógica, a la que necesariamente debe vincularse la notificación personal y la decisión de deducir testimonio de particulares al Ministerio Fiscal para dilucidar posibles responsabilidades penales del presidente del Parlamento de Cataluña, del vicepresidente primero y del secretario primero de la Mesa del Parlamento. Las razones que justifican la decisión del Constitucional de que sea el Ministerio Fiscal el que determine

---

(167) Providencias de 10 y 16 de octubre de 2019, sobre los incidentes de ejecución promovidos respectivamente en relación con determinados apartados de las resoluciones del Parlamento de Cataluña 534/XII y 546/XII.

(168) Se estimaron tanto la nulidad de los acuerdos, petición principal, como las peticiones accesorias sobre notificación y requerimiento de la decisión del TC a determinados funcionarios y autoridades del Parlamento de Cataluña, así como sobre deducción de testimonio de particulares a fin de que el Ministerio Fiscal valorase la exigencia de responsabilidades penales.

(169) ATC 11/2020 de 28 de enero (FJ 5).

si se puede o no hablar de la comisión de un delito, deriva, otra vez, de esa postura de los poderes públicos catalanes de desatender sistemáticamente los pronunciamientos del TC. Y es que, como razona el propio Tribunal, cuando la mesa del Parlamento catalán admitió a trámite la propuesta de resolución presentada por los Grupos parlamentarios ERC y JxCat y el subgrupo CUP-CC, ya conocía la existencia de decisiones previas del Constitucional que impedían darle curso.

Nos referimos en último lugar a los incidentes de ejecución de sentencia generados a la luz de los acuerdos del Parlamento de Cataluña de 29 de octubre y 5 de noviembre de 2019, a través de los que la Cámara autonómica admite a trámite, para su sustanciación, la Moción «subsegüent a la interpel·lació al Govern sobre l'autogovern», presentada por el subgrupo Parlamentario CUP-CC y se rechazan las solicitudes de reconsideración presentadas en contra. La problemática se centra en la afirmación recogida en el apartado 1 del acuerdo de 29 de octubre, conforme al cual, «el Parlamento de Cataluña: expresa su voluntad de ejercer de forma concreta el derecho a la autodeterminación y de respetar la voluntad del pueblo catalán», afirmación a priori contraria a las SSTC 259/2015, de 2 de diciembre y 136/2018, de 13 de diciembre, en los términos ya examinados en este trabajo. Por ello, por tratarse de una cuestión ya examinada, los AATC 16/2020, de 11 de febrero y 18/2020, de 11 de febrero, a través de los que el TC resuelve los dos incidentes de ejecución formulados por el Ejecutivo nacional no se diferencia ni en estructura ni en contenido a los examinados *supra*.

El primero de estos, el ATC 16/2020, de 11 de febrero, declara la nulidad de los acuerdos de 29 de octubre y 5 de noviembre de 2019. Como decimos, los razonamientos esgrimidos por el Constitucional para la estimación de este incidente no difieren en lo esencial de los que ya han sido examinados, como tampoco lo hacen las razones que conducen al Alto Tribunal a notificar personalmente su decisión y a deducir testimonio de particulares ante posibles responsabilidades penales (170). El segundo, el ATC 18/2020, de 11 de febrero, reproduce la técnica empleada en los AATC 182 y 183/ 2019, de 18 de diciembre y 10/2020, de 28 de enero, y entendiendo satisfechas todas las pretensiones del incidente de ejecución de la STC136/2018, de 13 de diciembre, que resuelve, declara este extinto por carencia sobrevenida de objeto.

De nada han valido aquí las sentencias del Constitucional, tan ineficaces para atajar la cuestión independentista como lo han sido las reiteradas adver-

---

(170) En concreto, las que pudiera corresponder al presidente del Parlamento de Cataluña, Roger Torrent i Ramió, al vicepresidente primero de la mesa del Parlamento, Josep Costa i Rosselló, al secretario primero de la Mesa, Eusebi Campdepadrós i Pucurull, y a la secretaria cuarta, Adriana Delgado i Herreros.

tencias a los cargos públicos catalanes sobre el debido cumplimiento de sus deberes constitucionales. Tampoco parecen generar efecto alguno ni los reproches del Secretario general y el Letrado mayor de la Cámara autonómica, ni el de los miembros de la Mesa pertenecientes a otros Grupos parlamentarios. Por lo tanto, las consecuencias que se deriven de aquí serán seguro indeseadas, pero no podrá decirse que sean sorprendentes, pues poca respuesta deja el comportamiento reiterado de la Cámara autonómica. Además, lo advertíamos al inicio de este último punto, no se trata esta de una etapa definida por la brillantez y el ingenio jurídico. No existen grandes y novedosas aportaciones que permitan dar un giro a la situación generada. Más bien, estamos ante una calma tensa en la que todo se repite sin que nadie de un paso que pueda romper el aparente equilibrio. Quizá porque la respuesta no es jurídica o porque siéndolo son los políticos los que no dan pasos efectivos. Por ello deviene fundamental analizar, al menos de forma sucinta, si realmente la reforma constitucional hacia la federalización del Estado Autonómico puede ser respuesta eficaz al problema que se plantea. Si bien, y ya lo adelantamos, la naturaleza del federalismo no es la de desunir sino todo lo contrario.

### III. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: LA REAFIRMACIÓN DE LOS PILARES DEL ESTADO AUTONÓMICO

Lo que debía ocupar un espacio político ha terminado por convertirse en una cuestión de indudable trascendencia jurídica. No solo se ha obligado al TC a poner freno judicial a la falta de consenso político, sino que desde determinadas esferas políticas se deja entrever un ánimo de incidir (indebidamente) en las decisiones judiciales. Como veremos, el Derecho comienza a dar síntomas de ser la verdadera víctima de este conflicto. Si bien, dejando de lado valoraciones personales, la abundante jurisprudencia analizada a lo largo de este trabajo permite observar la relación existente entre el TC y la causa independentista presente en Cataluña, y dentro de esta, identificar una suerte de evolución en las posturas adoptadas por el Constitucional (171). Así, cabría diferenciar cuatro etapas: una primera, correspondiente a la reforma del EAC, cuyo máximo exponente viene de la mano de la STC 31/2010, de 28 de junio, sin olvidarnos tampoco de la STC 42/2014, de 25 de marzo; la segunda, marcada por la aprobación de la resolución I/XI, de 9 de noviembre de 2015 y el inicio del denominado «proceso constituyente», delimitada por la STC 259/2015, de 2 de diciembre; una tercera etapa, correspondiente

---

(171) En este sentido, son varios los trabajos que abordan la relación entre el TC y la causa independentista catalana y que, desde distintos prismas, analizan los hitos jurídicos. Se cita, a modo de ejemplo (J., MIGUEL BÁRCENA, 2018: 133-166).

a la declaración de independencia de Cataluña en la que, si bien destacan dos SSTC fundamentales —114/17, de 17 de octubre y 224/2017, de 8 de noviembre—, el factor predominante viene dado por los incidentes de ejecución de sentencia; y, finalmente, una cuarta etapa en la que el Alto Tribunal dilucida los pormenores de la aplicación del art. 155 CE y reitera los valores superiores del ordenamiento jurídico español, la soberanía nacional y la forma política del Estado, STC 89/2019, de 2 de julio.

Mientras que, en la primera etapa, el TC recurre a técnicas interpretativas en pos de evitar, no sin esfuerzo, la declaración de inconstitucionalidad de algunas iniciativas, la segunda y tercera se definen por un paso al frente en la defensa del Estado Autonómico y de sus principios fundamentales. En estas se advierte una postura mucho más decidida del Alto Tribunal, caracterizada por la diligencia jurisdiccional en cuanto a los plazos de resolución —que no superan el año— y el abandono de la técnica de la «interpretación conforme» (172). La cuarta etapa responde a la consolidación de esta postura del TC que, con algún cambio de criterio —como el apuntado en el voto particular de la STC 115/2019, de 16 de octubre— se reafirma en la defensa de los elementos esenciales centrales y legitimadores del Estado social y democrático de Derecho y no duda en advertir al nuevo Gobierno catalán de las consecuencias y responsabilidades que se derivan del incumplimiento de sus mandatos.

El profundo examen que la doctrina más cualificada ha llevado a cabo de la STC 31/2010, de 17 de octubre, hace innecesario volver a repetir aquí sus consideraciones (173). Por lo tanto, el objeto de este apartado se circunscribe al análisis de los postulados del Constitucional correspondientes a las tres últimas fases, en especial, a la dos últimas, donde sus posicionamientos resultan tan claros y contundentes como reiterativos. Por lo que se refiere al objeto de

---

(172) El TC recurrió a la técnica de la «interpretación conforme» en la STC 42/2014, de 25 de marzo, por la que resuelve la impugnación de la Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013, del Parlamento catalán. Corresponde preguntarse si el empleo por TC de esta técnica, a propósito de la Declaración de soberanía del Parlamento catalán, tiene algún sentido. Como señala FERRERES COMELL, «esta técnica está conectada con la idea de que las normas (u otros actos del poder público) gozan de una «presunción de validez constitucional». Se presume, en efecto, que el legislador no ha querido vulnerar la CE. En consecuencia, cuando un texto normativo admite varias interpretaciones, debe optarse por aquella que evite un resultado contrario a la CE. Se presume que lo que el legislador ha querido efectivamente expresar en el texto normativo es un contenido ajustado a la CE. Ahora bien, esta presunción no es una pura ficción. Se fundamenta en el hecho de que, en la práctica, los poderes públicos mantienen una voluntad de respetar la CE. En el caso de la resolución del Parlamento catalán, sin embargo, es dudoso que, dada la espiral política de los acontecimientos desencadenados por el soberanismo a la altura de enero de 2013, la resolución parlamentaria que proclamaba la soberanía del pueblo catalán se pudiera interpretar todavía como la resolución de un órgano que mantenía su voluntad de observar la CE». (V. FERRERES COMELLA, 2016: 472).

(173) *Vid.* Nota 8.



este trabajo, la doctrina constitucional se centra en las siguientes cuestiones: i) defensa de la soberanía de la nación española y de los principios estructurales del Estado Autonomómico; ii) supremacía de la CE, condición de los EEAA como norma institucional básica de las CCAA y el procedimiento de reforma constitucional; iii) consultas populares vía referéndum; iv) deber de los poderes públicos y sus titulares de acatar las decisiones del TC; y, v) el art.155 CE como mecanismo extraordinario de coerción del Estado (174).

### **1. Defensa de la soberanía nacional y de los principios estructurales del Estado Autonomómico**

La defensa de la soberanía nacional constituye, sin lugar a dudas, el eje central de las reflexiones del TC. El Alto Tribunal debe resolver si los planteamientos que defienden la soberanía de determinadas nacionalidades o regiones que, constituidas en CCAA, integran el Estado, tiene o no verdadero soporte jurídico y si, en su caso, estas pueden ejercer la autodeterminación para decidir su futuro político al amparo de nuestro ordenamiento jurídico. La respuesta es rotunda y sin ambages. En el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano y lo es de manera indivisible y exclusiva. El TC recuerda que «la CE es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan, por ello, los poderes del Estado (art. 1.2 CE), concebido este “como el conjunto de instituciones y órganos que ejercen, en todo el territorio, poder público y en el que se integran las Comunidades Autónomas”» (175). El art. 1.2 CE se erige, por tanto, como base de todo nuestro ordenamiento jurídico y atribuye, con carácter exclusivo, «la titularidad de la soberanía nacional al pueblo español, unidad ideal de imputación del poder constituyente y, como tal, fundamento de la CE y del ordenamiento jurídico y origen de cualquier poder político» (176).

Las grandes decisiones recogidas en el art. 1 de nuestro Texto Constitucional se completan con el enunciado del art. 2 CE, en el que se recogen los principios estructurales del ordenamiento. Los principios de unidad, autonomía

---

(174) La labor desarrollada por el TC se materializa en más de medio centenar de decisiones judiciales entre sentencias, autos y providencias motivadas, por lo que las cuestiones sobre las que se pronuncia el Alto Tribunal superan el acotado objeto de este trabajo.

(175) SSTC 124/17, de 8 de noviembre (FJ 5 b) y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4a), donde se reiteran los posicionamientos del TC en Sentencias como la 35/1982, de 14 de junio (FJ 2).

(176) SSTC 124/17, de 8 de noviembre (FJ 5b); 12/2008, de 29 de enero (FJ 4); 13/2009, de 29 de enero (FJ 16), entre otras. Sobre el art. 1.2 CE como base del ordenamiento jurídico, *vid.*, STC 6/1981, de 16 de marzo (FJ 3).

y solidaridad guardan entre ellos una relación indisociable, alcanzando así su pleno sentido (177). La atribución de la soberanía nacional al pueblo español (art. 1.2 CE) y la indisoluble unidad de la nación española (art. 2 CE) se contemplan junto al reconocimiento y la garantía del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (art. 2 CE), sin que quepa confundir este último con la soberanía. El Alto Tribunal reitera que «autonomía no es soberanía» y que, por tanto, «la soberanía es única, no fraccionable» (178). No es posible que una fracción del Estado, declarándose soberana, pueda disponer o quebrantar la soberanía nacional. Por ello, defiende el TC que, «en el marco de la CE, una CA no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España o separación de ella» (179). Cualquier acto de una CA orientado a tal fin, constituye un desafío explícito a los principios esenciales de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español; la unidad misma de la nación, constituida en Estado social y democrático de Derecho; y la propia supremacía de la CE, a la que están sujetos todos los poderes públicos (180).

Cualquier infracción de estos principios estructurales lo es también, inseparablemente, de los que configuran nuestro Estado como «de derecho» y «democrático» (art. 1.1 CE). En este sentido, defiende del TC que, «la soberanía de la nación conlleva necesariamente su unidad», y esta unidad del sujeto soberano «es fundamento de una Constitución mediante la que la nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de Derecho» (181). Un Estado, por lo demás, «único o común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de las autonomías territoriales a las distintas nacionalidades y regiones que, constituidas en CCAA, en virtud de sus respectivos EA, integran España» (182).

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no existe más titular del poder soberano que la nación española constituida en Estado, sin que ningún otro territorio pueda irrogarse facultad alguna en ese sentido. Tampoco tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional que los ciudadanos de

---

(177) El TC subraya que los principios estructurales del ordenamiento son prescripciones indisociables. En este sentido, SSTC 259/2015, de 2 de diciembre y 128/2016, de 7 de julio (FJ 5) y antes aún, SSTC 54/1983, de 21 de junio (FJ 2) y 16/1982, de 28 de abril (FJ 1).

(178) Los razonamientos ya brindados en las SSTC 4/1981, de 2 de febrero (FJ 3); 25/1981, de 14 de julio (FJ 3), se reitera en las SSTC 247/2007 (FJ 4a) y 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5a).

(179) STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4).

(180) Entre otros, ATC 144/2017, de 8 de noviembre.

(181) STC 124/17, de 8 de noviembre (FJ 4 y 5).

(182) STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4 a) y STC 90/2017, de 5 de julio (FJ 6 a).

estos territorios puedan confundirse con el pueblo soberano, concebido como «la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fuente de la Constitución y del ordenamiento» (183). Por ello, los actos de las Cámaras autonómicas, fruto de haber asumido atribuciones inherentes a la soberanía, coloca a tales órganos en una «resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional», merecedora del mayor de los rechazos jurídicos (184).

## 2. Supremacía de la Constitución y procedimiento de reforma constitucional

La supremacía de la CE a la luz de la jurisprudencia emanada del proceso independentista catalán ha sido una cuestión ampliamente estudiada por la doctrina científica, y de forma especialmente detenida por autores como BAR CENDÓN, a cuya obra desde aquí nos remitimos (185). El autor se centra en los pronunciamientos del Constitucional hasta la STC 259/2015, de 2 de diciembre, por lo que, no se trata aquí tanto de reiterar lo ya sabido, como de destacar en qué ha hecho especial hincapié el TC a partir de la referida resolución.

A diferencia de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la república —a la que como se vio, se le atribuía la condición de norma suprema hasta la aprobación de la Constitución de la república catalana—, la CE no contiene un precepto específico en el que la norma fundamental se autoproclame suprema con respecto al resto del ordenamiento jurídico. Al menos no en términos literales. El TC la define como «norma incondicionada y condicionante de cualesquiera otras en nuestro ordenamiento» (186). Y sitúa el reconocimiento expreso del imperio de la CE, como norma suprema, en el art. 9.1 CE (187). El referido precepto recoge el principio

(183) *Ibidem*.

(184) SSTC 42/2014, de 25 de marzo (FJ 2), 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 2 y 3), SSTC 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero; 138/2015, de 11 de junio; 52/2017, de 10 de mayo; 77/2017, de 21 de junio; 90/2017, de 5 de julio, y 114/2017 de 17 de octubre; AATC 141/2016, de 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, 24/2017, de 14 de febrero, 123/2017, de 19 de septiembre.

(185) El autor analiza la supremacía de la CE a la luz de la jurisprudencia emanada del proceso independentista catalán hasta la STC 259/2015, de 2 de diciembre. (A. BAR CENDÓN, 2016: 203-207).

(186) STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4).

(187) El TC entiende que el imperio de la CE, como Norma suprema, se declara expresamente en el art. 9.1 CE, que establece el principio general de sujeción «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y trae causa de que la CE misma es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan los poderes del Estado. STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4) y, antes aun SSTC 54/1983, de 21 de junio (FJ 2) y 16/1982, de 28 de abril (FJ 1).

general de sujeción a la CE y al resto del ordenamiento jurídico. Un deber general de sometimiento de todos (en especial, de los poderes públicos) a la Norma suprema, como forma de sumisión a la voluntad popular y expresión del poder constituyente residenciado en el pueblo soberano. Por ello, como advierte el TC, ningún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental, pues lo contrario supone un «abierto y expreso desafío a la fuerza de obligar de la CE y del ordenamiento que sobre ella se levanta» (188). Dando lugar, además, a una peligrosa omisión de «la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente, formalizado en la CE, y la actuación de los poderes públicos constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél» (189).

Ahora bien, el cualificado deber de acatamiento a la CE que recae sobre los titulares de cargos públicos, incluidos los electos, «no se cifra en una necesaria adhesión ideológica a su total contenido, pero sí en el compromiso de realizar sus funciones de acuerdo con ella y en el respeto al resto del ordenamiento jurídico» (190). No se trata de compartir su ideología, sino de cumplir y respetar las reglas del ordenamiento constitucional. El Alto Tribunal parece poner encima de la mesa la posible reforma de la CE, al recordar que, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. Su apertura a la revisión formal es plena, y así la pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las Asambleas legislativas de las CCAA (arts. 87.2 y 166 CE) (191).

Ello se traduce en una amplia libertad para la exposición y defensa pública de cualquiera concepción ideológica, incluida aquella que «pretenda, para una determinada colectividad, la condición de comunidad nacional, incluso como principio desde el que procurar la conformación de una voluntad constitucionalmente legitimada para, mediante la oportuna e inexcusable reforma de la CE, traducir ese entendimiento en una realidad jurídica» (192). Por lo tanto, el debate público, dentro o fuera de las instituciones, sobre un proyecto político que propugne la reforma constitucional goza, precisamente al amparo de la CE misma, de una irrestricta libertad en la medida que la Carta magna admite opciones políticas de muy distinto signo. Por ello podemos afirmar que el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el orden constitu-

---

(188) SSTC 128/2016, de 7 de julio (FJ 5), 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5a), 124/2017, de 8 de noviembre (FJ 5a).

(189) SSTC 124/17, de 8 de noviembre (FJ 5) y 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5a), en análogos términos, STC 15/2000, de 20 de enero (FJ 3) y 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 8a), y mucho antes, STC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 4).

(190) ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 6). En términos similares, SSTC 101/1983, de 18 de noviembre (FJ 3) y 122/1983, de 16 de diciembre (FJ 5).

(191) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5c).

(192) SSTC 31/2010, de 28 de junio (FJ 12) y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7).

cional, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del titular de la soberanía, es perfectamente factible en nuestro ordenamiento, «toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la CE (...) no hay límites materiales a la revisión constitucional» (193).

Ahora bien, todo este potencial proceso de reforma deberá ajustarse, claro está, a los procedimientos específicos que la propia CE integra, *ex arts.* 167 y 168 CE (194). Se garantiza con ello que, «solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia CE» (195). Lo que no resulta amparable, bajo ninguna circunstancia, es el intento por los nacionalismos de reformar la propia CE, o conseguir su ineficacia práctica, mediante vías de hecho totalmente ajenas a ella (196). Las actuaciones desarrolladas desde determinadas Cámaras autonómicas, que han pretendido eludir los procedimientos de reforma constitucional para llevar adelante su proyecto político de desconexión del Estado español, «constituyen un riesgo máximo para la vigencia y efectividad de las garantías y derechos preservados, para los ciudadanos, en la CE y en los EEAA» (197). Como señala el TC, cuando un poder público pretende alterar el orden constituido de manera unilateral e ignorando los procedimientos de reforma expresamente previstos a tal fin por la CE, «abandona la única senda que permite llegar a este punto, la del Derecho, con el consiguiente daño irreparable para la libertad de los ciudadanos» (198). Se trata de una postura unilateral que no puede recibir amparo pues lo contrario supondría tanto como liberar al poder público de toda sujeción a derecho (199). Y un poder que niega expresamente el Derecho se niega a sí mismo como autoridad merecedora de acatamiento (200).

---

(193) SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4) y 90/2017, de 5 de julio (FJ 6b).

(194) Como reconoce el TC, la CE, como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de reconsideración, revisión y modificación, quedando prevista la posibilidad incluso la revisión total del texto, STC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7). Ahora bien, el respeto a los procedimientos previstos para ello es, siempre y en todo caso, inexcusable, STC 138/2015, de 11 de junio (FJ 4).

(195) STC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 2).

(196) SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4), y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7).

(197) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5).

(198) STC 259/2015, FJ 7, doctrina que reiteran, entre otras, las SSTC 90/2017, de 5 de julio (FJ 6b) y 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5c).

(199) STC 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 7); en análogo sentido, SSTC 122/1983, de 16 de diciembre (FJ 5) y 90/2017, de 5 de julio (FJ 6b).

(200) SSTC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5) y 259/2015, de 2 de diciembre (FJ 4b), así como en el ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 3).

### 3. Consultas populares vía referéndum

Tanto en el caso de Cataluña, como en su momento lo fue en el País Vasco, el objetivo prioritario de cuanto se ha expuesto se centra en la convocatoria de un referéndum de autodeterminación. La cuestión a tratar en este trabajo no es si existe o no un derecho de autodeterminación, cuestión que precisa un análisis mucho más detenido, sino si el tipo de instrumento al que se ha recurrido tiene o no amparo constitucional y si, en su caso, respeta el orden de distribución de competencias.

Desde la STC 103/2008, de 11 de septiembre, por la que el Alto Tribunal reputó inconstitucional la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la CA del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, hasta la STC 114/2017, de 17 de octubre de 2017, por la que reconoce la inconstitucionalidad de la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, los pronunciamientos del TC han seguido una línea homogénea en base a dos determinaciones fundamentales:

La primera se articula sobre la comprensión de que, si bien la previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum no agota el elenco de otros admisibles en nuestro ordenamiento, la regulación genérica de tales consultas referendarias, distintas a las ya contempladas en la norma fundamental, solo puede acometerse a través del único vehículo constitucionalmente adecuado para ello: la LO prevista en el art. 92.3 CE. El instituto del referéndum se concibe como el cauce para la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. Una participación de carácter político que responde a un derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE, cuyo desarrollo corresponde solo a LO de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.1 CE y, más específicamente, a la prevista en el art. 92.3 CE para la regulación de las «condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución». Tales previsiones deben ser puestas, además, en relación con la reserva competencial del art. 149.1.32 CE, que atribuye en exclusiva al Estado la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum». La conclusión, como señala el TC, es que solo el Estado es competente para autorizar, establecer y regular la institución del referéndum «cualquiera que sea la modalidad o ámbito territorial sobre el que se proyecte, sin perjuicio de las salvedades también presentes en nuestra jurisprudencia en orden a la eventual intervención complementaria de las CCAA» (201). Ahora

---

(201) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 3); en términos similares, SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 3), 31/2015, de 25 de febrero (FJ 6a) y 51/2017, de 10 de mayo (FJ 6a).

bien, pese a la aparente claridad del sistema de distribución competencial, la posibilidad de delegación competencial vía art. 150.2 CE deja abierta una puerta a futuras modificaciones (202).

La segunda idea rectora, parte de una diferencia clara entre el poder constituyente, formalizado en la CE, y la actuación de los poderes públicos constituidos. Así, sostiene el Constitucional, que todas aquellas cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente quedan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos, no pudiendo, por tanto, someterse a consultas populares autonómicas, referendaria o no (203). Sin embargo, no falta quien defiende que, en realidad, la celebración de un referéndum de autodeterminación encuentra amparo en el art. 92 CE, de acuerdo con el cual, «*las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos*». Ahora bien, la referencia a todos los ciudadanos juega aquí un papel fundamental. Como señala el TC, «*la nación, en cuya unidad la CE se sustenta, es la de todos los españoles, como ciudadanos libres e iguales en derechos. Son los únicos que, en hipótesis, podrían ser llamados a decidir sobre la permanencia y el destino del Estado común, sin que el poder constituyente, del que son titulares únicos, siguiera mereciendo ese nombre en el supuesto de que tal decisión se atribuyera a solo una fracción del pueblo español*» (204). Parece lógico pensar que, lo que a todos nos afecta, es decir, la permanencia o no de ese Estado común que constituye España, debe ser reconsiderado y decidido también por todos (205). Por ello, la redefinición de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía es una cuestión que exige una reforma agravada de la CE ex art. 168 CE, sujeta a la disolución de las Cortes y a la celebración de un referéndum vinculante en toda España. Como recuerda el Constitucional, «*una CA no puede convocar una consulta popular que desborde el marco de competencias propias o incida sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resulten sustraídas a la decisión de los poderes constituidos*» (206).

---

(202) Prueba de ello es que, limitándonos a Cataluña, la delegación competencial no es la primera vez que se pone encima de la mesa. Recordamos aquí, que ya en 2013, el Parlamento de Cataluña presentó ante el Congreso de los Diputados una propuesta de LO para la delegación a la *Generalitat*, vía art. 150.2 CE, de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Cataluña (art. 149.1.32.º CE), que sería rechazada el 8 de abril de 2014.

(203) STC 51/2017, de 10 de mayo (FJ 5 c y d).

(204) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5), en el mismo sentido, ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 3).

(205) STC 114/2017, de 17 de octubre (FJ 5c) y STC 90/2017, de 5 de julio (FJ 6a).

(206) SSTC 103/2008, de 11 de septiembre (FJ 4) y 138/2015, de 11 de junio (FJ 3).

#### 4. Acatamiento de las decisiones del Tribunal Constitucional

El actual panorama político ha puesto encima de la mesa una cuestión tan relevante como lógica y necesaria. Nos referimos al deber de los poderes públicos, incluidos los órganos de las Cámaras legislativas y sus titulares, de acatar los mandatos del TC (*ex arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC*). Junto con este, su razonable consecuencia, la de no llevar a cabo actuaciones que supongan la reiteración de resoluciones o normas previamente declaradas inconstitucionales y nulas. Se trata de una cuestión ya apuntada al examinar la supremacía de la CE, pero que merece una reflexión previa al análisis del procedimiento previsto en el art. 155 CE. En especial, tras las últimas decisiones de la *Generalitat* y del Parlamento catalán que, al amparo de un pretendido derecho a la libertad de expresión, parecen tomar un rumbo claro de nuevo desafío.

El ATC 144/2017, de 8 de noviembre, por el que se declaraba la nulidad de las resoluciones del Parlamento de Cataluña, de 27 de octubre de 2017, conocidas como «Declaración de los representantes de Cataluña» y «Proceso constituyente», recordaba con firmeza a los órganos del Parlamento catalán que, «este Tribunal viene advirtiendo de forma expresa y reiterada a los poderes públicos implicados y a sus titulares, especialmente a la mesa del Parlamento de Cataluña, su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga alterar unilateralmente el marco constitucional o incumplir las resoluciones de este Tribunal» (207). Se trata de unos términos similares a los empleados en la práctica totalidad de los Autos con los que el TC resuelve los incidentes de ejecución de sentencia planteados por el Ejecutivo central en la última etapa del Gobierno de Torra y en los que el Alto Tribunal se dirige tanto a la Cámara autonómica, como al Gobierno de la *Generalitat*, intimándoles al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales (208).

A la vista de las graves consecuencias que se dimanan del incumplimiento de este deber, resulta esencial acotar su contenido, siguiendo para ello la doctrina del Constitucional. En concreto, resulta de interés en este caso, las consideraciones en torno a las facultades de las mesas de las asambleas legislativas de calificación y admisión a trámite de iniciativas parlamentarias, cuando estas constituyen un incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el TC, doctrina que se sintetiza en las SSTC 46/2018 y 47/2018, de 26 de abril ambas; 115/2019, de 16 de octubre, 128/2019, de 11 de noviembre, y 156/2019, de 28 de noviembre, por citar las principales, y se recoge entre otros en el ATC 9/2020, de 28 de enero, por referir los más actuales.

---

(207) ATC 144/2017, de 8 de noviembre (FJ 6).

(208) Nos remitimos aquí tanto al final de apartado destinado al examen de la Moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, de 5 de julio de 2018, sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el TC, como a los autos analizados en el apartado d) *Cascada de incidentes de ejecución de sentencia a modo de broche final*.



En el caso concreto de la Cámara legislativa, el debido respeto a las resoluciones del Alto Tribunal se traduce en un veto a la admisión a trámite de iniciativas parlamentarias que, de forma manifiesta, incumplan el deber de acatar lo decidido por el Alto Tribunal (209). La Mesa de la Cámara está facultada —que no obligada— para inadmitir a trámite las iniciativas parlamentarias cuya inconstitucionalidad o contradicción con el Derecho sean «palmarias y evidentes». Por lo tanto, para hablar de inobservancia de las decisiones del Constitucional será necesario que la Mesa tramite la iniciativa a sabiendas de que existe una resolución del Tribunal que le impide darle curso. O dicho en otros términos, «la potestad de las Mesas de inadmitir a trámite propuestas o proposiciones cuya inconstitucionalidad sea evidente, se transforma en obligación siempre que la Mesa sea destinataria de un mandato del TC impidiendo la tramitación de determinada iniciativa. Entenderlo de otro modo sería asumir que el valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal es relativo y no se aplica a la doctrina que se deriva de sus pronunciamientos, lo que resulta incompatible con la interpretación que nuestra jurisprudencia ha hecho de los arts. 164.1 CE y 40.2 LOTC» (210). Así sucede, entre otros supuestos, «en los casos en los que la resolución contenga una expresa decisión de la que se derive esa consecuencia (por ejemplo, traiga causa de un acto o una norma cuya eficacia se encuentre suspendida al amparo del art. 161.2 CE o infrinja una medida cautelar o cualquier otro pronunciamiento que este Tribunal haya podido adoptar en el ejercicio de su jurisdicción)», o cuando esa iniciativa parlamentaria sea aplicación de un acto o norma anterior que haya sido declarado inconstitucional» (211).

Si bien, conviene destacar aquí que, «tal admonición no supone, en modo alguno, una restricción ilegítima de la autonomía parlamentaria, ni compromete el ejercicio del derecho de participación de los representantes políticos garantizado por el art. 23 CE» (212). Se trata, en definitiva, de «la consecuencia obligada de la sumisión a la Constitución de todos los poderes públicos, incluidos los electos (art. 9.1 CE)» (213). Ahora bien, sí cabe apreciar una incidencia directa en el *ius in officium* de los parlamentarios (art. 23 CE), cuando la mesa de la Cámara autonómica incumple el obligado respeto

(209) SSTC 46/2018, de 26 de abril (FJ 5); 47/2018, de 26 de abril (FJ 6); 96/2019, de 15 de julio (FJ 6); 115/2019, de 16 de octubre (FJ 6) y 128/2019, de 11 de noviembre (FJ 2c).

(210) Por todas, STC 115/2019, de 16 de octubre (FJ 7); en el mismo sentido, ATC 11/2020, de 28 de enero (FJ 3).

(211) SSTC 46/2018, de 26 de abril (FJ 6) y 128/2019, de 11 de noviembre (FJ 2c).

(212) Sobre esta cuestión *vid.*, STC 156/2019, de 28 de noviembre.

(213) SSTC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 10); 46/2018, de 26 de abril (FJ 5); 47/2018, de 26 de abril (FJ 6) y 96/2019, de 15 de julio (FJ 6); también AATC 123/2017, de 19 de septiembre (FJ 8), 144/2017 (FJ 6).

a lo resuelto por el Constitucional. Así, si los parlamentarios participan en la tramitación de una iniciativa que contraviene de modo manifiesto un pronunciamiento del TC, «infringen también el deber de acatar la CE (art. 9.1 CE) y de cumplir lo que este Tribunal resuelva (art. 87.1 LOTC). Por el contrario, si cumplen su deber constitucional de respetar lo decidido por este Tribunal, y no participan en ese procedimiento parlamentario, están desatendiendo las funciones representativas inherentes a su cargo» (214).

Visto todo lo anterior, el TC concluye que la tramitación de iniciativas parlamentarias que incumplan manifiestamente las decisiones del Alto Tribunal vulnera no solo el art. 9.1 CE y el art. 87.1 LOTC, sino también el art. 23 CE (215).

## 5. El art. 155 CE como mecanismo extraordinario de coerción del Estado

Como anticipábamos *supra*, el art. 155 CE regula un instrumento de defensa del orden constitucional calificado de extraordinario, al tratarse de una vía específica de coerción directa del Estado sobre las CCAA (216). El precepto configura una modalidad de control de la actividad de los órganos de las CCAA (217). Y permite al Gobierno adoptar «las medidas que sean necesarias» en aras de obligar a una CA a cumplir con los mandatos que la CE u otras leyes le impongan, en caso de que exista un incumplimiento o un atentado grave contra el interés general de España (218). No se trata esta de la primera vez que el TC debe valorar su aplicación, aunque sí la primera que resuelve su puesta en marcha (219). Han sido las SSTC 89/2019, de 2 de julio y 90/2019, de 2 de julio las que, con la aplicación efectiva del precepto, dilucidan las dudas existentes entorno a la naturaleza y alcance del

---

(214) SSTC 115/2019, de 16 de octubre (FJ 7) y 128/2019, de 11 de noviembre (FJ 2c).

(215) ATC 11/2020, de 28 de enero (FJ 3).

(216) STC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 17a).

(217) STC 33/2018, de 12 de abril (FJ 12).

(218) El Constitucional se refiere al procedimiento previsto en el art. 155 CE como un instrumento de control extraordinario «para afrontar incumplimientos constitucionales extremadamente cualificados», o como «medida de último recurso del Estado ante una situación de incumplimiento manifiesto y contumaz», o de «incumplimiento flagrante de las obligaciones constitucionalmente impuestas». *Vid.*, STC 41/2016, de 3 de marzo (FJ 16) y STC 215/2014, de 18 de diciembre (FJ 8).

(219) Como señalábamos *supra*, aun cuando hasta ahora su aplicación en España ha permanecido inédita, esta sí se había contemplado anteriormente y con ciertos visos de efectividad hasta en dos ocasiones previas: Canarias en 1989 y el País Vasco en la década del 2000 con motivo de los Planes Ibarretxe I y II.

procedimiento previsto en art. 155 CE. En particular, la STC 89/2019, de 2 de julio (FJ4) recoge la extensa argumentación que el TC ofrece sobre el sentido general de las previsiones establecidas por la CE en dicho precepto. Por ello, nos remitimos a su lectura para un mejor análisis pues, como es lógico, razones de espacio nos obligan a limitarnos a las líneas básicas de aquella fundamentación.

El art. 155 CE representa, respecto de las normas del bloque de constitucionalidad relativas a la configuración de la autonomía y a la articulación de competencias entre el Estado y las CCAA, una ley extraordinaria. Como tal, habilita al Estado para constreñir la autonomía constitucionalmente garantizada a las CCAA, pero condiciona esta facultad estatal a la concurrencia de unos requisitos ineludibles. Estamos ante un precepto cuya aplicación solo procede en circunstancias especialmente críticas, como lo sería una conducta autonómica que constituya una grave alteración jurídica e institucional en parte del territorio nacional. En este caso, la reparación de la situación descrita corresponde, en primer lugar, a la propia CA, que será requerida para ello, trasladándose dicha responsabilidad al Senado y al Gobierno solo en el supuesto de que dicho requerimiento sea desatendido. Ante dicha desobediencia resultará inexcusable acudir a la «coerción directa» (220). El art. 155 CE no es un fin en sí mismo sino un instrumento para garantizar la validez y eficacia de la CE en aquellos casos en los que no exista otra vía para restaurar el orden constitucional. Por ello, las «medidas necesarias» que este precepto permite aprobar y adoptar deben necesariamente responder a una doble finalidad: o sirven para exigir a la CA que cumpla con las obligaciones constitucionales y legales quebrantadas, o preservan o protegen el interés general contra el que se ha atentado. Se trata, en suma, de un instrumento de «último recurso» cuya aplicación exige que las vías ordinarias de control hayan resultado infructuosas, o que se tenga una firme certeza sobre el futuro fallo de estas a la luz de la naturaleza de la contravención, de la actitud manifiesta de las autoridades autonómicas, o de ambas consideraciones. Además de por su finalidad, el procedimiento del art. 155 CE queda sujeto también a un límite temporal. En modo alguno puede dar lugar a la suspensión indefinida de la autonomía, ni a la supresión institucional de una CA como corporación pública de base territorial y naturaleza política (221). Por ello, deberá ser la Cámara Alta, a propuesta del Gobierno, la que fije dicho límite temporal en su Acuerdo. El Senado deberá precisar bien la fecha término de aplicación, bien la condición resolutoria de la intervención estatal, sin perjuicio de que las concretas medidas incluidas en el acuerdo pudieran ser objeto, llegado el caso, de prórroga o renovación.

---

(220) STC 185/2016, de 3 de noviembre (FJ 17a).

(221) STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 3).

Estas son las líneas generales que, de acuerdo con la doctrina del Constitucional, caracterizan el sentido y el alcance del procedimiento previsto en el art. 155 CE. Si bien, a modo de conclusión, y trayendo a colación alguna de las cuestiones ya examinadas en este apartado, finalizamos recordando que nuestro sistema constitucional descansa en la adecuada integración del principio de autonomía en el principio de unidad, que lo engloba. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Por eso, la autonomía no se garantiza por la CE para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación, ya que el principio de autonomía no puede oponerse al de unidad. Principio este que es donde se refleja precisamente el art. 155 CE. Este precepto constitucional determina que el Estado central, como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación, y en el contexto y requisitos examinados, «quede colocado en una posición de superioridad en relación a las Comunidades Autónomas» (222).

#### **IV. REFLEXIÓN FINAL: LA MALVERSACIÓN DEL DERECHO Y LAS DUDAS SOBRE LA EFICACIA DE UNA FEDERALIZACIÓN DE ESPAÑA**

La CE hizo frente a la difícil tarea de transitar de un Estado centralizado a uno descentralizado política y territorialmente. Si bien, las dudas sobre cuántas CCAA se crearían, cuáles serían sus competencias o cómo se organizarían institucionalmente llevó al constituyente a dejar abierto el sistema, remitiéndose para la concreción de los elementos esenciales del modelo territorial a los EEAA. La apertura del sistema se torna hoy en defectos estructurales graves que se materializan en la crisis examinada. Las principales propuestas de reforma, políticas y académicas, se orientan al modelo federal (223). Se ha defendido que España es materialmente un Estado federal y que, por ende, legitimar esta fórmula solucionaría el problema. Sin embargo, lo decisivo no queda tanto en adaptar la configuración de España a un Estado federal, como en abordar la reforma del Estado Autonómico y trasladar a este las técnicas y soluciones arbitradas en los sistemas federales contemporáneos. Quizá sería conveniente analizar si la técnica de la clarificación competencial y el cierre del modelo

---

(222) STC 89/2019, de 2 de julio (FJ 4).

(223) Entre estos, FONDEVILA MARON, a propósito de la cuestión en Cataluña, señala que «considerando, como hacemos nosotros, el Estado autonómico como una de las posibles manifestaciones del Estado Federal, no podemos más que convenir en que el diálogo es uno de los elementos que, si no esenciales, son al menos muy recomendables dentro de un Estado Federal, en el que deberían existir espacios de comunicación entre el Gobierno central y los entes descentralizados». (M. FONDEVILA MARON, 2014: 602).

podría suponer una solución de consenso, dejando claras las competencias reales del Estados y de las CCAA.

Sin embargo, el mayor de los retos podría situarse en la comprensión del fenómeno histórico que representa el federalismo clásico. Este se orienta, por definición, a crear Estados nacionales desde la multiterritorialidad facilitando, al mismo tiempo, conservar la diversidad de origen. El federalismo no fomenta la aparición de nacionalismos disgregadores sino el fenómeno contrario, esto es, la integración y la cohesión de los territorios en un Estado-Nación. Esta es la razón, como explica BLANCO VALDÉS, «de que la tendencia general que ha dominado la evolución del federalismo (Estados Unidos, Alemania, Austria, Suiza, Australia, entre otros, ...) haya venido marcada por el fortalecimiento de las instituciones centrales» (224). Una dinámica centrípeta opuesta a la centrífuga que ha caracterizado la experiencia española en la que, de los dos aspectos que definen el principio federal —el gobierno compartido y el autogobierno—, los representantes políticos de las autonomías se han centrado exclusivamente en este último (225).

Por lo tanto, la existencia de los nacionalismos aleja nuestro modelo de Estado de la inercia federal. El Estado Autonomico pretendió dar solución al problema de los nacionalismos a través de la descentralización, comprobándose con el paso del tiempo que no fue una solución eficaz. La necesidad de encontrar un acuerdo entre fuerzas diversas imposibilitó cerrar entonces el modelo territorial, trasladando el problema hasta nuestros días. Ha sido aquí donde los nacionalismos han encontrado el hueco a su permanente desacuerdo con el Estado Autonomico. Lo que nació para contentar se ha convertido, como hemos visto, en el gran hándicap de nuestro modelo territorial sin que con ello se haya encontrado una solución de consenso al principal problema. Es en este punto, ajeno al Derecho, donde la reforma constitucional hacia la federalización de España no garantiza una solución al problema político de fondo. Sin embargo, la falta de acuerdo político no puede frenar de nuevo la fijación de un modelo de organización territorial definido. Es necesario dar la palabra al constituyente, activando las cláusulas de reforma constitucional, para que sea el pueblo soberano el que decida el futuro de la CE dentro de términos políticos y jurídicos responsables y adecuados para una convivencia pacífica, igualitaria y justa.

Ahora bien, como se señalaba al inicio de este trabajo, la perspectiva de un jurista se reduce aquí a analizar las posibilidades y límites que desde el derecho vigente nos vienen dadas. Está en manos de quienes nos representan

---

(224) (R. BLANCO VALDÉS 2017: 373).

(225) En ese sentido, VENTURA señala que, «los representantes políticos de las nuevas instituciones descentralizadas no han ejercido una especial presión para obtener un papel efectivo en la política nacional porque han estado mucho más preocupados en realidad en acrecentar constantemente sus ámbitos competenciales». (S.VENTURA, 2008: 21).

superar las pugnas ideológicas y los intereses políticos y hacer un ejercicio responsable del poder que se le ha dado a fin de garantizar que podamos recuperar el sentimiento de fraternidad que hoy se resquebraja. Para ello es importante no confundir Derecho y Política. Un proyecto político puede ser legítimo y resultar absolutamente contrario a derecho. Ahora bien, esta distinción debe matizarse pues parece escorar en que no estamos ante un problema jurídico sino político, que precisa de una solución política ajena por tanto al Derecho. En realidad, esta reflexión es resultado del menosprecio hacia el Derecho en que ha terminado derivando el proceso independentista (226). Un desprecio que no se limita a una de las partes de este conflicto, pues se extiende desde el uso torticero de los Altos Tribunales del que acusaba la *Generalitat* al Gobierno central, a la desobediencia radical a los mandatos del Constitucional convertida en costumbre por algunas instituciones catalanas. Como señala BAYONA, «no hay un único responsable de lo que está sucediendo. Desde Cataluña, tenemos mucha responsabilidad que asumir al respecto por haber elegido una estrategia equivocada y seguramente temeraria. Pero el Estado también tiene mucha responsabilidad por haber dejado pudrir la situación y haberla querido reducir, seguramente también de manera temeraria, a una cuestión legal y judicial. Ahora podemos constatar la gravedad de los dos errores» (227). También refleja este vilipendio, la manipulación consciente y reiterada del lenguaje jurídico que, como advierte GALÁN GALÁN, se hace con la finalidad de obtener un mayor poder de convicción de los ciudadanos y, sobre todo, de esconder la existencia de obstáculos jurídicos a las propias propuestas» (228). La solución no está en confundir y generar una presión social (no siempre consciente de la realidad jurídica), sino en analizar las posibilidades reales dentro del ordenamiento jurídico.

El Derecho es una herramienta para la convivencia que debería quedar lejos de su empleo como arma arrojadiza por la Política. Como afirma GARCÍA VILLEGAS, «el derecho como lenguaje que establece la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, constituye un instrumento fundamental para el mantenimiento de la unidad social» (229). El uso fraudulento del ordenamiento jurídico, en aras de alcanzar los objetivos políticos a cualquier precio, no hace sino envilecer

---

(226) Coincidimos aquí con GALÁN GALÁN quien advierte que, «el espectador desapasionado del proceso seguido en torno a la posible independencia de Cataluña habrá notado que el debate se ha cobrado una víctima inesperada: el propio derecho. Los términos en que se ha trabado la discusión, en efecto, ponen de relieve, a nuestro juicio, una innegable falta de aprecio por el valor y la función del derecho. Falta que puede predicarse de las dos partes enfrentadas en el conflicto». (A. GALÁN GALÁN, 2014: 905-906).

(227) (A. BAYONA, 2019: 54).

(228) (A. GALÁN GALÁN, 2014: 907).

(229) (M. GARCÍA VILLEGAS, 1989: 33).

cualquier propósito. Por ello, debería encauzarse la situación hacia la comprensión de que el Derecho nos brinda los mecanismos para la resolución de conflictos, huyendo de su concepción como instrumento de control, dominación y poder. Recordando que si hay algo más peligroso que la judicialización de la política es, sin duda, la politización del Derecho.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2018): «Cuestiones constitucionales en torno a la aplicación del artículo 155 CE en el conflicto de Cataluña», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 27, pp. 1-23.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2016): «La coerción estatal del art. 155 CE en la estructura del Estado Autonómico», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, pp. 277-304.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente (2017): «La respuesta jurídica frente al desafío independentista catalán», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 33, pp. 1-46.
- BAR CENDÓN, Antonio (2016): «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016, pp. 187-220.
- BARCELÓ MERCÈ, Bernadí Xavier y VINTRÓ Joan (coord.s) (2010): «Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006», *Revista Catalana de Dret Públic*, pp. 1-497.
- BAYONA, Antoni (2019): *No todo vale. La mirada de un jurista a las entrañas del procés*, Barcelona, Península, 383 pp.
- BLANCO VALDÉS, Roberto (2012): *Los rostros del federalismo*, Madrid, Alianza Editorial, 330 pp.
- (2017): «¿Puede el federalismo resolver el desafío de los nacionalismos?», en CANO BUENO, J./ ESCUREDO RODRÍGUEZ, R. (Coords.), *Estudios en Homenaje a Alfonso Guerra. La constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 367-392.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1981): «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4, pp. 53-63.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu (2018): «El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, pp. 133-166.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2016): «Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 259/2015, de 2 de diciembre. La unidad constitucional de

- España y la «milonga» catalana», *Reseñas de jurisprudencia constitucional* (Julio-Diciembre 2015), *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, pp. 391-397.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2016): «Cataluña y el derecho a decidir», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, pp. 461-475.
- FONDEVILLA MARON, Manuel (2014) «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de marzo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, pp. 587-606.
- GALÁN GALÁN, Alfredo (2014): «Del derecho a decidir a la independencia: la peculiaridad del proceso secesionista en Cataluña», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 4, pp. 885-907.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (1989): «El Derecho como instrumento del cambio social», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 86, pp. 30-44.
- GOBIERNO DE CATALUÑA (2014), *Libro blanco de la Transición Nacional de Cataluña, Síntesis*. Barcelona, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones, 137 pp.
- LAFUENTE BALLE, José María (2018a): «El art. 155 de la Constitución Española (el Acuerdo del Senado)», *Revista de Derecho Público*, núm. 103, 2018, pp. 77-116.
- (2018b): «El art. 155 de la Constitución Española: examen doctrinal y comparado», *Revista de Derecho Político*, núm. 102, pp. 79-12.
- MARSAL I FERRET, Marc (2005): «Recensión jurisprudencial sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, pp. 1-17.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2007), *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 880 pp.
- PÉREZ ROYO, Francisco Javier (1986): «Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 49, pp. 7-32.
- (1999): «Desarrollo y evolución del Estado autonómico: el proceso estatuyente y el consenso constitucional», en HERNÁNDEZ LAFUENTE, A. (coord.), *El funcionamiento del Estado Autonómico*, Madrid, MAP, pp. 51-68.
- RIDAO MARTÍN, Joan (2014): «La juridificación del derecho a decidir en España. La STC 42/2014 y el derecho a aspirar a un proceso político del orden constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 91, pp. 91-136.
- (2018): «La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de su dudosa constitucionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 111, pp. 169-203.



- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier (1988): «La división de competencias en el llamado «Estado de las Autonomías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, pp. 225-252.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín :«El control de TV3», *El País*, 7 de diciembre de 2017.
- SANTOS CONTRERAS, Alejandro (2017): *Independencia de Cataluña. Sentencia 259/2015 del Tribunal Constitucional de España*, México, TEPJF, 110 pp.
- TAJADURA TEJADA, Javier (2016): «La STC 42/2014, de 25 de marzo, respecto a la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña: la introducción del «derecho a decidir» en el ordenamiento jurídico español», en Eusko Legebiltzarra – Parlamento Vasco (esd.), *Instituciones de derecho parlamentario, VIII. La última jurisprudencia relativa al Parlamento*, Vitoria-Gasteiz, pp. 57-90.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1985): «Informe a la VI Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, 1984», en *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, Madrid, CEC-Tribunal Constitucional, pp. 133-224.
- TRUJILLO, Gumersindo (1979): «Federalismo y regionalismo en la Constitución española de 1978: El Estado "federal-regional"», en TRUJILLO, G. (coord.), *Federalismo y regionalismo*, Madrid, CEC, pp. 13-50.
- (1981): «El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual», *REDC*, núm. 2 , pp.9-56.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. (2019): «El artículo 155 CE: Alcance y límites de una excepción constitucional», *Revista Catalana de Dret Públic* (núm. especial), pp. 101-114.
- VENTURA, Sofía (2008): *Da Stato unitario a Stato federale. Territorializzazione della política, devoluzione e adattamento istituzionale en Europa*, Bolonia, Il Mulino, 232 pp.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (2005): «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, pp. 55-109.

# POTESTAD, FUNCIÓN. UNA REVISIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO TRANSNACIONAL Y GLOBAL(\*)

HÉCTOR IGLESIAS SEVILLANO(\*\*)

*SUMARIO. I. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA POTESTAD: 1. La potestad en el derecho administrativo. 2. La tradición del ejercicio de potestades por sujetos privados.– II. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA FUNCIÓN.– III. LA INCIDENCIA DE LOS MODELOS TRANSNACIONAL Y GLOBAL: 1. El modelo europeo: el reconocimiento mutuo. 2. El modelo norteamericano: el Sarbanes-Oxley Act.– IV. UNA PROPUESTA PARA UN DERECHO PÚBLICO EN TRANSFORMACIÓN: LA FUNCIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICO-PÚBLICA.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA*

*RESUMEN:* El binomio «potestad», «función» ha caracterizado un largo debate en Europa continental sobre la naturaleza de la actividad administrativa y su fundamento democrático en el marco de Estado de Derecho. El objetivo del presente estudio es revisar la actualidad de esta distinción en el contexto de las nuevas manifestaciones del derecho administrativo en mutación, y en particular su encaje en el nivel transnacional y global. Con tal objetivo, se presenta, en primer lugar, un breve análisis crítico de la tradición clásica de ambos conceptos; en segundo lugar, el contraste de este modelo con los fenómenos jurídicos que denominamos de transnacionalidad «leal» y «hostil»; y en tercer lugar, la propuesta de formación de un concepto más amplio, que aglutine los modelos anteriores —aún vigentes en el derecho interno— y categorice al mismo tiempo los fenómenos supranacionales. Esta propuesta ha sido denominada la *función de relevancia jurídico-pública*.

*Palabras clave:* potestad; función; derecho transnacional; derecho global; relevancia jurídico-pública.

*ABSTRACT:* The pair of concepts «power» and «function» boast a long standing tradition of debate within the European continental legal space, concerning the nature of the administrative activity and its democratic foundations in a rule of law State. The aim

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de abril de 2020.

(\*\*) El presente estudio ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Relaciones jurídicas transnacionales en el mercado interior y justicia administrativa» (DER2017-84500-P) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, del que es investigador principal Jorge Agudo González.

*of the present essay is to review the current status of this distinction in the context of the new phenomena of Administrative Law, including the transnational and global levels. With this target in mind, we present, on the one hand, a brief critical analysis of the classical conceptions of both concepts; on the other hand, the contrast between this model and what we call «loyal» and «hostile» transnationality. Thirdly, we try to solve this contrast with a proposal of a wider concept, which includes inside both models —still applicable under national law— but that categorizes supranational cases. This proposal has been called «the function of legal-public relevance».*

*Key words: administrative powers; function; transnational law; global law; legal-public relevance.*

## I. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA POTESTAD

### 1. La potestad en el derecho administrativo

El objetivo del presente trabajo es demostrar que el modelo teórico de la potestad, tal y como ha sido concebido en el derecho administrativo general clásico, resulta de difícil encaje ante la realidad compleja de la eficacia transnacional y global del derecho público (1). El reverso de esta afirmación es que estas dos nuevas vertientes mencionadas requieren una teoría que justifique el ejercicio de poderes en tales contextos, cuyo concepto de referencia, como se verá, sólo puede ser la función. El presente trabajo aspira a proponer un modelo teórico-conceptual para dar respuesta a esta carencia. En ningún momento cuestionaremos el protagonismo de la teoría de la potestad en el derecho administrativo estatal bajo la vigencia del principio de legalidad, pero sí su insuficiencia para explicar las relaciones extra estatales de derecho público.

Cuando hablamos de *potestad*, nos referimos a poderes jurídicos estatales, amparados por un ordenamiento jurídico y distintos de un derecho subjetivo (2). De esta forma, *potestad* es el término que empleamos para designar el poder que *aparece investido de una autoridad*, pero el más genérico de *poder serviría* para designar situaciones en las que falta una posición de superioridad genérica, dominio o una autoridad jurídicamente constituida,

---

(1) A los efectos del presente trabajo, esta crítica es válida para el concepto de potestad en general, y por tanto para distintos tipos de potestades: más concretamente, es igualmente válida para el ámbito de las potestades regladas y para el de las discrecionales, porque la clave aquí se encuentra en la dificultad de verificar un principio de legalidad en la atribución de la potestad a nivel transnacional o global, y no en el contenido que el legislador da en cada caso a tal potestad. De cualquier modo, no profundizaremos aquí en la distinción entre potestades regladas y discrecionales, sino que abordaremos directamente el concepto y sus diferentes vertientes en general, para examinar su utilidad para la realidad jurídica actual, no limitada al derecho estatal.

(2) Véase S. ROMANO, 1947:173.

de tal forma que «poder» puede llegar a englobar por su generalidad los propios derechos subjetivos (3). Poder administrativo se ha identificado con «*administración subjetiva: comprende todas las facultades inherentes al poder ejecutivo, menos las concernientes al orden político y al judicial: está subordinado a la ley y es paralelo de la política y de la justicia*», y la potestad, por tanto, sería el poder administrativo «activo» o «*acto de imperio*» (4). El poder público se ha caracterizado como la capacidad de imponer una voluntad preponderante, que el Estado ejercita a través de determinados sujetos que, como autoridades, aparecen investidos de tal poder, pero que concentrado en una sola mano amenaza a la libertad misma en la que se fundamenta el Estado de Derecho (5). No es de extrañar que un poder tan extenso se vincule históricamente a la confusión entre *imperium* y *dominium* que es propia del derecho feudal medieval (6).

La rigidez de este concepto de potestad tiene justificación plena en su contexto de nacimiento. En el derecho público estatal, poder y soberanía se identifican plenamente y vienen encarnados exclusivamente en el Estado. Paradigmáticamente, se ha dicho que «*todo poder del Estado es facultad de obrar, y como emanado de su soberanía, contiene en sí el principio de autoridad. Pero esta facultad de obrar con autoridad [sic] que tiene la Administración, en cuanto que es Poder Ejecutivo del Estado, se diversifica en varias facultades, cada una de las cuales lleva ingénito el mismo principio de autoridad, mostrándose como otros tantos poderes que reciben el nombre de potestades*» (7). La referencia al «poder del Estado» ni afirma ni niega que existan poderes más allá de él, pero por el contexto histórico de la afirmación, parece claro que esa posibilidad, en principio, no se contempla. Curiosamente, citando al propio SANTAMARÍA DE PAREDES, se ha dicho también que, asumiendo que los tres poderes del Estado son, propiamente, funciones, las potestades administrativas serían «*las diversas direcciones en que se manifiesta la actividad de ésta [la Administración] en su*

---

(3) De nuevo, véase ROMANO, 1947: 194.

(4) Literalmente, «administración sugetiva», véase M. COLMEIRO, 1858:46-47 (la cita textual pertenece al parágrafo 84). Significativamente, por cierto, traza el autor entonces una distinción entre poder administrativo interior y exterior que se deriva de la propia Constitución española de 1845, artículo 43: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes», reconociendo, de algún modo, cierta normatividad constitucional, o por lo menos su relevancia dogmática como vertebradora del ordenamiento jurídico.

(5) O. MAYER, 1895: 68.

(6) L. DUGUIT, 1913: 5 y ss. Por cierto que tampoco hay que desdeñar el más que probable origen germánico de esta confusión, como explicaremos más abajo.

(7) Véase V. SANTAMARÍA DE PAREDES, 1911: 52 y en el mismo sentido, J.L. VILLAR PALASÍ, 1977: 159 y ss.

*consideración de Poder*» (8). Obsérvese aquí la menor importancia que ocupa la legalidad en esta aproximación funcionalista a la potestad.

El problema de la distinción entre potestad y función es ciertamente menos importante en otros modelos de Derecho público. Así, por ejemplo, en el Derecho administrativo inglés la conexión entre el poder soberano, que corresponde a «*the Queen in Parliament, acting by Act of Parliament*», y el principio de legalidad es tan directa, que las potestades (genéricamente, «*powers*») no constituyen un concepto autónomo, y una vez atribuidos por la ley a una autoridad pública, son interpretados con amplitud (9). Este no es desde luego el caso del derecho administrativo italiano, donde la potestad aparece en la mejor doctrina como dependiente o subordinada a la función a cuyo cumplimiento sirve, así como su ya mencionada distinción del derecho subjetivo; aunque es más endeble la equiparación de la potestad jurídico-pública con una mera capacidad de obrar jurídico-privada, como las capacidades de contratar o testar: aquí no hay auténtico parangón, porque la potestad administrativa es siempre un poder que supera la mera «*capacità di agire*» y que debe ser sometido a un control jurisdiccional independiente (10). Más convincente parece la idea de que las potestades administrativas deben siempre ostentar un fundamento normativo («*principio di tipicità*»), pero sin excluir por completo, naturalmente, cierta discrecionalidad aplicativa. Por eso se ha propuesto que la potestad administrativa es un tipo particular de poder, que se ejerce a través del procedimiento administrativo, y que se distingue de otros poderes: el poder privado, que sería libre en su fin y no requiere procedimiento; la potestad legislativa, que es libre en su fin; y la potestad jurisdiccional, que estaría limitado a la aplicación de la ley, de manera que la potestad administrativa sería una suerte de «vía intermedia» entre la potestad legislativa y la jurisdiccional (11). En determinados contextos históricos, como también es sabido, la noción de potestad administrativa se ha opuesto a otros conceptos deliberadamente ambiguos, tales como actividad de gestión o acto político, para restringir el control

---

(8) M. GASCÓN Y MARÍN, 1935: 207.

(9) H.W.R. WADE y C.R. FORSYTH, 2011: 21 y 179, respectivamente.

(10) Además, en el derecho privado también existen potestades —como recordaremos en algún otro momento— tales como la patria potestad, etc., que no son en sí mismas manifestaciones de la capacidad de obrar. Sin embargo, afirmando que la potestad sí es una manifestación de la capacidad de obrar del Estado y la Administración (según de qué potestad se trate en cada caso) véase G. ZANOBINI, 1958: 175.

(11) B.G. MATTARELLA, 2015: 291. La afirmación citada bien puede ser sometida a discusión, sobre todo en lo que respecta a la potestad jurisdiccional, donde parece ya difícil no reconocer la existencia de discrecionalidad alguna; parece más exacta en lo que respecta a la potestad legislativa, donde efectivamente es necesario reconocer sumisión del legislador sólo a la Constitución, lo cual implica que, fuera de esta vinculación constitucional-normativa, esta potestad es originariamente discrecional, incluso para no legislar.

jurisdiccional de la actividad administrativa (12). Hoy, sin embargo, cunde la idea de que en el control de la actividad administrativa, no puede descartarse cierta flexibilización de la vinculación a la ley en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales (13).

En el derecho administrativo español —tradicionalmente sometido a diferentes influencias— ha predominado el concepto de potestad, que ha sido caracterizado como el «*mecanismo técnico*» en que se expresa el principio de legalidad de la Administración. La acción de la Administración consistiría íntegramente en el ejercicio de potestades atribuidas por la Ley (14). Este modelo de la atribución y delimitación parece seguir siendo el más aceptado, aunque es bien conocida su mutación constitucional, que podría llegar a restringir incluso la potestad legislativa de los órganos de representación, imponiéndoles una «*densidad mínima*» (15). Resulta significativo que, desde otro punto de vista, se ha relacionado también íntimamente potestad y legalidad, pero en el orden inverso, admitiendo que la potestad es la legalización de un poder público de existencia anterior. Así, la potestad sería «*la posibilidad de emanar o emitir actos de mando con fuerza ejecutiva*», lo cual daría por sí sólo ya una primera característica de la Administración, su «*posición de supremacía y de potestad*». La potestad se identificaría como heredera de la antigua potestad «*mayestática*» del *princeps legibus solutus*, pero con una diferencia: el principio de legalidad jugaría ahora un papel clave como límite y control de tal potestad, que en el Estado de Derecho ya «*no existe de manera autónoma o innata en la Administración, sino que ha de ser atribuida por los órganos legislativos*» (16). Obsérvese que aquí potestad se equipara a poder público, que siempre existe en ejercicio de una función jurídico-pública, y la legalidad aparece ahora como el «*mecanismo técnico*» de control de dicha potestad, invirtiendo los términos de la concepción anterior (17). Este modelo parece más ajustado a la realidad de las potestades como expresiones de un poder público que, aunque juridificado bajo el paraguas de la legalidad, existe más allá de

---

(12) A. DE LAUBADÈRE, 1957: 60.

(13) H. MAURER, 2011: 167.

(14) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, 2011: 465.

(15) S. MUÑOZ MACHADO, 2015: 218.

(16) J.A. GARCÍA-TREVIANO FOS, 1974: 412-413.

(17) Aunque, en realidad, ambas concepciones están afirmando —si entendemos bien— que la vinculación potestad-legalidad es en sí misma una técnica de control del poder administrativo, precisamente mediante la atribución de poderes específicos a la Administración. Esta sería, en realidad, la idea de la vinculación positiva: la legalidad atribuye potestades a la Administración y por tanto le atribuye poder material, pero la legalidad es el mecanismo de control previo de dicho poder. Esta es, precisamente, la idea que se rompe en los niveles transnacional y global, y de ahí que necesitemos un nuevo modelo para explicar la justificación del poder público en estos ámbitos y su control.

él en el tiempo y en el espacio (ni el poder público ni las potestades nacen con la legalidad, aunque se sometan a control óptimamente con ella, al menos cuando es democrática). Es más, este parangón del moderno concepto de potestad con las regalías medievales implica que la potestad es, propiamente, un «*poder genérico*», y en concreto las potestades administrativas constituirían un tipo de potestad en particular, aquella que «*se ejerce en interés ajeno y su ejercicio constituye en cierta forma una obligación*»: a este tipo jurídico-público de potestades se le denomina —no por casualidad— «*potestad-función*» (18). Por tanto, el vínculo de la potestad-función no debe establecerse sólo con la legalidad (esto es indudable en el contexto del Estado, y ni los autores citados ni nosotros lo dudamos) sino sobre todo con el servicio al interés general, razón por la cual la potestad administrativa es «*indisponible, irrenunciable y de actuación inexcusable*» (19).

En fin, este es sólo un botón de muestra. Cada una de estas concepciones responde a un determinado contexto jurídico-cultural e histórico complejo; basta aquí con haber puesto de relieve que el concepto de potestad no es, ni mucho menos, monolítico. Por lo mismo, no es tampoco el único modelo posible de ejercicio del poder público. Más bien habría que decir que la articulación del poder público a través de potestades es el modelo de atribución de funciones jurídico-públicas que rige bajo el principio de legalidad, y aún así la fenomenología es rica y diversa. Como se ha dicho de forma particularmente clara, la Administración Pública es un organismo público que cumple su función administrativa a través de una potestad (20). La potestad, por tanto, es medio para cumplir la función, y no finalidad en sí misma. Por supuesto, fuera de un espacio de vigencia del principio de legalidad (o lo que es lo mismo, fuera del territorio del Estado) la articulación de las funciones jurídico-públicas a través de potestades no resulta —a nuestro modo de ver— viable. Es aquí donde habrá que buscar otras alternativas.

## 2. La tradición del ejercicio de potestades por sujetos privados

Hasta ahora hemos recordado retazos de la doctrina clásica de la potestad administrativa, que nos sirven para exponer el problema de la articulación del poder público exclusivamente por la vía de las potestades legalmente atribuidas. Sin embargo, hay otra vertiente de las potestades que es importante para entender el problema del ejercicio de funciones de relevancia jurídico-pública

---

(18) VILLAR PALASÍ, 1977: 162. Argumentando que la excepción a esta naturaleza de función se encuentra en las potestades de organización, véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011: 470.

(19) L. PAREJO ALFONSO, 2013:288.

(20) M. HAURIOU, 1914:22.

a nivel transnacional o global. Como veremos, el ejercicio de poderes no vinculados legalmente en su territorio de eficacia es una realidad, bien se trate de Estados que ejercen poderes extraterritoriales, bien de organizaciones internacionales o incluso sujetos privados. En el primer caso, hablamos de un fenómeno de derecho transnacional, y en el segundo, de derecho global, en sentido estricto, no estatalmente vinculado. El ejercicio de poderes de relevancia jurídico-pública no atribuidos legalmente por parte de sujetos privados es, de esta panoplia de situaciones difíciles de justificar, el más insólito desde el punto de vista clásico (21). Estos poderes ejercidos extraterritorialmente son fundamentalmente dos, que son también los dos más sensibles en el nivel estatal: el normativo y el control.

La conclusión más sencilla es que estos poderes son de mero hecho, y que dan lugar a un conjunto de normas y decisiones no necesariamente sistemático, o no sometido a una idea de ordenamiento cerrado equivalente al estatal (22). Esta realidad plural de las normas supranacionales tiene su contraste, sin embargo, en ciertos fenómenos históricos, que demuestran que no sólo existen potestades estrictamente de derecho privado (así, el *paterfamilias* es titular de la *patria potestas* sobre sus hijos —hoy los progenitores, artículo 154 del Código Civil-) sino que en determinados periodos han existido también potestades de relevancia jurídico-pública o potestades-función en manos de sujetos privados (23). No hablamos aquí de las potestades legalmente atribuidas a la Administración y que ésta, mediante diferentes fórmulas (v.gr., la concesión de un servicio público) atribuye a sujetos privados que, a esos efectos, actúan como Administración Pública —fenómeno común en el derecho administrativo actual—, sino de ejercicios de poder público por sujetos privados al margen

---

(21) Sobre la existencia de estos sujetos diversos, algunos jurídico-públicos y otros jurídico-privados, y en referencia al problema de su legitimidad, véase por ejemplo RODRÍGUEZ-ARANA (2010: 20).

(22) Genéricamente, puede extraerse esta conclusión de trabajos de referencia, pero tan dispares entre sí como M. SHAPIRO, 1993: 37-64, B. KINGSBURY, N. KRISCH y B. STEWART, 2007, o S. CASSESE, 2009.

(23) Por cierto que, en su redacción actual, este precepto (atribución legal de una potestad a sujetos privados) define la patria potestad como «responsabilidad parental, [que] se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», pero luego se refiere a ella hasta dos veces como «función» («Esta función comprende los siguientes deberes y facultades» y «Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad»). Esta confusión de términos no está en el texto original, sino que aparece en la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio; antes de esto no hay —salvo error— en ninguna de las versiones anteriores ni rastro del concepto de «función», si bien parece que la intención del legislador es emplearlas como sinónimas. En todo caso, el argumento que justifica calificar esta función como potestad es, precisamente, la atribución legal que realiza este precepto en favor de los progenitores.



de una encomienda específica o incluso al margen de toda atribución legal. Ahora bien, este fenómeno no se produce en el vacío: los modelos históricos —que son un recurso habitual en la doctrina del derecho global (24)— pueden ilustrarnos y demostrar que, en realidad, este es un fenómeno recurrente (25).

La atribución de potestades-función (26) a sujetos o entidades privadas, en realidad, es un lugar común de ciertas culturas jurídicas clásicas, sobre todo en el derecho germánico. Como es bien sabido, el derecho germánico penetra en España a través de la cultura jurídica visigoda, incluso a pesar de la gran romanización jurídica: las prácticas del derecho germánico nunca fueron desterradas totalmente en el ámbito privado (27). Ciertamente, es bien conocido que en la historiografía jurídica española esta tesis ha tenido grandes prosélitos y detractores (28). Según este planteamiento —que seguimos—, existió una divergencia entre la *Lex visigotorum* y el Derecho consuetudinario visigodo, que subsistía junto con aquél, incluso en abierta contradicción, que no podría explicarse sólo en virtud de ciertas influencias francesas y que se manifiesta en fueros e instituciones aisladas (29). Así, por ejemplo, la familia (*Sippe*) era uno de los principales centros de poder (30), y por tanto de imputación de funciones con relevancia jurídico-pública. La alta noción de la familia de que hacía gala el derecho germánico, a la que consideraba como

---

(24) Así, DOMINGO OSLÉ concibe su teoría (de origen iusprivatista) del derecho global como una sucesión de parangones históricos magníficamente argumentados, proponiendo incluso extrapolar al mundo global contemporáneo un conjunto de *regulae* del derecho romano, 2008: 213-219.

(25) No obstante, el acuerdo sobre la naturaleza del derecho global no es total; de hecho, es una materia viva de debate, en particular en su vía de análisis de derecho administrativo global: para un trabajo crítico con este concepto, vid. M.M. DARNACULLETA GARDELLA, (2016: 48).

(26) Más abajo formaremos un concepto específico para amparar el fenómeno del ejercicio de poder no atribuido legislativamente, el de función de relevancia jurídico-pública. No vemos inconveniente en identificar estas funciones con la potestad romana, pero sí con la potestad administrativa en los términos en los que es definida doctrinalmente en el sentido de ROMANO, 1947: 194 y de ahí que propongamos un nuevo concepto más amplio para amparar las versiones modernas de este fenómeno.

(27) Véase en general E. HINOJOSA y NAVEROS, 1993.

(28) Véase la introducción de F. TOMÁS Y VALIENTE a HINOJOSA, 1993: X y del mismo autor F. TOMÁS Y VALIENTE, 1983:53 y ss. La tesis de HINOJOSA es precisamente esta: que el derecho germánico, siempre preferiblemente consuetudinario (así lo era desde luego en la España visigoda, cuando intentaba ser desplazado por un derecho escrito romanizado) subsiste y vive un gran apogeo en una Alta Edad Media carente de un poder central y de un derecho escrito eficaz. Bien mirado, esta no es una situación muy lejana a la del actual derecho supranacional, en el que tampoco puede ignorarse el peso cultural jurídico, a través de tradiciones de origen germánico, ostentan estos modelos de potestad-función en manos privadas.

(29) HINOJOSA (1993: 7-9).

(30) J.M. PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, 1996: 292.

una unidad cohesionada, está en el germen de dos instituciones profundamente enraizadas en las sociedades germánicas: la venganza de sangre y la cojura. Los cojuradores eran miembros de la propia familia que prestaban juramento junto a la víctima de haber sufrido el delito a modo de prueba judicial de los hechos enjuiciados (31). La lucha contra el infractor era una tarea colectiva, de la *Sippe* en su conjunto, y de ahí también la atribución del derecho a la venganza privada, que no es más que la expresión privatizada de una de las grandes potestades-función del Estado, el *ius puniendi* (32). Semejantes rasgos se conservan en otros derechos que suponen atribuciones del *ius puniendi* y autotutela a particulares, como el derecho de la víctima que había sufrido los daños producidos por animales domésticos a apropiárselos y aún castigarlos a su voluntad (33). Pero la atribución de potestades no impedía el sometimiento al control del Derecho institucionalizado: el derecho a la venganza privada requería la declaración judicial de la enemistad y la declaración de *diffidamentum* o desconfianza (34). Ambas eran complementarias, y permiten asimilar en cierto modo la venganza de la sangre más bien a la ejecución de una sentencia judicial contra el condenado, de manera que se salvarían las ideas —modernamente compartidas— de la heterocomposición de conflicto (sólo se privatizaría la ejecución) y la atribución de su resolución a un órgano público institucionalizado. Ejercicio de funciones públicas, de *potestas*, por parte de sujetos privados, por un lado, y su sometimiento a control, especialmente el de una autoridad judicial, por otro, parecen haber sido auténticos *topoi* germánicos. Con distintos niveles de influencia, no hay ordenamiento jurídico occidental en el que no persista un cariz de derecho germánico. En el orden feudal, por encima de todo, se consagró un poder político muy fragmentado (35), en el que «instancias autónomas» ejercían en interés propio poderes genuinamente institucionales (hoy estatales) (36).

No es nuestra intención afirmar que el derecho supranacional, transnacional o global nos devuelve a la Europa feudal, sino que en la tradición jurídica occidental existen instituciones en las que se verifica la atribución de potestades-función a sujetos privados, a las que en la práctica se recurre constantemente en situaciones de fragmentación del poder. Así, el Estado cuyo imponente poder se articula a través de la legalidad sucede a un feudalismo marcado por la fragmentación, en medio de la cual el ejercicio de potestades por sujetos privados era requisito indispensable para la misma operati-

---

(31) HINOJOSA (1993: 18).

(32) *Id.* (1993: 18).

(33) *Id.*, (1993: 28).

(34) *Id.*, (1993: 37).

(35) P. GROSSI, 1996:63.

(36) A. ÁLVAREZ DE MORALES CHECA, 2002: 59.

dad de la sociedad. En otras ocasiones, sencillamente, estos sujetos eran tan fácticamente poderosos que era imposible evitar que asumieran semejantes poderes. El pluralismo jurídico supranacional del siglo XXI plantea problemas de fragmentación similares a los anteriores, en los que elementos «*durmientes*» de la cultura jurídica, como el ejercicio de funciones o potestades-función por sujetos privados, incluso sin amparo directo en la legalidad misma, pueden aflorar como respuesta a la ausencia de instrumentos para categorizar los nuevos poderes no estatales.

## II. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA FUNCIÓN

En cierto modo contrapuesta, y en cierto modo complementaria a la teoría de la potestad, aparece la teoría de la función administrativa. En realidad, la función administrativa es un tipo de función, y su teoría debe ser examinada en el contexto de la teoría de la división de poderes, pues existe una conexión directa entre la idea de los tres poderes como funciones del Estado, y la actividad administrativa como función. Así, puede decirse que existe una contraposición, no infalible pero sí consolidada, entre un modelo de Estado, personificado y que concibe sus tres poderes como funciones, y por ende la actividad administrativa como expresión de una función (37); y otro que, aspirando a preservar una división no sólo funcional y orgánica sino una separación institucional y conceptual entre los poderes del Estado, preservando su «*sustantividad propia*», personifica la Administración y concentra el foco en la noción de potestad (38), que naturalmente tiene el componente de sumisión al principio de legalidad que no necesariamente garantiza la función. Ambas concepciones, por supuesto, no siempre son excluyentes entre sí, pero una de ellas suele predominar en cada autor.

El estudio de la teoría de las funciones administrativas, y de las funciones en particular, suele ocupar un lugar destacado en los tratados y manuales de la materia en la doctrina italiana. Zanolini aborda el problema de las funciones en el contexto de las funciones del Estado (39), que es el centro de imputación de la personalidad jurídica, sin que pueda hablarse propiamente de una suerte de «*doble personalidad*», teniendo la personalidad jurídica de la Administración una «*relevancia práctica*» sólo dentro del derecho del Estado (40). La idea de la personalidad jurídica estatal tuvo siempre, por supuesto, una naturaleza política, como instrumento de sometimiento del Príncipe, convirtiéndole en un

---

(37) ZANOBINI, 1958: 13.

(38) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2011, I: 34.

(39) ZANOBINI, 1958: 10.

(40) F. GARRIDO FALLA, 1989: 307.

órgano del Estado mismo (41). Para la mejor doctrina contemporánea italiana, la Administración está al servicio de sus funciones específicas, que justifican su razón de ser ante la sociedad y constituyen el principio ordenador de la organización y de la actividad administrativa, y hasta determinan el sistema de fuentes (42). La Administración es considerada, en cuanto tal, función, en la medida en que sirve a los intereses generales y debe estar en conjunto en un «*rapporto di congruenza*» con los fines (sic) públicos; esta sería, además, una afirmación descriptiva, y no normativa, de la naturaleza de la Administración como tal función (43). Las funciones administrativas tendrían cuatro elementos estructurantes: materia objeto de intervención, los fines de la intervención (que no deben confundirse con los fines del acto en particular), las atribuciones conferidas a la Administración por la norma jurídica para llevar a cabo tales fines (es decir, las potestades) y los destinatarios (44). El mismo modelo ha utilizado la doctrina italiana —a nuestro modo de ver, con singular acierto— para construir la atribución de potestades en el ordenamiento jurídico-administrativo de más rápida evolución: el derecho europeo. La función en el derecho europeo se definiría sencillamente como el desarrollo de aquellas actividades competencia de la Unión Europea que están orientadas al interés general (45). Aunque aquí hay que subrayar que el complejo entramado institucional de la Unión hace difícil identificar estas funciones con la potestad y competencia de un determinado órgano, a salvo la función jurisdiccional (46). Modernamente, se ha dicho que el concepto de función implica asignar una determinada tarea a un sujeto, y en este sentido, sería también un concepto de resultado (47).

La mencionada crítica que niega la personificación jurídica del Estado tiene su fundamento precisamente en una determinada concepción, no ya de la Administración —también—, sino de la división de poderes misma. Según este planteamiento, la personificación del Estado negaría la personificación de cada uno de sus tres poderes, y esto equivaldría a negarles sustantividad propia situarlos como meros órganos, definiendo la actividad administrativa (e incluso los poderes legislativo y judicial) desde un punto de vista meramente funcional, como funciones del Estado, y no como poderes independientes. Además de

---

(41) A. GALLEGU ANABITARTE, 1971: 372.

(42) G. NAPOLITANO, 2015: 29.

(43) *Id.*, p. 33.

(44) *Id.*, p. 42. Se ve aquí, de nuevo, como ambas concepciones, la funcional y la de las potestades, no son necesariamente excluyentes, sino que de hecho son necesariamente convergentes —dentro del Estado de Derecho—.

(45) B. G. MATTARELLA, 2018: 146.

(46) *Id.*, p. 150.

(47) A. BERGER, 2016: 38. Esta es, posiblemente, la mejor monografía contemporánea sobre el problema de la función jurídico-pública.

postularse exclusivamente la personificación de la Administración Pública, se afirma la inutilidad de la construcción funcional, pues «*funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social*» (48).

Para entender bien esta preocupación, hay que recordar que la división de poderes ha sufrido sucesivas crisis, singularmente en el primer tercio del siglo XX. Naturalmente, el crítico por antonomasia será Schmitt, que reducirá la división de poderes a un mero principio de organización del Estado burgués (49). La llamada «*separación de poderes*» en realidad no sería más que una mera «*distinción*» de las autoridades superiores y de sus competencias, y cierta conexión «*de influjo y contrapeso*» entre los poderes (50). La doctrina más fielmente seguidora de este autor en Alemania ha continuado, en cierta medida, esta línea de pensamiento (51).

Está fuera de cuestión la importancia de la división de poderes en la construcción del Estado constitucional de Derecho, donde sigue plenamente vigente (52). La división es también clara en la Constitución española de 1978,

---

(48) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011, I: 36.

(49) C. SCHMITT, 2001: 141-142. El traductor introduce también la crítica terminológica de Schmitt entre «*distinción*» —término adecuado en su opinión—, «*separación*» —término propio de la construcción burguesa— y «*división*» —que para él tendría un sentido orgánico— (p. 189). Nosotros en el presente trabajo seguimos por nuestra parte prefiriendo la expresión división de poderes, porque resalta el elemento orgánico funcional de cada uno de los tres poderes frente a la teoría de la separación fundada en la personificación de cada uno de ellos.

(50) En España, cuestionó la formulación tradicional de la separación de poderes JIMÉNEZ DE ASÚA: «La separación de Poder ejecutivo y del legislativo, que arranca de la doctrina de Montesquieu está hoy en franca crisis. Hoy el poder reside en el pueblo, encarna en el Estado y se ejerce por sus órganos; no hay necesidad de hacer esa división, sino de afirmar más bien la seguridad y la permanencia de la labor de cada uno», en el marco de la Comisión encargada de la elaboración del proyecto constitucional de 1931, citado por A. MENÉNDEZ REXACH, 1978: 497. Según este planteamiento, el principio de división de poderes sería estrictamente técnico. De hecho, la Constitución no hablaba propiamente de poderes sino de órganos al referirse a los órganos constitucionales. Esta tesis se consolida efectivamente en el mismo artículo 1 del texto: «Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo», aunque quedan residuos del uso del término poder en el sentido liberal clásico (artículo 61: «Poder Legislativo»).

(51) Así, en el mismo sentido se pronuncia una de las voces más autorizadas del Estado de Derecho europeo contemporáneo cuando afirma que «la articulación de poderes ha perdido el fin que tuvo en su origen [...], es decir, el de establecer una distribución política del poder entre las distintas fuerzas político-sociales, y en consecuencia ha de replantearse como una articulación de funciones», véase E.W. BÖCKENFÖRDE, 2000: 122.

(52) En cualquier caso, GASCÓN y MARÍN aún recoge una serie de opiniones contrarias o desconfiadas hacia el principio de separación en su sentido más estricto, alejadas del estigma schmittiano, incluso a través de algunos críticos muy tempranos, entre ellos, Madison en *El Federalista*, donde sostiene que la intención de Montesquieu no habría sido proponer la exclusión de toda acción parcial o control recíproco, sino sólo garantizar su independencia y evitar que el conjunto de un poder dominara el conjunto del otro (1935: 206).

aunque sólo el judicial sea calificado propiamente como «Poder» (Título VII). Sin embargo, en el Estado personificado, la división se salva dentro de la personalidad jurídica del Estado reconociendo a cada órgano facultades para la defensa de sus propias competencias frente a la injerencia del resto de poderes (53). Esto en el plano de la práctica constitucional. En el plano dogmático, la función, y no la potestad, nos permite abordar la actividad jurídico-pública desde una perspectiva holística. Dicho de otro modo, sólo a través de la función podemos identificar la actividad que, como delimitaremos en términos lo más flexibles posible dentro del concepto, tiene relevancia jurídico-pública. Limitar esta actividad a las potestades legalmente atribuidas es sencillamente ignorar la existencia de actividades paralelas que, fuera de la estructura del principio de legalidad jurídico-administrativo, ejercen la misma función. Otra cosa es exigir que la atribución de potestades a la Administración Pública estatal sea realizada bajo el principio de legalidad; ambas afirmaciones no son, en absoluto, incompatibles. Gracias a la dogmática funcional, por ejemplo, se ha podido caracterizar una de las funciones administrativas más clásicas tanto del ordenamiento jurídico estatal como del incipiente derecho administrativo europeo: la función de control (54). No era posible obtener un análisis completo de la problemática del control exclusivamente desde las potestades de control, ni siquiera bajo la categorización de estas como potestades-función, precisamente porque, en tanto que potestades, su carácter restringido sólo captaba una parte de la fenomenología del control. Por tanto, para nosotros el Estado personificado debe seguir siendo centro de imputación único de la voluntad de poder sometida a la legalidad y de su expresión en el ejercicio de sus diferentes funciones. La personalidad jurídica del Estado es la base para que este pueda proyectarse hacia el exterior y relacionarse, ahora ya no sólo con otros Estados, sino también con los fenómenos y sujetos supranacionales. Al mismo tiempo, la dogmática funcional es el mejor instrumento para categorizar la actividad jurídico-pública y administrativa, que queda muy limitada como objeto de estudio al reducirse a la potestad.

### III. LA INCIDENCIA DE LOS MODELOS TRANSNACIONAL Y GLOBAL

#### 1. El modelo europeo: el reconocimiento mutuo

Expuestos ya los fundamentos tradicionales de las teorías de la potestad y la función, es necesario hacer una referencia a los contextos en los que —según entendemos nosotros— ambos conceptos se ven alterados, quebrando el principio de sumisión del poder público al principio de legalidad. Estos supuestos los

---

(53) A. GALLEGO ANABITARTE, 1992: 85.

(54) Nos referimos a J. AGUDO GONZÁLEZ, 2018a.

dividiremos en dos modelos. Hemos denominado al primero modelo europeo, no porque sea exclusivamente europeo, sino porque es en el contexto de la Unión Europea donde ha alcanzado un protagonismo vigoroso. Este sería un modelo de transnacionalidad «leal», en el sentido de que aparece en el contexto de un deber de lealtad que se identifica con la idea de «comity» tanto en el ámbito administrativo como en el judicial (55). El mecanismo por antonomasia de este modelo es el reconocimiento mutuo. Por el contrario, el segundo modelo que examinaremos puede considerarse una transnacionalidad «hostil», en el sentido de no deseada, o no aceptada *a priori*, ni siquiera hipotéticamente, por parte del Estado de recepción de la eficacia de la norma extranjera (56). Esta misma situación, en teoría, es la que se presenta —en ausencia de un procedimiento de control— en la vertiente global del problema, que es *a priori* también hostil, y que debe ser reconducida al ámbito de la constitucionalidad.

El mecanismo más importante del modelo Europeo de transnacionalidad es seguramente el reconocimiento mutuo (57). Por reconocimiento mutuo se entiende en el contexto europeo, como es bien sabido, aquella técnica mediante la cual los bienes o servicios puestos en circulación legalmente en el mercado de un Estado miembro y tras pasar sus propios mecanismos de control de acceso, deben poder acceder también a los mercados de otros Estados miembros, con numerosos matices sobre los requisitos de acceso en los Estados de destino según los casos, aunque en ciertos supuestos han sido reducidos al mínimo, si no eliminados en los últimos años (58).

---

(55) La incidencia de la doctrina del «legal comity» ha sido examinada, tanto en el contexto europeo como en el global, y con especial atención a su vertiente judicial, por E. D'ALTERIO, 2011: 394 y también por la propia autora en E. D'ALTERIO, 2017: 303. En suma, se trata de la idea de que los Estados y sus órganos decisorios (administrativos o judiciales en la mayoría de los casos) se deben un respeto mutuo para no cuestionar con carácter general las decisiones de los demás. Sería, por tanto, el criterio opuesto al imperialismo jurídico-público o jurisdiccional (este sí, bien conocido en el derecho internacional privado y procesal, sobre todo en la vertiente de competencia jurisdiccional). Este principio, que en último término trae causa del respeto a la soberanía de terceros Estados en el derecho internacional, es el basamento genérico último de los mecanismos de la transnacionalidad «leal», por más que en contextos concretos estos mecanismos puedan encontrar fundamento en principios concretos (en el caso del derecho europeo, claramente, el principio de cooperación leal).

(56) Sin embargo, A.C. AMAN, 2017: 79, sostiene que no necesariamente derecho transnacional es el derecho público estatal eficaz extraterritorialmente, y derecho supranacional es aquel que existe al margen del principio de territorialidad —que es como nosotros entendemos esta distinción— y utiliza la idea de transnacionalidad como un término más bien genérico, aplicable a todo fenómeno de extraterritorialidad.

(57) Especialmente ejemplificativo como estudio reciente, véase J. AGUDO GONZÁLEZ, 2019: 181-310.

(58) Esta técnica tiene su origen en la empleada en el artículo 53 TFUE para el reconocimiento de títulos universitarios en toda la Unión, pero fue confirmada fuera de este contexto por la fundamental Sentencia 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78.

Ahora bien, el gran triunfo de la regla de reconocimiento mutuo llega con la Directiva de Servicios, conocida generalmente como Bolkestein por el nombre de su impulsor (59). Como es bien conocido, el borrador inicial de esta norma introducía un ejemplo extremo de transnacionalidad leal: no aplicaba la regla de reconocimiento mutuo, sino una aún más directa y no sometida a control por el Estado miembro de destino, la llamada regla de país de origen, según la cual cualquier bien, trabajador o servicio al que se ha permitido acceso al mercado de un Estado miembro puede automáticamente y sin ningún trámite operar libremente en todo el mercado interior. De esta forma, el mecanismo de funcionamiento de la regla de país de origen serviría, por ejemplo, para evitar la huida del mercado común de determinadas industrias hacia regiones con un nivel de protección y costes mucho más bajos, a base de consentir que éstas operen en Estados miembros que de hecho tienen costes y niveles de protección por debajo de la media de la Unión. El reconocimiento mutuo, regla ya probada y de gran éxito en el mercado interior, sí que permitiría la aplicación de controles administrativos en el Estado de destino, que pondrían límites a la eficacia implacable de la regla de país de origen. Ahora bien, se ha dicho insistentemente que en la Directiva de Servicios, el reconocimiento mutuo se regula de forma tan sumamente flexible que se acerca peligrosamente a la propia regla de país de origen (60). La idea que queremos transmitir, en todo caso, es que en un modelo como este, aunque el derecho aplicable es aún estatal —y por tanto subsumible bajo el principio de legalidad y el concepto de la potestad— se ha perdido la conexión directa entre potestad (o, incluso, potestad-función) y eficacia del acto reconocido. En otras palabras, en el espacio en el que el acto deberá tener eficacia, este no habrá sido adoptado como tal acto bajo una potestad legalmente vigente dentro del sistema jurídico, sino en virtud del reconocimiento (mutuo) del ejercicio de una potestad ajena que, a los efectos del derecho del Estado de recepción, teóricamente, no existe. Aquí no puede hablarse propiamente de que un Estado A ejercite una potestad legalmente atribuida a uno de sus órganos administrativos con efectos en un Estado B, porque tal ejercicio de la potestad no es meramente exorbitante, sino plenamente ajeno al poder que esta atribuye a la Administración en cuestión, porque el legislador no puede atribuir una potestad con efectos fuera de su territorio. Esto no es lo que sucede en el reconocimiento mutuo: este sólo significa que el Estado de recepción reconoce los efectos de la decisión adoptada por A, dentro de sus potestades legalmente atribuidas, pero eso no significa que la potestad de A haya sido atribuida en B —lo cual sencillamente no es

---

(59) Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

(60) Así por ejemplo en T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2010: 221-263 y V. HATZOPOULOS, 2007.



posible—. De lo que puede hablarse en un plano extraterritorial, meramente, es de que un Estado A ejerce una función con efectos en el Estado B, donde esta función es calificada como jurídico-pública.

Esta eficacia transnacional de los actos administrativos que trae causa del propio principio de reconocimiento mutuo ha dado lugar al surgimiento de un nuevo concepto, el acto administrativo transnacional (61). Este nuevo concepto es a su vez fuente de problemas de tutela, pues el recurrente de un determinado acto reconocido jurídicamente en el Estado de destino no sabrá si acudir a la justicia administrativa de este último Estado o del Estado de origen, sin tener en cuenta que ambas podrían ser competentes para enjuiciar el acto en diferentes aspectos (62). En este sentido, se ha argumentado que existe una amplia gama de situaciones en las que al menos dos administraciones, la de origen y la de destino —pero pueden ser más: por ejemplo, la propia administración europea— pueden potencialmente participar en la adopción del acto, en distintos grados, desde la operatividad automática del reconocimiento mutuo —y por ende la nula participación del Estado de destino— hasta la intervención de este para controlar la aplicación del acto en su territorio (63). De forma crucial, un modelo estatal, fundado exclusivamente en la potestad legalmente atribuida, no aporta instrumentos para la coordinación entre procedimientos nacionales, lo cual desemboca necesariamente en la temida aplicación divergente del derecho europeo por diferentes Estados miembros (64). La potestad, además, tiene un potente vínculo con la territorialidad, cuya importancia viene reduciéndose en las últimas décadas en la configuración del administrativo y público en general (65), y que es sencillamente inaplicable a determinados ámbitos regulatorios contemporáneos que apenas tienen contacto físico con el territorio, como algunas vertientes del derecho de las telecomunicaciones e internet (66).

---

(61) Véase R. BOCANEGRA SIERRA y J. GARCÍA LUENGO, 2008: 12: «como ocurre con el propio Ordenamiento europeo, la eficacia de los actos administrativos, actos de los poderes públicos, tradicionalmente limitada al ámbito territorial propio de la competencia del órgano que lo dicta, ha pasado a poder extenderse, sin necesidad de un reconocimiento expreso en cada caso, a otros Ordenamientos jurídicos diferentes de aquél en el que se origina, y en los que el despliegue de su eficacia puede llegar, en último término, a producir exactamente los mismos efectos que se predicen de los actos administrativos de producción nacional, incluida, por supuesto, la obligación de obediencia y la activación de los correspondientes medios de ejecución forzosa».

(62) En este sentido BOCANEGRA y GARCÍA LUENGO, 2008: 23.

(63) Véase L. DE LUCIA, 2012: 33: «there is an inverse relationship between the scope of the inter-administrative tie and the protection of the interests of the host country».

(64) En este sentido A.S. GERONTAS, 2013: 438.

(65) Véase J. AGUDO GONZÁLEZ, 2018b: 187.

(66) H.C.H. HOFMANN, 2013: 427.

Todo lo anterior nos confirma lo que sospechábamos desde el comienzo de nuestro análisis: en el ejercicio de poder público en el contexto del derecho europeo, aunque se articule a través de potestades legalmente reconocidas a nivel nacional, realmente nos encontramos ante el ejercicio de funciones administrativas, de tal forma que el aspecto relevante ad intra de, por ejemplo, la concesión de una autorización que va a tener efectos transnacionales, puede ser la correcta atribución de su potestad al órgano que dicta el acto, pero ad extra es claro que esta atribución de potestad no es relevante, porque tal decisión se imputa al Estado jurificado como participante en el sistema europeo de reconocimiento mutuo. Se trata, de nuevo, de un supuesto en el que el funcionalismo es necesario para explicar la eficacia de un ejercicio de poder público ajeno al Estado de destino.

## 2. El modelo norteamericano: el *Sarbanes-Oxley Act*

Hasta aquí, sin embargo, nos hemos mantenido aún en el plano que hemos denominado de transnacionalidad «leal» o «amiga», porque se fundamenta en un principio de cooperación preexistente (el «principio de cooperación leal») y en definitiva porque existe toda una estructura normativa (y política) que justifica dicha cooperación. Pero también existen modelos de transnacionalidad «hostil», aún más complejos de gestionar, y que suponen un reto igual o mayor para el juego de las potestades administrativas.

Lo que llamamos «derecho administrativo transnacional hostil» se ha convertido en una constante debido a la regulación nacional de amplio espectro con el que algunos Estados abordan las actividades de operadores que, aunque puedan tener alguna forma de conexión con su propio territorio, en la práctica tienen una proyección internacional. Singular a este respecto ha sido el caso de Estados Unidos. En su legislación ya es habitual el fenómeno de la eficacia extraterritorial de sus propias normas jurídico-públicas, en virtud de criterios de conexión que a menudo son decididamente exigüos. El ejemplo sustantivo por antonomasia es la regulación norteamericana en materia financiera, donde ha promulgado normas administrativas que aspiran a tener una eficacia amplia fuera de sus fronteras, o en las que el criterio de conexión con Estados Unidos que requieren para ser aplicables es verdaderamente tan amplio que acaban por ser aplicables en un número muy alto de situaciones. Y de nuevo, dentro de este ámbito, encontramos un ejemplo paradigmático: el *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, consecuencia a su vez del escándalo contable del caso *Enron* (67).

---

(67) Para conocer en profundidad esta regulación y su indisoluble conexión con el citado escándalo, véase L.E. RIBSTEIN, 2003, J. SHIRLEY, 2004 y P. LANOIS, 2007.

Obviamente, no es este el lugar para recordar el escándalo, de proporciones globales en un sentido económico del término, y por tanto también un hito en la formación del derecho público global. Sí que merece la pena examinar algunos extremos de esta regulación, y de dónde procede su carácter problemático (68). En gran medida, el problema trae causa de un cambio de actitud del regulador norteamericano: mientras que tradicionalmente se había centrado en exigir obligaciones de información, esta norma consolida una pauta de introducción de una regulación sustantiva del funcionamiento de las compañías. Para aquellas sociedades no norteamericanas que, sin embargo, son sujetos pasivos de la aplicación de estas normas por criterios de conexión determinados, resulta muy complejo someterse a estas regulaciones sustantivas, entre otras cosas porque su estructura interna no está preparada *a priori* para la legislación norteamericana, y puede ser muy distinta de la que exige esta (69). En determinados ordenamientos concretos se han identificado una serie de dificultades que se derivan de la propia aplicación particular de la norma norteamericana: por ejemplo, el menor desarrollo de los deberes de los administradores en favor de mecanismos administrativos de policía, las diferentes responsabilidades de los miembros de los consejos de administración, o incluso sencillamente la falta de profesionales de auditoría de cuentas (que la legislación norteamericana exige rotar al menos cada cinco años) en muchos países en desarrollo (70).

En definitiva, no se trata aquí de examinar concienzudamente esta legislación, sino de explicar cómo su vigencia y su eficacia transnacional ponen en cuestión el tradicional concepto de potestad. Esta legislación es indudablemente el producto de una potestad-función legalmente atribuida en Estados Unidos. Sin embargo, fuera de allí, difícilmente puede afirmarse lo mismo. Y sin embargo, los efectos existen, incluso en ausencia de mecanismos concretos de reconocimiento mutuo. Esta ultraactividad territorial de la legislación norteamericana

---

(68) LANOIS, 2007: 15-16 nos ofrece un ejemplo claro: «Sarbanes-Oxley's corporate governance model conflicts with other nations' governance structure and cultural values. A striking example of the major distinctions in corporate governance standards between foreign countries and those in the U.S. is demonstrated by the difficulties encountered by multinational groups when attempting to comply with Section 404 of Sarbanes-Oxley, which provides that publicly traded companies must have internal policies and controls in place to «protect, document and process information for financial reporting». Unfortunately, this section applies to both domestic and foreign private issuers. Many foreign corporations are thus faced with a dilemma regarding how to effectively maintain a global compliance program: on the one hand, U.S. law obliges them to implement procedures enabling employees to report misconduct; on the other hand, European law (in particular, E.U. privacy and data protection laws) imposes mandatory restrictions on whistleblowing».

(69) En este sentido, RIBSTEIN, 2003: 8.

(70) SHIRLEY, 2004: 511-515.

sólo se puede justificar de una forma, como ejercicio de una función que, en Estados Unidos y en muchos Estados de recepción de la aplicación de sus normas, es jurídico-pública. De nuevo, tenemos el mismo problema que ya teníamos en el contexto del derecho europeo, pero en este caso, en términos de «hostilidad», es decir, en ausencia de una obligación específica de *comity* o de cualquier garantía de reciprocidad por parte de los Estados receptores. De nuevo, no puede decirse que la eficacia de una norma o un acto administrativo norteamericano derivado de ella, dictado, vigente y eficaz allí bajo el amparo de una potestad, esté amparado por la misma potestad en un Estado B, donde tal potestad sencillamente no existe. Aquí sólo puede hablarse del ejercicio fáctico de una función.

#### **IV. UNA PROPUESTA PARA UN DERECHO PÚBLICO EN TRANSFORMACIÓN: LA FUNCIÓN DE RELEVANCIA JURÍDICO-PÚBLICA**

El concepto que nosotros proponemos para superar la dicotomía potestad-función, que entendemos insuficiente para explicar el derecho administrativo contemporáneo, es en realidad una revisión de la función, que ya no estaría estrictamente asociada a la actividad categorizada como jurídico-pública, sino que sería de mera *relevancia* jurídico-pública, en un sentido descriptivo. Dicho de otro modo, la función de relevancia jurídico-pública no vendría caracterizada exactamente por lo que en *el contexto de la legalidad interna* del Estado se calificaría como jurídico-público (que es lo que, en principio, significa función jurídico-pública) sino por lo que dogmáticamente se consideraría relevante a nivel jurídico-público por parte de una doctrina que, en el nivel transnacional y global, es necesariamente comparada.

Para entender esto adecuadamente, es necesario tener en cuenta que, en estos niveles, transnacional y global, la dogmática no se encuentra con conceptos tan potencialmente cerrados como en el tradicional derecho público estatal; incluso en este, es más que conveniente la evolución hacia un sistema de conceptos funcionales (71). En el nivel supranacional los instrumentos conceptuales son de origen comparado, y se universalizan por dos vías: su aplicación jurisprudencial (bien mediante el diálogo entre tribunales nacionales, bien mediante su recepción y formación conceptual autónoma en la jurisprudencia de Tribunales internacionales) y su homogeneización dogmática, producto habitualmente de la recepción y análisis académico de esa misma jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, se ha celebrado la universaliza-

---

(71) En este sentido véase S. DIEZ SASTRE, 2018: 200: «la función se considera el elemento determinante en la identificación de los conceptos jurídicos relevantes en un plano metodológico y el aspecto que debe guiar el proceso de formación conceptual».

ción conceptual, primero a nivel jurisprudencial internacional y luego, a través de este, dogmático, de la proporcionalidad como medio para la ponderación de valores jurídicos (72).

Por tanto, resulta necesario que el concepto de función que manejemos se desvincule del todo no ya de la legalidad, sino del poder estatal. Se ha teorizado recientemente que la expresión *jurídico-público* o, genéricamente, derecho público, hace referencia a una determinada organización de cumplimiento dentro del Estado para la aplicación de las normas jurídicas, que en el derecho privado sería el Poder Judicial, y en el derecho público sería la Administración (73). Independientemente de que se admita o no este modelo, para los efectos de nuestra exposición es especialmente ilustrativo en el sentido de que identifica la distinción público-privado hasta tal punto con el derecho estatal que aquella no puede separarse de las organizaciones de cumplimiento instituidas por el segundo. Función jurídico-pública, por tanto, significa función estatal. Sólo en el derecho del Estado cabe hablar de la vigencia de una distinción entre derecho público y derecho privado, porque sólo en él se dan las condiciones para que esta distinción se verifique. En el nivel supranacional, sin embargo, esto no sucede del mismo modo, y la distinción derecho público-derecho privado es meramente un reflejo dogmático de los conceptos que rigen en el ordenamiento de origen, el estatal. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico de destino, el supranacional, el carácter jurídico-público o privado no se verifica estrictamente, sino como un reflejo o *relevancia* que es producto de la tradición dogmática del concepto.

Por supuesto, estas tradiciones ni son unívocas ni su universalización es perfecta. Así, por ejemplo, la *patria potestas* puede ser en ciertas tradiciones jurídico-privada (como es el caso de la española) y en otras jurídico-pública. Se ha intentado delimitar el ámbito de las funciones jurídico-públicas argumentando que serían tales aquellas vinculadas inmediatamente a la satisfacción del interés general mediante el cumplimiento de necesidades colectivas, pero se admite igualmente que ni esta definición, ni sus sucesivas divisiones (funciones

---

(72) Véase A. PETERS, 2017: 257.

(73) Esta tesis es la propuesta de F. VELASCO CABALLERO, 2014: 118: «De ahí que en cada sector normativo, y en función del interés general que esté presente, se podrán dar diferentes combinaciones o grados de iuspublicidad y iusprivacidad, esto es, de garantía del cumplimiento de los objetivos o fines normativos mediante la tutela judicial o mediante la intervención administrativa». Por poner un ejemplo del propio autor, en el caso de las inspecciones y certificaciones técnicas de vehículos a motor, las conocidas como ITV, cuando están al cargo de entidades colaboradoras privadas, éstas se erigen en organizaciones de cumplimiento jurídico-público, «precisamente porque, aún siendo particulares (empresas, instaladores), los destinatarios de los deberes de conducta, la garantía de su cumplimiento está primariamente encargada a unas entidades colaboradoras que, a estos efectos, son consideradas por las leyes (o por la jurisprudencia) como Administración pública» (2014: 142).

del Estado, funciones administrativas) constituyen cada una un ámbito cerrado, sino zonas que se solapan entre sí y de fronteras a veces indefinidas (74). Esta indefinición se traduce en variedad, y esta a su vez sólo revierte, en realidad, en la mayor flexibilidad del desarrollo de las funciones en particular, lo cual no es necesariamente un obstáculo para el desarrollo de una teoría supranacional de la función, sino al contrario, un aspecto favorable. De la misma forma, las distinciones dogmáticas entre diferentes funciones administrativas que existen en el derecho estatal, resultan de enorme utilidad para ese acervo supranacional (75).

En estos casos, no podemos hablar estrictamente de una *potestad impropia*; ni siquiera, en los supuestos de transnacionalidad, de una potestad propia impropriamente ejercida, porque falta el elemento de atribución legal. Y aún a pesar de esta carencia, cualquiera de los poderes supranacionales, desde la eficacia extraterritorial del poder estatal hasta las normas de las organizaciones internacionales y aún de los propios sujetos privados (los que nosotros denominamos «ciudadanos corporativos») sigue siendo un poder jurídico y no una mera facultad o un mero hecho social extrajurídico. Tampoco podría hablarse, por supuesto, de derechos subjetivos (76) de estas entidades supranacionales, pues estos poderes de relevancia jurídico-pública ajenos al Estado están sin embargo marcados por las mismas diferencias respecto del derecho subjetivo que, según mencionamos al inicio del presente trabajo, encontró Romano. El poder supranacional se ejerce como una mera función *de facto*, y por lo tanto la denominación más descriptiva será la de *función con relevancia jurídico-pública*.

Este concepto amplio de función, que alcanza una dimensión supranacional, se abstrae del sometimiento al principio de legalidad *a priori* y se desliga de las potestades en particular e incluso de la distinción público-privado tal y como se entiende en el derecho interno, ha sido ya bosquejado, y empleado en construcciones dogmáticas de funciones determinadas. El ejemplo

---

(74) Véase E. SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 154.

(75) Por ejemplo, la distinción entre Administración ejecutiva y Administración conformadora que se ha desarrollado en el contexto de la teoría de la Administración del Estado social es un ejemplo claro de cómo funciones que, si bien tienen su contexto pleno en la Administración del Estado, no puede descartarse que tengan también una proyección supranacional, aunque es evidente que no es posible una extrapolación perfecta. Por ejemplo, la Administración ejecutiva parece que tiene difícil encaje más allá del principio de legalidad; y sin embargo, puede aparecer en forma de eficacia transnacional del acto administrativo. En general, sobre esta distinción véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 106.

(76) El derecho subjetivo como categoría en el derecho público parece estar recuperando fuerza en los últimos años. A estos efectos, véase L. MEDINA ALCOZ, 2016. Este no es, sin embargo y a nuestro modo de ver, el modelo adecuado para explicar las relaciones jurídicas transnacionales y globales.

más importante, que ya hemos mencionado, es seguramente el de la función de control (77). Esta función administrativa sólo ha podido ser construida convincentemente cuando ha superado el estadio de la sumisión al concepto de potestad (y por lo tanto, a la legalidad estatal) y ha reconocido como control diversas actividades, no sólo de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino también de algunos órganos administrativos (con protagonismo, sin duda alguna, del creciente sistema de tribunales administrativos) e incluso, potencialmente, algunas actividades procedentes del exterior del propio Estado, donde destaca el caso singular del arbitraje internacional.

Además, hay un último punto que no puede dejar de subrayarse, y es el protagonismo del procedimiento en el futuro —en realidad, ya presente— derecho administrativo, no en el sentido de que el procedimiento sea importante en la adopción de decisiones por parte de la Administración —obviamente, esto ha sido así desde los comienzos de la disciplina— sino en su aspecto supranacional. El procedimiento administrativo encarece su importancia en la actualidad incluso respecto de la legalidad, porque es precisamente lo único que pueden tener en común una diversidad de Estados constitucionales de Derecho, entre los que surge una obligación internacional de cooperar en la universalización de sus principios constitucionales (78). Lo que es más, es precisamente el procedimiento lo que podría llegar a aportar ciertas garantías de *legitimación* democrática de las decisiones de las entidades no estatales o privadas a nivel supranacional, pero nunca de *legitimidad*, pues esta sólo puede ser la democrática, y sólo aparece radicada en el Estado de Derecho, a través de la Constitución (79). Es decir, que las decisiones y «normas» emanadas de estas entidades supranacionales podrían revestirse de una cierta legitimidad mediante un procedimiento interno que replique —al menos en cierta medida— las garantías que ya existen en el procedimiento administrativo esta-

---

(77) Así queda establecido, como principio metodológico, en AGUDO, 2018: 79 donde se explica este concepto amplio de la función en los siguientes términos: «Las funciones jurídicas no presumen necesariamente el ejercicio de poder público como dato definitorio, aunque esto sea algo habitual. Esto nos permite alcanzar dos conclusiones: i) Que un mismo fin puede ser alcanzado por los poderes públicos mediante formas de actuación y de organización que no se someten necesariamente al Derecho Público; y ii) Que ese mismo fin puede ser alcanzado por sujetos privados, los cuales pueden dirigir su actividad para satisfacer fines similares a los que pueden ser perseguidos en el ejercicio de potestades públicas. Esta aclaración permite entender que aquí no se hable específicamente de funciones jurídico-públicas, sino de funciones jurídicas que pueden ser públicas, pero que también pueden ser privadas, aún estando orientadas a satisfacer fines de relevancia pública». Pues bien, esta afirmación del autor que vale para su construcción del concepto de función de control, la hacemos ahora nuestra para la construcción de un concepto de función en general.

(78) En este sentido, véase P. HÄBERLE, 2013: 258 y ss.

(79) D. GRIMM, 2006: 72.

tal (80). Esto supondría el natural reconocimiento del ejercicio de una función de relevancia jurídico-pública por parte de estas organizaciones internacionales o entidades privadas, que a su vez estaría sometido, en último término, a un procedimiento de legitimación, o lo que es lo mismo, a un control constitucional que quedaría en manos del Juez nacional. Expresado con sencillez, podemos sintetizar lo anterior en la idea de que, en el futuro, y aún ya en el presente, el procedimiento y sus garantías será el gran rasgo común y universalizado que pueda encontrarse en diferentes sistemas de administración comparados, no sólo estatales (81). No ocupará tal papel nada más, ni una suerte de legalidad supranacional —poco realista políticamente— ni tampoco el contenido normativo de fondo, si bien también en esto muchos sectores especiales tienen a converger (82). En este contexto, el binomio potestad-función se contrapone a otra pareja, ley-procedimiento, de manera que el protagonismo que tenía la ley como fuente única de la potestad, le corresponde ahora al procedimiento como expresión universal de la función de relevancia jurídico-pública.

Este es el motivo por el que hablamos, en sentido estricto, de función de *relevancia* jurídico-pública, pues —como ya hemos visto más arriba— lo jurídico-público tampoco puede afirmarse como tal en todos los niveles que nuestro concepto aspira a captar que, recordemos, son tanto el supranacional

---

(80) La referencia, en este aspecto, es G. DELLA CANANEA, 2016: 178, quien ha llegado a afirmar que tanto los tribunales internacionales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.) pero también los órganos arbitrales internacionales, «have also developed a host of general principles that apply to the governmental organs whose measures are under their review»: lo cual obviamente es ir bastante más lejos que establecer reglas de procedimiento aplicables a sí mismos —y que por otra parte el autor estudia a lo largo de el mencionado trabajo—.

(81) Para una exégesis metodológica de la evolución del derecho administrativo desde un ordenamiento de contenido hacia un ordenamiento predominantemente de organización y procedimiento (la «desmaterialización») véase J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016: 27-28. Aquí se advierte ya no sólo la «desmaterialización» del derecho administrativo estatal, sino la intervención de elementos externos a este ámbito, y situados en un ámbito supranacional, por ejemplo, los criterios científicos que se introducen en la decisión administrativa a través del procedimiento, procedentes de normas supranacionales de soft law. Así, es evidente que estas «reglas de la ciencia», precisamente por su fundamento en verdades que se presumen universales, no son normas estatales, aunque puedan incluirse en éstas, sino criterios que existen al margen y más allá del producto histórico-jurídico estatal y que deben ser reconocidos como tales en las únicas normas que, actualmente, pueden recogerlos con eficacia supraestatal, las normas supranacionales privadas, de soft law supranacional (no administrativo, que sería aquel derecho blando emanado de Administraciones estatales), etc. Sobre este aspecto complejo de las normas de la ciencia y la técnica véase in extenso J. ESTEVE PARDO, 2015.

(82) Como ejemplo, véase de nuevo ESTEVE PARDO, 2015: 42: que recuerda como «el sector de la técnica y otros muchos sectores han experimentado en las dos últimas décadas rigurosos procesos de autorregulación que han conducido, a su vez, a un proceso de centralización y unificación de sus referencias».



—transnacional y global— como el estatal, aunque en este después la función relevante se especifique, en el contexto de su propia legalidad, en una potestad-función jurídico-pública en sentido estricto del derecho administrativo clásico. Así, resulta que la potestad-función jurídico-pública estatal sometida al principio de legalidad sigue plenamente vigente *ad intra*, pero no es ajena o independiente de nuestro concepto, sino que constituiría un tipo de función de relevancia jurídico-pública.

Para justificar jurídicamente el modelo que acabamos de exponer, es necesario partir de tres presupuestos que definen la teoría del derecho administrativo contemporánea, que afirmamos cumulativamente. En primer lugar, en buena teoría del procedimiento administrativo, no creemos que pueda decirse que el procedimiento constituya meramente una decisión estructurada organizadamente, de manera que se fundamente estrictamente en el ejercicio de una potestad, y su conclusión en el acto administrativo constituiría la concreción reglada de dicha potestad, casi como si fuera la consecuencia de la aplicación de una función matemática. Como se ha dicho recientemente, el procedimiento administrativo no es un rito (social o jurídico), el procedimiento se desarrolla en una serie de pasos ordenados, pero no es la consecuencia específica de determinados hechos, como sí sería un ritual (83). Parece más razonable afirmar que el procedimiento administrativo es un elemento clave en la toma de decisiones en el Estado democrático de Derecho, que —como regla general— tendrá como características la publicidad y una estructura mínima, y cuyo resultado exige la *racionalidad* de sus decisiones —pero no la aplicación subsuntiva, o incluso «matemática» de las reglas de procedimiento o aplicables al fondo del asunto— (84). En segundo lugar, en el procedimiento intervienen actores muy diversos —como diversos son su objeto y operaciones— y entre estos actores pueden contarse todo tipo de sujetos, algunos sólo identificables en el contemporáneo derecho global, como organizaciones internacionales o incluso entidades privadas (85). Por tanto, queda descartada la vinculación directa entre potestad y procedimiento, pues este último aparece en contextos incluso supranacionales y siempre vinculado al ejercicio de una función, que se expresa con cierto grado de flexibilidad, sin que por ello deje de respetar determinadas garantías (86). En tercer lugar, no hay actualmente certeza alguna de que el trinomio potestad-vinculación positiva a la ley-procedimiento incre-

---

(83) La idea del procedimiento como ritual procede de N. LUHMANN, 1983: 38; el contraargumento —citando al anterior— lo ha ofrecido F. NULLMEIER, 2018: 286, aunque el conjunto del estudio resulta igualmente valioso.

(84) En este sentido, véase SCHMIDT-ASSMANN, 2006: 179 in principio.

(85) De nuevo, véase NULLMEIER, 2018: 286-7.

(86) Esto es, la denominada «gradual erosion of national procedural exclusivity», como afirma DELLA CANANEA, 2016: 4.

mente por sí solo las garantías del ciudadano frente a, no una administración, sino una constelación de poderes que ejercen funciones administrativas. Por ejemplo, es bien conocido que la Administración cuya evolución supone actualmente un mayor reto, la Europea, ha desarrollado mecanismos de protección frente a actos internacionales, procedentes de organizaciones internacionales, e incluso que existen sistemas de garantía en el propio Derecho Internacional Público (caso obvio, la Convención de Roma de 1950) (87). En tercer lugar, hay problemas que sencillamente no pueden abordarse si no es desde el nivel supranacional, como el problema del medio ambiente (88). Aquí el ejemplo seguramente más conocido sea la Convención de Aarhus.

Estas tres aseveraciones deberían resultar suficientes para justificar la conveniencia del concepto de función de relevancia jurídico-pública que hemos tratado de formar. No es posible someter todos estos poderes extraterritoriales al modelo de la potestad-función: requieren una construcción teórica más amplia, que incluya a aquélla, pero que ampare también otros fenómenos de ejercicio del poder ajenos a la legalidad. A tal fin nosotros proponemos la función de relevancia jurídico-pública, definida como aquella función cuyo ejercicio puede ser asumido por sujetos no estatales y no jurídico-públicos en el sentido interno del término, pero que sin embargo sí que tiene una relevancia estrictamente jurídico-pública desde el punto de vista dogmático.

## V. CONCLUSIONES

En definitiva, el modelo de la función de relevancia jurídico pública es, en nuestra opinión, el que capta más eficazmente el amplio espectro del ejercicio de poder «público», en el sentido interno del término: es decir, el ejercicio de determinadas funciones tradicionalmente atribuidas al poder público (normativa, de control, ciertos aspectos de policía o fomento, etc.) que en la práctica pueden ser ejercidas por sujetos de naturaleza muy diversa. Parece claro que la publicación de estos poderes no es ni un proceso natural ni una realidad esencial o inmanente (estos poderes no son «esencialmente» públicos o estatales) sino un proceso histórico de monopolización del poder por parte del Estado. Este proceso histórico se desarrolla dentro de un contexto mayor, el de una tradición jurídica europea que ha conocido el ejercicio de

---

(87) Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, 2013: 104-6. Sobre el control de la UE frente a actos internacionales, menciona el autor los asuntos Kadi, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2008, C-402/05, 415/05, en materia de terrorismo, en los que —como es bien sabido—, el Tribunal de Justicia puso en cuestión determinadas resoluciones europeas que aplicaban a su vez resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (con lo cual, indirectamente, eran controladas las resoluciones de este).

(88) K. KÖNIG 2008: 779.

estas funciones por parte de sujetos de muy diversa naturaleza. La función de relevancia jurídico-pública aspira a erigirse en instrumento mediante el cual pueda categorizarse estos poderes —en el contexto histórico actual, de nuevo, plurales, como lo eran ya antes de la consolidación del Estado-Nación— y finalmente ser sometidos a control.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018a): *La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Pamplona: Civitas.
- (2018b): «La superación del paradigma territorial y sus efectos en el Derecho Administrativo. Bases normativas del Derecho Administrativo transnacional», *Revista de Derecho Político*, 103, pp. 155-190
- (2019): «La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante variantes del reconocimiento mutuo», en J. AGUDO GONZÁLEZ (dir.): *Relaciones Jurídicas Transnacionales y Reconocimiento Mutuo*, Pamplona: Civitas, pp. 181-310.
- ÁLVAREZ DE MORALES CHECA, A. (2002): *Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, Granada: Comares.
- AMAN, A.C. (2017): «Globalización, Derecho transnacional y desnacionalización», en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.): *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 1, tomo 1, pp. 79-94.
- BERGER, A. (2016): *Die Ordnung der Aufgaben im Staat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 370 pp.
- BOCANEGRA SIERRA, R. y GARCÍA LUENGO, J. (2008): «Los actos administrativos transnacionales», *Revista de Administración Pública*, 177, pp. 9-29.
- BÖCKENFÖRDE, E.W. (2000): *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (trad. Rafael de Agapito): Madrid: Trotta.
- CASSESE, S. (2009): *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino.
- CASSESE, S. *et al.* (2015): *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè.
- COLMEIRO, M. (1858): *Derecho administrativo español*, 2ª ed., Madrid: Ángel Calleja.
- D'ALTERIO, E. (2011): «From judicial comity to legal comity: a judicial solution for the global disorder?», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 2, pp. 394-424.

- (2017): «Judicial Regulation in the Global Space», en S. CASSESE. (ed.) *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, pp. 303-324.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.M. (2016): «El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?», *Revista de Administración Pública*, n. 199, pp. 11-49.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2010): «Libertad de establecimiento y de servicios, ¿reconocimiento mutuo o país de origen?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, pp. 221-263.
- DELLA CANANEA, G. (2016): *Due Process Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford: OUP.
- DE LAUBADÈRE, A. (1957): *Manuel de Droit Administratif*, Paris: Pichon et Durand-Auzias.
- DE LUCIA, L. (2012): «Administrative Pluralism, Horizontal Cooperation and Transnational Administrative Acts», *Review of European Administrative Law*, 5, 2, pp. 17-45.
- DÍEZ SASTRE, S. (2018): *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DOMINGO OSLÉ, R. (2008): *¿Qué es el Derecho global?*, Madrid: CGPJ, 261 pp.
- DUGUIT, L. (1913): *Les transformations du droit public*, Paris: Armand Colin.
- ESTEVE PARDO, J. (2015): «Decidir y Regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en DARNACULLETA GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER, I. gen. DÖHMANN (eds.): *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid: Marcial Pons, pp. 33-46.
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1971): *Derecho General de Organización*, Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- (1992): *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 15ª ed., Pamplona: Civitas.
- GARCÍA-TREVUJANO FOS, J.A. (1974): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., Madrid: Revista de Derecho Privado.
- GARRIDO FALLA, F. (1989): *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, vol. I, 11ª ed., Madrid: Tecnos.
- GASCÓN Y MARÍN, M. (1935): *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación española*, Madrid: C. Bermejo.
- GERONTAS, A.S. (2013): «Deterritorialization in Administrative Law: Exploring Transnational Administrative Decisions», *Columbia Journal of European Law*, pp. 423-467.

- GRIMM, D. (2006): *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- GROSSI, P. (1996): *El orden jurídico medieval*, Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P. (2013): *Pluralismo y Constitución*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.
- HATZOPOULOS, V. (2007): «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de Droit Européen*, 43 (3-4).
- HAURIOU, M. (1914): *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 8ª ed., Paris: Recueil Sirey.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. (1993): *El elemento germánico en el Derecho español* (reproducción del original de 1915): Madrid: Marcial Pons.
- HOFMANN, H.C.H. (2013): «Transnational and Trans-Territorial Rule-Making: A Basic Framework», *Missouri Law Review*, 78, pp. 423-442.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N. y STEWART, B. (2007): «The Emergence of Global Administrative Law», *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, pp. 15-61.
- KÖNIG, K. (2008): *Moderne öffentliche Verwaltung. Studium der Verwaltungswissenschaft*, Berlin: Mohr Siebeck.
- LANOIS, P. (2007): «Between a Rock and a Hard Place. The Sarbanes-Oxley Act and its global impact», *Journal of International Law & Policy*, 5, 4, pp. 1-19.
- LUHMANN, N. (1983): *Legitimation durch Verfahren*, 3ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- MAYER, O. (1895): *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig: Duncker & Humboldt.
- MATTARELLA, B.G. (2015): «VII. Il Procedimento», en S. CASSESE *et al.*, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 283-351.
- (2018): «Capitolo IV. Le Funzioni», en M.P. CHITI (ed.): *Diritto amministrativo europeo*, Milano: Giuffrè.
- MAURER, H. (2011): *Derecho Administrativo. Parte General*, de la 17ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons.
- MEDINA ALCOZ, L. (2016): *Libertad y autoridad en el Derecho Administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010): «El Derecho Administrativo Global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76, pp. 15-68.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1978): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Tesis doctoral (posteriormente publicada en MENÉNDEZ REXACH, A. (1979): *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Madrid: INAP).

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Público General. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, t. III, Madrid: BOE.
- NAPOLITANO, G. (2015): «Il. Le Funzioni», en S. CASSESE *et al.*, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, pp. 29-81
- NULLMEIER, F. (2018): «Verfahren und Mechanismen. Theoriebildung und Kausalitätsverständnis in der politikwissenschaftlichen Verwaltungsforschung», en M.W. BAUER y E. GRANDE (eds.), *Perspektiven der Verwaltungswissenschaft*, Baden-Baden: Nomos, pp. 279-302.
- PAREJO ALFONSO, L. (2013): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M. (1996): *Interpretación Histórica del Derecho*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid.
- PETERS, A. (2017): «Proportionality as a global constitutional principle», en A.F. LANG, y A. WIENER, *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham: Elgar, pp. 248-264.
- RIBSTEIN, L.E. (2003): «International Implications of Sarbanes-Oxley: Raising the Rent on US Law», *Journal of Corporate Law Studies*, 3, 2, pp. 299-327.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (2007): *La Administración del Estado Social*, Madrid: Marcial Pons.
- (2016): *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- ROMANO, S. (1947): *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano: Giuffrè.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1911): *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Imprenta Española.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2006): *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsdee. Grundlagen und Aufgaben der Verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª ed, Berlin-Heidelberg: Springer.
- (2013): *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- SCHMITT, C. (2001): *Teoría de la Constitución* (trad. F. Ayala): Madrid: Alianza.
- SHAPIRO, M. (1993): «The Globalization of Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, pp. 37-64.
- SHIRLEY, J. (2004): «International Law and the Ramifications of the Sarbanes-Oxley Act of 2002», *Boston College. International and Comparative Law Review*, n. 27, pp. 501-528.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014): *Derecho público más Derecho privado*, Madrid: Marcial Pons.

- VILLAR PALASÍ, J.L. (1977): *Apuntes de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Editorial Complutense.
- WADE, H.W.R. y FORSYTH, C.R. (2011): *Administrative Law*, 10ª ed., Oxford: OUP.
- ZANOBINI, G. (1958): *Corso di Diritto Amministrativo. Volume Primo. Principi Generali*, 8ª ed., Milano: Giuffrè.

# FUNCIÓN PÚBLICA TEMPORAL Y PRECARIO ADMINISTRATIVO (\*)

JOSÉ CABRERA RODRÍGUEZ

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS.– II.FUNCIÓN PÚBLICA Y FRAUDE DE LEY EN LA TEMPORALIDAD: 1. La Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública. 2. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española: la doctrina casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los casos Martínez Andrés/Castrejana López.– III. CLÁUSULAS ACCESORIAS Y PRECARIO ADMINISTRATIVO: 1. El acto administrativo de nombramiento del funcionario interino. 2. La doctrina del «funcionario de hecho».– IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Este trabajo pretende poner en conexión tres instituciones vetustas del Derecho administrativo. Dos de ellas se anticipan ya en su propio título: función pública y precario. La tercera, con la que se pretende ligar ambas dos, es la de las cláusulas accesorias del acto administrativo. Su combinación —y ésta es la pretendida novedad de la tesis que planteamos— no viene aquí impuesta por la operación de normas administrativas internas. Sino como solución o resultado de su interpretación conforme con una norma europea: la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal

*Palabras clave:* función pública; precario administrativo; directiva 1999/70/ce; cláusulas accesorias; funcionario interino; funcionario de hecho.

**ABSTRACT:** This paper is purported to bring together three old categories of administrative law. Two of them being already mentioned in its very title: civil service and precarious rights. The third one, by which former are suggested to may be linked, relates to what is named as ancillary clauses of administrative acts. The suggested interplay has not to be seen as purely the result of national administrative law, but as the consequence of its reading in accordance with EU law, namely the article 5 of the Council Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work.

*Key words:* civil service,, precarious administrative rights,, directive 1999/70/ec,, ancillary clauses of administrative acts,, temporary public staff,, funcionario de hecho.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 9 de febrero de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 19 de abril de 2020.



## I. INTRODUCCIÓN. VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS

Este trabajo pretende poner en conexión tres instituciones vetustas del Derecho administrativo. Dos de ellas se anticipan ya en su propio título: función pública y precario. La tercera, con la que se pretende ligar ambas dos, es la de las cláusulas accesorias del acto administrativo. Su combinación —y ésta es la pretendida novedad de la tesis que planteamos— no viene aquí impuesta por la operación de normas administrativas internas. Sino como solución o resultado de su interpretación conforme con una norma europea: la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada aprobado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria Europea (UNICE) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) (1).

La Directiva —y, en particular, su cláusula 5— tiene por objeto establecer un marco normativo destinado a impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada o de relaciones laborales de este tipo. Desde que el Tribunal de Justicia confirmó su aplicación a las relaciones temporales de empleo del funcionariado español (2), todavía son inciertas las consecuencias jurídicas que comporta, en este sector específico, la existencia de fraude o abuso en la temporalidad.

En realidad, la cuestión no es nueva en absoluto. Como tampoco lo es el problema al que obedece. Lo atestigua, por ejemplo, el Estatuto Municipal de 1935, cuyo artículo 162 ya prohibía que una plaza municipal estuviera provista interinamente más de seis meses. También una antigua jurisprudencia intentó definir la situación jurídica del funcionario interino que permanece en el cargo una vez sobrepasada la vigencia de su nombramiento o, incluso, la duración máxima permitida por la ley. De hecho, una Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1935 se ocupaba de precisar que la «exagerada permanencia» del funcionario interino en su cargo no «generaba derechos de propiedad, [sino que] más bien constituiría materia de infracción administrativa» (3).

---

(1) En rigor, el Acuerdo marco no se integra dentro del articulado de la Directiva 1999/70/CE, sino que se incorpora como un anexo. No obstante, para evitar confusiones y teniendo en cuenta que el texto normativo relevante es el que contiene el Acuerdo marco, en lo sucesivo se hará siempre referencia al articulado de este último, estructurado en *cláusulas* y no en *artículos*.

(2) STJUE 14-9-2016, asuntos *Martínez/Castrejana* (C-184/15 C-197/15); STJUE 14-9-2016, asunto *Pérez López* (C-16/15).

(3) Gaceta de Madrid, 1935. Tomo IV, p. 376. Citada por E. SERRANO GUIRADO, «El régimen de provisión de vacantes de empleos públicos», *Revista de Administración Pública*, nº 7, 1952, p. 132.

Si aquí añadimos al problema la Directiva 1999/70/CE —en particular, su cláusula 5— la novedad está en que ahora la permanencia prolongada y anormal del funcionario interino en el desempeño de su cargo deja de ser una cuestión interna y su análisis y resolución jurídica adquieren relevancia desde la perspectiva del Derecho europeo. Máxime, si le sumamos también el dato de que, hasta la fecha, no se ha promulgado ninguna norma interna que tuviera específicamente por objeto la transposición de la cláusula 5 al ámbito de las relaciones de empleo sometidas a Derecho administrativo (4).

El estado actual de la cuestión se resume en la doctrina casacional sentada en los que, hasta ahora, son los dos primeros —y únicos— pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto: las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26-9-2018 en los asuntos *Martínez Andrés* (rec. nº 625/2013) y *Castrejana López* (rec. nº 735/2013), comentadas —entre otros— por M. SÁNCHEZ MORÓN (5).

A la vista del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia, la reflexión que aquí se propone pretende ofrecer una pequeña contribución teórica a su fijación y construcción doctrinal. La tesis que se sugiere —aplicar la figura del precario administrativo a los actos de nombramiento de funcionarios interinos en fraude de ley— parece de utilidad, al menos, para un doble propósito. De un lado, localizar mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para solucionar el problema del fraude de ley en la temporalidad en el ámbito específico de las relaciones funcionariales, conforme a los términos en que lo exige la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Cuestión que reviste especial interés después de que el Tribunal Supremo haya desechado la posibilidad de aplicar a este tipo de relaciones la solución construida por la jurisdicción social para las relaciones laborales del sector público. A saber: la célebre figura del indefinido no fijo (6).

Por otro lado, la utilidad de la tesis planteada radica en su intento de acomodar y acercar el ordenamiento jurídico a la realidad de los hechos. Es notoria la práctica extendida de la Administración de mantener un volumen anormalmente alto de funcionarios interinos entre su personal. Ello, pese al

---

(4) J. M. CAMPOS DAROCA, *Empleo público y fraude en la contratación temporal* [Wolters Kluwer: Madrid, 2017], pp. 37-41.

(5) M. SÁNCHEZ MORÓN, «La consagración del funcionario interino indefinido», *Revista de Administración Pública*, nº 208, 2019, pp. 223-238.

(6) La literatura jurídica sobre esta figura y su aplicación en el sector público es extensa. El estudio más reciente es el de M. LÓPEZ BALAGUER y F. RAMOS MORAGUES, *El personal «indefinido no fijo»*. Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal [Tirant: Valencia, 2020]. También, *vid.* M. LÓPEZ BALAGUER, «La controvertida figura del personal laboral indefinido no fijo», en: Á. BLASCO PELLICER y M. LÓPEZ BALAGUER, *Las relaciones laborales en el sector público* [Tirant: Valencia, 2019], pp. 449-512.

carácter teóricamente excepcional que les atribuye la ley, cuando limita su nombramiento a las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad. A lo que se añade la relevancia y actualidad de este tema: es de todos conocido que las Administraciones españolas pretenden actualmente atajar esta anomalía mediante un proceso de reajuste que permita reducir la tasa de interinidad a un ocho por ciento (7).

El estudio comienza con una breve exposición de la citada Directiva 1999/70/CE, sobre trabajo temporal, y de la aplicación de su cláusula 5 a las relaciones funcionariales [II]. No se tratará aquí la prohibición de discriminación del personal temporal respecto al fijo comparable —cláusula 4— ni los efectos que ha tenido en la función pública española (8). Esta primera parte se cierra con un repaso del estado de la cuestión en la jurisprudencia, a partir de la doctrina casacional sentada por las dos Sentencias del Tribunal Supremo del pasado 26 de septiembre de 2018 en los asuntos Martínez Castrejana y Pérez López. De la solución dada en estas sentencias se ofrecerá, de paso, una opinión crítica general.

La segunda parte del trabajo se centra en la posible aplicación del concepto de precario a las relaciones de empleo funcionariales incuridas en fraude o abuso de temporalidad, en el sentido de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Para ello, se estudiará el presupuesto de hecho que habilita legalmente a la Administración pública para proceder al nombramiento de funcionarios interinos. Y, muy en particular, cómo este presupuesto de hecho habilitante se integra como una cláusula accesoria del acto administrativo [III]. De manera que la ausencia de este presupuesto de hecho, ya sea inicial o sobrevinida, convierte la relación de empleo del interino mantenido en el cargo en una situación de precario administrativo. Situación que responde a la figura del «funcionario de hecho».

Las conclusiones que se recogen al final del trabajo se resumen en las ventajas de este planteamiento. Por un lado, permite caracterizar la posición jurídica del funcionario temporal afectado como un precario de los de segundo grado. Con lo que éste quedaría exento de la carga de probar la existencia —no su cuantificación— del daño ocasionado por la actuación irregular de la Administración. Lo que facilita su tutela judicial en el proceso contencioso a la hora de reivindicar una eventual responsabilidad patrimonial.

---

(7) Véase la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo [BOE núm. 74, de 26 de marzo de 2018, páginas 32.966 a 32.973].

(8) El lector puede encontrar un estudio sistemático y completo de este tema en el capítulo IV de la monografía publicada por J. A. FUENTETAJA PASTOR, *Función pública y Derecho europeo* [Civitas: Madrid, 2018], pp. 139-240.

Por otro lado, este planteamiento permite conceptualizar jurídicamente la situación en la que se encuentran los funcionarios temporales en fraude de ley. Cuestión que, una vez descartada su posible calificación como indefinidos no fijos, han dejado abierta los dos Sentencias del Tribunal Supremo en los asuntos Martínez Castrejana y Pérez López. Bajo la figura del «funcionario de hecho», estos empleados públicos pueden reivindicar un estatus jurídico diferenciado del funcionario interino. Con los derechos profesionales adicionales que les ha venido reconociendo la jurisprudencia desde el pronunciamiento pionero del Tribunal Constitucional que reconoció la particularidad de su situación al calificarlos como “interinos de larga duración” [STC 240/1999, de 24 de julio, FJ 4º] (9).

## II. FUNCIÓN PÚBLICA Y FRAUDE DE LEY EN LA TEMPORALIDAD

### 1. La Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal y su aplicación a la función pública

La Directiva incluye en su ámbito de aplicación toda relación de empleo temporal, definida genéricamente —cláusula 2.1— como la que nace de «un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado».

Pese al tenor literal de la norma y su alusión expresa a «un contrato de trabajo o una relación laboral», el Tribunal de Justicia dejó pronto claro que el ámbito de aplicación de la Directiva abarcaba cualquier prestación retribuida de servicios por cuenta ajena, con independencia de su nomenclatura, de su configuración jurídica en el Derecho interno de los Estados miembros y de la naturaleza pública o privada del empleador (10).

---

(9) Con ello se normalizaría o, cuando menos, se haría manejable jurídicamente lo que constituye «un desfase entre la propia realidad y el texto de la ley», en palabras de J. CANTERO MARTÍNEZ, «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12 (2017), pp. 8-29; p. 12.

(10) En términos concluyentes, la STJUE de 4-7-2006, asunto *Adeneler* (C-212/04), ap. 55-57: «[L]as disposiciones de estas dos normas [la Directiva 1999/70/CE y el Acuerdo marco] no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos de duración determinada celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado [...]. Por el contrario, [...] la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada» [...] engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter

En concreto, el apartado 1 de su cláusula 5 obliga a los Estados miembros a introducir medidas destinadas a prevenir, evitar y sancionar los abusos de la utilización sucesiva de contratos temporales. En concreto, establece que los Estados deberán incorporar «una o varias» de las siguientes medidas a su ordenamiento: «a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales».

En todo caso, la cláusula 5 carece de eficacia aplicativa directa. Así lo ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones. Primero, en el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5 (11). Y más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2 (12). En uno y otro caso, por tratarse de normas que, en primer lugar, confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y que, en segundo lugar, carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de una posterior norma jurídica de desarrollo (13).

El más reciente pronunciamiento que confirma esta tesis es la Sentencia de 19-3-2020, recaída en el asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), donde el Tribunal de Justicia vuelve a reiterar que apartado 1 de la cláusula 5 no es incondicional ni suficientemente preciso como para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional (14). Esta última sentencia, por cierto,

---

público o privado del empleador para el que trabajan [...] Por otra parte, la cláusula 2 [...], lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar [...] la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a «las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje», así como a los contratos y relaciones laborales «[concluidos] en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos».

(11) Por contraposición al apartado 1 de la cláusula 4ª, *vid.* STJUE 15-4-2008, asunto *Impact* (C-268/06), § 80 [«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (...) es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco»].

(12) STJUE 23-4-2009, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), §§ 154, 162.

(13) Si ello es así en el caso del apartado 1 de la cláusula 5, dirá la Abogado General J. KOKOTT, «[l]as mismas consideraciones cabe hacer con mayor motivo respecto al apartado 2 de la cláusula 5, que está redactado en términos aún más imprecisos y confiere a los Estados miembros un margen de apreciación todavía más amplio que el apartado 1. Ya el propio tenor literal de dicha disposición muestra, al incluir el inciso inicial “cuando resulte [...] necesario”, que los Estados miembros no están obligados a adoptar ninguna de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 2, letras a) y b)» [Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126].

(14) STJUE de 19-3-2020, asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), §§ 118-119.

considera tangencialmente una posibilidad que, pese a su aparente similitud, no debe confundirse con la figura del “funcionario de hecho” que se tratará aquí. A saber: la conversión del acto administrativo de nombramiento del funcionario interino (incurso en fraude de ley en la temporalidad) en otro de funcionario titular (15).

## **2. Estado de la cuestión en la jurisprudencia española: la doctrina casacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los casos Martínez Andrés/Castrejana López**

Nótese que la cláusula 5 de la Directiva carece de eficacia directa, como el Tribunal de Justicia ha puntualizado en repetidas ocasiones (16). Algo de lo que, por cierto, no parece haberse enterado todavía nuestro Tribunal Supremo que, en sus dos citadas sentencias, tras citar un repertorio de jurisprudencia europea de manual, concluye llanamente que:

«Al hilo de ello, y *sin necesidad de mayor profundidad*, como, por ejemplo, la relativa a la “eficacia directa horizontal” [...] de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora su anexo, lo que no es cuestionable en absoluto es su “eficacia directa vertical”. Nada de esto se ha planteado en este recurso de casación y nada, por tanto, debemos añadir a lo ya dicho» (17).

En sus Sentencias de 26-9-2018, el Tribunal Supremo aplica el siguiente razonamiento: el ordenamiento jurídico interno contempla medidas legales concretas que tienen por finalidad la prevención y evitación del fraude en la contratación temporal en las relaciones de empleo público sujetas al Derecho administrativo (18). La infracción de estas normas internas por parte de la Administración conllevaría la aplicación directa de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. Y la aplicación de esta cláusula 5 obliga a la Administración infractora a cumplir precisamente las normas internas que ha infringido. En

---

(15) Sobre la diferencia entre ambos conceptos, *infra* ap. III.B.

(16) En el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5. Y también más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2. En uno y otro caso, por tratarse de normas que (i) confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y (ii) carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de otra norma jurídica de desarrollo. *Vid.* J. KOKOT, Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126.

(17) STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Martínez Andrés* [FJ 4º.B) *in fine*]. STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Castrejana López* [FJ 10º.B) *in fine*]. *Cursiva añadida*.

(18) En los casos de autos, estas medidas legales serían las normas establecidas en el artículo 10.1.c) del EBEP; la Disposición adicional 17ª de la Ley de la Función Pública Vasca; el artículo 9.3 del Estatuto Marco; y el artículo 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi.

resumen, el razonamiento de la Sala parece desarrollarse básicamente en tres pasos:

1. Las normas internas sobre empleo temporal aplicables a cada caso «merecen, a efectos de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, la calificación de “medidas legales equivalentes”, pues [...], sin duda, tienen por finalidad prevenir los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas» (19).
2. «[A]quellas “medidas legales equivalentes” se omitieron [*rectius*: infringieron], resultando ineficaz su previsión legal, lo que lleva consigo, directa e inmediatamente, la aplicación del Acuerdo marco [*i.e.* de su cláusula 5] y de la jurisprudencia [del TJUE] que lo interpreta» (20) [...]. «Seguiremos, pues, para determinar aquellas consecuencias, los mandatos de efecto directo y de primacía que derivan del Acuerdo marco y de la jurisprudencia del TJUE» (21).
3. «La relación de empleo [...] subsiste y continúa [...] hasta que la Administración [...] cumpla en debida forma la norma» las normas internas infringidas (22).

La precariedad con que el Tribunal Supremo razona la aplicación del Derecho europeo alcanza el paroxismo cuando la propia Sala recurre al principio de justicia rogada para justificar su patente falta de argumentación. Tras recordar el deber inaplicar una norma interna incompatible con otra europea dotada de eficacia directa, la Sala concluye que:

«Al hilo de ello, y sin necesidad de mayor profundidad, como, por ejemplo, la relativa a la “eficacia directa horizontal” [...] de la Directiva 1999/70/CE y del Acuerdo marco que incorpora su anexo, lo que no es cuestionable en absoluto es su “eficacia directa vertical”. Nada de esto se ha planteado en este recurso de casación y nada, por tanto, debemos añadir a lo ya dicho» (23).

El razonamiento del Tribunal Supremo evidencia un desconocimiento absoluto de los principios de primacía, eficacia directa y efecto útil. Y, en concreto, de su aplicación a la Directiva 1999/70/CE. Primero, porque la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE —que es la relevante para los casos de autos— carece de eficacia directa. Así lo ha confirmado expresamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en repetidas ocasiones. Primero, en

---

(19) Asunto *Martínez Andrés* (FJ 12º), respecto de las normas establecidas en el artículo 9.3 del Estatuto Marco y el artículo 26.5 de la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi. En términos similares: Asunto *Castrejana López* [FJ 14º.A)-B)], respecto de las normas establecidas en el artículo 10.1.c) del EBEP y la Disposición adicional 17º de la Ley de la Función Pública Vasca.

(20) Asunto *Martínez Andrés* (FJ 12º *in fine*). Asunto *Castrejana López* (FJ 14º *in fine*).

(21) Asunto *Martínez Andrés* [FJ 15º.B)]. Asunto *Castrejana López* [FJ 17º.B)].

(22) Asunto *Martínez Andrés* [FJ 15º.C).1º]. En términos similares: Asunto *Castrejana López* [FJ 17º.C).1º-2º].

(23) STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Martínez Andrés* [FJ 4º.B) *in fine*]. STS (C/A) de 26-9-2018, asunto *Castrejana López* [FJ 10º.B) *in fine*]. *Cursiva añadida*.

el asunto *Impact* (C-268/06), respecto al apartado 1 de la cláusula 5 (24). Y más tarde, en el asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), respecto a su apartado 2 (25). En uno y otro caso, por tratarse de normas que, en primer lugar, confieren a los Estados miembros un margen de apreciación para su transposición al ordenamiento jurídico interno y que, en segundo lugar, carecen de la suficiente precisión como para definir un efecto jurídico concreto sin necesidad de una posterior norma jurídica de desarrollo (26).

Yerra el Tribunal Supremo, por tanto, al concluir tajantemente que «no es cuestionable en absoluto» su eficacia directa vertical. Y ello, con independencia de que la aplicación de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE se dé en una relación horizontal o vertical. Porque, como bien señaló la Abogado General Kokott al dictaminar sobre el asunto *Angelidaki*, la cláusula se configura como una norma abierta y necesitada de desarrollo y, en consecuencia, carece necesariamente de eficacia directa «a pesar de la existencia de una relación jurídica vertical entre el trabajador y su empleador público» (27).

Ello no quiere decir, desde luego, que la cláusula 5 sea jurídicamente irrelevante frente al Estado. Ni tampoco que el funcionario afectado quede desprovisto de una posición jurídica cualificada por la norma europea para hacerla valer frente a la Administración. Y es que, «cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado», tiene dicho el Tribunal de Justicia, «pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión» [STJUE de 24-1-2012, asunto *Domínguez* (C-282/10), ap. 38].

En otras palabras: que una norma europea carezca de eficacia aplicativa directa no significa que no deba salvaguardarse su efecto útil. Lo que habitualmente se traduce en el deber de recurrir a todas las normas disponibles

---

(24) Por contraposición al apartado 1 de la cláusula 4ª, *vid.* STJUE 15-4-2008, asunto *Impact* (C-268/06), § 80 [«La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (...) es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional, lo que, en cambio, no sucede en el caso de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco»].

(25) STJUE 23-4-2009, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), §§ 154, 162.

(26) Si ello es así en el caso del apartado 1 de la cláusula 5, dirá la Abogado General J. KOKOTT, «[l]as mismas consideraciones cabe hacer con mayor motivo respecto al apartado 2 de la cláusula 5, que está redactado en términos aún más imprecisos y confiere a los Estados miembros un margen de apreciación todavía más amplio que el apartado 1. Ya el propio tenor literal de dicha disposición muestra, al incluir el inciso inicial “cuando resulte [...] necesario”, que los Estados miembros no están obligados a adoptar ninguna de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 2, letras a) y b)» [Conclusiones de 4-12-2008, asunto *Angelidaki* (C-378/07 a C-380/07), ap. 125-126].

(27) AG Juliane KOKOTT, *ibid.*, ap. 125. Cursiva añadida.



en el ordenamiento jurídico y a su interpretación conforme con la Directiva para procurar su mayor cumplimiento posible. Tal como ha reiterado el Tribunal de Justicia, la preservación a toda costa del efecto útil de la norma europea requiere que «la jurisdicción nacional tome en consideración el conjunto del Derecho nacional para apreciar en qué medida éste puede recibir una aplicación tal que no conduzca a un resultado contrario al contemplado por el Derecho [de la Unión Europea]» [STJUE de 5-10-2004, asunto *Pfeiffer* (C-397/01), ap. 116].

En definitiva, efecto útil y eficacia (aplicativa) directa son conceptos diferenciados. Como también lo son sus consecuencias jurídicas. El Tribunal Supremo, sin embargo, parece confundirlos en sus dos sentencias comentadas. En un caso como el planteado, preservar el efecto útil de la cláusula 5 —pese a carecer de eficacia aplicativa directa— pasaría por recurrir a los mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para lograr el resultado más conforme posible con el propósito de la norma europea.

El Tribunal Supremo, no obstante, se limita a reiterar la obligación de la Administración de cumplir la norma infringida. Y su único pronunciamiento con efectos prácticos pasa por acudir a los artículos 53.2, 54 y 63.1 de la Ley 30/1992, vigente en la fecha de los hechos, para anular el último cese del funcionario interino recurrente:

«El acto administrativo debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita. Esto es, la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de esa potestad, lo que integra uno de los elementos objetivos de aquél, constituyendo su *causa* en sentido técnico. Elemento objetivo que cabe ver en el inciso final del art. 53.2 (“El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será *determinado y adecuado a los fines de aquéllos*”) de la Ley 30/1992 [...]. Su ausencia jurídica, por inadecuación a dichos fines, arrastra de por sí la falta de motivación del acto administrativo. En consecuencia, aquella resolución incurrió, así, en un supuesto de anulabilidad, el del art. 63.1 de dicha Ley, en relación con los arts. 53.2 y 54 de la misma».

[STS (C/A) de 26-9-2018, FJ 17º.C.1] (28).

A la vista de los razonamientos empleados en las dos sentencias gemelas de 26-9-2018, parece claro que el Tribunal Supremo no ha buscado —o, al menos, no ha agotado— todos los mecanismos disponibles en el Derecho administrativo interno para preservar el efecto útil de la cláusula 5 y lograr el resultado más conforme posible con su propósito.

---

(28) Este concreto pasaje parece haberse omitido por error en su sentencia gemela de misma fecha, la del asunto *Martínez Andrés* (rec. 785/2017), pero su aplicación es similar en ambos casos.

Al margen de su defectuosa aplicación de los principios generales del Derecho europeo, pueden reprochársele dos cosas. De un lado, la sorprendente conclusión de que el incumplimiento de una norma por parte de la Administración acarrea la consecuencia jurídica de recordarle la obligación de cumplirla, aunque sea de manera extemporánea. ¿Es necesario acudir a la cláusula 5 de la Directiva para fundamentar la obligación de la Administración de cumplir con las normas? ¿Acaso su obligatoriedad no se deduce directamente de su propia vigencia y validez conforme al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno? ¿No es un mandato constitucional [ex art. 103.1 CE]?

De otro lado, la anulación del acto administrativo de cese del funcionario interino por inadecuación a los fines que justifican la atribución de esa potestad a la Administración. Si cualquier acto administrativo incurre en desviación de poder, la consecuencia jurídica natural prevista en el ordenamiento interno es su anulación judicial [art. 70.2 LJA]. Esta misma conclusión se habría alcanzado sin necesidad de que existiera la Directiva 1999/70/CE. Entonces, ¿en qué cambia la norma europea el resultado alcanzado por el Tribunal Supremo? ¿En qué se aventaja la posición jurídica del funcionario interino? ¿Cuál ha sido su efecto útil en la resolución judicial del supuesto enjuiciado en autos?

Como se pretende exponer en este trabajo, una alternativa posible y de mayor precisión técnica sería la de recurrir a la aplicación del concepto de precario a las relaciones de empleo funcionariales incursas en fraude o abuso de temporalidad, en el sentido de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE. La premisa de este planteamiento pasa por entender que el presupuesto de hecho habilitante —las razones de necesidad y urgencia que justifican el nombramiento del interino— constituye una cláusula accesoria del acto de nombramiento, con las consecuencias jurídicas que se expondrán a continuación.

### III. CLÁUSULAS ACCESORIAS Y PRECARIO ADMINISTRATIVO

En Derecho, con carácter general, el concepto de precariedad hace referencia a las situaciones fácticas o de hecho cuyo título jurídico habilitante ha decaído con el paso del tiempo o perdido vigencia por cualquier causa. La posición jurídica del sujeto que se encuentra en esa situación de hecho sobrevinida, una vez decaído el título habilitante, pasa a ser la propia del precarista. En el ámbito específico del Derecho administrativo, la situación de precario se genera típicamente cuando el acto administrativo que amparó la creación de una posición jurídica subjetiva ve agotada su propia vigencia temporal —caducidad— (29) o bien queda privado de efecto por el incumpli-

---

(29) El concepto de caducidad se liga al transcurso inevitable del tiempo, bien por cumplimiento del plazo para el que se dictó el acto administrativo, bien por el de una condición

miento sobrevenido de alguna de las condiciones a las que se subordinó el contenido del acto en cuestión (30).

Las condiciones a las que se subordina el contenido de un acto o su dictado son, en puridad, las denominadas cláusulas accesorias del acto administrativo (31). Clasificadas típicamente en tres: condición, término y modo. Como explica S. MUÑOZ MACHADO, «[l]a presencia de estas cláusulas se produce tanto en los actos reglados como en los discrecionales» (32). Y, «[m]uy habitualmente, las condiciones y modos que acompañan a los actos administrativos no dependen de la voluntad de la Administración sino que son *conditio iuris*». También llamadas cláusulas accesorias impropias (33). «[E]n cuanto que trasponen al acto requisitos de eficacia o de validez que están previstos en las normas que regulan las potestades administrativas o el contenido mismo del acto» (34). Como sucede, por lo que aquí interesa, en el nombramiento del personal funcionario interino.

Es verdad que, en términos generales, el concepto de precario administrativo sólo se ha venido aplicando tradicionalmente al ámbito de las concesiones y de las licencias (35). Lo que explica que prácticamente sólo allí haya

---

resolutoria: A. GALLEGU ANABITARTE, «Apostillas, accesoriadad y extinción del acto administrativo», prólogo a F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* [Tecnos: Madrid, 1996], pp. 17-29; p. 28.

(30) Por extenso, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo* [Tecnos: Madrid, 1996].

(31) F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *La revocación de actos administrativos favorables* [Tirant lo Blanch: Valencia, 2017], p. 87: «[S]e puede distinguir correctamente entre verdadera condición (suspensiva o resolutoria) y el resto de cláusulas [accesorias] que generan obligaciones [...] si tomamos en cuenta su relación con el contenido básico del derecho otorgado mediante el acto administrativo; las verdaderas condiciones se encuentran íntimamente asociadas al contenido básico del derecho, por lo que su incumplimiento (eventualmente, su cumplimiento) genera la ineficacia (que no la invalidez, claro está), provocando la extinción del propio acto con efectos retroactivos, mientras que el resto de cláusulas [...] no tienen esa relación tan estrecha con el contenido básico del derecho otorgado, limitándose a complementar la situación jurídica básica definida por el acto administrativo».

(32) S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos*. 2ª ed. [BOE: Madrid, 2017], p. 56.

(33) Como bien explicó en su día M. CAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo* [Galí: Compostela, 1946], p. 338, este tipo de cláusulas accesorias se corresponde con «los casos en que la ley de un modo genérico, para todos los actos de una misma especie, establece una condición, una carga o un plazo como parte integrante de la naturaleza de un acto».

(34) *Ibidem*.

(35) De hecho, el Diccionario del Español Jurídico define el concepto de precario administrativo como la «[c]ondición o término resolutorio de los títulos habilitantes de ocupación y uso del dominio público que se cumple tras la confirmación de un interés público prevalente al permitido por dicho título». Vid. S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Diccionario del Español Jurídico* [CGPJ-RAE: Madrid, 2016], p. 1239.

sido objeto de atención y desarrollo por parte de la doctrina (36). A salvo de algunas excepciones, como se verá a continuación.

## 1. El acto administrativo de nombramiento del funcionario interino

El nombramiento de funcionario interino es un acto administrativo reglado. El artículo 10 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público [«EBEP»], que es la norma básica estatal de referencia (37), deja bien claro que sólo procede su nombramiento «por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia». Nótese dos cosas: primero, que no todos los funcionarios interinos que prestan servicios actualmente han sido nombrados en aplicación de este precepto, porque muchos lo fueron incluso antes de su entrada en vigor, el 13 de mayo de 2007 (38). Un supuesto claro, por cierto, de que sus relaciones de empleo han caducado y se encuentran prestando servicios en precario.

Ello no obstante, el artículo 5.2 de la antigua Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ya establecía que «[s]on funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera». Interesantemente, este precepto fue modificado luego por el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo relevantes añadiduras en su texto: «Son funcionarios interinos los que, por

---

(36) En este ámbito se sitúan los referentes clásicos en su estudio: R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, n.º 56 (1968), pp. 93-122; J. LEGUINA VILLA, «Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa», *Revista de Administración Pública*, n.º 68, (1972), pp. 9-56; F. SAINZ MORENO, «La cláusula de precario en la autorización para tender líneas eléctricas sobre dominio público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 21 (1979), pp. 274-280; A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 116 (1988), pp. 131-156; R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Sobre la figura jurídica del precario administrativo con especial referencia a su aplicación al dominio público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 126, 2005, pp. 263-290. Las únicas dos obras monográficas enteramente dedicadas al tema son el opúsculo de C. MARTÍN-RETORTILLO GONZÁLEZ, *Algo sobre el precario administrativo municipal* [Instituto García Oviedo: Sevilla, 1956] y la tesis doctoral de E. DESDENTADO DAROCA, *El precario administrativo: un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario* [Aranzadi: Pamplona, 1999].

(37) Como recuerda su disposición final primera, «[l]as disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución, constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del artículo 149.1.7.º de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación laboral, y al amparo del artículo 149.1.13.º de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

(38) Fecha general de entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de su disposición final cuarta.

razones de justificada necesidad y urgencia, en virtud de nombramiento legal [¿?] y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible [!] su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de necesidad o urgencia [!]».

La segunda observación que no debe pasar inadvertida es que, dado el carácter básico de la norma estatal, la legislación autonómica concordante deberá respetar la naturaleza excepcional del nombramiento. Sí podrá restringir el presupuesto de hecho habilitante, pero nunca ampliarlo o configurar una habilitación legal más laxa. De hecho, algunas normas autonómicas —anteriores incluso al Estatuto Básico del Empleado Público— restringieron todavía más el nombramiento de funcionarios interinos. Un caso ejemplar y sobre el que tendremos que volver más adelante es el de la Comunidad de Madrid (39).

De momento, es claro que el presupuesto de la habilitación legal para el nombramiento de interinidad exige la concurrencia efectiva de razones justificadas de «necesidad» y «urgencia». En cuanto condiciones exigidas directamente por la norma legal habilitante, la exigencia de su concurrencia se integra como una cláusula accesoria impropia del acto administrativo de nombramiento, a las que éste quedará siempre subordinado (40).

Así, en el supuesto de que estas razones justificadas de «necesidad» y «urgencia» no concurrieran ya en el mismo momento inicial de dictarse el acto administrativo de nombramiento, éste último habría nacido directamente viciado de ilegalidad. En el caso de que sí concurrieran al inicio, pero desaparecieran a lo largo de la vigencia del acto de nombramiento y, pese a ello, no se hubiera procedido al cese del funcionario interino, entonces su nombramiento habrá entrado en una situación de precario administrativo.

Esta posibilidad de desaparición sobrevenida de las circunstancias que habilitaron inicialmente el nombramiento estaba implícita (o, más bien, explícita) en la redacción del artículo 5.2 de Ley de Funcionarios Civiles del Estado vigente después del 2001 («...en tanto ... permanezcan las razones de necesidad o urgencia»). La concurrencia de estas circunstancias habilitantes es una cuestión de hecho, no jurídica y, por lo tanto, no es necesario que la norma refleje la mera posibilidad de que aquellas desaparezcan.

---

(39) *Infra* ap. III. B.

(40) Llama la atención que, pese a su evidente relevancia como presupuestos de hecho habilitantes de la actuación administrativa, los conceptos de «necesidad» y de «urgencia» apenas hayan sido objeto de estudio. Especial mención merecen los trabajos de M. F. CLAVERO ARÉVALO, «Ensayo de una teoría de la urgencia en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 10, 1953, pp. 25-52; y V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El concepto de necesidad en Derecho Público* [Civitas: Madrid, 1996].

Compárese, por ejemplo, con el texto del artículo 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que expresa una lógica esencialmente similar: «Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas *cuando desaparecieran las circunstancias* que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación».

En definitiva, la persistencia de las circunstancias habilitantes del acto de nombramiento se integra en este último como cláusula accesorias (impropia, porque su incorporación viene impuesta directa y automáticamente por ministerio de ley y no por una decisión administrativa discrecional adoptada para el caso concreto). Cuestión distinta es que, para mayor garantía de la seguridad jurídica, la propia norma habilitante incorpore un límite máximo de tiempo cuya superación active la presunción *iusuris et de iure* de que las circunstancias de hecho que habilitaron el acto de nombramiento dejan de concurrir.

Por ejemplo, una lectura de ese tipo es la que puede inferirse a partir de la interpretación conjunta de los artículos 10.4 y 70.1 EBEP. Según el primero, «las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». A su vez, de acuerdo con el artículo 70.1 EBEP, la ejecución de la oferta de empleo público deberá desarrollarse, en todo caso, dentro del plazo improrrogable de tres años. De la interpretación conjunta de ambos se infiere que, como máximo, un nombramiento de funcionario interino por vacante no podrá prolongarse durante un plazo de tiempo superior a los cinco años. O, lo que es lo mismo, que la necesidad y urgencia que habilitaron su nombramiento se presumirán desaparecidas —*iusuris et de iure*— al transcurso de ese plazo de tiempo (41).

---

(41) Aunque referente a personal interino *laboral*, es interesante traer aquí a colación una reciente reflexión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: «El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión. Así, dadas las circunstancias del presente caso, no es necesario resolver sobre la naturaleza y carácter del plazo de tres años contemplado en el art. 70 EBEP, ni sobre la posible incidencia en el carácter temporal de la contratación de interinidad por vacante, pues notoriamente [...] estamos ante un supuesto [...] [de] duración inusualmente larga del contrato (más de 20 años)» [STS (Soc.) de 24-4-2019, FJ 3º.3].

En definitiva, las circunstancias habilitantes a las que se condiciona el nombramiento quedan integradas como cláusulas accesorias impropias del acto administrativo. En estos precisos términos lo ha reconocido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con el cese —extemporáneo— de quien obtuvo un nombramiento cuya convocatoria le imponía un plazo máximo de entre tres y dos años:

«[C]onforme a lo expuesto, superado el plazo previsto en la Orden de convocatoria [...], el actor fue cesado. Esto implica que[,] con superación manifiesta de los plazos previstos, se hizo efectiva la previsión del elemento temporal del acto de convocatoria, elemento que actúa a modo de cláusula accesoria de ese acto administrativo; a su vez tal circunstancia implica que desde el momento en que supera el tiempo previsto, el funcionario queda en una situación de mero interés —que no derecho— a seguir en el destino, de forma que la Administración puede acordar su cese».

[SAN (C/A) 2-6-2000, FJ 2º; reiterado posteriormente en SAN (C/A) 7-6-2002, FJ 2º, SAN (C/A) 5-6-2002, FJ 1º]

De acuerdo con este pronunciamiento, la superación del plazo máximo de tiempo establecido en las bases de la convocatoria para su nombramiento implica que el funcionario «queda en una situación de mero interés —que no derecho— a seguir en el destino, de forma que la Administración puede acordar su cese». Lo que bien puede calificarse, aunque no se diga expresamente, como una situación de precario: decaído el título habilitante —acto de nombramiento— por cumplirse el término incorporado a aquél como cláusula accesoria, la Administración mantiene al funcionario en su puesto.

¿A qué equivale la posición de precarista del funcionario temporal que lo es en virtud de un acto de nombramiento, inicialmente válido pero luego decaído en su vigencia por el cumplimiento sobrevenido de la condición o término a la que se subordinó su dictado? A diferencia de concesionarios y licenciatarios, el funcionario temporal incurso en la condición de precarista sí recibiría una denominación concreta: «funcionario de hecho».

## 2. La doctrina del «funcionario de hecho»

El titular de una concesión o de una licencia, decaída la vigencia de esta última por cumplimiento sobrevenido de la condición o término a la que se subordinó su dictado, adquirirá la condición genérica de precarista. Sin embargo, en el caso específico del acto de nombramiento de funcionario interino, la situación de precario administrativo se traduce en una concreta categoría jurídica de cuño jurisprudencial y doctrinal, la del «funcionario de hecho». Un concepto que ha sido genéricamente reconocido por la doctrina

académica (42) y, en lo que aquí interesa, también para describir la situación de aquellos funcionarios que, pese a haber sido formalmente designados como interinos, son mantenidos efectivamente por la Administración en su relación de empleo de manera indefinida, excediendo la habilitación de su acto de nombramiento temporal (43).

De hecho, alguna norma autonómica en materia de función pública avala textualmente esta posibilidad, como el artículo 87.5 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. De acuerdo con el precepto, «[l]as plazas vacantes ocupadas por los [funcionarios] interinos y que no sean de reserva legal se incluirán preceptivamente en la primera y sucesivas convocatorias de pruebas selectivas realizadas por la Administración de la Comunidad. *El incumplimiento de este precepto determinaría la baja automática [!] de los créditos presupuestarios correspondientes, así como el cese [¿también automático?] de quien interinamente ocupara la plaza*».

Por lo demás, la figura del “funcionario de hecho” ha sido reconocida expresamente por el Consejo de Estado (44) y también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (45). De su aplicación por la jurisprudencia ofrecemos varios ejemplos.

En una reciente sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha rechazó expresamente la posibilidad de aplicar a los “funcionarios de hecho” la misma normativa que a los interinos, por considerar que son figuras con estatutos jurídicos diferenciados. Decía la Sala que «[a]l recurrente no le

---

(42) J. GASCÓN MARÍN, «Funcionario de hecho», en: *Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo X* [Seix Barral: Barcelona, 1968], pp. 511-512. F. GARRIDO FALLA, «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 17 (1955), pp. 30-33.

(43) S. MARTÍN-RETORTILLO, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 39, 1962, p. 57: «En el mismo terreno podríamos mantenernos para tratar de justificar la validez y eficacia de los actos de los funcionarios interinos cuando existiendo prescripción legal que señale plazo máximo durante el cual podrá tener validez ese nombramiento, se continúa en el desempeño de las funciones una vez transcurrido dicho plazo. Hay acaso, en cierto modo, una “conversión” del funcionario interino en funcionario de hecho».

(44) Consejo de Estado, Dictamen de 16-2-1989 [expediente n° 50598], apdo. II. Si bien es cierto que el expediente dictaminado versaba sobre la rehabilitación de un título nobiliario y no sobre una cuestión de función pública. La referencia a la categoría del «funcionario de hecho» la hace *obiter* y a título argumentativo por remisión a una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1981, en un asunto en el que también se alegaba, a similitud del sometido allí a dictamen, la nulidad de un acto inscrito en el Registro Civil.

(45) STS (C/A) 19-12-1988, FJ 2º: «desde el punto de vista subjetivo resultan aplicables los principios que han inspirado la construcción de la figura del “funcionario de hecho”, que ya tuvo antecedentes en el Derecho Romano».



es aplicable el régimen de los interinos y que tiene una configuración especial como funcionario de hecho, asimilable, prácticamente, a los funcionarios de carrera» [STSJ CLM (C/A) de 28-9-2017].

El mismo Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en una sentencia poco anterior a la citada, los identifica expresamente con «lo que en otras ocasiones han sido llamados interinos históricos, o funcionarios de hecho». Y luego concluye que:

«Dicha denominación [...] pretende hacer ostensible [...] su clara diferenciación, en tanto regulada y con habilitación legal, de los funcionarios interinos [...]. Congruentemente con ello, estamos ante una realidad jurídica, que se perfiló en la doctrina científica, como funcionario de hecho [...] [y] cuyo régimen legal está prácticamente asimilado a los de Carrera; respecto de la cual, por la especificidad de su régimen legal, no es comparable ni asimilable, en ningún caso, al funcionario interino; cuyo régimen legal no le es aplicable».

[STSJ CLM (C/A) de 13-6-2017, FJ 2º]

También hace referencia a este concepto Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en otro pronunciamiento del año 2016, donde explica los presupuestos de su aplicación:

«Para que una persona sea considerada funcionario de hecho [...] se señalan las siguientes condiciones: que el cargo que ocupe tenga, cuando menos, una existencia de derecho o, por lo menos, esté reconocida por la ley; que el agente se encuentre realmente en posesión del mismo; y que lo detente bajo apariencia de legitimidad de título. A ello debería añadirse que, siendo la figura del funcionario de hecho perfectamente admisible, ello lo será siempre que quien ocupa el cargo con investidura irregular lo haga en beneficio de un interés público».

[STSJ Cat (C/A) de 9-6-2016, FJ 5º]

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por su parte, también recurrió a la figura del “funcionario de hecho” para calificar la relación de empleo de quien venía prestando servicios de manera indefinida y durante un período prolongado de tiempo como secretario municipal, sin el amparo de un acto de nombramiento válido como funcionario *titular*. En opinión de la Sala:

«Resulta que cuanto menos se estaría ante la figura que la doctrina jurisprudencial y científica denomina “funcionario de hecho”, dadas las funciones que ha venido realizando (esto para el supuesto de que pueda dudarse de la habilidad del actor para alegar la condición de funcionario). Pues bien, siendo asimilable la condición de “funcionario de hecho” a la de funcionario, corresponde a esta Jurisdicción resolver las controversias derivadas de esta situación jurídica, lo que conduce a desestimar esta causa de inadmisibilidad opuesta en primer lugar».

[STSJ CyL (C/A) 10-11-2000, FJ 2º]

En términos generales, el reconocimiento judicial de la condición de funcionario de hecho equivale a reconocer la posición de precarista del interino que mantiene *de facto* una relación de empleo indefinida con la Administración pública empleadora, una vez decaído o caducado el acto administrativo de nombramiento que lo incorporó a ella.

Nótese que este reconocimiento no equivale a la conversión del acto administrativo de nombramiento del funcionario interino (incurso en fraude de ley en la temporalidad) en otro de funcionario titular. La conversión del acto de nombramiento es una alternativa, también posible (46), para remediar la situación de irregularidad del funcionario temporal. De hecho, esta solución ha sido considerada tangencialmente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el reciente asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y 429/18). Aunque sólo le dedica el penúltimo párrafo de su sentencia y lo hace únicamente para declinar entrar a valorarla. Porque —afirma— «de la información facilitada por el juzgado remitente se desprende con claridad que tal transformación [léase: conversión] está excluida categóricamente en virtud del Derecho español, ya que el acceso a la condición de personal estatutario fijo solo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo» (47).

Claramente la información facilitada por el juzgado remitente ignora la aplicabilidad del artículo 50 de la LPAC. Y también los precedentes judiciales internos que —aunque escasos— han confirmado la posibilidad de conversión de los actos de nombramiento (48). No hará falta recordar aquí —para justificar esta interesante oportunidad perdida (49)— que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según una inveterada jurisprudencia (50), carece absolutamente de competencia para «cuestionar o comprobar la exactitud de

---

(46) Que el acto de nombramiento de funcionario es susceptible de conversión es algo aceptado por la más autorizada doctrina. A favor se pronuncian, como dijimos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 15ª ed. [Civitas: Madrid, 2011], p. 679; F. GARRIDO FALLA, «Los motivos de impugnación del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 17, 1955, p. 21; A. GUAITA MARTOTELL, «Eficacia del acto administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 25, 1958, p. 164; y V. ESCUIN PALOP, *La conversión de los actos administrativos* [Civitas: Madrid, 2012], pp. 190-191.

(47) STJUE de 19-3-2020, asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18 y 429/18), ap. 130.

(48) Por ejemplo, la STS de 26-9-1994 y la STSJ Galicia (C/A) de 24-2-2010, citadas ambas por V. ESCUIN PALOP, *La conversión de los actos administrativos* [Civitas: Madrid, 2012], pp. 190-192.

(49) Lo que no excluye naturalmente la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se pronuncie en el futuro sobre la conversión del acto de nombramiento en conexión con la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE, si una eventual cuestión prejudicial le llegara a plantear esta alternativa como una solución posible con cabida en el Derecho español.

(50) SSTJUE de 22-12-1964, asunto *Dingemans* (C-24/64) y 1-12-1965, asunto *Dekker* (C-33/65), que pueden considerarse las sentencias fundacionales de esta jurisprudencia. *Vid.* K. LENAERTS, I. MASELIS y K. GUTMAN, *EU Procedural Law* [OUP: Oxford, 2014], pp. 233-234.

la interpretación del Derecho nacional realizada por el juez nacional, ya que esta interpretación forma parte de la competencia exclusiva de este último». Por lo que el Tribunal de Justicia, en el marco de la cuestión prejudicial, «debe atenerse a la interpretación del Derecho nacional que le ha expuesto dicho órgano jurisdiccional» (51). En términos procesales, el Derecho interno y su interpretación se manejan como una cuestión de hecho (52), susceptible de prueba, cuyo conocimiento —o indagación de oficio— no se le presume al Tribunal de Justicia (53).

En definitiva, el asunto Sánchez Ruiz (C-103/18 y 429/18) no excluye la idoneidad de la conversión del acto de nombramiento interino en fijo como posible solución a la luz de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE. Simplemente deja imprejuzgada la cuestión porque el juzgado remitente parte de la premisa de su prohibición en Derecho español.

Sea como fuere, queda claro que la conversión del nombramiento es una posibilidad distinta a la planteada aquí. Como se ha dicho, atribuir la condición de funcionario de hecho equivale a reconocer la posición de precarista del interino que mantiene *de facto* una relación de empleo indefinida con la Administración pública empleadora, una vez decaído o caducado el acto administrativo de nombramiento que lo incorporó a ella.

En el caso de que la relación llegara a extinguirse —por ejemplo, por la adjudicación de la plaza ocupada por el funcionario o por su amortización—, se cumple también aquí la regla general que identificó en su día R. MARTÍN MATEO, a saber: que «[l]a extinción a que da lugar el juego de la precariedad es independiente de la conducta del afectado, que no se supone contraria a las previsiones del acto del que deriva su situación» (54).

Esta precisión es importante porque significa que la condescendencia del funcionario con el desempeño de su puesto de trabajo durante un periodo

---

(51) STJUE 6-10-2015, asunto *Târșia* (C-69/14), ap. 12-13; repetido textualmente en la STJUE de 14-7-2016, asunto *Promoimpresa* (C-458/14), ap. 28-29. Por citar un caso español, en el mismo sentido, véase STJUE de 15-4-2010, asunto *Fundación Gala-Salvador Dalí* (C-518/08), ap. 21.

(52) Lo explica un magistrado del Tribunal de Justicia: Siniša RODIN, «Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, nº 4, 2016, pp. 815-840; en particular, p. 825: «Indeed, the CJEU considers itself bound by legal interpretations of national law submitted to it by a referring national court. And it is precisely for this reason that the CJEU understands the national law of member states as fact, not as law».

(53) STJUE de 20-3-2013, asunto *El Corte Inglés c. OEPM* (T-571/11), ap. 35: Sólo al Derecho de la Unión Europea «se [le] aplica el principio *iura novit curia*, mientras que el primero [el Derecho interno] se sitúa en el plano de la carga de la alegación y de la prueba de los hechos, de modo que su contenido debe, en su caso, documentarse mediante la presentación de pruebas».

(54) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, nº 56, 1968, pp. 93-122.

indefinido de tiempo (es decir, su permanencia en el puesto más allá del margen de tiempo legalmente admisible) no le impone el deber jurídico de soportar el daño que le suponga su eventual cese (55). La precariedad —y su conocimiento por parte del funcionario en cuestión— no elimina la antijuridicidad del funcionamiento anormal de la Administración respecto a su plaza.

La precariedad no excluye ni delimita necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como concluyó A. DE ASÍS ROIG sobre esta cuestión, la precariedad no implica la eliminación de los eventuales derechos indemnizatorios del precarista. Antes bien, su procedencia dependerá «de los derechos e intereses afectados y del grado de consolidación de las situaciones que se originen con el acto otorgado a precario» (56). En este sentido, para el autor, «la previsión expresa de la exclusión de indemnización parece ser suficiente para la eliminación de aquélla, sin perjuicio que esta regla [excluyente] deba ser corregida [...] con los principios constitucionales vigentes» (57).

Respecto a los derechos y bienes afectados, en el supuesto de cese de un funcionario que ha permanecido durante un periodo significativamente prolongado de tiempo en el desempeño de su cargo, la procedencia de su indemnización encontrará fundamento en el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo [ex art. 35.1 CE] y en el mandato constitucional para la protección social y económica de la familia [ex art. 39.1 CE].

En cuanto al segundo factor relevante que apuntaba A. DE ASÍS ROIG para valorar su procedencia, el grado de consolidación de la situación se corresponderá con el período de tiempo durante el que el funcionario ha permanecido en el desempeño de su cargo. Desde luego, la jurisprudencia europea sobre trabajo temporal ha atribuido ya relevancia a este factor, al imponer a los órganos jurisdiccionales internos la consideración de la «duración inusualmente larga» de la relación de empleo y el carácter «imprevisible» de su finalización, en orden a valorar jurídicamente la situación de un empleado público (58).

---

(55) Contrariamente al criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ourense de 3-9-2018 [FJ 7º], que alude a la aquiescencia de la funcionaria interina respecto a su permanencia en el cargo para negar la responsabilidad patrimonial de la Administración, bajo una aplicación implícita del principio —iusprivatista— *volenti non fit iniuria*.

(56) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

(57) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, nº 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

(58) STJUE de 5-6-2018, asunto *Montero Mateos* (C-677/16), ap. 64. De este pasaje y de sus consecuencias hace una reflexión detallada I. BELTRÁN DE HEREDIA, «El apartado 64 del caso *Montero Mateos*: impacto en las relaciones laborales», en: XXX Jornades Catalanes de Dret Social (9 y 10 de mayo 2019), en prensa. El manuscrito está disponible online en academia.edu.

En estos casos, la situación del funcionario en cuestión bien puede catalogarse como un precario de primer grado. Recuerde el lector que la doctrina administrativista ha venido diferenciando entre dos grados de precariedad. Como lo resumió R. MARTÍN MATEO (59), cabría distinguir entre una precariedad relativa o de primer grado —que lleva aparejada indemnización— y una precariedad absoluta o de segundo grado. Esta última, según el autor, sería de carácter excepcional frente a la primera y respondería a «circunstancias de carácter provisional marcadamente transitorias», basadas llanamente en «una mera tolerancia por parte de la Administración y [en] una situación efímera y transitoria» (60).

Sólo una última consideración se opondría a la posibilidad de atribuir automáticamente un derecho indemnizatorio al funcionario interino devenido en situación de precario. Y es la de que varias normas autonómicas de empleo público prohíben expresamente que el cese del interino genere derecho a indemnización. Tal es el caso, por citar un par de ejemplos, del artículo 24.3 de la Ley 2/2015, del Empleo Público de Galicia (61); y el del artículo 9.4 de Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

No obstante, pueden enumerarse, al menos, tres argumentos en contra de que esta previsión legal elimine el derecho indemnizatorio del funcionario precarista. De entrada, su interpretación constitucionalmente conforme con los artículos 24, 106.1 y 117.3 CE. Pues no parece posible atribuir a estas previsiones legales el efecto de limitar o cercenar la competencia del orden contencioso para ejercer su control jurisdiccional sobre la actuación de la administración y conferir su tutela judicial al funcionario en cuestión.

En segundo lugar, recordaremos la afirmación de A. DE ASÍS ROIG, ya citada, acerca de que «la previsión expresa de la exclusión de indemnización parece ser suficiente para la eliminación de aquélla, sin perjuicio que esta regla [excluyente] deba ser corregida [...] con los principios constitucionales vigentes» (62). En el caso del funcionario que ha permanecido un periodo significativamente prolongado de tiempo en el desempeño de su cargo, son varios los principios constitucionales, antes citados, que abogarían por la salvaguarda de su derecho indemnizatorio derivado del cese frente a su exclu-

---

(59) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, n° 56, 1968, pp. 93-122.

(60) R. MARTÍN MATEO, «La cláusula de precario en las concesiones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, n° 56, 1968, pp. 93-122; p. 121.

(61) Esta norma autonómica fue precisamente una de las razones invocadas para negar la responsabilidad patrimonial de la Administración frente a la funcionaria temporal cesada en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Ourense de 3-9-2018 [FJ 7°].

(62) A. DE ASÍS ROIG, «Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 116 (1988), pp. 131-156; p. 145.

sión legal. En particular, el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo [art. 35.1 CE] y el mandato constitucional de protección social y económica de la familia [art. 39.1 CE].

Pero el argumento tal vez más convincente, en tercer y último lugar, es precisamente la principal tesis sugerida aquí. La de su catalogación como funcionarios de hecho por haber devenido en situación de precario su acto de nombramiento. De tal manera que, por su propia categorización, el funcionario de hecho «no es comparable ni asimilable, en ningún caso, al funcionario interino; cuyo régimen legal no le es aplicable» [STSJ CLM (C/A) de 13-6-2017, FJ 2º]. Así, el precario administrativo coloca al funcionario, que deja de ser interino en sentido técnico-jurídico por decaer su acto de nombramiento, fuera del supuesto de hecho de la norma legal que excluye la indemnización por cese.

#### **IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES**

El fraude en la temporalidad no implicará siempre la precariedad del nombramiento. Pero, a la inversa, la precariedad del nombramiento sí implicará (casi) siempre fraude en la temporalidad. En efecto, por fraude de ley en la temporalidad se entiende el recurso a normas que habilitan excepcionalmente la constitución de relaciones temporales de empleo sin concurrir el supuesto de hecho habilitante previsto en la norma. O si, pese a concurrir al momento inicial de su constitución, el supuesto de hecho habilitante decae sobrevenidamente sin conllevar la solución de continuidad de la relación de empleo.

A la vista de esta definición, la relación de empleo del funcionario interino puede acusar fraude en la temporalidad sin necesidad de que su acto de nombramiento incurra en una situación de precario. Tal será el caso, por ejemplo, cuando las razones justificadas de «necesidad» y «urgencia», que constituyen su presupuesto habilitante, no concurrieran al momento de dictarse el acto de nombramiento. Aquí no existirá un título jurídico válido susceptible de caducar o decaer en su vigencia. El acto es ilegal desde su inicio. Y el funcionario temporal lo será en fraude de ley ya desde su mismo nombramiento.

A la inversa, sin embargo, precariedad administrativa y fraude en la temporalidad serán situaciones coextensas cuando el acto administrativo de nombramiento, inicialmente válido, decae en su vigencia por la desaparición de su presupuesto habilitante. Incurso así en precario el acto de nombramiento, el funcionario interino lo devendrá de hecho.

Nótese que el funcionario de hecho, como el indefinido no fijo laboral, seguirá estando comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE en cuanto su relación de empleo es indefinida en el tiempo, pero no fija. Se beneficiará, por lo tanto, de la prohibición de discriminación por

razón de la temporalidad establecida en su cláusula 4 (63). Pero la principal ventaja de este planteamiento radica, no obstante, en lo adelantado al inicio. De un lado, permite caracterizar la posición jurídica del funcionario temporal afectado como un precario de los de segundo grado. Con lo que éste quedaría exento de la carga de probar la existencia —no su cuantificación— del daño ocasionado por la actuación irregular de la Administración. Lo que facilita su tutela judicial en el proceso contencioso a la hora de reivindicar una eventual responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, este planteamiento permite conceptualizar jurídicamente la situación en la que se encuentran los funcionarios temporales en fraude de ley. En efecto, bajo la figura del «funcionario de hecho», estos empleados públicos pueden reivindicar un estatus jurídico diferenciado del funcionario interino. Desde el punto de vista de la Directiva, sería un sucedáneo del indefinido no fijo para las relaciones de Derecho administrativo. Una categoría a la que vincular los derechos profesionales adicionales que les ha venido reconociendo la jurisprudencia por la anomalía en la duración de su relación de empleo con la Administración. Con ello se normalizaría o, cuando menos, se haría jurídicamente manejable la posición jurídica de estos funcionarios y se cerraría, aunque sea parcialmente, el desfase existente entre la realidad de los hechos y el texto de la ley.

---

(63) En el asunto *Vernaza Ayovi* (C-96/17), la Abogada General J. KOKOTT niega expresamente que «la existencia de un abuso sea un requisito para aplicar el Acuerdo Marco». Y enfatiza que «[n]o debe desdibujarse el límite que separa los requisitos de aplicación del Acuerdo Marco, *por una parte*, de las disposiciones en materia de lucha contra la discriminación (cláusula 4) y los abusos (cláusula 5) recogidas en el Acuerdo Marco, *por otra parte*». [Conclusiones de 25-1-2018, asunto *Vernaza Ayovi* (C-96/17), ap. 48, cursiva añadida].

# LAS CLAVES DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA GALLEGO(\*)

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.– II. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.– III. EL NACIMIENTO Y NATURALEZA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE GALICIA.– IV. NORMATIVA ESENCIAL DE APLICACIÓN.– V. CARACTERÍSTICAS DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO: 1. Composición del Tribunal. 2. Duración y prerrogativas. 3. Competencias del Tribunal. 4. El recurso especial en materia de contratación pública: A) Legitimación. B) Iniciación del procedimiento. C) Cómo se inicia el procedimiento. D) Efectos. E) Carácter potestativo de planteamiento. 5. Toma de decisiones. 6. Las resoluciones del TACP. 7. El Reglamento del Tribunal gallego.– VI. CONCLUSIÓN.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** En el presente trabajo pretende realizar un análisis del Tribunal Administrativo de contratación pública de Galicia. Este es un órgano de reciente creación, lo cual provoca el momento oportuno para su estudio. Lo que se hará en las páginas siguientes es, en primer lugar, abordar un examen competencial para determinar si la Comunidad Autónoma tiene competencia y cuál es el mandato que le otorga dicha competencia. Con posterioridad se iniciará el tratamiento del órgano propiamente dicho, siendo un análisis legislativo del tema. Lo que se pretende es conocer no solo la naturaleza, sino también la forma en la cual actúa.

**Palabras clave:** competencia constitucional en materia de contratación pública; Tribunal Administrativo de contratación pública de Galicia; recurso especial en materia de contratación pública.

**ABSTRACT:** *In this work we analyze the Administrative Court of Public Procurement of Galicia. This is a recently established institution, which makes it a proper time for its study. This research is structured as follows: firstly, it will be discussed if the Autonomous Region is competent and which are the rules which grant these competences. Secondly, the institution itself will be addressed, introducing a legislative analysis on the topic which will allow to detail which is its nature and its course of action.*

**Keywords:** *constitutional competence in the field of public procurement; Administrative Court of Public Procurement of Galicia; special appeal in the field of public procurement*

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 28 de abril de 2020 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de junio de 2020.



## I. INTRODUCCIÓN

Los contratos del sector público son un tema de gran actualidad. Esta materia cuenta con una reciente Ley reguladora que data del año 2017, que sustituye a la normativa anterior. Además, estamos ante un asunto que ha sido considerado, en ocasiones, como uno de los más intrincados del Derecho Administrativo. La multitud de subtemas existentes y las especialidades que los rodean hace que estemos ante una cuestión compleja, la cual requiere un análisis minucioso y muy cuidado.

Uno de los aspectos más sugestivos que gira en torno a los contratos del sector público, es la proliferación de diferentes órganos que examinan determinados recursos referidos a este tipo de figuras contractuales.

Este es precisamente el tema vertebrador del presente estudio, en el cual se va a llevar a cabo un análisis jurídico de uno de estos órganos, concretamente del que se encuentra en la Comunidad Autónoma de Galicia. Este ha comenzado su andadura recientemente y, por ello, entendemos que es el momento propicio para examinar aquellos elementos y características que lo rodean, estando ante un tema novedoso y muy interesante.

En relación al método de trabajo que se ha seguido en la realización de este estudio, debemos indicar que se ha empleado un método deductivo. De esta manera, primordialmente se ha procedido al examen de la legislación existente, atendiendo también a la doctrina y jurisprudencia, lo cual ha suscitado la consolidación de una serie de ideas que se han ido intercalando a lo largo de las páginas.

Así pues, en primer lugar, y como punto de partida, se va a tratar la competencia en materia de contratación. Posteriormente se analizará el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia. En relación al mismo se va a focalizar la atención, sobre todo, en su nacimiento, naturaleza, características esenciales, regulación, composición, duración del mandato de las personas que lo conforman, prerrogativas de las mismas, competencias, la toma de decisiones y las resoluciones del órgano.

## II. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como acabamos de adelantar en la introducción, el punto de partida debe ser un examen de las competencias en materia de contratación pública. Esto es, creemos, que un aspecto ineludible y sumamente relevante dadas las características que rodean al Estado español.

Es reiterado por la doctrina que, en el momento en el cual se lleva a cabo la redacción de la Constitución Española de 1978, existían varias cuestiones a

las que se pretendía dar una solución, siendo una de ellas el modelo territorial (R. L. BLANCO VALDÉS, 2003: 27). Ello nos lleva a la configuración estatal que finalmente se plasmó en el vigente Texto Constitucional, y que popularmente ha recibido el nombre de Estado de las Autonomías o Estado Autonómico (2).

La realidad es que son muchas las contiendas que ha suscitado el modelo por el que ha optado la Norma Superior del ordenamiento jurídico español (3). Ahora bien, algo que resulta indudable es que, España, es uno de los países más descentralizados que existen. Debemos tener presente que estamos ante un modelo de Estado en el que existen unos nuevos entes —las Comunidades Autónomas— a los que se les reconoce el poder legislativo y ejecutivo del tradicional principio de división de poderes de Montesquieu.

Ante este panorama, de todo el posible contenido constitucional que concierne a la configuración estatal, debemos centrarnos en lo relativo a la distribución de competencias (4).

El Constituyente de 1978 decidió establecer un sistema de doble lista competencial en el que se incluyen una serie de materias que son competencia exclusiva del Estado, y otro elenco de asuntos que las Comunidades Autónomas pueden asumir.

Así, respecto de lo que aquí nos interesa, la Constitución ha sido clara y ha establecido una competencia exclusiva del Estado en legislación básica de contratación administrativa (5).

Ha señalado BAÑO LEÓN (2018: 1383) que, lo relativo a esta previsión de legislación básica como competencia exclusiva del Estado, no ha generado mayor conflicto, siendo, en gran medida, aceptado y respetado a nivel autonómico con carácter general. Así, en torno a la normativa que se ha dictado a nivel estatal, dada la competencia que se ha señalado, se puede exponer la siguiente síntesis de la misma:

En primer lugar, aparece la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Posteriormente entra en juego el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este será derogado

(2) Hay que tener presente que la Constitución no utiliza esta nomenclatura en ninguno de sus preceptos, pero, dado que en su articulado sí que están presentes las denominadas Comunidades Autónomas, esto ha sido lo que ha propiciado la denominación.

(3) Uno muy interesante ha sido, por ejemplo, su encaje como Estado federal. Si bien es cierto que no se va a entrar en este tema en lo que sigue, dado que el mismo podría ser tratado perfectamente en un estudio independiente, si creemos adecuado confrontar la siguiente obra sobre el contenido: J. TUDELA Y F. KNÜPLING (2012).

(4) Sobre ella: A. LÓPEZ CASTILLO, (1995: 173-192); L. COSCULLUELA MONTANER (1979: 7-59).

(5) Artículo 149.1.18 de la Constitución Española.

en una doble fase, primero por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que deroga todo a excepción del Título IV, la cual, junto con la normativa del año 2007, será objeto de derogación por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Más recientemente tendrá lugar la normativa vigente en la actualidad, y es que, en el año 2017, se aprueba 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. Esta norma entra en vigor en marzo del año 2018 (6).

Con esto, queda patente que la normativa en relación al tema no ha sido precisamente escueta, y tampoco ha permanecido inalterable a lo largo del tiempo, encontrándonos, a día de hoy, con una Ley actual, no obsoleta y que se adapta a los estándares europeos.

Sin embargo, debe recalcar que se está hablando de la legislación básica, por lo que, ¿Cuál es el papel de las Comunidades Autónomas?. Como ya se ha adelantado, España es uno de los Estados más descentralizados que existen en la actualidad, y como consecuencia de esta descentralización, los entes autonómicos han recibido un importante número de competencias que no solo son las expresamente señaladas como aquellas que las Comunidades Autónomas pueden asumir, sino que, además, se incluyen otras de carácter menos evidentes a raíz de interpretaciones que se llevan a cabo (7).

---

(6) Debemos aclarar en este punto que, como puede resultar obvio, al formar parte España de la Unión Europea, la normativa comunitaria juega un importante papel en la regulación que se lleva a cabo en el Estado. Las Directivas europeas en materia de contratación han sido diversas, y la doctrina ha considerado la existencia de una cuádruple generación de las mismas. La primera, conformada por las Directivas 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976; La segunda, en la que encontramos la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989; 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990; 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992; 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992; 93/36, de 14 de junio de 1993; 93/37, de 14 de junio de 1993 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993 (estas tres últimas siendo Textos Refundidos). La tercera, a la que pertenecerían las Directivas 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004 y 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004. Finalmente la cuarta y última generación, que estaría constituida por las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014; 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014. En relación a la clasificación expuesta de la normativa europea y a las cuatro generaciones de normas que se acaban de mencionar se siguen los siguientes estudios: J. A. MORENO MOLINA Y J. PINTOS SANTIAGO (2015: 184-206) (especialmente de la 194-200 en relación a las generaciones de normativa europea. También puede confrontarse, en relación a la última generación de Directivas, los siguientes estudios: J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (2017: 617-637).

(7) Un claro ejemplo de estas competencias menos evidentes puede ser el relativo a la administración de la Administración de Justicia, ya que si bien es cierto que, la Administración de Justicia en sí es competencia exclusiva del Estado, el Tribunal Constitucional sí que ha

En lo que al presente estudio respecta, estamos aludiendo a una competencia muy concreta, que es aquella relativa a la contratación administrativa. En esta materia, como se ha indicado con anterioridad, el Estado tiene competencia exclusiva para el establecimiento de la legislación básica.

Si acudimos a la jurisprudencia constitucional, puede observarse que el Alto Tribunal ha establecido que la legislación básica va a responder esencialmente a dos aspectos:

Por un lado, la creación de una seguridad desde el punto de vista jurídico, o dicho en otras palabras, que se tenga una solidez o garantía respecto del tema, lo cual se ha relacionado con la categoría de ley que debe acompañar, con carácter general, a la legislación básica.

Por otro lado, lo que se ha denominado como un concepto material de esta legislación básica. Este concepto material viene a identificarse con la existencia de un mínimo idéntico que se establezca, sabiendo que no se podrá ir más allá provocando una limitación de las posibles competencias autonómicas en la materia de que se trate (8). Y es que, en este sentido, la existencia de un común

---

admitido la competencia autonómica en la administración de la Administración de Justicia, entendida esta como los medios materiales y personales que se encuentran al servicio de la Administración de Justicia. Así se ha podido ver en su Sentencia 56/1990, de 29 de marzo, Fundamento Jurídico 8. Este ha sido un pronunciamiento constante y reiterado en el tiempo. Así, una de las resoluciones más recientes en las que se puede ver la continuidad de lo que se acaba de señalar es en la Sentencia 173/2014, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 3.

(8) Por lo significativo del pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución, procedemos a exponer las palabras textuales del Tribunal Constitucional respecto de lo que acaba de decirse: «corresponde al legislador estatal definir lo básico observando estrictamente las prescripciones constitucionales y estatutarias, y a este Tribunal controlar en última instancia dicha definición. El ejercicio de aquella función normativa del Estado y del sucesivo control jurisdiccional ha de venir orientado por dos finalidades esenciales. En primer lugar, el Estado debe garantizar, a través de las normas básicas, un común denominador normativo —dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales— a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en atención a sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto. A la satisfacción de esta finalidad responde el concepto material de «norma básica», que impide considerar como tal cualquier precepto que en realidad no tenga ese carácter y vacíe de contenido o cercene las competencias autonómicas. En segundo término, en la definición de lo básico deben observarse también las imprescindibles garantías de certidumbre jurídica, que permitan a las Comunidades Autónomas conocer con la mayor exactitud posible cuál es el marco normativo al que deben sujetarse en el ejercicio de sus competencias de desarrollo de la legislación estatal básica. A esta segunda finalidad se orienta la exigencia de que las «bases» se regulen, en principio, por Ley formal y de que la propia Ley declare expresamente el alcance básico de todas o parte de sus normas o, al menos, permita inferir esta condición de las mismas sin especial dificultad. No obstante es admisible, como excepción, que el Gobierno de la Nación pueda regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia cuando resultan complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases, excepción o dis-

denominador normativo debe a su vez permitir un desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas en atención a lo dispuesto por la norma estatutaria correspondiente (9). Aquí es donde se puede observar el papel que tienen las Comunidades Autónomas en relación a la legislación básica.

A tenor de lo indicado, se puede afirmar que, cuando se produce una regulación de lo básico que es tan exhaustiva que disipa la posibilidad de que el ente autonómico complemente la legislación básica en relación a sus intereses, ello da lugar a un incumplimiento de la distribución competencial establecida en la Carta Magna (10).

La doctrina también se ha situado en este punto al hacerse una identificación de la legislación básica con lo que puede denominarse «núcleo central» (A. HUERGO LORA, 2018: 608).

Apreciamos aquí una coherencia jurídica en lo que acaba de decirse. Desde nuestra óptica, consideramos que resultaría plenamente ilógico que una regulación básica copara en su articulado una exhaustividad que hace inviable cualquier tipo de desarrollo, saliéndose, si fuera de esta manera, del significado propio que rodea al propio adjetivo que se emplea, esto es, «básica». Por lo tanto, no es posible que la regulación básica coarte la posibilidad de incluirse

---

pensa de la exigencia normal de suficiencia de rango normativo, que encuentra su principal justificación en el caso de la legislación preconstitucional —o anterior a la aprobación de los Estatutos de Autonomía—, es decir, en aquellos supuestos en que no le era posible al Estado prever la ulterior atribución de competencias a las Comunidades Autónomas y desplegar la correspondiente actividad legislativa de delimitación de lo básico. Pero incluso en tales casos excepcionales ha de atenderse, junto al criterio del concepto material de «norma básica», a una elemental exigencia de seguridad jurídica, que impide calificar de básicos otros preceptos que aquellos respecto de los cuales esta naturaleza pueda inferirse sin dificultad» (Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1989, de 26 de enero, Fundamento Jurídico 3 y 248/1988, de 20 de diciembre, Fundamento Jurídico 4).

(9) Así se ha recordado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2018, de 12 de abril, cuya literalidad es la siguiente: «el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir del cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses [...] no puede hacerlo con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo» (Fundamento Jurídico 6). Aunque también se puede observar en otros pronunciamientos, *v.gr.* Sentencias del Tribunal Constitucional 271/2015, de 17 de diciembre, Fundamento Jurídico 5; 210/2014, de 18 de diciembre, Fundamento Jurídico 4; 135/2013, de 6 de junio, Fundamento Jurídico 3; 94/2013, de 23 de abril, Fundamento Jurídico 4; 97/2001, de 5 de abril, Fundamento Jurídico 6.

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril, Fundamento Jurídico 3 y 147/1991, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 5. En relación al tema de la legislación básica creemos imprescindible el estudio de J. JIMENEZ CAMPO (1989), en el cual se analiza brillantemente el tema.

un desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, en atención a lo que dispongan los respectivos Estatutos de Autonomía.

Para ser más exactos, debemos indicar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, de manera específica, en torno a la contratación administrativa indicando que «la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas» y en atención a ello, es donde se despliega el papel de las Comunidades Autónomas en este tema (11).

En lo que nos ocupa, en el caso gallego, el Estatuto de Autonomía de Galicia, dispone en su artículo 28.2 que: «Es competencia de la Comunidad Autónoma gallega el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado en los términos que la misma establezca, de las siguientes materias: Expropiación forzosa, contratos y concesiones administrativas en el ámbito de las competencias propias de la Comunidad Autónoma».

Por lo tanto, se nos habla, de una competencia de desarrollo y ejecución de la legislación estatal en materia de contratos administrativos entre otros. Esto resulta plenamente acorde con las disposiciones constitucionales y las interpretaciones que de ellas se han realizado, teniendo por tanto, el legislador autonómico, con base a la regulación estatutaria, un elevado margen de actuación para complementar lo establecido a nivel estatal en la regulación básica sobre la materia.

Sabiendo esto, debemos adentrarnos en la posibilidad de crear un órgano administrativo para la resolución de recursos en materia de contratación, que es, en definitiva, el tema central que se trata aquí.

En primer lugar, debemos observar atentamente que se nos dice en la normativa básica estatal en torno a esto, ya que es el punto de partida a raíz de la cual la Comunidad Autónoma procederá al desarrollo y ejecución.

Pues bien, la normativa básica alude al Tribunal Administrativo de Contratación Pública estatal. Concretamente, esto aparece en el apartado primero del artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que presenta el siguiente tenor literal: «En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará enco-

---

(11) Por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 141/1993, de 22 de abril (fundamento Jurídico 5) y 237/2015, de 19 de noviembre (Fundamento Jurídico 2).

mendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estará compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje».

Este precepto debe ser confrontado necesariamente con el artículo 46.1 del mismo cuerpo normativo que se refiere de manera específica a los posibles órganos de las Comunidades Autónomas señalando que «En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia. El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad» (12).

Por su parte, el apartado segundo del mismo precepto estipula la posibilidad de encomendar la resolución de los conflictos al Tribunal Central de Contratación Pública mediante un convenio.

Nos encontramos, pues, con que en el núcleo esencial que ha establecido la normativa estatal está la posibilidad o bien de encomendar al Tribunal Central la resolución de los asuntos o bien la creación de órganos propios en atención a las competencias establecidas. Por ello, la legislación básica estatal, en consonancia con lo estipulado en la Constitución Española y la jurisprudencia constitucional en torno a la distribución de competencias y lo incluido en el Estatuto de Autonomía de Galicia, son el presupuesto habilitante para que la Comunidad Autónoma gallega pueda llevar a cabo la normativa de desarrollo.

De entre las opciones existentes, se procede a la creación de un Tribunal Administrativo de Contratación Pública autonómico, sabiendo que estamos ante

---

(12) Advertimos aquí que, a pesar de que se ha expuesto la regulación actual, la aparición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la posibilidad de establecer órganos autonómicos ya figuraba en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En relación a ello, ya en su momento, en un fantástico estudio, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, puso de manifiesto, que con ello se acrecentaba la «vía administrativa». Concretamente indicó que «Este nuevo sistema refuerza la vía administrativa que, tradicionalmente, venía siendo, en términos prácticos, un pasatiempo en el sistema de control de las adjudicaciones, ya que resolvía el mismo órgano que dictaba el acto» (S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, 2010: 49).

una figura que es plenamente concordante con el ordenamiento jurídico-constitucional español, y por lo tanto, rodeándose de una constitucionalidad en cuanto a su origen (13).

### **III: EL NACIMIENTO Y NATURALEZA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE GALICIA**

Como se ha adelantado en el último inciso del epígrafe anterior, en el desarrollo de la normativa estatal que puede llevar a cabo la Comunidad Autónoma de Galicia, se ha creado un órgano cuya denominación exacta es Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Este Tribunal Administrativo fue incluido mediante la modificación que la Disposición Final Segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, hace de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico. Concretamente se incluye un Capítulo II dentro del Título II bajo la rúbrica «El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia». Cuatro artículos son los que conforman dicho Capítulo, siendo estos el 35 bis, 35 ter, 35 quater y 35 quinquies.

Ahora bien, ello no quiere decir que, justo en ese momento en el que tiene lugar su aparición normativa, se pusiera ya en funcionamiento, puesto que eso no es así. Hay que esperar hasta el 2 de abril del 2018 para que comience su actividad, tal y como se indica en su Resolución de 1 de marzo de 2018, por la que se da publicidad del acuerdo del Tribunal sobre la fecha de comienzo de ejercicio de sus funciones.

Ahora surge ante nosotros una importante cuestión ¿Cómo podemos categorizar a este órgano?

De una lectura de la regulación existente, podemos decir que se trata de un órgano administrativo que no posee personalidad jurídica y que se va a integrar dentro de la Administración gallega actuando con independencia en su labor.

Conviene ahora que hagamos hincapié en una cuestión que surge a nivel supranacional a raíz de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este Tribunal se ha referido a órganos similares al gallego, concretamente al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma

---

(13) Debemos aclarar que durante un tiempo estuvo vigente un convenio con el Tribunal Central hasta que se optó por proceder a la creación del órgano que es objeto de análisis en el presente estudio.



de Euskadi, como órgano jurisdiccional nacional en relación con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (14). El Tribunal de Justicia hace esta caracterización del órgano con base a varios aspectos:

- En primer lugar, el origen de tipo legal que tenga el órgano de que se trate.
- En segundo lugar, su permanencia.
- En tercer lugar, que exista un carácter obligatorio respecto de su jurisdicción.
- En cuarto lugar, que haya un carácter contradictorio en lo que al procedimiento se refiere.
- En quinto lugar, que el órgano en cuestión aplique normas jurídicas.
- Finalmente, en sexto lugar, que se trate de un órgano caracterizado por la independencia.

Del listado de circunstancias a tener en consideración que se ha expuesto para poder categorizar a un órgano de órgano jurisdiccional, debemos detenernos, aunque sea momentáneamente, en lo relativo a la obligatoriedad de su jurisdicción. ¿Por qué debemos hacer una pequeña pausa aquí?, por la sencilla razón de que el hecho de acudir ante este Tribunal Administrativo u órgano administrativo equivalente, es algo potestativo como se verá posteriormente, y ello puede hacer que se dude acerca del cumplimiento de esta circunstancia. No obstante, el Tribunal de Justicia ha tenido en mente este punto indicando que, a pesar de que es algo opcional el acudir al órgano, este, cuya competencia no deriva de un acuerdo por parte de los interesados, dicta resoluciones que van a ser vinculantes para las partes, y por ello se considera que se cumple la característica de la obligatoriedad jurisdiccional.

A pesar de que esta resolución está circunscrita a un órgano concreto, la aplicación analógica provoca que la categorización que se lleva a cabo a nivel comunitario también resultaría aplicable al caso del órgano de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el cual entendemos que se cumplen con los mismos puntos que en el de Euskadi (15).

---

(14) En relación a esto, se sigue la siguiente resolución: Sentencia de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene C-546/16. (apartados 20 a 25). ECLI:EU:C:2018:752. Debemos destacar, no obstante, que, a pesar de que esta es la resolución que se sigue por ser la más reciente, ya en una resolución anterior sumamente relevante (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme C-203/14) se puede apreciar esta posición del Tribunal de Justicia. Tal y como señala J.M. GIMENO FELLIU (2017: 27) con base a esa resolución anterior citada, lo que se hace en la Justicia europea es robustecer el «sistema de Justicia administrativa especial».

(15) F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016: 501) ha indicado que el *quid* de la cuestión en la determinación del «carácter jurisdiccional» no se halla en el recurso que debe resolverse, sino en la configuración de órgano a quien se encarga la resolución de dicho recurso. Junto con

Por lo tanto, como se infiere de esta jurisprudencia, se trataría de órganos jurisdiccionales desde el punto de vista del derecho europeo (16).

Ahora bien, debemos aclarar que, a pesar de la nomenclatura que puedan tener y de la categorización que se les haga como órganos jurisdiccionales, es una cuestión irrefutable que no pertenecen al Poder Judicial, y es que, desde una perspectiva constitucional, entendemos que esto no sería posible puesto que una Comunidad Autónoma no tiene competencia para ello. No debe olvidarse que la Administración de Justicia es competencia exclusiva del Estado, con independencia de que el Tribunal Constitucional haya considerado que, a nivel autonómico, sí existiría una competencia de administración de la Administración de Justicia en la que las Comunidades Autónomas pueden entrar, pero que, desde nuestra óptica, no permitiría la inclusión de este órgano en el Poder Judicial.

A raíz de todo lo dicho, no vemos incorrecto que, los órganos administrativos autonómicos de contratación pública a los que nos referimos, que cumplan con lo dicho anteriormente puedan, por lo tanto, entrar en la categorización de órganos jurisdiccionales. Esta afirmación se hace también teniendo presente que, en el ordenamiento español, existen otros órganos de distinta índole de los que se ha prologado tal categorización como de seguida se hará constar. Bien es cierto que también cabría alguna otra denominación que evitase la posible confusión respecto de las implicaciones de esta categorización, por lo que una posible opción podría ser su designación como órgano administrativo de carácter cuasi jurisdiccional, recalando así que se sitúan al margen de la composición del Poder Judicial dada su configuración existente (17).

Como mencionamos en el párrafo anterior, debemos destacar aquí que ya existen otros órganos que son tildados de jurisdiccionales o de los que se desprende una función jurisdiccional sin formar parte del Poder Judicial.

Esto sucede, por ejemplo, con el propio Tribunal Constitucional. Obviamente se trata de órganos sumamente diferentes —no solo en cuanto a sus labo-

---

ello, puede cotejarse también el examen que hace el autor, con base a diversas resoluciones del Tribunal de Justicia, acerca de los aspectos que se han nombrado con anterioridad de la jurisprudencia europea (F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016: 504-506).

(16) Sobre esto confróntese: E. HERNÁNDEZ SALGUERO (2013: 87-89), J.A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 55-58), P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 326-332), F.L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016: 499-510), J. MARABEL MATOS (2017). Se trata de excelentes estudios sumamente interesantes y que precisamente abordan la naturaleza de estos órganos con puntos de vista diferentes.

(17) Esta categorización de cuasi jurisdiccional fue realizada en estudios ya mencionados como en el de E. HERNÁNDEZ SALGUERO (2013: 88) en el cual, la autora, ante unos pronunciamientos europeos y ante el hecho de que estos órganos no forman parte del Poder Judicial, opta por categorizarlos como cuasi jurisdiccionales. A nuestro parecer, se trata de una terminología más adecuada y correcta que hablar de órganos jurisdiccionales en sí.

res, sino en cuanto a su fundamento existencial— pero únicamente queremos que sirva de ejemplo para mostrar que no resulta extraño que se encuentre un órgano jurisdiccional que no pertenezca al Poder Judicial. En el caso del Alto Tribunal, es un órgano constitucional y jurisdiccional, a pesar de no incluirse dentro del Poder Judicial, diferenciándolos claramente la propia Constitución, que los regula en Títulos independientes (18).

Por otro lado, también está el Tribunal de Cuentas, que tiene una función jurisdiccional y se ha considerado que, en ocasiones, actúa como un órgano jurisdiccional a pesar de que —tampoco cabe duda alguna— no se integra en el Poder Judicial. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones señalándolo de esta manera. Concretamente, el Supremo Intérprete de la Constitución Española ha afirmado, en su Sentencia 126/2011, de 18 de julio, lo siguiente: «(...) mientras que el Tribunal de cuentas ejerce funciones de fiscalización actúa como órgano constitucional dependiente de las Cortes Generales (art. 136.1 CE), cuando ejerce funciones de enjuiciamiento contable lo hace como órgano jurisdiccional, y sus resoluciones son recurribles ante el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, esto es, ante el Tribunal Supremo (art. 123.1 CE)» (19).

Por consiguiente, puede decirse que la categorización que se ha hecho, a nivel europeo, en relación a los órganos administrativos de contratación pública como órganos jurisdiccionales, no tiene que ser considerado como una intrusión en el papel que cumple el Poder Judicial, máxime cuando, como se verá, la decisión que se tome por parte de estos órganos administrativos va a poder ser objeto de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

#### IV. NORMATIVA ESENCIAL DE APLICACIÓN

En este punto debemos señalar la normativa a tener en cuenta en lo que al funcionamiento del Tribunal administrativo de Galicia se refiere, no solo a nivel de composición, sino también en cuanto a funcionamiento y competencias.

En primer lugar, la primera norma a tener en consideración es aquella en la que se encuentra el propio órgano, esto es, la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico. En esta propia norma se

---

(18) Sobre la categorización del Alto Tribunal, se puede acudir a: F. RUBIO LLORENTE (1982: 35-67) y M. GARCÍA PELAYO (1981: 11-34).

(19) Fundamento Jurídico 10. Esta idea ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad al año 2011 que es la fecha de la resolución, como puede ser en la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/2000, de 18 de septiembre, Fundamento Jurídico 7, y la 18/1991, de 31 de enero, Fundamento Jurídico 2.

fijan algunos aspectos esenciales del Tribunal que iremos viendo en las páginas sucesivas. Sin embargo, en esta propia norma, en el artículo 35 quinquies, se nos habla de la constitución y funcionamiento, y se alude a dos normas para ello, siendo estas la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

El problema que encontramos es que la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, adolece de una desactualización que podría ser resuelta en una pequeña reforma, y es que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre es, a día de hoy, una normativa derogada, por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Al mismo tiempo resulta evidente que va a resultar aplicable lo dispuesto 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. Para ser exactos de esta normativa debemos atender de manera especial a lo que se contiene en el Capítulo V del Título I del Libro Primero, que es donde se dedica al recurso especial en materia de contratación, que en definitiva es lo que va a resolver el Tribunal administrativo de contratación en el que se centra nuestro estudio.

Podríamos decir que esta es la normativa esencial que hay que tener en consideración. Junto con ella también se va a aludir a otros cuerpos normativos que es necesario tener presentes a nivel de composición del órgano, como es el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; en torno a su constitución cuando hay alguna persona de sus miembros que no acude, como es la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; o a nivel competencial como es la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Compre señalar que, junto con todo lo que se ha dicho, también se prevé una creación de un Reglamento interno (20) que a día de hoy no se ha llevado a cabo debido la novedad del órgano administrativo en cuestión y su breve andadura desde su creación, debiendo darle un margen de tiempo para su elaboración.

---

(20) Artículo 35 quinquies de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

## V. CARACTERÍSTICAS DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Se ha puesto de manifiesto, en las páginas precedentes, que estamos ante un órgano administrativo (21), pues bien, este órgano administrativo, atendiendo al artículo 35 bis de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, está adscrito a la Consellería de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Galicia (22). Ahora bien, a pesar de ello, va a estar regido por una independencia en su proceder, siendo esta una de las características esenciales que lo rodean. Puede decirse que no se va a ver sujeto a una relación jerárquica en su actuación, no contemplándose la posibilidad de darle órdenes, indicaciones o instrucciones acerca de cómo resolver las cuestiones que tiene encomendadas. Por lo tanto, estamos ante una «independencia funcional» (23).

Por otro lado, se nos especifica que se trata de un órgano que va a ser colegiado y especializado, debiendo detenernos en estos dos adjetivos para comprobar a que se está haciendo mención.

La colegiación no implica mayor problema. Puesto que es el opuesto a un órgano unitario, o lo que es lo mismo, se va a requerir la existencia de más de una persona que sea miembro en la composición del Tribunal. A ello también hace alusión el propio nombre del órgano ya que, la denominación de Tribunal lleva aparejada, de manera tradicional, una pluralidad de personas que lo conforma.

Lo concerniente a que se trate de un órgano especializado es la última gran característica que podemos encontrarnos en la regulación específica del

---

(21) Sin perjuicio de lo ya indicado en la jurisprudencia europea en torno a la consideración de estos órganos como jurisdiccionales.

(22) En este sentido conviene señalar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales también está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda según el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

(23) En este sentido, siguiendo a J.A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 66), coincidimos en que una adscripción no puede poner en duda la independencia del órgano en cuestión por sí misma, y es que, tal y como afirma el autor, la adscripción tiene otras finalidades como la dotación presupuestaria, la puesta a disposición de medios físicos necesarios y también para la tramitación de otras cuestiones diferentes a las principales. Concretamente señala que «opera principalmente a efectos de integración presupuestaria, y es imprescindible para conocer el departamento que está obligado a proveer al órgano de los medios físicos para el desempeño de su función, así como el competente para tramitar cuestiones secundarias, pero importantes, como es la efectividad de la designación, cese y situaciones administrativas de las personas que lo sirven. Pero la adscripción no supone necesariamente, por sí sola, vinculación jerárquica de ningún tipo ni constituye un atentado a la independencia formalmente declarada».

Tribunal, y tampoco presenta una excesiva complejidad en su entendimiento. Empero, cabe plantearse aquí si la especialización a la que se refiere la normativa alude al propio órgano en el desempeño de su actividad, a los integrantes del Tribunal o a ambos. Y es que se emplea el término especializado al enunciarse la definición del Tribunal como órgano, pero no se concreta más allá.

Desde nuestra perspectiva, es evidente que para que un órgano pueda ser calificado de «especializado», dicha especialización debe aludir, de manera necesaria a ambos aspectos, esto es, tanto al desempeño de la actividad como a los propios integrantes. Resulta obvio que, en torno a la labor desempeñada, la especialización viene de la mano de los asuntos que le compete, y es que estamos ante un órgano *ad hoc* cuya actividad se encamina a un determinado ámbito, la contratación pública, encontrando una especialización en ella (24). Ahora bien, ello no obsta para que sea igualmente necesario que a los integrantes de este órgano se les requiera cierta especialización a nivel académico y profesional. Por ello, creemos que la especialización debe afectar a ambos aspectos, labor del órgano y cualificación de sus integrantes.

Como no podía ser de otro modo, lo que acaba de señalarse no es algo exclusivo del órgano gallego, sino que también se puede apreciar a nivel comparado en otras Comunidades Autónomas, en las cuales también es factible observar una autonomía de actuación de estos órganos administrativos en lo relativo a sus competencias, y su categorización como órgano especializado. Conviene señalar la existencia de determinadas particularidades respecto del hecho de ser colegiado, no habiendo unanimidad en las elecciones de los legisladores autonómicos. Así, si se examina el resto de Comunidades Autónomas, puede verse como existen figuras que en algunos casos están bajo el nombre de órgano administrativo cuando se trata de figuras unipersonales o de tribunal administrativo cuando son colegiados (25).

---

(24) Veremos más adelante que la competencia del órgano no se extiende a toda la contratación pública en general, sino que se limita a una serie de contratos específicos.

(25) A modo ejemplificativo, como órgano unipersonal puede citarse al Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011). Como órgano colegiado, que son la mayoría, podemos nombrar al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). Sí que resulta interesante un caso paradigmático que puede traerse a colación, siendo este el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, el cual pasa a ser un Tribunal en el año 2013, por lo que de un órgano unipersonal se pasa a uno colegiado (artículo 1 del Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y aprueba su organización y su funcionamiento).

## 1. Composición del Tribunal

El número de componentes del Tribunal Administrativo gallego, así como sus requisitos principales, aparecen incluidos en la propia Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, concretamente en el artículo 35 ter.

Precisamente será de la composición a lo que nos dedicaremos en este punto, aunque, en todo caso, la misma va a estar rodeada de las características ya vistas.

En primer lugar, el número de personas que van a integrar el Tribunal. Es la propia normativa la que indica que la composición será de al menos una Presidencia y dos Vocalías, sabiendo que, una de estas dos últimas, mediante decisión acordada por el propio Tribunal, debe desempeñar el papel de la Secretaría. Advertimos que nada impediría aumentar el número de miembros, ya que la normativa únicamente incluye una exigencia de mínimos pero no de máximos.

La solución que se ha tomado, en relación a la composición, ha sido la de mantener el número mínimo fijado por la legislación sin proceder a una ampliación, lo cual se decidió mediante el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, en su reunión de 26 de octubre de 2017. Lo que acaba de señalarse es, en definitiva, el desarrollo de la característica como órgano colegiado que se ha explicado en el epígrafe anterior.

En este punto la normativa gallega ha seguido la estela de la normativa estatal para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual también establece el mínimo que se ha fijado en la Ley gallega. Toca ahora saber entre quienes se va a llevar a cabo la elección.

Se exige, de las personas que vayan a formar parte del Tribunal, una serie de requisitos que van a variar dependiendo de si se está aludiendo a la persona que ocupa la Presidencia o el cargo de Vocal.

Empezando por la figura de la Presidencia, se establece una concurrencia primigenia de dos requisitos:

- 1) Que la persona sea funcionaria de carrera de un grupo o escala para cuyo acceso se necesite el título universitario de grado o licenciatura en Derecho.
- 2) Una antigüedad de 10 años en el desarrollo de su actividad profesional.

Junto con estos dos requisitos se prevé que, en la selección de la persona que ocupará el cargo, se va a valorar la experiencia que tenga dicha persona en la materia de contratación pública.

Similar a ello se encuentra la posición de aquellas personas que vayan a ser Vocales, aunque con algunas matizaciones a tener en cuenta respecto de los requisitos iniciales. Así, se requiere:

- 1) Que la persona sea funcionaria de carrera.
- 2) Que se tenga un título de grado o licenciatura en Derecho.
- 3) Una antigüedad de 10 años en el desarrollo de su actividad profesional.

Nuevamente aquí también se puede apreciar un aspecto valorativo que es la experiencia que se tenga en materia de contratación pública.

Por lo tanto, nos topamos con una clara diferenciación entre los requisitos para acceder a la Presidencia del Tribunal o al cargo de Vocal, siendo esta el tipo de cargo funcional exigido, ya que en el primero nos encontramos con la necesidad de exigir uno en el que el título universitario de grado o licenciatura en Derecho sea imprescindible, mientras que, en el caso de las personas que pretendan ser Vocales, es irrelevante que se le haya exigido dicha titulación para el grupo funcional al que pertenezca, mientras la ostente.

En lo que respecta al tiempo exigido de prestación de la actividad profesional y la valoración de la experiencia en contratación pública, es idéntica la previsión para ambos cargos.

Con esto se cumple la especialización del órgano en cuanto a sus miembros del que también se ha hablado con anterioridad, ya que se requieren conocimientos jurídicos, los cuales entendemos que son imprescindibles a la hora de examinar una contratación pública y, además, se va a valorar la experiencia en la temática de contratación (26).

En lo relativo a los requisitos de las personas que van a formar parte del Tribunal gallego, debemos indicar que aquí nuevamente se ha continuado la estela establecida por el Tribunal Central. Adviértase que, a nivel autonómico, existe bastante variación respecto de los años que se requieren como experiencia, siendo una previsión habitual que para el cargo de la Presidencia se exija una mayor experiencia que para los Vocales.

Compre señalar también que, a nivel autonómico comparado, se puede encontrar aquella situación en la cual los cargos de Presidencia y Vocales ya van a estar predeterminados en la normativa al ocupar estas personas que ostenten otro cargo, por lo que será cuestión de atender a los requisitos exigidos para ese otro cargo. Esto sucede, por ejemplo, con el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en el que se asocian los cargos del Tribunal con los del Consejo Consultivo autonómico (27).

---

(26) J.A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 57) y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 343), han advertido, y no podemos dejar de coincidir con ellos, que la falta de «perfil jurídico» en los miembros del Tribunal podría acarrear una disfuncionalidad en la actividad del órgano, y es que los temas que son de su competencia y su correcta resolución es necesario poseer unos conocimientos jurídico-técnicos.

(27) Artículo 60 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.



Dicho esto, y sabiendo el número de personas que van a integrar el Tribunal, su elección se va a llevar a cabo mediante convocatoria pública.

En la primera composición del órgano administrativo gallego que se analiza en estas páginas, la Presidencia ha sido ocupada por Don Santiago Valencia Vila y el puesto de Vocales por Don Tomás Otero Ferreiro y Doña Ana María de Frutos Martínez (28). Estos son también los actuales miembros del órgano autonómico, ya que, en atención al comienzo de su actividad, todavía no se ha producido renovación que le afecte.

En esta composición puede verse el cumplimiento de un equilibrio de género al que también alude la normativa. Lógicamente es inviable conseguir, con el número de tres personas, un equilibrio pleno, pero en la conformación del Tribunal se ha logrado la armonía al haber presencia de hombres y mujeres. No creemos que sea correcto —y consideramos que iría contra la legislación— que el órgano, en su composición, contase con presencia de un único género.

A todo ello debe sumársele que las mismas incompatibilidades que afectan a los empleados públicos también es aplicable a los miembros del Tribunal (29).

## **2. Duración y prerrogativas**

En este epígrafe nos vamos a dedicar a la duración del mandato y a las prerrogativas que van a afectarles, para lo cual hay que acudir nuevamente a la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, y concretamente en esta ocasión al artículo 35 quater.

Lo primero que es necesario señalar es que, el mandato de las personas que conforman el Tribunal Administrativo gallego objeto de este estudio, tiene una duración de 6 años.

Ahora bien, está prevista una primera renovación anticipada, o lo que es lo mismo, que no es coincidente con el plazo indicado. Concretamente se indica que a los tres años del nombramiento se renovará una de las Vocalías,

---

(28) Sus nombramientos se han efectuado respectivamente mediante la Resolución de 16 de febrero de 2018, de la Secretaría General Técnica y del Patrimonio de la Consellería de Hacienda, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 8 de febrero de 2018 por el que se nombra presidente del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia; y la Resolución de 16 de febrero de 2018, de la Secretaría General Técnica y del Patrimonio de la Consellería de Hacienda, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 8 de febrero de 2018 por el que se nombran vocales del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

(29) Lo relativo a esta previsión de incompatibilidades la encontramos en el artículo 35 quater de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

eligiéndose cual será objeto de renovación mediante un sorteo. Esto quiere decir que, a partir de este momento, cada 3 años se producirá una renovación de parte del Tribunal, ya que mientras que una de las Vocalías y la Presidencia coincidirán en el tiempo, la otra Vocalía se renovará con un margen de 3 años respecto de los demás cargos. Aquí es inevitable que nos preguntemos: ¿Por qué se hace de esta manera?

Para responder a esa cuestión debemos elucubrar acerca de la motivación que se puede encontrar para haber optado por esta decisión.

Cabe aclarar que el hecho de que la renovación de todos los miembros del Tribunal no sea coincidente en el tiempo no es novedad en nuestro entorno jurídico.

Un ejemplo paradigmático a nivel estatal es el caso del Tribunal Constitucional. En lo que respecta al Supremo Intérprete de la Carta Magna española, se puede observar como en el mismo se produce una renovación por terceras partes, previéndose además que en la primera renovación se llevaría a cabo a los 3 años mediante un sorteo que decidiría a quienes debía afectar dicha renovación (30). Tal y como se ha indicado por parte de la doctrina más especializada (F. FERNÁNDEZ SEGADO, 1999: 116-117), este modelo de renovación del órgano constitucional responde a dos fines perseguidos:

Primero, que las nuevas Cortes Generales puedan proponer a personas candidatas al Alto Tribunal, lo cual es precisamente posible por la renovación por terceras partes cada tres, de tal manera que si se confronta con el período de mandato parlamentario deviene factible lo señalado.

En segundo lugar, se procura evitar una renovación súbita de las personas que lo conforman y, por lo tanto, que se produzca una nueva composición extremadamente contraria, con las consecuencias que podría acarrear respecto de las resoluciones del Tribunal.

Sin embargo ¿es extrapolable estas decisiones respecto del órgano administrativo objeto de estudio? Si nuevamente salvamos las distancias entre ambos órganos, ya no solo en cuanto a su naturaleza y actuación, sino también en lo que respecta a las características que los rodea, es posible encontrar una justificación en atención a lo que se ha dicho para el Tribunal Constitucional.

Resulta evidente que en el caso del Tribunal Administrativo de Contratación Pública gallego no puede servir de motivación la participación de las nuevas Cortes autonómicas, por la sencilla razón de que los miembros del órgano no son propuestos, ni mucho menos elegidos directamente, por los parlamentarios autonómicos, sino que se prevé una convocatoria pública a la que se pueden

---

(30) Cotéjese el artículo 159 y la Disposición Adicional 9ª de la Constitución Española.

presentar todas aquellas personas que cumplan los requisitos exigidos legalmente. Por ello debemos descartar tajantemente este pretexto.

Sin embargo, no ocurre lo mismo, al menos desde nuestra perspectiva, con el segundo punto, o lo que es lo mismo, lo relativo que una renovación por partes puede hacerse en aras de no provocar un cambio brusco en la actividad del órgano, con la posible inseguridad jurídica que ello podría provocar sin un patrón o antecedente claro en sus resoluciones.

Es precisamente por esta segunda motivación por la que entendemos que es factible que se haya optado por este mecanismo para que la transición en el cambio de las personas integrantes se realice de manera paulatina y sin brusquedades.

A esto hay que añadir que nada se dice en la norma gallega a la que hemos acudido en torno a la posible reelección de las personas que conforman el Tribunal Administrativo, aunque la renovación parcial a la que se ha aludido parte, tal y como nosotros la hemos entendido, de que se va a llevar a cabo un cambio en los miembros.

Toca ahora plantearse si existe alguna prerrogativa que rodea a los miembros del órgano. Cuando hablamos de prerrogativa a nivel general aludimos a aquella característica que rodea a determinados sujetos, así por ejemplo, entre las más destacables estarían las prerrogativas parlamentarias como son la inviolabilidad e inmunidad recogidos en el artículo 71 de la Constitución Española.

En el caso del Tribunal Administrativo, no encontramos estrictamente estas prerrogativas parlamentarias, no siendo extrapolables, pero sí que existe una característica de inamovilidad, de tal manera que, en aras de garantizar su independencia, se prevé que las personas que integran el órgano no puedan ser destituidas del mismo.

Ahora bien, esto no quiere decir que no existan una serie de situaciones que provoquen un cambio en la composición del órgano, y es que es la propia normativa la que incluye estas circunstancias. Dentro de estas, puede hacerse una distinción entre aquellas que parten de la propia iniciativa de la persona que integra el Tribunal y las que no.

En el primer grupo tendríamos:

- 1) La finalización del mandato, es decir, el término de los 6 años para los que se ha sido elegido.
- 2) La renuncia, de la cual se prevé su aceptación por parte del Consejo de la Xunta de Galicia.

Si se da alguna de estas situaciones, está previsto una continuación en el cargo de la persona que ha finalizado el mandato o que ha renunciado hasta que haya una persona que la sustituya y tome posesión. En ambos supuestos

tendríamos un cese y no una remoción, tal y como ha señalado la doctrina (J.A. SANTAMARÍA PASTOR, 2015: 72).

En el segundo grupo estarían:

- 1) Una incapacidad sobrevenida.
- 2) Un incumplimiento que pueda ser categorizado de grave de las funciones a realizar.
- 3) Por la existencia de una condena que sea privativa de libertad o bien que implique una inhabilitación.
- 4) La pérdida de la nacionalidad española.

De este segundo grupo se prevé un necesario acuerdo por parte del Consejo de la Xunta de Galicia acerca del cese de la persona, acreditándose la causa de que se trate mediante el procedimiento administrativo correspondiente.

Trasladando a la normativa autonómica lo dicho por J.A. SANTAMARÍA PASTOR (2015: 72-73) en relación a la normativa estatal, debemos indicar que hay otras circunstancias que, aun siendo innecesaria su inclusión en la normativa por ser evidentes, debemos mencionar aquí. Una de ellas es el fallecimiento de una de las personas que integran el órgano. Resulta obvio que este posible fallecimiento va a provocar un cambio en la composición del órgano. Por otro lado, entendemos junto al autor mencionado, que la pérdida de la condición funcional también implicaría la pérdida de la condición de miembro del órgano, dado que la normativa autonómica, al igual que la estatal, lo incluye como requisito.

La Ley ha previsto que, cuando el Tribunal se vea afectado por una vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal (31), el propio órgano va a poder ser constituido mediante la asistencia de los miembros restantes que no se han visto afectados por dichas situaciones.

Ahora bien, en el supuesto de que se afectase a la Presidencia del órgano, se incluye una sustitución del mismo en atención a lo dispuesto en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. En esta norma se preceptúan una serie de pautas.

En primer lugar, que la sustitución se llevará a cabo por la Vicepresidencia. Como en el Tribunal Administrativo gallego no existe una Vicepresidencia por no estar prevista, esta opción no es aplicable.

A continuación se indica que en el supuesto de que la Vicepresidencia no pudiera darse, le correspondería a la persona que sea superior en aplicación

---

(31) Entendemos que esta circunstancia o causa legal diferente debe situarse en consonancia con las otras y ser un motivo por el que la persona falte.

del criterio jerárquico, de antigüedad y de edad. Entendemos que este es el orden que debe seguirse de manera necesaria.

A nuestro juicio, en aplicación del criterio jerárquico, la persona que debe sustituir a la Presidencia, en caso de que sea necesario, va a ser la Vocalía que tenga un cargo más elevado. En principio, esto le correspondería a la persona de la cual se exige un grupo mayor dentro de los requisitos. Sin embargo, esto no tiene por qué resultar tan sencillo, ya que consideramos que, en lo que respecta a la segunda Vocalía, se le exige un mínimo pudiendo, en definitiva, que las personas que ocupen el puesto de Vocal pertenezcan a la misma escala y al mismo nivel jerárquico. Por ello, sería el que tiene el mayor nivel, pero si hubiese esta coincidencia entraría en juego la antigüedad. A nuestro juicio, de la redacción normativa se desprende que se está aludiendo a la antigüedad dentro del Tribunal, no en su antigüedad como parte del personal funcional, lo cual cobra sentido al haber una primera renovación de una de los cargos de Vocal que va a ser anterior a la otra, provocando que en lo sucesivo no coincidan en el tiempo. Si la antigüedad fuera coincidente por el motivo de que se trate (32), ya tocaría examinar la edad. Este último criterio no plantea ningún tipo de dudas, siendo perfectamente discernible quien va a ser competente con base a la edad.

### 3. Competencias del Tribunal (33)

Al hacer alusión a las competencias del Tribunal Administrativo de Contratación Pública se debe, en primer lugar, saber a qué esfera se extiende su actuación. En atención al artículo 35.bis.3 de la norma autonómica, esto es, de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, su ámbito de actuación se circunscribe a la Comunidad Autónoma de Galicia, lo cual resulta evidente, pero dentro de ella afectará:

- 1) Su Administración General así como a sus entidades del sector público que sean consideradas poder adjudicador.
- 2) Las Universidades públicas, así como sus organismos y entidades vinculados o dependientes y que sean poder adjudicador.

---

(32) Piénsese mismamente en el momento actual, en el que los tres miembros del Tribunal han ocupado el cargo en el mismo momento y poseen, a día de hoy, idéntica antigüedad dentro del órgano.

(33) De lo que se expone en este epígrafe puede cotejarse, aparte de los preceptos legales que se indican oportunamente y que son la base de lo que se va a exponer y el tratamiento que de ello se realiza, el apartado de competencia de la página web del Tribunal gallego.

- 3) Las entidades locales y nuevamente a los entes, organismos y entidades que tengan dependencia o vinculación y que cuenten con la consideración de poder adjudicador.
- 4) Las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas así como aquellos que, sin ser ninguna de ambas, tengan derechos especiales o exclusivos. Todas ellas siempre que lleven a cabo el ejercicio de las actividades recogidas en los artículos 7 a 12 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (34).
- 5) Fuera de lo estipulado en la norma, cabe señalar también la competencia respecto del Consejo de Cuentas de Galicia. La competencia en relación con este órgano no se atribuye directamente de la Ley, sino que nace a raíz de un Convenio que se firma el 30 de julio del 2018.

Sabiendo el ámbito espacial en la que se va a mover la actividad del Tribunal, llega el momento de adentrarse en lo que sería la competencia material *stricto sensu*, o dicho en otras palabras, las materias que van a poder ser objeto de su conocimiento. Entonces, ¿En relación a que temas va a poder resolver el Tribunal? Aquí debemos acudir a 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.

El apartado primero del artículo 44 de esta norma alude a una serie de contratos, en relación a los cuales, se establece la presentación del recurso especial en materia de contratación, el cual va a ser el recurso esencial resuelto por el órgano que nos compete (35).

---

(34) Debe advertirse que se va a entender que se poseen estos derechos especiales o exclusivos cuando su concesión provenga de alguno de los órganos de una Administración Pública atendiendo a lo que se establezca en una Ley, Reglamento o disposición administrativa, provocándose una restricción a una o más entidades el ejercicio de la actividad y que se afecte a la capacidad de las restantes para ejercer la susodicha actividad, debiendo ser esta afectación categorizada de sustancial.

(35) Aquí podríamos plantearnos si, antes de presentar este recurso especial, es factible que se incluyese en la normativa la presentación de uno administrativo previo. La respuesta a este interrogante es negativa. Coincidimos con Á. CANALES GIL y J.A. HUERTA BARAJAS (2018: 653-654), quienes han advertido que en la actual Ley estatal de contratos del sector público, se ha eliminado la alusión que existía en su antecesora que sí permitía dicha posibilidad, pero que ahora, al no incluirla, parece que esta opción desaparece. El estudio citado de estos autores son unos elaborados comentarios a la Ley de Contratos vigente que pueden confrontarse en general, y en particular la parte destinada al recurso especial. Á. CANALES GIL y J.A. HUERTA BARAJAS (2018: 653-686).

En primer término, los contratos de obras, suministro y servicios, cuando tengan un valor estimado que supere los tres millones de euros en el primero de ellos —en el de obras—, y cien mil euros en los dos restantes —suministro y servicios—.

En segundo lugar, tanto el procedimiento de adjudicación consistente en acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición, como los contratos celebrados a partir de estos procedimientos de adjudicación, siempre que nos hallemos ante los tipos de contratos que pueden ser objeto del recurso especial.

En tercer lugar, las concesiones tanto de obras como de servicios, pero nuevamente se requiere que el valor estimado supere los tres millones de euros.

En cuarto lugar, los contratos administrativos especiales, siempre y cuando, no sea posible la determinación de un precio de licitación en atención a las características del contrato, o bien cuando se supere el valor estimado de cien mil euros, que es lo establecido para el contrato de servicios.

En quinto lugar, los contratos subvencionados que aparecen en el artículo 23 de la norma, o lo que es lo mismo, los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada (36), y además los encargos cuando el importe no pueda ser determinado o cuando la duración del mismo, con las prórrogas incluidas, equivalga o supere a lo que se establece en torno a los contratos de servicios.

---

(36) Respecto de este tipo de contratos el artículo 23 de la norma indica:

«1. Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 13 y 17, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.548.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 221.000 euros.

2. Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquellos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las establecidas en el Título II del Libro Tercero de esta Ley. Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el apartado 2 del artículo 47».

Pues bien, sabiendo los tipos de contratos que pueden ser objeto de recurso, toca indicar qué es exactamente lo que se puede recurrir de los mismos.

Siguiendo en el mismo precepto de la normativa estatal que se ha mencionado, nos encontramos con que, se puede interponer un recurso especial en materia de contratación, contra distintos aspectos de los contratos que se han indicado en las líneas anteriores. Estos aspectos son:

En primer lugar, a los anuncios de licitación, a los pliegos y también a los propios documentos contractuales en los que se prevean las condiciones en que se basa la contratación.

En segundo término, a los actos de trámite que hayan acontecido en el procedimiento de adjudicación cuando impliquen una decisión de la adjudicación, bien sea de manera directa o indirecta, cuando supongan una inviabilidad de continuar el procedimiento, o cuando se genere una indefensión o un perjuicio que no sea reparable en relación a derechos e intereses legítimos.

En tercer lugar, como resulta evidente, a los acuerdos de adjudicación.

En cuarto lugar, a los cambios que no sigan lo previsto en la normativa para las «modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares» y para las «modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales».

En quinto lugar, cuando no se sigan los requisitos legalmente establecidos en relación a la formalización de encargos a medios propios.

En sexto lugar, los denominados acuerdos de rescate de concesiones.

La normativa estatal también nos habla de varios aspectos añadidos que no podemos dejar de tener en consideración.

Así, cuando procede este recurso por cumplirse los condicionantes establecidos, no va a ser factible que se empleen otros recursos administrativos ordinarios.

Por su parte, cuando nos encontramos ante procedimientos de adjudicación en los que no se cumplen con la tipología de contratos susceptible del recurso especial en materia de contratación, los actos que se dictan no se eximen de recurso, ya que, por el contrario, su recurso se va a guiar, como no podía ser de otro modo, por lo que se indica tanto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015, de 1 de octubre, como en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio.

En cualquier caso, un dato importante a tener presente, es que el recurso especial no se admite cuando se siga un trámite de emergencia en los procedimientos de adjudicación.



Por otro lado, cuando existan defectos de tramitación no coincidentes con los expresados, quien tenga la condición de persona interesada, va a poder evidenciarlo ante el órgano que se encargue de la tramitación del expediente o el de contratación —con la finalidad de su corrección—, sabiendo que ello no obsta para que, llegado el caso, puedan invocarse las irregularidades en el recurso contra el acto de adjudicación.

Si la actuación de que se trate es realizada por un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública, la forma de impugnar será en vía administrativa, rigiéndose por la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La refutación se hará ante la persona que sea titular de donde se encuentre adscrita la entidad contratante o bien a quien le atañe su tutela. Cuando se trata de una entidad contratante con nexo en varias Administraciones, le va a corresponder conocer de la impugnación a quien posea una participación mayor o bien a quien tenga el control.

Hay que advertir de manera ineludible que en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico —la norma autonómica de aplicación— se alude, en su artículo 35 bis, a la competencia del Tribunal gallego mediante referencias al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. No obstante, como bien es sabido, se trata de una normativa derogada, por lo que hay que atender a la norma estatal vigente que se ha expuesto.

Junto con ello, en el mismo precepto de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, se habla también de otra norma, vigente en este caso, que es la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En relación con esta otra norma mencionada, se dice que el Tribunal Administrativo gallego que estamos estudiando, va a ser competente en relación a las reclamaciones que se contienen en el artículo 101 de esa Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Además de todo lo que se ha dicho, que se centra, en gran medida en el recurso especial en materia de contratación, en la normativa autonómica (37), se establecen de manera específica la competencia para la adopción de decisiones que versen sobre la solicitud de medidas provisionales; de la tramitación del procedimiento, así como de resolver las reclamaciones y cuestiones de nulidad (38) y finaliza la norma gallega con una clausula abierta al indicar

---

(37) En el mismo artículo 35 bis.

(38) Todo lo dicho en este párrafo lo menciona la normativa autonómica con las correspondientes alusiones a la legislación estatal en materia de contratos del sector público (que ya hemos puesto de manifiesto que hay que atender a la normativa vigente ahora por referenciarse una derogada), y a la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

que tendrá asimismo cualesquiera competencia que, bien por la normativa estatal, bien por la autonómica o bien por la europea, se le otorgue al órgano.

#### **4. El recurso especial en materia de contratación pública**

Examinada la competencia, llega el momento de adentrarnos en lo que nosotros consideramos la actividad principal del Tribunal Administrativo, siendo esta el recurso especial en materia de contratación. Si bien ya se ha visto lo que se puede recurrir y sus requisitos, toca hacer un examen de otros aspectos que afectan al mencionado recurso (39).

##### **A) Legitimación**

La primera cuestión que surge en torno a este recurso es quien está legitimado para su interposición. Esto no presenta demasiada dificultad, ya que la propia Ley nos lo desvela señalando que, dentro de los temas que sean objeto de recurso, va a estar legitimado para su interposición cualquiera que pueda ver afectados o perjudicados sus derechos o intereses legítimos (40).

Debemos llevar a cabo varias aclaraciones en este punto.

En primer lugar, no se ha hecho uso del término «cualquiera» de manera descuidada, sino que hemos intentado referenciar que la interposición del recurso va a poder ser ejercitado con independencia de que nos encontremos ante una persona física o una persona jurídica.

Por otro lado, la legitimidad de la que estamos hablando no exige un posible perjuicio o afectación directa, sino que también se contempla, para verse legitimado en la interposición del recurso, una de tipo indirecta.

Además, los intereses y derechos van a poder ser de tipo individual pero también colectivo.

La legitimación que se ofrece en la norma es amplia, aunque bien es cierto que, tal y como apunta J.M. GIMENO FELIU (2017: 28) no se incluye la acción pública. Aparte de eso, por lo demás no observamos, a simple vista, posibles sujetos que, en un pensamiento estándar debieran estar legitimados y que no puedan verse incluidos en lo establecido legalmente.

---

(39) En lo que sigue se procederá a analizar los distintos puntos del recurso en cuestión siguiendo lo establecido en la propia norma actual en la que se regula. No obstante, debemos mencionar aquí distintos estudios que deben ser confrontados: P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016), A. ARÉVALO GUTIÉRREZ (2017) y J.A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018).

(40) Artículo 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

## B) Plazo

En primer lugar, siguiendo la estructura de la Ley, un aspecto relevante que debemos destacar es que, aquellas personas que cumplan con las condiciones de legitimidad que se han expuesto, pueden solicitar medidas cautelares con anterioridad a la interposición del recurso (41). Estas medidas, como su propio nombre indica, pretenden una cautela. En atención a la normativa, su propósito es enmendar infracciones que tuvieran lugar en el procedimiento o evitar que se produzcan otros menoscabos añadidos. El Tribunal Administrativo va a disponer de un plazo de 5 días hábiles para decidir de manera motivada acerca de la adopción de estas medidas. Este plazo comienza a contar desde el día siguiente al que se presente el escrito solicitador de dichas medidas cautelares, sabiendo en los dos primeros días de ese plazo, la otra parte, es decir, el órgano de contratación, va a poder formular alegaciones que considere pertinentes. En todo caso no cabe recurso a la decisión de adopción o no de estas medidas.

Es factible que una medida cautelar pueda implicar un determinado agravio, para lo cual se puede requerir la consignación de una garantía, sin que las medidas cautelares comiencen a tener validez sin que la misma se haya constituido.

Debemos señalar que, si el recurso se presenta antes de que se resuelva acerca de las medidas cautelares, se prevé una acumulación. Esto provoca una cuestión a resolver, ¿Qué pasa si se adoptan medidas cautelares y no se llega a formalizar el recurso?. Esta pregunta no es ajena a la norma. Realmente esta situación podría darse, ya que se habla de la presentación de la petición de las medidas antes de la presentación del recurso. Esto tiene pleno sentido ya que las medidas cautelares tienen que adoptarse tempranamente en múltiples ocasiones para evitar detrimentos de los derechos o intereses que se puedan tener. Precisamente por ello, también se alude a la situación planteada, y es que, con toda lógica, si transcurriera el plazo para la presentación del recurso sin que este se llegase a presentar, las medidas cautelares decaen.

Sabiendo esto, y quienes pueden entrar dentro de la legitimidad vista en el punto anterior para interponer el recurso, nos adentramos, ahora sí, en lo relativo al plazo para su interposición (42). Este plazo es de 15 días hábiles, siempre contándolos a partir del día siguiente en que tiene lugar lo afectado por el recurso.

---

(41) Lo relativo a todo lo que va a mencionarse de las medidas cautelares figura en el artículo 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

(42) Artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Cuando se esté hablando de motivos de nulidad, debe diferenciarse entre dos supuestos. Por un lado se da un plazo de 30 días para:

- Supuestos de ausencia de publicación del anuncio de licitación en los medios establecidos.
- Cuando se produce un incumplimiento del plazo de formalización que sea imputable al órgano de contratación y que esto haya producido una privación de recurrir alguno de los actos del procedimiento y que se diese una infracción de las previstas desencadenando que no se haya obtenido la adjudicación.
- Cuando se formalice el contrato obviando la suspensión de lo recurrido o de la medida cautelar de suspensión que se adopte.
- Finalmente en los casos en los que entran en juego una diversidad de empresarios, bien por haber sido admitidos en contratos específicos que encuentran su base en un sistema de carácter dinámico de adquisición, o bien cuando han formado el acuerdo marco en que se basa el contrato. En estos supuestos, cuando existe un quebrantamiento de las normas que estuviesen fijadas para la adjudicación y esta falta hubiera tenido como consecuencia una adjudicación del contrato a otra persona licitadora.

Por otro lado, se establece un plazo de 6 meses para las restantes situaciones.

Nos encontramos, pues, con la existencia de un plazo general de 15 días hábiles. De manera excepcional y restringida a situaciones de nulidad estarían el plazo de 30 días hábiles y el de 6 meses.

Como punto final en este subepígrafe, y antes de adentrarnos en el modo de iniciar el procedimiento propiamente dicho, debemos aclarar que la persona interesada puede solicitar acceder al expediente si así lo desea (43). Esta solicitud, que se dirige al órgano de contratación, será aceptada con las restricciones que puedan derivar de la confidencialidad existente.

El plazo que se tiene para solicitar este acceso al expediente es el mismo que el que existe para la interposición del recurso que ya se ha visto. Al mismo tiempo, el órgano contratante dispone de un plazo de 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud de acceso, para atender dicha solicitud. Debemos aclarar que esta solicitud no implica una congelación en el plazo de interposición del recurso, que seguirá contando.

---

(43) Artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En este supuesto debemos detenernos brevemente, y es que, si una persona desea acceder al expediente para decantarse en su decisión de interponer o no el recurso, es posible que deba decidirlo antes de que efectivamente se le dé la posibilidad de examinar el expediente. Por ejemplo, pongámonos que tenemos el plazo genérico de 15 días hábiles para la interposición del recurso, y se decide solicitar el acceso al expediente el día 10, pero el órgano contratante no facilita el acceso hasta el día 16, puesto que son 5 días contados a partir del que se hace la solicitud de acceso. En este caso la decisión de interponer el recurso va a ser independiente al examen que se lleve a cabo del expediente porque el plazo no se paraliza. Desde nuestra óptica, entendemos que la paralización del plazo quizá no es lo más adecuado, porque implicaría aletargar una situación en la que las personas tienen intereses y desean una decisión estable. Precisamente por ello, una posible solución sería que, en caso de que se quiera acceder al expediente, esto deba solicitarse en los 5 primeros días. De esta manera el acceso tendría que darse dentro del plazo para la interposición del recurso y contando con cierto margen para el examen del expediente.

Es cierto que una persona puede interponer el recurso y con posterioridad examinar el expediente si los plazos no le permitieran hacerlo antes, y en el supuesto de que, ante el examen del expediente se decida que el recurso no tiene cabida, se desista del mismo, pero de la manera que hemos indicado nosotros se ahorraría este proceso de interposición y desistimiento si no procediese.

Junto con esto, ¿Qué sucede si no se facilita el expediente cuando es solicitado correctamente siguiendo lo establecido en la normativa?. La norma establece que debe facilitarse el expediente. No obstante, el legislador, no ajeno a que se pudiera producir un incumplimiento, también prevé que en caso de que se produzca un incumplimiento de este tipo, el recurrente lo incluya en su recurso. De esta manera el Tribunal administrativo tiene la obligación de dar acceso al expediente durante un plazo de 10 días, los cuales se indican que deben darse con anterioridad a las alegaciones, con la finalidad de completar el recurso (44). Junto con este plazo de 10 días al recurrente, se da un plazo de 2 días hábiles al órgano de contratación y de 5 días hábiles para el resto de interesados para que, respectivamente, el primero emita el informe que corresponda y los segundos realicen las alegaciones que consideren oportunas.

---

(44) En la norma no se hace ninguna especificación de días hábiles o días naturales en el caso de estos 10 días, pero como bien es sabido, esto debe entenderse por días hábiles si confrontamos el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

### C) Cómo se inicia el procedimiento

Sabiendo los sujetos legitimados y los plazos existentes para la interposición del recurso, debemos analizar ahora la forma en la cual se da inicio, o lo que es lo mismo, como se interpone el recurso.

Pues bien, la interposición se debe hacer mediante un escrito que debe contener varios elementos (45):

- En primer lugar, aquello que se recurre.
- En segundo término, la fundamentación que provoca la interposición del recurso.
- Seguidamente, como tercer aspecto a incluir, los medios de prueba que se pretenden emplear, así como las medidas cautelares que, en su caso, se quieran solicitar.
- Junto con todo esto también debe presentarse la acreditación documental de representación de la persona que comparece, sabiendo que en el supuesto de existir otro recurso ante el órgano administrativo que estuviese pendiente y en el cual estuviera unida a sus actuaciones, se puede pedir una certificación para su unión al procedimiento. Cuando la legitimación se ostente debido a una transmisión por parte de otra persona también debe acreditarse documentalente.
- Referencia de aquello que se recurre, bien mediante una copia del acto, alusión al expediente en el que se encuentra o el boletín en el que pueda verse su publicación.
- Justificación documental de su derecho.
- La especificación de una cuenta de correo electrónico a efectos de comunicaciones y notificaciones. Esta cuenta de correo electrónico tiene que estar habilitada. Compre señalar que esta habilitación de la que se habla no puede identificarse con una cuenta de correo electrónico que se encuentre en funcionamiento, sino que se trata de una cuenta especial que tiene la misión de recibir las notificaciones administrativas.

Los escritos relativos a la interposición del recurso se pueden presentar en aquellos registros establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Ahora bien, en el supuesto en el cual se presente en un registro que

---

(45) Estos los encontramos en el artículo 51 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. El mismo precepto es en el que podemos encontrar todo lo que se tratará respecto de la iniciación que exponemos en este apartado.

difiera del órgano de contratación o del propio Tribunal (46) se deberá poner en conocimiento del Tribunal este hecho de manera inmediata, esto es, en el menor tiempo posible, y por aquel método que permita una mayor celeridad. Compre decir que no se hace una enumeración de vías para llevar a cabo esta comunicación, podría entenderse que la forma más rápida es por medio de una llamada telefónica, y aunque esto pueda hacerse y supondría un cumplimiento de la disposición legal, es conveniente que quede constancia del aviso, pudiendo, por ejemplo, avisar por vía telefónica y a su vez proceder al envío de un correo electrónico.

Se ofrece un plazo tres días hábiles para la subsanación del recurso, los cuales comienzan a contar desde el día siguiente al de la correspondiente notificación, a sabiendas que si transcurren los días señalados sin que se haya procedido a subsanar, se va a considerar un desistimiento. Un aspecto importante es que la norma dice que lo relativo a la subsanación deberá entregarse de manera necesaria en el registro del órgano que deba resolver (47).

Aquí debemos hacer un breve inciso. El Tribunal Administrativo gallego lanzó un aviso con carácter previo a su puesta en funcionamiento, siendo este aviso relativo a las tramitaciones electrónicas, en atención, como entendemos que no podía ser de otro modo, de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (48). Esto deriva de la Resolución del propio Tribunal Administrativo de 21 de marzo de 2018 por la que se establecen los modelos normalizados a emplear en los procedimientos de impugnación ante ese Tribunal, por competencia atribuida en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico. Según esta Resolución, existe una preferencia de la vía electrónica como medio de presentación en el Registro electrónico de la Xunta de Galicia. También es factible optar por la presentación presencial en los registros y lugares destinados a tal efecto. En todo caso hay que seguir los modelos disponibles normalizados.

---

(46) A este respecto se prevé que el órgano publicará un listado de registros en los cuales se entiende que se entrega ante el órgano.

(47) En relación con este punto, el listado previsto que deberá dar a conocer el Tribunal en el que se entiende presentado ante él mismo, también sería aplicable aquí para la presentación de la subsanación. Á. CANALES GIL y J.A. HUERTA BARAJAS (2018: 678) han indicado que no parece tener demasiado sentido esta limitación tan específica a la presentación en el registro del órgano que debe resolver si se tiene en cuenta que se ha admitido la posibilidad de presentación del escrito de interposición en un registro que difiera del del propio Tribunal.

(48) Este aviso tiene fecha de 23 de marzo de 2018, recordando que el Tribunal comenzó su funcionamiento el 2 de abril del mismo año.

A pesar de esta prioridad por una presentación telemática, y por la posibilidad de presentación presencial, debemos tener presente que existen una serie de sujetos que van a verse obligados a llevar a cabo una presentación por la primera de las vías, es decir, la electrónica. Estamos hablando de aquellos casos en los que se trate de Administraciones Públicas, personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, personas que en el ejercicio de una actividad profesional en la que se necesita una colegiación obligatoria en el colegio correspondiente en relación a los trámites y actuaciones que se lleven a cabo con las Administraciones Públicas, así como personas representantes de las que se han mencionado. Esta obligatoriedad deriva, tal y como se indica en la propia Resolución mencionada, de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

En estos supuestos en que la presentación telemática deviene obligatoria, si se presentase en papel, se va a requerir una subsanación. Esto, que a simple vista puede parecer un mal menor, podría acarrear graves problemas para quien presenta, ya que, en caso de tener que subsanar por este motivo, la fecha de presentación que se va a tener en consideración va a ser aquella en la que se realice la subsanación. Ello implica que debe prestarse especial atención a ello para no correr el riesgo de presentar en plazo un recurso de manera presencial pero, al tener que subsanar, el recurso sea extemporáneo.

## D) Efectos

Visto lo anterior, llega el momento de tratar los efectos. ¿Qué sucede al presentar el recurso?. La respuesta a este interrogante es sencilla y la encontramos en el artículo 53 de la Ley de Contratos del Sector Público. El principal efecto que hace acto de presencia es el de suspensión del procedimiento cuando el recurso se refiera al acto de adjudicación (49). Por lo tanto nos encontramos ante una suspensión automática. Tal y como ha indicado la doctrina, se trata de una imposición *ex lege* para el órgano administrativo competente. Concretamente señala A. ARÉVALO GUTIÉRREZ (2017: 80) que «Esta suspensión viene impuesta al tribunal *ex lege* y, por ende, no debe siquiera ser solicitada por el recurrente: el órgano competente para resolver debe acordarla de oficio».

A *sensu contrario* de lo que acaba de señalarse, en el supuesto en el cual el recurso recaiga sobre otros puntos que no sean el acto de adjudicación, como puede suceder con el anuncio de licitación o los propios pliegos por poner un par de ejemplos, esta suspensión no procedería de forma automática.

---

(49) A estos e excepciona, con carácter general y sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan adoptar, aquellos contratos que tengan su base en acuerdos marco o contratos que sean específicos en relación a un sistema de adquisición dinámico.



## E) Carácter potestativo de planteamiento

No cabe duda de que la presentación del recurso especial en materia de contratación pública va a poner fin a la vía administrativa, tal y como se indica en las resoluciones del órgano. Sin embargo, aquí surge una relevante e interesante cuestión: ¿Esto implica que es un paso previo de carácter imperativo, el acudir a este órgano administrativo interponiendo un recurso especial, antes de poder dirigirnos al órgano jurisdiccional?

Nuevamente aquí tenemos una fácil respuesta, siendo esta negativa. Si acudimos a la Ley de Contratos, se nos dice con claridad que la interposición del recurso especial en materia de contratación tiene un carácter potestativo, dicho de otro modo, se deja en manos de quien corresponda su interposición o no. A raíz de esto, la doctrina, por todos P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 336-337) y A. ARÉVALO GUTIÉRREZ (2017: 63), ha coincidido en indicar la perfectamente posible situación en la que uno de los sujetos legitimados decida interponer el recurso ante el Tribunal Administrativo mientras que otro opte decida acudir a la vía jurisdiccional, sabiendo que, en dicha situación, es posible la existencia de respuestas no coincidentes (50).

En todo caso, junto con este carácter potestativo también se prevé una gratuidad en su presentación (51).

## 5. Toma de decisiones

Se ha visto en lo anterior que el Tribunal Administrativo gallego, que se está tratando aquí, presenta una composición triple, esto es, de tres personas.

Resulta evidente que el número impar de miembros favorece la toma de decisiones, evitando, *a priori*, que se produzcan empates en la votación. No obstante, ¿esto es siempre así?. Nuestra respuesta no puede ser incondicionalmente afirmativa. Si partimos de que van a acudir al órgano cuando haya que llevar a cabo las votaciones y que cada uno vota afirmativa o negativamente, es indudable que la opción de empate es inviable. Sin embargo, esto no tiene por qué acontecer de esta manera siempre y en todo caso. Así pues,

---

(50) Cabe recordar que ya en su momento el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo había instado al carácter potestativo de recurso, a pesar de que en su momento inicial se había establecido como obligatorio. Asimismo, una parte importante de la doctrina se ha mostrado partidaria de regresar a la obligatoriedad en relación a la interposición de este recurso, en torno a esto P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: 332-338).

(51) Todo ello aparece en el apartado 7 del artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

es perfectamente factible que se produzca un empate por diferentes motivos como puede ser una ausencia de algún miembro por el motivo de que se trate —piénsese en enfermedad o imposibilidad de asistir—.

Junto con la posibilidad de que no acudan las tres personas, existen otras posibilidades que se nos viene a la mente cuando pensamos en la posibilidad de que se produzca un empate.

Una de ellas es la abstención. Advertimos que no nos referimos ahora a que una de las personas que conforma el Tribunal decida comunicar que no puede tratar el asunto por concurrir una determinada circunstancia que se lo impida. A lo que se alude en este momento es a que en la propia votación de la cuestión, al no decantarse por un voto a favor o en contra, alguno de los integrantes del órgano decida no votar. Es cierto que la Ley no alude a esta posibilidad en concreto, al igual que no alude a la toma de decisiones, pero sí que podemos acudir a otros cuerpos normativos con base al artículo 35 quinquies de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre. Así pues, confrontando el artículo 17 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, podemos observar como la abstención no está permitida bajo ningún concepto, descartándose esta opción.

La siguiente posibilidad, que es por todos conocida, es la otra modalidad de abstención. Cuando una persona considera que existen determinadas circunstancias que van a afectar a su imparcialidad, y por ello decide abstenerse, o bien su polo opuesto, la recusación, cuando es el interesado el que prevé una falta de imparcialidad en atención a las circunstancias de que se traten. Nuevamente debemos acudir a normativa diferente a aquella en la que el órgano está regulado, y en esta ocasión, la normativa adecuada no es otra que el artículo 23 y 24 de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En estos preceptos se puede ver bastante detalladas las circunstancias que llevan a ambas actuaciones de abstención y recusación. Las causas de abstención serían:

- La existencia de un interés personal, ya no solo de manera directa sobre el asunto que se esté tratando sino de manera indirecta cuando una resolución resultante pueda influir en otro en el que se tiene ese interés.
- El hecho de ser administrador de la sociedad o bien de la entidad que sea la interesada.
- La existencia de un litigio pendiente con alguna de las personas interesadas.
- La existencia de un vínculo matrimonial o relación análoga, o una relación de consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo. Cuando esto se produzca con alguna de las personas

que tenga la condición de interesada, o con quien tenga la condición de administrador de entidades o sociedades que sean consideradas interesadas, sabiendo que también se incluye a quien sea asesor, quien ostente la representación legal o quien sea mandatario intervinientes en el procedimiento, estando también prevista la situación de compartir despacho profesional o que exista una asociación en torno al asesoramiento, representación o mandato.

- La existencia de una relación de íntima amistad o bien de enemistad manifiesta.
- Cuando se haya ejercido de perito o testigo en el procedimiento correspondiente.
- Cuando exista una relación de servicio con la persona que sea interesada de forma directa en la cuestión o cuando a lo largo de los 2 años precedentes se le haya asistido profesionalmente.

Aquí puede observarse como existen unas causas de abstención bastante lógicas y coherentes respecto de relaciones afectivas (parentales, mediante vínculo matrimonial o de amistad), pero sin olvidar también la posible relación profesional que pueda existir junto con el propio interés personal por el motivo de que se trate.

Por otro lado, en relación a las causas de recusación, la propia normativa se dirige a las causas de abstención para señalar que, cuando alguna persona incurra en ellas, se puede solicitar la recusación de esa persona por escrito.

Dicho esto, volvemos al planteamiento inicial relativo a que sucede en caso de empate. La respuesta que entendemos más lógica es que la Presidencia o persona que actúa como tal debería contar con el voto de calidad, y en este supuesto, tendríamos que su voto vale más (52). Esto es uno de los aspectos que debería incluirse en el futuro Reglamento de funcionamiento al que se ha hecho mención en la normativa de aplicación.

## 6. Las resoluciones del TACP

Señalado todo lo anterior, uno de los puntos que pueden ser tratados es el relativo a las resoluciones.

Lo primero que debe señalarse es la existencia de un plazo de 2 meses para dictarlas. Cumplido este plazo, se pone en práctica el silencio administrativo negativo. No se puede olvidar que esta determinación en el caso en el cual

---

(52) Esto no resulta algo extraño, ya que sucede en otros Tribunales similares como es el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Artículo 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras.

no se cumpla el plazo no es más que una ficción que nos permite considerar que el órgano ha resuelto y por ende, poder acudir con ello a la jurisdicción contencioso-administrativa sin que el procedimiento se postergue eternamente. Por lo tanto actúa como una garantía que se pone a disposición de las partes.

La norma en la que se incluye el Tribunal objeto de estudio no alude a las resoluciones a lo largo del Título dedicado a este organismo, sin embargo, desde nuestra perspectiva, es necesario entrar a indicar cuál es la estructura de las mismas.

Observando las que se han dictado hasta el momento, se puede decir que las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia tiene una estructura equivalente a una Sentencia judicial, encontrándose tres partes diferenciadas: los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y la decisión final. En lo que concierne a la decisión final, esta no se encuentra precedida de una nomenclatura independiente a modo de título sino únicamente con un punto y aparte y destacando la palabra «resuelve».

Junto con ello se prevé un encabezado donde se indican una serie de datos técnicos como el recurso, las partes, el número de expediente y si la resolución ha sido adaptada o no por unanimidad. A modo de cierre de la resolución, como no podía ser de otro modo, se indica que se pone fin a la vía administrativa y la posibilidad de recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa (53).

Debemos señalar en este punto que, respecto de las resoluciones y actos administrativos, su notificación únicamente se llevará a cabo por medios electrónicos, y concretamente se practican mediante el denominado «Sistema de Notificación electrónica de Galicia-Notifica.gal».

Dicho todo lo anterior, resulta interesante hacer referencia a la actividad del Tribunal gallego desde su funcionamiento hasta la actualidad.

A este respecto, en el año 2018 se dictaron 133 resoluciones, y en lo que va de año 2019, hasta el 10 de octubre, se han dictado 203. Estos datos sirven para mostrar el afianzamiento que está teniendo este órgano, el cual va camino de doblar la cantidad de resoluciones en 2019 respecto del año anterior. Si bien es cierto que hay que tener en cuenta que en 2018 el Tribunal

---

(53) El texto característico que suele formularse como punto final sería el siguiente: «Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa».

gallego no estuvo en funcionamiento desde el principio, sino que, como se ha comentado en las páginas precedentes, comenzó su andadura el 2 de abril.

## 7. El Reglamento del Tribunal gallego

Como se ha adelantado, la normativa autonómica habla de un reglamento de funcionamiento que elaborará el propio Tribunal y que va a tener que ser publicado en el Diario Oficial de Galicia (54). Como resulta evidente, la creación de esta norma aún no ha tenido lugar. Esto no es extraño dado el escaso tiempo que el órgano autonómico lleva en funcionamiento. Sin embargo, lo más probable es que en un futuro no muy lejano este Reglamento vea la luz.

Aquí surge una pregunta inevitable, ¿Es realmente necesario la redacción de este Reglamento para el buen funcionamiento del órgano?. La respuesta, al menos desde nuestra perspectiva, debe ser negativa. Si bien es cierto que la Ley lo establece y por tanto, en cumplimiento de la legalidad debe hacerse, la realidad es que el Tribunal Administrativo autonómico funciona actualmente sin que el mismo haya hecho acto de presencia. Con la normativa, tanto estatal como autonómica, es suficiente para saber cómo debe actuarse y en qué casos. Ahora bien, el hecho de poder reunir estos aspectos en un solo cuerpo normativo, es un aspecto positivo que debe tenerse en cuenta a la hora de pensar en la necesidad del Reglamento. En otras palabras, aunque para el funcionamiento *stricto sensu* no se requiere, puesto que si fuese un aspecto *sine qua non* para ello, el Tribunal examinado no podría estar funcionando ahora mismo dada la inexistencia del Reglamento, ello no obsta para que sea una buena idea de cara a tener una norma compacta en la que encontrar los distintos aspectos relativos al funcionamiento del órgano.

## VI. CONCLUSIÓN

Después de todo lo expuesto, llega el momento de concluir con una breve reflexión final.

En España, frente a otros modelos posibles, se ha optado por atribuir la resolución del recurso especial en materia de contratación pública a órganos administrativos. Con esto se favorece, desde nuestra óptica al menos, una agilidad en un tema que reviste una importancia que así lo demanda.

De manera específica, la Comunidad Autónoma de Galicia, en un correcto ejercicio de su competencia de desarrollo de la normativa estatal básica en

---

(54) Artículo 35 quinquies de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

materia de contratación administrativa, ha creado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia. De esta manera se une al resto de entes autonómicos que también procedieron a la creación de este órgano en sus respectivos territorios.

En el caso gallego, este órgano administrativo que va a caracterizarse por ser especializado e independiente, está constituido por tres personas que tienen un mandato de 6 años. Sabiendo que, en todo caso, se trata de personas elegidas mediante una convocatoria pública, con experiencia profesional acreditada y que poseen conocimientos jurídicos, todo lo cual no deja de ser una garantía respecto del adecuado funcionamiento del Tribunal. La opción organizativa elegida por el legislador puede considerarse acertada, si bien en varios aspectos se sigue la estela marcada por el Tribunal Central, se ha conseguido una correcta configuración del órgano autonómico propio que permite que, a pesar de que el recurso especial tenga un carácter potestativo, se le considere como una opción real a tener en cuenta por los legitimados para interponerlo.

Esto se pone de manifiesto a nivel práctico, ya que, desde que comenzó su funcionamiento, en abril del año 2018, ha llevado a cabo una importante actividad, siendo cada vez más los recursos especiales en materia de contratación que llegan al mismo para que sean resueltos.

A nuestro juicio, no cabe duda de que se trata de una posibilidad idónea para la resolución de posibles conflictos en la contratación pública. Piénsese que realmente se está ante un paso que no nos impide ir con posterioridad a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que no vemos inconveniente en acudir a este Tribunal Administrativo, sobre todo teniendo en cuenta la sobre carga de trabajo que sobrevuela al Poder Judicial con carácter general.

Lo que parece claro es que se trata de un órgano administrativo que, por la realidad que lo rodea, tiene una vocación de permanecer en el tiempo y seguir contribuyendo a la resolución de aquellos recursos especiales en materia de contratación que las personas legitimadas le planteen.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso (2017): «La revisión de los actos administrativos en materia de contratación: el recurso especial», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 37, pp. 39-88.
- BAÑO LEÓN, José María (2018): «Artículo 149.1.18», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia, pp. 1376-1384.

- BLANCO VALDÉS, Roberto Luis (2003): *La Constitución de 1978*, Madrid, Alianza Editorial.
- CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Alberto Justo (2018): *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (1979): «La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas», *Revista de Administración Pública*, 89, pp. 7-59.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1999): «Artículo 159. La composición del Tribunal Constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1981): «El status del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, pp. 11-34.
- GIMENO FELIÚ, José María (2017): «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», *Documentación Administrativa (Nueva Época)*, 4, pp. 7-30.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2010): «La normativa europea procesal, de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales», *Documentación Administrativa*, 288, pp. 43-63.
- HERNÁNDEZ SALGUERO, Elena (2013): «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 28, 79-120.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. (2016): «sobre la controvertida naturaleza «jurisdiccional» de los tribunales administrativos de recursos contractuales», en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 499-510.
- HUERGO LORA, Alejandro (2018): «Artículo 149.1.18º», en MUÑOZ MACHADO, Santiago (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución Española*, Madrid, Crítica Editorial, pp. 608-609.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1989): «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, pp. 39-92.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio (1995): «La caracterización de la naturaleza jurídica de la atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución: unas consideraciones introductorias», *Revista de Estudios Políticos*, 90, pp. 173-192.
- MARABEL MATOS, Jacinto J. (2017): «El carácter cuasijurisdiccional del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura. Una aproximación desde la jurisprudencia comunitaria», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 33, pp. 1-18.

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2017): «Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea: (análisis particular en materia de contratación pública)», en MÍGUEZ MACHO, Luis y ALMEIDA CERREDA, Marcos (coord.), *Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico: Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Santiago de Compostela, Andavira, pp. 617-637.
- MORENO MOLINA, José Antonio y PINTOS SANTIAGO, Jaime (2015): «El sistema español de contratación pública», *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, 1, pp. 181-220.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2018): «El recurso especial en materia de contratación en la nueva ley de contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 191, pp. 149-190.
- RUBIO LORENTE, Francisco (1982): «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 4, pp. 35-67.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2015): «El sistema de Tribunales Administrativos de recursos contractuales», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 32, pp. 41-78.
- TUDELA, José y KNÜPLING, Felix (coords.) (2012): *España y modelos de federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2016): «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid, INAP, pp. 303-367.



# **BIBLIOGRAFÍA**

DE LA CRUZ FERRER, Juan, dir. (2019), *Energía y derecho ante la transición renovable*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 204 pp.

Esta obra recoge la opinión de juristas y expertos procedentes de Compañías del sector energético, de la Universidad y del Organismo regulador expuestas durante el Coloquio Jean Monnet organizado por el Centro Europeo de Regulación Económica y Competencia (CERECOM) con la colaboración del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

El título de manera sencilla y breve refleja la materia principal que se va a desarrollar a lo largo de los capítulos: cuestiones relacionadas con la energía y la transición energética.

La estructura está compuesta por nueve Capítulos divididos en tres partes: en la primera de ellas se aborda la importancia de la energía y las claves para la transición energética; en la segunda se analizan de manera concreta el papel del sector eléctrico, gasístico y petrolífero en la transición energética; y en la tercera se analizan problemas jurídicos relacionados con las redes eléctricas, el comercio eléctrico o las nuevas competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

A lo largo de estos capítulos, de manera dispersa, encontramos ciertas partes, en las que, aunque no hay grandes novedades en la información, pues los datos son sobradamente conocidos entre los especialistas, resulta útil disponer de ella, porque recopilan información básica necesaria para una correcta comprensión del sector energético.

1) Las materias analizadas en cada capítulo son diferentes, pero sus explicaciones se aglutinan en torno a tres grandes conceptos asumidos en común.

El primero y principal de ellos es la transición energética, expuesta ampliamente por MIELGO ÁLVAREZ, que se considera necesaria para combatir la contaminación atmosférica y el calentamiento global que producen los combustibles fósiles. Esta transición debe ser urgente, irreversible y perentoria.

La clave para la transición es cambiar el modelo energético basado en el consumo de energías primarias fósiles a otras fuentes que eliminen casi de manera completa los combustibles fósiles, como son las energías renovables.

Esta transición tendrá dos puntos fuertes: de un lado descarbonizar la oferta del sector energético mediante la implementación de nuevos recursos renovables o nucleares, y de otro lado aumentar el ahorro energético en la demanda mediante la eficiencia energética o una mayor participación del consumidor en el mercado.

Para lograr esta transición debe producirse un cambio en la forma de entender la política energética. Hasta épocas recientes se entendía que la política energética formaba parte de la política económica, debido a su gran valor estratégico. En cambio, actualmente se entiende que la política energética debe quedar subordinada a la política climática. Este cambio de criterio es consecuencia de entender que, de los tres objetivos de la política energética (garantía del suministro, coste asequible y competitivo y una producción sostenible medioambientalmente), el más importante de ellos es la sostenibilidad medioambiental. Pero pese a esta prioridad de las necesidades medioambientales, quizá no sea desacertado mantener algún grado de relación entre las políticas económica y medioambiental, ya que por ahora los Estados priorizan la viabilidad económica de sus decisiones medioambientales.

El segundo elemento en común mencionado por DE LA CRUZ FERRER y ENCINAR ARROYO, es aceptar, desde una perspectiva jurídica, que el suministro de energía posibilita la vida en la forma que la conocemos, permitiendo el ejercicio de otros derechos fundamentales y libertades públicas, como por ejemplo la integridad física o la libertad de empresa, entre otros. En nuestro texto constitucional el artículo 28 establece que se deben de asegurar «los servicios esenciales de la comunidad», entre los que se incluiría la energía. Pero esta terminología nacional fue desplazada por el régimen europeo de «servicio de interés económico general». Estos servicios comprenden derechos de los ciudadanos que se garantizarán mediante «obligaciones de servicio público», siendo impuesto su cumplimiento a prestadores de servicios públicos, con la finalidad de proteger a todos los consumidores.

El tercero de los elementos compartidos en común, por autores como DE LA CRUZ FERRER, MIELGO ÁLVAREZ, MARTÍN MARTÍNEZ & RIVIERA GARCÍA DE LEÁNIZ es la necesidad de crear un marco institucional y regulatorio estable, que aporte seguridad jurídica, sin modificaciones retroactivas, suficientemente atractivo para atraer la inversión, pero que a la vez tenga flexibilidad suficiente para adaptarse a las novedades que plantea la realidad. Cuestión verdaderamente complicada, habida cuenta de las dificultades políticas que plantea priorizar el interés general por encima de los beneficios electoralistas.

2) En relación con lo anterior destaca el análisis realizado en la obra de tres sectores energéticos distintos y la aportación de cada uno de ellos a la transición energética.

Uno de ellos es el sector eléctrico, considerado el más importante por SALA ATIENZA, que afirma la necesidad de electrificar todo el sistema económico, energético y de transporte. En el proceso de electrificación se advierten dos dificultades. Una a nivel a nivel jurídico, por la regulación del sector eléctrico, bien mediante normas infralegales, que aportan inseguridad jurídica, o mediante Decretos Leyes con excesiva asiduidad. Su carácter de norma urgente

y extraordinaria permiten obviar el trámite de audiencia ciudadana, que, por el contrario, sí es potestativo realizar en la elaboración de normas reglamentarias. Tras sucesivas modificaciones en normas reglamentarias realizadas mediante Decreto Ley, se ha producido el fenómeno de otorgar rango legal a partes de un reglamento. La otra dificultad es a nivel técnico, derivado de la complejidad de los términos eléctricos, que obliga a que las normas regulen por escrito magnitudes físicas o económicas mediante fórmulas matemáticas complejas o gráficas que son complicadas de comprender para poder ser evaluados.

El sector del gas, es otro de los analizados, en esta ocasión por CEPEDA MORRÁS, defendiendo que, en un contexto de transición energética, descarbonización y promoción de energía limpia, el gas encuentra su fundamento de pervivencia en aportar seguridad, constancia y garantía al suministro energético, puesto todo ello en entre dicho por la intermitencia de las renovables.

El último sector energético analizado, el petrolífero, representado por MARTÍN MARTÍNEZ defiende su virtualidad no solo en la intermitencia de las renovables, sino en la incertidumbre fáctica, económica y tecnológica de consecución de las cuotas propuestas mediante renovables. No se tiene seguridad de que se pueda prescindir al 100% de la energía fósil, ya que ni los objetivos fijados para 2050 por la Unión Europea lo contemplan. Por lo que sería necesario mantener una cuota de energía fósil durante la transición y de manera posterior. Esto se podría interpretar de manera que, en una economía hipocarbónica cada una de las energías convencionales ocupe una cuota productiva que le sea compatible con el medio ambiente, y además permitiera estabilizar el sistema eléctrico y mantener precios asequibles de la energía con menores costes de operación del sistema.

Desde el sector petrolífero han elaborado su propia Visión de 2050, en la que priorizan reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> mediante la innovación tecnológica de equipos, procesos y combustibles, que les permitiría ser una alternativa ecológica viable y de menor coste.

Para la consecución de estos planteamientos a largo plazo, en primer lugar, habría que elaborar un marco regulatorio estable que incentivase y asegurase la inversión petrolífera en el sector, y que permitiese poder materializar todos los objetivos propuestos.

3) Por otro lado, se destacan nuevos elementos que adquirirán un papel importante en los sistemas energéticos.

Como epicentro del mercado energético, encontramos según ENICINAR ARROYO al consumidor activo, capacitado y digitalizado, que actuará de manera explícita por sí mismo reduciendo el consumo energético a las horas valle, o a través de los agregadores de demanda y las comunidades locales de energía renovable (CLERES). Este nuevo papel se potencia por otros elementos como hogares con Smart appliances, el control en tiempo real de los precios por

contadores inteligentes, el almacenamiento de energía en economías de compartición o la eliminación del gestor de cargas.

Especialmente importante entiende RIVIERA GARCÍA DE LEÁNIZ el autoconsumo (individual o colectivo), por ser el propio consumidor el que participa en el mercado mediante la micro generación eléctrica, dando lugar a la nueva figura de *prosumidor*, en el que el consumidor también genera electricidad. El derecho al autoconsumo abarca el derecho a poder producir, consumir, almacenar y vender la propia energía generada. Según ENCINAR ARROYO existen dos tipos de autoconsumo: a) autoconsumo sin excedentes al que se le concede la exención de los permisos de acceso y conexión a la red, que debe instalar un sistema antivertido a la red, cuya función es evitar vertidos de energía a la red, mediante el corte de la corriente o la realización de un balance, en el que se pondera la energía generada con la consumida; b) autoconsumo con excedentes que en todo caso debe obtener los permisos de acceso y conexión a la red, pero que se subdivide en dos categorías: una en la que no se compensa al prosumidor por el excedente, debiendo pagar peajes de generación por el exceso de energía; y otra en la que se compensa al prosumidor por la energía excedentaria, la cual no se considerará incorporada a la red, no pagando peajes de generación. Una de las principales críticas del sistema de compensación es que el precio pagado por la comercializadora en la compra de la energía excedentaria vertida a la red, la abona al PVPC (precio voluntario pequeño consumidor), mientras que el consumidor al ser suministrado deberá pagar por dicha energía el precio pactado o el precio establecido en la tarifa.

Y como intermediario entre el consumidor y el sistema eléctrico, destaca el agregador de la demanda. Según ENCINAR ARROYO el agregador pacta con el consumidor flexibilidad en su consumo, para reducir su demanda en determinados momentos, sin afectar el funcionamiento de la actividad del consumidor. A cambio el consumidor recibe una compensación económica. Como consecuencia el sistema ve cómo aumenta o se reduce la demanda de energía, permitiendo que la producción energética abastezca plenamente la demanda de consumo, asegurando la capacidad del sistema energético.

4) De manera paralela a las cuestiones anteriores SALA ATIENZA (completado por puntualizaciones de DE LA CRUZ FERRER en un capítulo anterior) plantea una breve evolución de los sistemas eléctricos. Los primeros modelos se basaban en sistemas centralizados verticales, basados en economías de gran escala, con redes unidireccionales, en los que la gestión de la oferta era el principal objetivo del Operador del Sistema. Posteriormente se pasó a sistemas descentralizados horizontales, que vierten energía a la red de distribución, permitiendo una circulación por las redes de manera bidireccional (producción-consumo). En una comparativa realizada en España, apunta a una transición del sistema

eléctrico, que va de un monopolio natural Estatal, hasta que en el año 1997 se produce una segmentación vertical de las distintas actividades.

Esta segmentación de actividades permite diferenciar dos tipos de actividades: a) actividades reguladas o no competitivas (son el transporte y la distribución) en las que su retribución se fija administrativamente para evitar situaciones abusivas por el propietario de la única red existente, pero respecto de las que se establece el libre acceso de terceros, ya que la propiedad de las redes no otorga exclusividad en el uso; b) actividades liberalizadas o especialmente competitivas (son la producción o generación y la comercialización o compraventa mayorista y minorista) las cuales se han privatizado, permitiendo introducir la competencia y teniendo en cuenta los costes de información y transacción que afectarán al comportamiento del consumidor.

En cuanto al Estado señalar que sus competencias se han quedado reducidas a la planificación de instalaciones de transporte derivado de su competencia de planificación urbanística y ordenación del territorio.

5) Como capítulo final, pero no por ello menos importante, RODRÍGUEZ PARAJA analiza brevemente la nueva asignación de competencias a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por ser el órgano regulador. La CNMC participa en las competencias asumidas por el Estado en el artículo 149.1.25<sup>ª</sup> CE, respecto de las bases del régimen energético. Ahora es el Ministerio para la Transición Ecológica el que aprueba orientaciones en cuestiones de política energética que reseñarán las prioridades estratégicas del Gobierno, pudiendo la CNMC tenerlas en cuenta o no por tratarse de «soft law», a la hora de ejercer su función regulatoria mediante sus Circulares normativas y Resoluciones que inciden en aspectos de política energética.

Pilar LUCEA FRANCO

GIMENO FELIÚ, José María, *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 388 pp.

Tras diez años de vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el 9 de noviembre de 2017, es publicada — BOE núm. 272— 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.

A partir de ese momento la doctrina administrativa se ha volcado, sapientemente, a analizar los nuevos alcances propuestos por la actual ley y que en definitiva intentan explicar una materia tan compleja como la contratación pública.

En este sentido, el profesor GIMENO FELIÚ, nos brinda una monografía completa y rigurosa que dogmáticamente aborda, como indica el subtítulo de la obra, las «*principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*» que produce la actual legislación. El rigor académico del profesor GIMENO FELIÚ no es una novedad. El autor es sin duda uno de los más reconocidos expertos nacionales e internacionales en materia de contratos públicos y esto se hace patente tanto en el contenido de la obra reseñada así como en su estructura. Cabe señalar que la obra ahora comentada, así como indica su autor en la Nota Previa, «tiene su origen, con carácter principal, en el Capítulo I del libro colectivo (dirigido por el mismo autor), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018».

La obra se compone de dos capítulos además de una introducción y un epílogo reflexivo. Sin duda se trata de una obra de gran interés académico, principalmente porque no solo admite la visión práctica de la materia sino, también, porque incide sobre una necesaria reestructuración de la organización administrativa que permita transformar la perspectiva de la gestión pública por lo menos en materia de contratos públicos.

En la introducción, el profesor GIMENO FELIÚ profundiza en las condiciones que han impulsado la necesaria reforma europea de la contratación pública. En este sentido y aunque someramente, es trascendental señalar que en el ámbito europeo, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, inciden en la modernización de todo el sistema público de contratación que fundamentalmente debe de responder a las especialidades que dimanar del contexto de globalización económica.

Naturalmente, esta realidad no debe culminar en una liberalización desenfadada que, en caso de que así fuera, y en materia de contratación pública especialmente, podría disminuir la necesaria transparencia.

Precisamente en este escenario, la obra se dedica a analizar la contratación pública como una estrategia que finalmente tiene como propósito prevenir aquellas dinámicas de corrupción que sin duda serían lesivas por el entero sistema de contratación pública (argumento este último especialmente conocido por el autor que, por ejemplo, afrontó sapientemente en el trabajo «*La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad*» en la obra colectiva que dirigió con Julio TEJEDOR BIELSA y Manuel VILLORIA MENDIETA, titulada «*La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*», Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247-300).

Así es, en definitiva, aquellos principios que identifican la transparencia y el buen gobierno y que en España observamos con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, encuentran cierta adaptación al sistema de contratación del que se ocupa la introducción de la obra y que en definitiva busca explicar los indicadores que colaboran en la construcción de una nueva gobernanza pública.

Testimonio de esto es, por ejemplo, la eliminación, en la actual Ley 9/2017, del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía así como la nueva regulación del contrato menor que mediante nuevos parámetros procedimentales parece ser más restrictiva con respecto a la legislación anterior.

Naturalmente, lo hasta ahora afirmado debe ser ajustado a la perspectiva europea en materia de contratación pública sin olvidar el recorrido que la misma Unión Europea hizo para plantear las directivas citadas que actuaron como base obligatoria de la Ley 9/2017.

En este sentido, la obra hace hincapié en *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* de 2011, que precisamente actúa como quizá el primer instrumento de recopilación pública de los cambios legislativos que así aportan una mayor facilitación y flexibilización en la adjudicación de los contratos públicos.

Seguidamente, la obra reseñada se ocupa de desgranar la Resolución de 25 de octubre de 2011 que el Parlamento Europeo dicta en materia de modernización de la contratación pública. Finalmente, se mencionan y analizan los proyectos de nuevas directivas —posteriormente aprobadas como Directivas 23, 24 y 25 de 26 de febrero de 2014— dirigidas principalmente a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales [COM (2011) 895 final], proyecto de directiva en materia de contratación pública [Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)] y proyecto de directiva en



...

materia de adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20 de diciembre de 2011, COM (2011) 897 final 2011/0437 (COD)].

El segundo capítulo, entra de pleno en la transposición de las Directivas europeas en el ordenamiento español que como es sabido se transponen mediante la iniciativa legislativa ordinaria, por lo tanto según tiempos bastante largos. Ha resultado interesante la lectura de «Los trámites del proceso de transposición en España». El profesor GIMENO FELIÚ hace un recorrido puntual acerca del camino que las Directivas han tenido que hacer en el ámbito del ordenamiento legislativo español. Un camino iniciado el 17 de abril de 2015 con la aprobación en el Consejo de Ministros, de los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España y terminado, por lo menos en materia de contratación pública y de contratos de concesión, con la aprobación, el 19 de octubre de 2017, de la Ley de Contratos del Sector Público. Dicho recorrido no ha sido exento de complejidades, la mayoría de las cuales debidas a una cierta inestabilidad política que España sufrió en ese periodo. Precisamente en este contexto y debido a la terminación prematura de la legislatura, no fue posible transponer la directiva sobre contratación de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Una vez sentadas las bases de la transposición, el autor se dedica a hacer una valoración inicial acerca de la nueva ley de contratos del sector público. En este sentido, la obra afronta la dimensión del principio de integridad, la contratación socialmente responsable y la calidad en la contratación pública. Sin duda tres pilares que nos otorgan una parte importante de la identidad de la nueva ley.

Sugiere el autor —reconociendo el contenido de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción— que la integridad «forma parte del derecho a una buena administración», cumpliendo además el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho a una buena administración. El artículo 1 de la Ley 9/2017 se ocupa precisamente de formular este principio aunque, no se esconde el autor en decirlo, la referencia a este principio pasa un tanto desapercibida y aconseja que su redacción sea «más didáctica». Se trata de una afirmación totalmente certera. El principio de integridad representa el elemento *cardinal* sobre cuyo eje debe girar el problema de la corrupción en el ámbito de la contratación pública, por eso, debe asumir una posición de mayor relevancia en la Ley 9/2017.

En materia de contratación socialmente responsable, el autor emprende un estudio que finalmente considera las políticas de desarrollo sostenible como impulso necesario al tejido empresarial de las PYMEs. En este sentido, la nueva ley de contratos públicos ofrece una novedad sustancial. Así, el artículo 1.3 de la ley introduce criterios sociales y medioambientales que naturalmente

deben guardar una relación con el objeto del contrato. Señala el autor que precisamente en este escenario estratégico, la nueva ley permite abandonar aquella burocratización que era propia de la anterior normativa.

El segundo capítulo se concluye con el análisis de la calidad en la contratación pública, definitivamente un nuevo paradigma que una vez más se incorpora en la nueva estrategia que quiere brindar la legislación transpuesta. El autor afirma que la calidad en los contratos públicos no supone un mayor gasto así como no incide en el principio de eficiencia. Precisamente este último principio permite encauzar los fondos públicos haciendo que esto contribuya a una mejor eficiencia de la actividad contractual y operacional de la Administración pública.

La Ley 9/2017 permite, quizá por primera vez, descifrar y apreciar el binomio calidad y rentabilidad, un factor conocido en el ámbito de las relaciones empresariales entre particulares, pero inexplorado, por lo menos en profundidad, en el entorno público.

El tercer capítulo, el más extenso, permite al lector entender los elementos trascendentales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La primera aportación en este sentido es el análisis del poder adjudicador y sus consecuencias prácticas. Las directivas europeas trasladan la exigencia de que la Ley de Contratos del Sector Público se aplique a todos los poderes adjudicadores, por eso, la medida es trascendental en la nueva normativa nacional. En este sentido, la misma ley, aunque no defina el concepto de poder adjudicador, otorga un listado bastante amplio de los que deben ser considerados poderes adjudicadores (artículo 3.3). La enumeración citada se enmarca en lo que el encabezado del artículo 3 denomina «ámbito subjetivo» así que en esta misma norma se identifican las entidades que forman parte del sector público (artículo 3.1) y aquellas que tendrán consideración de Administración pública (artículo 3.2).

Señala el autor que resulta de interés la introducción de una «doble faceta» de ciertos entes públicos que pueden ser poderes adjudicadores y operadores económicos como, por ejemplo, las Universidades Públicas. Dicha situación, afirma el autor, acertadamente, se debe a que la normativa europea en realidad no atiende precisamente al elemento subjetivo sino que aplica el concepto objetivo que finalmente busca la mera existencia o no de un contrato público en sentido estricto. Así que, de esta manera, será necesario verificar en qué modalidad actúa la entidad pública, distinguiendo si lo hace como poder adjudicador o como operador económico. Naturalmente en el caso de que lo haga como poder adjudicador, deberá someterse a las normas de la legislación contractual, sin embargo, avisa, GIMENO FELLÚ, si lo hace como operador económico, no se le deberá extender el régimen de poder adjudicador a las actuaciones que deriven del contrato de que es adjudicatario.

...

Tras identificar los negocios excluidos de la calificación de contrato público que finalmente es la consecuencia, por ejemplo, de la transposición de la Directiva 2014/24/UE —véase el considerando 4º—, y que conllevan el estudio de la horizontalidad y de la verticalidad de la cooperación, el autor analiza los nuevos tipos contractuales y su incidencia en la práctica. Este examen tiene su punto de partida en la incorporación en la legislación nacional de los conceptos del derecho europeo. Así que, la tipología de contratos *clásicos*, de obra, de concesión de obra o de concesión de servicios por ejemplo, encuentran, en la nueva ley, un ajuste definitorio que sin duda se ve influenciado por ciertas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asimismo, desaparece el contrato de colaboración público-privada y se regula puntualmente el contrato mixto. En materia de tipología de contratos, el autor de la obra, *apuesta* por una verdadera «nueva dimensión» de la concesión de obras y de servicios que introduce el concepto de riesgo operacional, opción, esta, que, en parte, ha permitido eliminar las figuras del concierto y de la gestión interesada, haciendo que el concesionario asuma los riesgos inclusive aquellos propios de las incertidumbres del mercado que puede traducirse, indica el profesor GIMENO FELLIÚ, en competencia con otros operadores.

La obra, se ocupa seguidamente, de analizar la solvencia y la capacidad de los licitadores. En definitiva, se trata de examinar la aptitud del licitador que como establece el artículo 65.1 de la Ley 9/2017: «Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas». El autor, que naturalmente, no desconoce el alcance teórico de la norma, se ocupa de analizar las implicaciones prácticas de la solvencia que define como «decisivas en la correcta adjudicación y ejecución de cualquier contrato público o concesión». Precisamente en este sentido, el autor afronta la que probablemente es una de las mayores novedades en este escenario, es decir, la solvencia de los licitadores plantea también la «adscripción de medios como complemento necesario a la solvencia que se exige, [es decir], un plus de solvencia».

En materia de procedimiento de adjudicación, el profesor GIMENO FELLIÚ afronta el concepto de mejora de la transparencia. Precisamente la transparencia es el elemento que garantiza la claridad en materia de contratación pública. Es interesante la visión del autor en esta materia ya que plantea la transparencia como un avance necesario que no debe ser entendido como una carga administrativa para las entidades públicas. En la práctica esto se traduce, por ejemplo, en la redacción *crystalina* de los pliegos técnicos así como en una mayor vigilancia en los procedimientos simplificados que no deben ser utilizados como medios para contratar indebidamente.

Asimismo, la obra aborda los criterios de adjudicación haciendo especial énfasis en el binomio calidad-precio. En materia de calidad, se trata de establecer una serie de criterios de ponderación que permitan identificar la adecuación de la prestación objeto del contrato público a las características específicas del mismo. En este mismo sentido, señala el autor, que la calidad se convierte en el paradigma necesario que permite comparar adecuadamente las distintas ofertas, haciendo, de esta manera, que se cumpla con el principio de igualdad. Para que todo esto pueda ser cumplido, avanza el profesor GIMENO FELLÚ, es «muy aconsejable establecer umbrales a superar», es decir, unos mínimos que permiten precisamente esta adecuación.

En la vertiente de la adjudicación, es necesario además individuar el precio o mejor dicho el *justiprecio*. Aunque, como se destaca en la obra, el precio, en la nueva legislación, no asume una posición determinante, resulta ser un criterio que, entre otros, colabora en la adjudicación del contrato público. Así que la determinación del precio deberá ser justificada atendiendo al necesario perfeccionamiento del objeto del contrato.

En definitiva, la ponderación calidad-precio debe ser considerada en la medida de que la mejor oferta económica no siempre corresponde a la más adecuada en términos de calidad. Naturalmente, destaca el autor, «el sistema de puntuación deberá descansar en reglas o parámetros de medición previamente explicitados».

En su obra, el profesor GIMENO FELLÚ, aborda también el papel de la investigación y de la innovación que gracias a la legislación europea es hoy una realidad. Precisamente la Directiva 2014/24, permite la adquisición de productos y servicios innovadores que claramente promuevan el crecimiento y la eficiencia de los servicios públicos. En la Ley 9/2017, encontramos las características del procedimiento de asociación para la innovación en el artículo 177 que en sus tres apartados explica el alcance práctico de la norma.

En materia de regulación de los contratos de concesión, el profesor GIMENO FELLÚ se adentra en las novedades que la actual legislación ha introducido. Indica que existen ciertos ajustes técnicos. Por ejemplo, se introduce el concepto de Tasa Interna de Rentabilidad o Retorno (TIR). Así mismo se ha confirmado la regulación de la responsabilidad patrimonial en caso de resolución de las concesiones (RPA), esto sí, ahora resulta ser más estricto. Esto obliga a que los pliegos de licitación se ajusten a la complejidad de la prestación.

En la obra reseñada asume un papel central el control de la ejecución de los contratos públicos que deben encontrar su base en la gobernanza pública. Este escenario debe entonces ser analizado considerando el valor del pliego que regulará las obligaciones y derechos de las partes, el control necesario en la prestación del servicio público (el pliego debe hacer referencia a la figura del responsable del contrato) y el sistema de control de las empresas

adjudicatarias. Como nota de reflexión a esta parte de la obra, el autor, concienzudamente, aboga por una gestión transparente de las concesiones que finalmente permita explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos. Este sistema debe permitir una fácil valoración de la gestión contractual que corrija aquellas prácticas que precisamente podrían incidir negativamente en la transparencia.

Tras en análisis de la ejecución de los contratos, el autor se centra en el estudio de las posibles modificaciones contractuales haciendo hincapié en la subcontratación. En el primer caso y aunque la potestad del *ius variandi*, no pueda considerarse como potestad ilimitada, esta constituye una de las más trascendentales prerrogativas de las que goza la Administración pública en el ámbito contractual. Se trata de una potestad excepcional que necesita de un presupuesto habilitante específico y que debe seguir satisfaciendo el interés público. La Ley 9/2017 mantiene las restricciones propias del *ius variandi* y lo hace de una forma que, si cabe, es aún más condicionada que la prevista en las Directivas comunitarias. En materia de subcontratación (artículos 215-217 de la Ley 9/2017), el autor destaca la voluntad de mejorar la transparencia de quienes participan en la ejecución de un contrato público. La novedad, en este sentido, impulsa a que el pliego debe determinar el alcance de la posible subcontratación.

Como no podía ser de otra manera, el autor dedica un apartado del tercer capítulo a la contratación pública electrónica indicando, desde un principio, que debería tratarse de una de las grandes novedades de la legislación de 2017. Así, explica el profesor GIMENO FELIÚ, lo que hubiese podido ser una verdadera novedad, encuentra la disyuntiva con respecto a su aplicación práctica que precisamente en España está «generando problemas, quizá por la ausencia de una adecuada política de transición hacia este escenario».

Termina el capítulo tercero un análisis sobre la nueva regulación del control. Aquí, el autor estudia particularmente el recurso especial y la competencia objetiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. La preocupación del autor en materia de transparencia se hace patente en este apartado, pues, indica el profesor la necesaria fortaleza que debe de tener un sistema de análisis de errores que finalmente permita la mayor transparencia posible y por ende, la eficiencia del entero aparato de la contratación pública.

La obra del profesor GIMENO FELIÚ termina con unas reflexiones conclusivas que recorren todo el cuerpo del texto y que ponen de manifiesto aquellos objetivos que el autor ha ido buscando y analizando durante su estudio. Principalmente, el autor aboga por una contratación pública que colabore para lograr una mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de los contratos públicos. En opinión del autor, la Ley 9/2017 acierta —no sin vacilaciones dice el profesor— con las herramientas predispuestas en la

## BIBLIOGRAFÍA

legislación *ad hoc*. Mismas herramientas que en definitiva permiten una revisión profunda de la contratación pública. En este mismo sentido, la reflexión del profesor GIMENO FELIÚ, encara la necesaria transparencia del sistema de contratación que finalmente permite el buen gobierno y un cambio en los paradigmas de la gobernanza pública.

Según el autor para poder alcanzar los objetivos anteriormente citados son otrosí necesarios dos escenarios. El primero, la estabilidad del marco normativo que colabore con la seguridad jurídica, el segundo, una estrategia de profesionalización de la contratación pública que evite que la materia pueda verse afectada por una cierta «contaminación política».

En definitiva, concluye el profesor GIMENO FELIÚ, «la nueva Ley de Contratos Públicos de 2017 es, aun con sus debilidades, un paso al frente para reconstruir las murallas del Derecho Administrativo, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos».

Gabriele VESTRI