

Nº 13
Primer trimestre 2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 13. Marzo 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX.

Próximamente en LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA NECESARIA REVISIÓN DE LA CUESTIONABLE DOCTRINA JUDICIAL DEL RECONOCIMIENTO, AL PERSONAL LABORAL TEMPORAL Y FUNCIONARIOS INTERINOS, DE LA CONDICIÓN DE "INDEFINIDOS NO FIJOS".

D. Jorge Fondevila Antolín 15

RELACIÓN ENTRE EL COSTE DE LOS SERVICIOS Y LA PLANTA LOCAL CASTELLANO – MANCHEGA

D. Alejandro de Diego Gómez..... 85

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SUCESIONES Y DONACIONES Y SU CONTRARIEDAD CON EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

D. Salvador Moreno Soldado 151

EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: HISTORIA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. EL WRIT OF CERTIORARI.

D. Jorge Pérez Alonso. 210



SECCIÓN INTERNACIONAL

DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES
PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL.

D. Alberto Biglieri 273

BASES DE PUBLICACIÓN321

EDITORIAL

El próximo 25 de mayo de 2018 resultará de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD), UE 2016/679, en vigor desde mayo de 2016, que se configura como una norma de aplicación directa en toda la Unión Europea, en relación a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales, y a la libre circulación de sus datos.

Hay que recordar que el RGPD sustituirá, a partir del 25 de mayo, a la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante LOPD), y al Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD. Estas normas quedarán vigentes en las partes que no contradigan al RGPD y en tanto se aprueba el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal que actualmente se está tramitando en las Cortes Generales.

Las Administraciones Públicas (en adelante AAPP), en el ejercicio de sus funciones actúan en muchas ocasiones como responsables y encargados de tratamientos de



datos personales por lo que también les incidirá las previsiones contenidas en el RGPD.

Son numerosas y muy importantes las novedades que introduce el RGPD, como ya tuvimos oportunidad de analizar desde la Revista (Gabilex nº 6, junio de 2016), que tendrán una indudable incidencia en las AAPP, que tendrán que estar preparadas para: identificar con precisión las finalidades y la base jurídica de los tratamientos, generalmente de interés público o en el ejercicio de potestades públicas; adecuar la información que se ofrece a los interesados a las exigencias del RGPD; garantizar que el consentimiento se obtenga sea informado, libre, específico, y con una manifestación que muestre su voluntad de consentir o mediante una clara acción afirmativa; el establecimiento de medios visibles, accesibles y sencillos, incluidos los medios electrónicos, para el ejercicio de derechos; establecer un Registro de Actividades de Tratamiento; fijación de procedimientos que permitan dar respuesta a los derechos reconocidos en el RGPD; necesidad de designar un Delegado de Protección de Datos (DPO)

No cabe duda que las AAPP debieran estar ya preparadas para esta nueva perspectiva en materia de protección de datos que introduce el RGPD, para lo cual además de contar con los recursos humanos y organizativos adecuados, resultará fundamental en las primeras fases la labor formativa e informativa para generar una "cultura de protección de datos" en la propia organización. En este sentido, resulta ya esencial la labor que está realizando la Agencia Española de Protección de Datos a través de interesantes circulares, notas, herramientas...disponibles y accesibles en su propia página web.

Esperamos que desde Gabilex podamos también fomentar y ser partícipes de esta nueva etapa en el ámbito de protección de datos, a través de artículos, comentarios...sobre la materia.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“ALGUNAS PROPUESTAS PARA UNA
NECESARIA REVISIÓN DE LA
CUESTIONABLE DOCTRINA JUDICIAL
DEL RECONOCIMIENTO, AL PERSONAL
LABORAL TEMPORAL Y FUNCIONARIOS
INTERINOS, DE LA CONDICIÓN DE
“INDEFINIDOS NO FIJOS”**

D. Jorge Fondevila Antolín

Doctor en Derecho
Funcionario de Habilitación Nacional: Secretario de
Administración Local
Cuerpo de Letrados del Gobierno de Cantabria
Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de
Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria

RESUMEN: La temporalidad en el empleo público español es uno de sus mayores problemas, y una de sus peores consecuencias ha sido el reconocimiento judicial de la condición de empleados públicos “indefinidos no fijos”. En este trabajo pretendemos cuestionar esta construcción judicial, a la vista de la propia Jurisprudencia del TJUE y las modificaciones legales incorporadas recientemente a nuestro ordenamiento jurídico, y, además, realizar un aviso sobre las graves consecuencias que va a suponer para



un empleo público profesional y objetivo (artículo 103.3 C.E.) los procesos de consolidación de empleo temporal, derivados de las situaciones originadas por el reconocimiento de esta figura.

PALABRAS CLAVE: Empleo público, personal laboral, funcionario interino, indefinido no fijo, contrato laboral, jurisdicción social, jurisdicción contencioso-administrativa, procesos de consolidación.

SUMARIO:

1. Consideraciones sobre algunos de los problemas que afectan al empleo público español: un breve comentario.

2. La intromisión de la Jurisdicción Social en el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

2.1. Las situaciones y actuaciones que originan un acceso ilegal y el consiguiente reconocimiento de la condición de "personal laboral indefinido no fijo de plantilla".

2.1.1. Situaciones y actuaciones ilegales que originan el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo de plantilla.

2.1.2. Examen de la ilegalidad de utilizar el reconocimiento de oficio para estas situaciones.

2.2. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo.

3. El Problema de la duración abusiva de la contratación temporal (laboral y funcional) y la Jurisprudencia del TJUE.

3.1. Examen de la figura de las "Medidas o razones Objetivas", conforme la doctrina del TJUE.

3.2. La Contratación laboral temporal (encadenamiento de contratos), según la doctrina del TJUE.

3.3. El último problema creado por nuestros Tribunales en aplicación de las últimas sentencias del TJUE: El reconocimiento judicial de los "funcionarios interinos indefinidos".

4. Consideraciones finales y algunas propuestas.

4.1. Consideraciones finales.

4.2. Propuestas de lege ferenda.

5. Bibliografía.

1. Consideraciones sobre algunos de los problemas que afectan al empleo público español: un breve comentario.

Debemos destacar la necesidad de que seamos conscientes de la fragilidad en nuestro sistema de empleo público de los principios de mérito y capacidad en su aplicación ordinaria por nuestras administraciones, y esto exige la toma de decisiones urgentes y profesionales, pues resulta imposible mantener en pie un edificio si sus cimientos no son sólidos y presenta defectos estructurales. Así, entramos actualmente en unos momentos claves que van a condicionar nuestro empleo público en muchos años, pues si al envejecimiento de las plantillas unimos los procesos masivos de "consolidación de empleo público temporal" (en el momento de cerrar este trabajo las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y los acuerdos AGE - Sindicatos no resultan precisamente una garantía de objetividad y profesionalidad a este respecto), el coctel explosivo está servido, ya que nos enfrentamos a una masiva renovación de los empleados públicos que si no



se realiza con pleno respeto a los principios constitucionales ya señalados y además, en especial, no se erradica el clientelismo, se excluyen los beneficios injustificados a favor de los empleados públicos temporales (impidiendo la valoración de méritos como el tiempo de servicios prestados que no tienen un soporte objetivo, tal como explicaremos en un apartado de este trabajo) y no se renuevan en profundidad la necesaria profesionalización de los órganos de selección y los tipos de pruebas, lo que no supone incorporar sistemáticamente los modelos del ámbito privado; todo esto puede suponer el inicio de un definitivo proceso de degeneración de nuestras administraciones públicas, con muy graves consecuencias sobre los servicios públicos y los derechos de los ciudadanos, pues podemos pasar *de facto* del Estado de Derecho al Estado clientelar y arbitrario.

Es preciso añadir que todas estas situaciones han constituido el caldo de cultivo perfecto para el florecimiento y desarrollo de la corrupción, fenómeno que afecta a todas las administraciones públicas y a todos sus niveles, de manera que solo desvinculando la politización del empleo público e incorporando la exigencia de unos principios de ética pública a todos los empleados públicos se podrá comenzar un nuevo camino ya despejado y acorde con el orden axiológico constitucional. Solo mediante la selección de los mejores podremos garantizar una administración eficaz y unos servicios públicos eficientes, por ello, una de las medidas esenciales es la regulación normativa y desarrollo de técnicas que garanticen de forma inequívoca la objetividad y profesionalidad de los mismos, es decir, es preciso garantizar la exclusión de

toda clase de interferencias o clientelismo¹ en los procesos selectivos.

También quiero destacar que nos encontramos ante un momento muy importante para el futuro de nuestro empleo público, en concreto, me refiero a tres circunstancias que concurren y de gran importancia, en primer lugar se ha celebrado el décimo aniversario de la aprobación del EBEP, el cual todavía está en gran medida pendiente de desarrollo, en segundo lugar, nos encontramos con el inicio de un periodo de convocatorias de consolidación de empleo temporal (indefinidos no fijos entre otros), procesos que merecen mi crítica como ya he indicado anteriormente y que pueden condicionar la eficacia de las administraciones públicas durante muchos años, y en tercer lugar, el hecho de que entramos en una década de renovación masiva del empleo público, pues hay un fenómeno imparable que es el envejecimiento de las plantillas de funcionarios, en especial en la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, lo que va a exigir que a medio plazo deberán producirse sustituciones masivas en la provisión de puestos de trabajo de responsabilidad y la incorporación de nuevas personas a las organizaciones, y todo ello, sin que se hayan desarrollado plan alguno de transferencia de conocimiento, un elemento esencial en toda

¹ A este respecto, resulta muy interesante la consulta de una obra que ya anticipaba en los años noventa del siglo pasado el lastre que seguimos arrastrando a este respecto, ROBLES EGEA, A., ALVAREZ JUNCO, J. y MAURICE, J., (1996), *Política en penumbra. Patronazgo y clientelismo políticos en la España contemporánea*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, y en el mismo sentido el reciente trabajo de CUENCA CERVERA, J., (2015), *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.



organización profesional, y tampoco un necesario e imprescindible análisis de cuáles son las futuras necesidades que deberán atender los servicios públicos, pues no se puede olvidar que nuestra sociedad es un elemento dinámico y evolutivo, de manera que las necesidades de recursos humanos serán diferentes en función de los nuevos servicios públicos a prestar.

2. La intromisión de la Jurisdicción Social en el reconocimiento de la condición de personal laboral indefinido no fijo de plantilla.

2.1. Las situaciones y actuaciones que originan un acceso ilegal y el consiguiente reconocimiento de la condición de "personal laboral indefinido no fijo de plantilla".

En este apartado procedemos el examen de una de las figuras que suponen uno de los mayores y más graves problemas que afectan al empleo público, creación de nuestra jurisprudencia, me refiero al denominado "personal laboral indefinido no fijo de plantilla", al cual de forma incomprensible se le ha otorgado un apoyo definitivo por medio de las previsiones de los artículos 8.2. c) y 11.1 del TREBEP²,

² BOLTAINA BOSCH, X., (2011), "La Diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 13, pág. 167 y ss.

A este respecto, este autor realiza un examen detallado del origen de la regulación incorporada el EBEP, que a su entender no responde en principio a la finalidad de reconocer legalmente la creación jurisprudencial de esta figura, aunque como reconoce él mismo, al final así ha sido entendido de

forma pacífica en la comunidad académica y judicial, señalando al respecto:

"d) a partir de aquí consideramos que el EBEP ha perdido una oportunidad —quizá la más ordenada en el tiempo— para regularizar esta situación, esta tierra de nadie, fruto de la jurisprudencia y a la cual la legislación laboral ha dado por buena, como acredita la ya antes referida DA 15ª del ET aprobada en el 2006 y reformulada en el 2010. Y ello es así porque ni el EBEP ha tenido en cuenta este tipo de trabajadores a la hora de conformar sus derechos y obligaciones, ni tampoco la dicción literal de los arts.8 y 11 ayudan en nada a resolver la cuestión.

En primer término, debemos señalar que la anterior nuestra afirmación parece entrar en contradicción con el redactado final del art. 8.2.c) y art. 11.1 in fine del EBEP. Así, en un caso y otro se proclama, fruto de la tramitación del proyecto en el Senado, que el personal laboral se clasifica, en función de la duración del contrato, en «fijo», «por tiempo indefinido» y «temporal».

Una primera lectura permitiría deducir que el legislador ha tenido en cuenta la problemática señalada y ha decidido incorporarla al Estatuto. Tal conclusión, sin embargo, es errónea, aunque mucho nos tememos que en el futuro tal circunstancia quedará en el olvido y se dará por bueno y asumido aquello que no estuvo en mente de los parlamentarios.

Nuestra argumentación se basa en el estudio de la tramitación en el Senado. Del análisis detallado de tal proceso se desprende que los arts. 8.2.c) y 11.1, que tienen su origen en las enmiendas al respecto planteadas por el grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos, incorporando a la clasificación inicial de fijos y temporales la de indefinido, que fueron finalmente aceptadas como enmiendas transaccionales (34). En concreto, la voluntad de las enmiendas (35) no era resolver el problema planteado en las líneas anteriores o ni tan siquiera incluir a este personal en el listado de personal laboral, sino que —literalmente—, «se trata de introducir el término indefinido, que no



contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión esté contemplado en el artículo».

No podemos obviar nuestra sorpresa, pero tal enmienda tiene su origen pues en la problemática derivada de los profesores de religión que prestan servicios en centros docentes públicos y que ha dado pie a un debate judicial largo y complejo sobre la tipología de relación laboral que los vinculaba con la Administración (36), y en modo alguno pretendía acoger a los trabajadores laboral del profesorado de religión con la Administración Públicas y los derechos y limitaciones de indefinidos no fijos. De hecho, debe indicarse que a lo largo del texto del EBEP se olvida cualquier referencia más a la problemática, por lo que nos permite plantear la siguiente de las reflexiones que a continuación detallaremos, por cuanto entendemos que el EBEP ha perdido la oportunidad de regular el régimen de los trabajadores indefinidos no fijos, con las consecuencias ciertamente perjudiciales que ello comporta y con el mantenimiento de la inseguridad jurídica que se deduce.

Sin embargo, el criterio de que el trabajador indefinido no es aquel descrito por la voluntad de legislador y más bien el instituido por la jurisprudencia ha sido adoptado incluso por el ALEPA, en su DA 3ª, al señalar que el contrato de trabajo del personal laboral por tiempo indefinido que haya adquirido tal condición e aplicación de la ley laboral o por sentencia judicial, verá extinguido su vínculo laboral «cuando el puesto de trabajo que se venía desempeñando se provea a través de cualquiera de los procedimientos legalmente previstos».

(34) Vid., al respecto, el debate protagonizado en el dictamen del proyecto de LEBEP. Comisión de Administraciones Públicas. Debate celebrado el 12 de marzo de 2007. BOCG, Diario de Sesiones, VIII legislatura, núm. 435.

(35) En concreto, las enmiendas núm.33 y 35 del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos (GPSNV). BOCG, Senado, VII legislatura, núm. 85, de 21 de febrero de 2007.

(36) Al respecto, por lo que implica de finalización del debate judicial en torno a tal relación

que supone el reconocimiento legislativo de una figura que nace de una actuación ilegal no extrajurídica, pues recordemos que la declaración de "indefinido" proviene de una previa actuación administrativa que no ha respetado el ordenamiento jurídico, como ya he indicado en anteriores trabajos³ resulta inadmisibles la incorporación como una modalidad contractual aquella nacida de una relación viciada legalmente, como máximo hubiera sido admisible la regulación de las condiciones de servicio y contractuales de esta clase de personal por vía de una Disposición adicional en el TREBEP, y con la única finalidad de regular una situación anómala, pero en ningún caso reconducir a la misma a una "legalidad normativa", esta previsión resulta no solo criticable sino inadmisibles en un Estado de Derecho, pues la conversión y legalización permanente de actuaciones ilegales carece de fundamento constitucional, cuestión diferente sería el reconocimiento de una situación anómala y como consecuencia de ello regular sus consecuencias jurídicas, función que hubiera desempeñado adecuadamente una disposición como la indicada. Además, para terminar de complicar el panorama el TREBEP se limita a declarar que, en atención a su duración, el contrato de trabajo podrá ser "*fijo, por tiempo indefinido o temporal*", de manera que al obviar el legislador cualquier referencia al concreto régimen jurídico de esta figura, en especial, a cuál es la causa que legitima la extinción de estos contratos así como los efectos que se derivan de la misma, se sentaron las bases para la permanente conflictividad que está generando en el día a día esta clase de personal,

³ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2012), "*Manual para la Selección de Empleados Públicos*", LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 676 y ss.



perdiéndose de esta manera una gran oportunidad para establecer una mayor claridad en un panorama lleno de confusión e inseguridad jurídica.

Pues bien, nos encontramos ante una de las cuestiones que mayores controversias ha suscitado, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como doctrinal, por las consecuencias que se derivan de esta contratación laboral temporal realizada por la Administración Pública en fraude de ley, y es que, aunque como la Administración en su condición de empresario tiene la posibilidad de acudir a las distintas modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, entre ellas, las que se encuentran sujetas a una duración cierta, el problema se plantea a la hora de conciliar las previsiones del Derecho Laboral a este respecto, reguladas básicamente en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que necesariamente han de regir el acceso al empleo público y además, otro elemento que siempre ha pasado desapercibido por nuestros tribunales y para la doctrina, salvo alguna excepción (Sala Franco)⁴; y que a mi juicio resulta esencial, es el obligado examen de la legalidad de la decisión administrativa previa que da origen a la contratación laboral ilegal, pues sin esta decisión no existiría relación jurídica, de manera que como expondré posteriormente resulta muy discutible

⁴ SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., (2008), "La contratación de personal laboral en la Administración Local. *Revista de Estudios locales (CUNAL)*, nº 112 (Extraordinario), págs. 55 y ss.; a este respecto destaca la posición de este autor que crítica la solución jurisprudencial y que en gran medida coincide con nuestra posición como expondré posteriormente en las consideraciones finales de este apartado.

la vis expansiva de la Jurisdicción Social en esta materia, y con ello, las consecuencias que sufre la administración por la creación imaginativa de esta nueva figura contractual.

El origen de esta doctrina jurisprudencial como ya es conocido se fundamenta en nuestro sistema jurídico laboral, que se caracteriza por considerar la contratación de carácter indefinido como general en contraposición a la contratación realizada por tiempo determinado, que reviste carácter excepcional, tal y como se desprende del propio artículo 15 Estatuto de los Trabajadores, en el que si bien, se admite la opción para el empresario de celebrar contratos temporales, condiciona su origen al cumplimiento de una serie de requisitos formales y materiales, en particular, a la existencia de una determinada causa que justifique la temporalidad, así, la prueba más evidente de esta primacía del contrato indefinido en el ordenamiento jurídico laboral es que el Estatuto de los Trabajadores, establece un mecanismo de presunciones cuya operatividad hace que la relación laboral devenga indefinida, de todas formas un examen más detallado de esta cuestión la he expuesto en un trabajo anterior y a ella me remito⁵.

⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2012), Op. cit., págs. 623 y ss., para una más fácil lectura se reseña de forma resumida el contenido parcial de esta obra, en concreto:

"Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que nuestra legislación en materia de contratación laboral, en la actualidad el artículo 15.1 del ET establece que *"el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"*. La simple lectura del precepto transcrito nos debe llevar a concluir que se está consagrando el principio de libertad contractual, reconociendo a las partes total autonomía y libertad para concertar el contrato de



trabajo que estimen más conveniente para sus intereses. Sin embargo, el principio de libertad contractual previsto en el artículo 15.1 ET es aparente, no es real, ya que a continuación, en el siguiente párrafo del mismo apartado se prevé que «*podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos*», procediendo el legislador a continuación a la enumeración de, únicamente, tres tipos de contratos temporales: el contrato de obra o servicio, el contrato eventual y el contrato de interinidad, si bien, la tipología contractual temporal no se agota en la enumeración efectuada en el artículo 15 del ET, dado que en otros preceptos se hace referencia a otros contratos temporales, como es el caso de las previsiones del artículo 11 del ET, regulador de los contratos formativos, o en el artículo 12 ET al regular el contrato de relevo, e incluso, fuera del ET, como sucede con el contrato temporal para el fomento del empleo de discapacitado al que se refiere la Disposición Adicional 1ª de la Ley 43/2006. Sin embargo, la dispersión normativa de los contratos temporales no debe llevarnos a engaños, ya que la contratación laboral configurada en nuestra legislación laboral responde a un modelo de "*númerus clausus*", en este sentido se ha manifestado la Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) de 27 de julio de 1993.

Así, como señala Gil Plana, el apartado 1º del artículo 15 ET consagra, no la libertad contractual, sino la estabilidad en el empleo, de suerte que las partes carecen de autonomía para elegir el tipo de contrato de trabajo, o, en otros términos, no pueden formalizar el contrato laboral que consideren conveniente a sus intereses. Por lo tanto, debe acudirse, como regla general, al contrato de duración indefinida, salvo que se aprecie alguno de los supuestos previstos legalmente para la celebración de un contrato temporal.

La contratación temporal emerge en el derecho positivo como excepción frente a la contratación indefinida, y viene caracterizada por dos principios: el de tipicidad y el de causalidad. En efecto, las partes sólo pueden formalizar alguno de los contratos temporales previstos en las normas

(principio de tipicidad) y sólo si se da alguna de las causas o supuestos que caracterizan la contratación temporal (principio de causalidad).

A este respecto, de forma clara se manifiesta el Tribunal Supremo (sala de lo social), en cuanto al principio de tipicidad, en su Sentencia de 6 de mayo de 2003 (Rec. nº 2941/2002), que declara: *"sigue advirtiendo la doctrina más autorizada, [que] el cambio terminológico no elimina la preferencia del contrato indefinido, ya que el de duración determinada sólo es posible en los casos que la norma explicita"*.

[.....]

Además, se ha de tener presente que el marco jurídico de la contratación laboral se integra dentro de las normas de derecho necesario, no disponible ni por las partes contratantes ni por la negociación colectiva; de suerte, que no podrán introducir nuevos supuestos de temporalidad o suprimir los ya existentes, ni alterar el régimen jurídico previsto para los contratos laborales, así, declara el Tribunal Supremo (sala de lo social) en su sentencia de 4 de octubre de 2007 (Rec. nº 1505/2006).

[.....]

La actual redacción del artículo 15.1 del ET fue introducida por la Ley 11/1994, de 19 mayo, que elimina la presunción de indefinición en la contratación establecida en dicho precepto, sin que la desaparición formal de la presunción genérica de indefinición del contrato de trabajo haya supuesto una relativización del principio de estabilidad ni un posicionamiento neutral (Montoya Melgar) del legislador en materia de contratación laboral, ya no sólo porque tras proclamar la libertad contractual el legislador procede a enumerar taxativamente los posibles contratos temporales, sino porque en el propio ET se mantienen vigentes una serie de mecanismos que contemplan como consecuencia jurídica la duración indefinida del contrato de trabajo, en concreto:

a) El inciso final del apartado 2º del artículo 8.1 del ET, ligada a la inobservancia de la forma escrita en los contratos cuando ésta es exigida legalmente, establece que *"de no*



Ahora bien, la aplicación de la presunción de contrato fijo, cuando el empresario es una Administración Pública resulta enormemente compleja, en la medida en que entran en juego los principios constitucionales, en concreto, los de igualdad, mérito y capacidad, que impiden aplicar automáticamente las previsiones del Derecho Laboral e igualmente como ya he indicado el examen de la legalidad de la decisión administrativa previa que da origen a la contratación laboral ilegal. En una primera aproximación a este problema, se plantearon dos alternativas para dar una respuesta a dicho conflicto⁶: la primera era considerar

observarse tal exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”.

b) Asimismo, el artículo 15.2 ET, se dice que *“adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba”* salvo prueba en contrario.

c) Destaca también las previsiones del artículo 15.3 del ET el cual declara que *“se presumirá por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.*

d) Finalmente, en el artículo 49.1 c) del ET se afirma que, *«expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuará en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario».*”

⁶ DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000) “La contratación temporal en la Unificación de Doctrina”, *Justicia laboral* nº 1, pág. 44; en el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., (2007), “Contratación Temporal en la unificación de doctrina”, *Revista de Derecho Social*, nº 18, pág. 197.

que las Administraciones Públicas estaban sujetas al ordenamiento laboral cuando actuaba como empresario, por lo que el contrato fraudulento se convertía en indefinido, consolidándose la plaza; o bien, la segunda posición era considerar que debía aplicarse de forma preferente el ordenamiento jurídico administrativo, de modo que no era posible consolidar una plaza en el empleo público al margen de los procesos de selección reglados, por lo que la normativa laboral no desplegaba sus efectos en estos supuestos.

Ahora bien, estas posiciones, en principio radicalmente enfrentadas, no recibieron un apoyo definitivo, sino que fueron objeto de un amplio debate doctrinal⁷ así como de una amplia doctrina

⁷ Con carácter meramente ejemplificativo se pueden destacar, entre muchos otros, FOLGUERA CRESPO, J., (1992) "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, núm. 18, págs. 337 y ss.; CARRATALÁ TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M., (1993), «Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública», *Tribuna Social*, núm. 13, págs. 71 y ss.; BORRAJO DACRUZ, E., (1998) "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 2, págs. 373 y ss.; GARRIDO PALACIOS, J., (1998), "Dos nuevas Sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 2, págs. 183-192; MOLINER TAMBORERO, G., (2000), "La contratación de personal laboral en las Administraciones Públicas: Puntos críticos", en Dir. Moliner Tamborero, «*La Administración Pública como empresario: aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones Públicas*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 17 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., (2003), "La contratación laboral en las Administraciones Públicas", Aranzadi,



jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo, cuyos pronunciamientos han ido alternando entre aquellos que dan preferencia a la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico administrativo y que, por tanto, impiden la conversión del contrato en indefinido, amparándose en las exigencias de los principios de igualdad, mérito y capacidad; y aquellos otros que dan preferencia a la aplicación de la normativa laboral, justificando tales decisiones en el principio de legalidad y en la vinculación de la Administración a las leyes laborales cuando actúa como empresario; finalmente se optó por una solución "imaginativa", a la cual ya hemos criticado, mediante la creación jurisprudencial de la figura inexistente hasta ese momento del denominado "*personal indefinido no fijo de plantilla*"⁸. Descendiendo a un plano más concreto, dentro de la evolución jurisprudencial experimentada sobre este particular, es posible identificar cuatro grandes etapas⁹, si bien, con

Pamplona, págs. 99-113; DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000), págs. 44 y ss.; RIVERO LAMAS, J.,(2004) "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, págs. 623 y ss.; y ALZAGA RUIZ, I., (2007) "Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad", *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 7, págs. 220 y ss.

⁸ MORÓN PRIETO, R., (2001), "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimientos y efectos", *Revista de Derecho Social*, núm. 14, pág. 197.

⁹ Me remito para un examen de la evolución jurisprudencial sobre el tema en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada, pág. 203 y ss. y también del mismo autor, (2012), Op. cit., págs. 679 y ss.; asimismo destacamos MOLINER TAMBORERO, G., (2000), Op. cit. págs. 81 y ss.; y SALA FRANCO, T. y ALTÉS

pronunciamientos contradictorios dentro de ellas mismas, a este respecto me remito al examen detallado que sobre esta cuestión realizo en otro trabajo. Como consecuencia de esta doctrina jurisprudencial las administraciones públicas se encontraron y encuentran con un grave problema por la invasión de enormes colectivos de personal que acceden a la administración sin superación de proceso selectivo alguno y cuyo único mérito en la mayoría de los casos son las vinculaciones de carácter político o clientelar, y como consecuencia de ello, la imposición judicial de tres clases de empleados públicos laborales (fijo, temporal e indefinido).¹⁰A esta jurisprudencia debemos añadir el Auto 124/2009 del Tribunal Constitucional de 28 de abril, en el cual este órgano, se niega a entrar a valorar si la opción de la jurisdicción social es adecuada o no, evitando pronunciarse de forma clara y precisa, e incluso añade que es un problema de diferentes interpretaciones jurídicas, de manera que la opción de residenciar el tema en la nulidad conforme las previsiones del ordenamiento administrativo, también es posible, en pocas palabras, una faena de aliño que no aclara nada y pasa de puntillas sobre el tema central.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que el Tribunal Supremo continúa incorporando nuevas cuestiones sobre el régimen jurídico de esta clase de personal, ante la ausencia regulatoria en el TREBEP como ya he indicado anteriormente, y la última cuestión la encontramos en la sentencia de 28 de

TÁRREGA J. A., (2008), Op. cit. págs. 88 y ss. entre muchos otros.

¹⁰ SALA FRANCO, T., (2009) "*Las modalidades de la contratación laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia.



marzo 2017 (rec. 1664/2015) que considera que los contratos indefinidos no fijos no son contratos temporales, lo que genera varios problemas interpretativos en cuanto a su régimen jurídico y más a la vista de la reciente doctrina del TJUE que examinaremos posteriormente con relación al régimen de indemnizaciones del personal temporal, así, en primer lugar, no logro comprender que una relación jurídica que nace con una clausula resolutoria impuesta por el ordenamiento administrativo (oferta de empleo obligatoria) sea calificada como no temporal pues de su propia naturaleza jurídica así debe deducirse, salvo que el Tribunal nos esté reservando un sorpresivo nuevo giro a su doctrina, en contra de los principios constitucionales de acceso al empleo público y los derechos fundamentales (artículo 23.2 C.E.), esto además genera varios problemas añadidos pues si el personal indefinido no fijos no es temporal, parece razonable entender que la doctrina del TJUE sobre las indemnizaciones en caso de cese de los contratos temporales interinos no les resultaría de aplicación, y en segundo lugar, con relación a en que causa resolutoria del TRET puede subsumirse la cobertura reglamentaria de la plaza, si la relación se transforma de temporal a indefinido en el sentido de la legislación laboral que no del TREBEP, y este panorama cada vez resulta más preocupante para el empleo público, pues la pregunta es ¿estamos en presencia de un proceso paulatino de consolidación por la puerta de atrás de todo este personal, ante los problemas originados por las recientes sentencias del TJUE?, a estas alturas cualquier alternativa es posible a la vista de las disfunciones que el control político está generando en el empleo público.

2.1.1. Situaciones y actuaciones ilegales que originan el reconocimiento de la condición de personal indefinido no fijo de plantilla.

Estimo también necesario realizar un breve e imprescindible repaso de las principales causas o situaciones ilegales que por parte de los responsables políticos de nuestras administraciones públicas han dado soporte a la aparición de esta figura y que es el ejemplo perfecto que ratifica nuestra crítica sobre el proceso de laboralización en nuestras administraciones como un diseño planificado de reclutamiento de personal de confianza en un sentido clientelar, y así, lograr salvar los obstáculos que la legislación ordinaria establecía para el acceso profesional al empleo público; y se apreciara que en todos los supuestos resulta necesaria una previa decisión administrativa expresa o tácita, es decir, un acto administrativo previo a la constitución de la relación jurídica con la administración:

a) Encadenamiento de contratos temporales regulares (entre otras, SsTS 3/12/2013, rec. 816/13; y 22/7/2013, rec. 1380/12; y STSJ Asturias 22/1/2010, rec. 2537/2010; y STSJ de Madrid 25/9/2009, rec. 1906/2009). A este respecto es preciso llamar la atención de que esta situación nace de una actuación consciente de permitir la continuidad del trabajador, a pesar de que su contrato no lo permite por haber sobrepasado el plazo límite, en muchas entidades locales e incluso comunidades autónomas, lo que conocemos de primera mano, ha resultado habitual la permisibilidad consciente de tolerar el encadenamiento en fraude de ley, de manera que con ello, se garantizaban que el trabajador podía conseguir de inmediato la continuidad indefinida en el puesto de trabajo en el momento de cambio de gobierno tras un



proceso electoral, mediante la interposición de la correspondiente demanda en el orden social.

b) La cesión ilegal de trabajadores (SsTS 23/11/2016, rec. 91/2016; 17/9/2002, rec. 3047/2001; y 19/11/2002, rec. 909/2002), este otro supuesto característico de clientelismo político, pues se refiere a los casos de los antiguos contratos de "asistencia técnica" o actualmente los "contratos de servicio" utilizados por los dirigentes políticos para incorporar mediante la adjudicación a empresas "amigas o de confianza" en procesos de adjudicación utilizando generalmente el procedimiento "negociado sin publicidad", a las cuales se les encomiendan funciones que debían realizar directamente con sus propios medios personales las administraciones públicas, marginando a los funcionarios o simplemente sustituyéndoles, actuando este personal externo de facto como empleados públicos y sometidos directamente a las órdenes de los órganos políticos responsables, ejemplos de estas situaciones son múltiples y variados en todas las administraciones, y a título de ejemplo puedo citar lo ocurrido en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la Dirección General de la Mujer, entre los años 2003-2011, donde el número de funcionarios quedo reducido a 5 y en cambio estas empresas que les sustituían alcanzaban el número de más de 30 personas, por supuesto, en el momento del cambio de gobierno tras proceso electoral, todos fueron declarados indefinidos no fijos, si bien, en este caso se optó por despedir a este personal de acceso ilegal e indemnizar por despido improcedente, y como este otros muchos casos de público conocimiento.

c) Los contratos laborales interinos por vacante, por superación del plazo previsto para la convocatoria

de la oferta de empleo público establecido en el TREBEP (SSTS 14/7/2014, rec. 1847/2013; 15/7/2014, rec. 1833/2013; y 14/10/2014, rec. 711/2013), y recientemente destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia 1431/2016 de 11 Mar. 2016, Rec. 1944/2015 que recogía la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 o 16 de febrero de 2016, y que generaron un revuelo social, al afirmarse por las referencias de prensa, que las mismas transformaban a los "interinos" en "indefinidos", cuando lo que realmente declaraban las mismas era la transformación de los "contratos laborales interinos" en "indefinidos no fijos", por fraude en la utilización del tipo contractual.

Pues bien, a este respecto, existe un claro responsable que no es otro que el Ministerio de Hacienda y su decisión de establecer la denominada "tasa de reposición de efectivos", o como lo denomino personalmente "Plan de empleo de reducción de plantillas encubierto y sin garantías jurídicas". Esta ha supuesto la imposibilidad de que las administraciones pudieran regularizar las convocatorias obligadas de puestos de trabajo sometidos a la fórmula de contrato interino, las consecuencias ahora son más graves, pues la herencia dejada son miles de contrataciones laborales bajo la condición de "indefinido no fijo", con graves problemas de gestión, pues recordemos que su régimen jurídico se está construyendo a golpe de sentencia y es objeto de una permanente revisión judicial, y además, va a originar con seguridad un argumento más a las organizaciones sindicales para la defensa de procesos restringidos de acceso al empleo público, que a mi juicio resultan claramente inconstitucionales.



d) La utilización de modalidades de contratos laborales en fraude de ley, en este sentido podemos citar entre otras muchas las iniciales Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 6 de mayo de 1987 (Rec. nº 825 y 3247 respectivamente) y la de 13 de septiembre de 1988, y que sigue siendo admitida actualmente, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2002 (Rec. 1251/2001). A este respecto, debemos reiterar lo ya manifestado anteriormente con relación a los encadenamientos de contratos, pues la práctica, usos y finalidad han sido idénticos.

e) Subrogación empresarial-reversión (no así en un proceso de privatización)¹¹: Esta situación tiene cuatro orígenes fundamentales en la obligación de subrogación en las relaciones laborales que se mantienen con los trabajadores: la sucesión de empresas derivada del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores el cual es trasunto de la normativa europea que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; la denominada sucesión de plantillas fundamentalmente de creación jurisprudencial; la subrogación que se deriva de un

¹¹ Un examen detallado de estas situaciones lo encontramos en CASTILLO BLANCO, F. (2016) "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", de la *Revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58-59, y también del mismo autor, (2017), "*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*", Colección Estudios de Relaciones Laborales, Diputación Provincial de Barcelona-CEMICAL, Barcelona.

convenio colectivo que prevé dicha obligación; y, por último, la subrogación como consecuencia de las previsiones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivados de una contratación pública o del incumplimiento del propio contrato en la denominada "cesión ilegal de trabajadores". A lo que debemos añadir un nuevo supuesto derivado de los procesos iniciados al amparo de la nueva política de recortes económicos que se da en la remunicipalización de servicios públicos y sobre los que resulta de directa aplicación la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-509/14, de 26 de noviembre), lo cual origina un claro problema de integración entre sistemas, y que por colisión con los principios constitucionales aplicables al acceso al empleo público conlleva la declaración de la relación laboral de este personal como indefinido no fijo de plantilla. Otra clásica actuación por decisión política con unas claras consecuencias en perjuicio del empleo público.

A todo lo dicho, debemos añadir una consideración sobre el ámbito subjetivo de la aplicación de esta figura de los "indefinidos no fijos de plantilla" a las sociedades y fundaciones públicas, dada la extensión de aplicación de las previsiones del artículo 55 del TREBEP a estas entidades, como ya he explicado en un apartado anterior, y en especial, debo destacar la importante declaración de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 (rec. 773/2007) que aborda la interesante cuestión de la situación de los trabajadores irregulares en las sociedades públicas, campo abonado en el que abundan las corruptelas y accesos laborales bajo criterios "digitales", "de hecho" o de "clientelismo", y que al amparo de la denominada "huida del Derecho Administrativo" al crear Empresas públicas se convirtió



en el instrumento adecuado para que al amparo de la doctrina de la Jurisdicción Social evitar la utilización de procesos selectivos legales y sometidos a las exigencias constitucionales. En este caso, la Sala declara idéntica consecuencia que, para las Administraciones Públicas, en el sentido de considerar que los trabajadores que acceden en condiciones fraudulentas o irregulares a tales sociedades públicas no son trabajadores fijos, sino les corresponde esta figura de la imagería de "indefinidos, pero no fijos, dentro de lo malo (seguimos rechazando esta figura), el menor de los males.

2.1.2. Examen de la ilegalidad de utilizar el reconocimiento de oficio para estas situaciones.

Desde hace unos cuantos años se está produciendo un fenómeno generalizado sobre todo en las entidades locales, y así lo he constatado por mi colaboración con la *Revista el Consultor de los Ayuntamientos*, por el cual se están adoptando acuerdos masivos por los cuales se reconoce de oficio la condición de personal indefinido no fijo de plantilla o también se produce el reconocimiento administrativo previa solicitud del interesado. Efectivamente esta cuestión resulta conflictiva, pues, por un lado, nos encontramos con una regulación básica al respecto que reconoce la existencia de esta figura (art. 8 y 11 TREBEP), pero a su vez existe otro elemento determinante y es la inexistencia de un régimen jurídico normativizado, pues el mismo se está configurando exclusivamente por vía de la Jurisprudencia, de manera que solo por esta vía parece posible y correcto el reconocimiento de esta condición. Desde luego resulta extraño al orden jurídico que una administración adopte la decisión de reconocer una actuación ilegal y sin adoptar las obligadas medidas

para atacar esa situación (revisión de oficio, exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias e incluso penales), se limite simplemente a reconocer una situación administrativa de una figura cuyo régimen jurídico solo está determinado por la intervención judicial. Esta opinión personal se ha visto confirmada por varios pronunciamientos, en concreto:

a) Órganos consultivos: En concreto, el Consejo Consultivo de Andalucía considera que no es posible esta actuación de oficio, e informa favorablemente la revisión de oficio de la decisión adoptada por el Ayuntamiento, así lo ha considerado en varios dictámenes, valga por todo el dictamen 101/98, de 8 de octubre. En el mismo sentido el Consejo Consultivo de Castilla - La Mancha, en su Dictamen nº 41/2012, de 14 de marzo.

b) Pronunciamientos jurisdiccionales:

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sala de lo contencioso administrativo sección 4ª, de 19 de febrero de 2014 (rec. nº 170/2013,) que alude a que el personal indefinido no fijo requiere un pronunciamiento judicial del orden social que reconozca esa relación temporal viciada e irregular otorgando el carácter de "indefinido". Igual criterio, prevalencia de los principios derivados del Derecho público, puede verse en la STSJ de Castilla La Mancha de 20 de diciembre de 2013 (rec. 304/2012).

2. Finalmente, también se rechaza esta posibilidad, entendiendo que no es posible permitir una práctica irregular de otorgar capacidad de regularizar a quien, con mala fe y abuso de derecho, provocó dicha situación, en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2014 (rec. nº 48/2014. Sala de lo Contencioso) que analiza



la actuación, en fraude de Ley de una Administración, con el propósito de conseguir esa situación de indefinido no fijo que, no duda en calificar, como posible delito de prevaricación dados los informes negativos emitidos por el Secretario y el Interventor de dicho Ayuntamiento.

c) Las recientes modificaciones de la Ley 3/2017 LGPE.

Por último, a este respecto esta cuestión estimo que queda cerrada tras la aprobación, con carácter básico y de aplicación directa a todas las administraciones públicas, de la disposición adicional trigésimo cuarta que establece la prohibición absoluta del reconocimiento de oficio de estas situaciones y además regula la exigencia de responsabilidades administrativas y disciplinarias para quienes incumplan sus previsiones, de todas formas sobre esta cuestión volveremos posteriormente a su análisis dadas las implicaciones esenciales que la misma tiene con relación a los últimos pronunciamientos del TJUE con relación a la utilización abusiva de la contratación laboral temporal.

Por lo tanto, además de reiterar mi inicial posición opuesta al reconocimiento de oficio por las administraciones públicas de la condición de indefinido no fijo, es preciso tener en cuenta que el nuevo marco legal de forma definitiva cierra esta posibilidad.

2.2. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo.

Con independencia del alcance de las medidas anteriores, especialmente la referida a la exigencia de responsabilidades, creo que puede ser interesante reiterar mi crítica a la doctrina jurisprudencial del orden social que dio origen a esta figura y proponer otra alternativa al respecto.

Así, conforme lo señalado anteriormente el debate y lucha de jurisdicciones se ha resuelto de forma incorrecta provocando un grave daño al orden constitucional y por ende a un empleo público objetivo y profesional. Efectivamente, lo primero que llama la atención es la inexplicable "vis expansiva" de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia) por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran residenciadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social.

Así, debo recordar que tanto por aplicación de la conocida doctrina de los "actos separables", como en especial por la propia doctrina consolidada de nuestros tribunales que excluyen de la competencia del orden



social todos los procesos selectivos, en concreto, me refiero al recurso para unificación de doctrina que resolvió la Sala General del Tribunal Supremo que emitió dos Sentencias el 14 de octubre de 2000 (recursos núm. 3647/1998 y 5003/1998), declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social, la doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, fue seguida luego por otras, como la de 7 de febrero de 2003 (R. 1585/02) y la de 3 de mayo de 2006 (R. 642/05), que atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en unas razones¹² que

¹² Así, señala expresamente:

"1) Aunque estemos ante una contratación laboral -los puestos de trabajo que se convocan tienen este carácter-, siempre que se trate de contratación 'externa o de nuevo ingreso', y no de una promoción interna en donde la administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral, precisamente respecto a una persona que ya tiene la condición de trabajador (esto no sucede en las convocatorias de nuevo ingreso, aun cuando hubiese preexistido un contrato temporal, pues está extinguido o finalizado, y por ello, no puede vincular la competencia a una u otra jurisdicción); en tales supuestos, está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas.

2) La actuación de la administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, pues está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y Provisión de puestos de Trabajo, que constituyen el Ordenamiento fundamental en la prestación de servicios para la función pública, normas que

resultan de directa aplicación a este supuesto, es cierto, que en el caso de procesos de encadenamiento de contratos se podría argumentar la existencia previa de una relación contractual, pero precisamente porque la misma se ha extinguido es por lo que se produce la renovación, y esto supone la constitución de una nueva relación jurídica, que desde el criterio del orden contencioso administrativo resulta clara la competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada por

tienen carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en el ámbito de su aplicación (artículo 1.5 de la Ley 30/1984), siendo aplicables, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa, como señala entre otras, la aludida sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1998 .

3) Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras 'expectativas de derechos' a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras 'expectativas' ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las 'listas' controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales."



la administración. Estas declaraciones jurisdiccionales se han mantenido en el mismo sentido, en posteriores pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores, así podemos destacar Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, Sentencia de 9 dic. 2009, rec. 3892/2009 (LA LEY 280298/2009) y Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. Casación nº 101/2010.

Entiendo que la actual configuración tanto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 3, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no impiden esta interpretación, y en todo caso, si se quiere ser efectivo y de una vez por todas poner freno a este profundo cáncer, de *lege ferenda*, modifíquese esta cuestión y se reconozca claramente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto, pero reitero que no lo estimo necesario ya que simplemente estamos en presencia de un proceso de vis expansiva sin justificación alguna por parte de la jurisdicción social, aunque desde luego en estos momentos supongo que salvo por decisión normativa nadie va a querer renunciar a este juguete. Lógicamente la consecuencia en todos estos casos sería la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto "efectos ex nunc" que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior

Esta posición parece que es compartida en parte por Sala Franco como he señalado anteriormente, si bien, este la limita para los casos en que se haya



producido una contratación de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección, por lo cual el contrato celebrado en esas circunstancias debería calificarse como nulo, y añade que también procedería aplicar las previsiones del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados y extinguiendo la relación laboral, añadiendo que en estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Pues bien, estas últimas consideraciones formuladas por Sala son compartidas, entiendo que resulta razonable y comprensible la exigencias de responsabilidades y elementos indemnizatorios, siempre que quede acreditada la buena fe del trabajador, aunque ese es otro cantar, pero sigo manteniendo que el ámbito expansivo de situaciones y actuaciones administrativas que dan soporte fáctico a la figura del indefinido no fijo también se encuentran sometidas como he explicado al régimen previo de la jurisdicción contenciosa.

Finalmente, se puede argumentar de contrario los pronunciamientos recientes del TJUE, pero si se hace una lectura adecuada de los mismos, la clave se encuentra en que el citado tribunal lo que reclama en el fondo son medidas legislativas o también denominadas "medidas o razones objetivas" contra la temporalidad desahogada e injustificada de nuestro sector público y el fraude que existe en torno a ella, y por ello, estimo que las medidas establecidas en las previsiones de la disposición transitoria trigésimo cuarta de la Ley 3/2017 LGPE, cuestión ésta que examinare con mayor detalle en un apartado posterior, cumplirían las



exigencias de las citadas sentencias del TJUE, de manera que resulta innecesario acudir a la creación de nuevas figuras de la imaginación española.

3. El Problema de la duración abusiva de la contratación temporal (laboral y funcionarial) y la Jurisprudencia del TJUE.

En este punto de la cuestión, además de lo ya expuesto en el apartado anterior, es preciso añadir unas consideraciones previas con respecto a la funcionalidad y efectos de las previsiones de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Hay que tener en cuenta que el Acuerdo Marco no se opone a que por parte de un estado miembro se prohíba la conversión de una relación laboral temporal en indefinida, en términos del ordenamiento de empleo público español "fija", si bien, esta posibilidad solo es admisible si el estado ha establecido medidas en su ordenamiento jurídico interno que prevenga y en especial sancione el abuso en la contratación temporal sucesiva o de facto indefinida.

Asimismo, es importante destacar que el TJUE en su jurisprudencia¹³ ha recogido una serie de medidas que deben adoptar los estados cuando su ordenamiento interno resulta incompleto, así, la fijación de las

¹³ Sentencias del TJUE de 23 de abril de 2009, Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07; 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10; 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano, C-190/13; 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13; y la de 26 noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22-13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13.

razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales, la fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo y el número máximo de sus renovaciones. En estas mismas resoluciones judiciales también se declara que las autoridades nacionales deberán adoptar medidas proporcionadas, pero especialmente efectivas y disuasorias, previsión esta última clave a mi juicio. Es también reseñable que el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, Asunto Pérez López, C-16/15, considera que la administración puede apreciar libremente razones objetivas que justifiquen la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada, y que tampoco existe una obligación de crear puestos de trabajo estructurales, siempre y cuando las contrataciones no se conviertan en un fraude legis, es decir, se esté encubriendo mediante contrataciones temporales situaciones objetivas que justifiquen una obligada creación de plantilla fija.

Como hemos visto, la cuestión esencial del conflicto generado por las recientes sentencias del TJUE, es la determinación de si existen en nuestro ordenamiento las adecuadas medidas o razones objetivas que justifiquen la inaplicación de las obligaciones de la Directiva sobre la duración abusiva de la contratación temporal, cuestión esta que a continuación examinaremos.

3.1. Examen de la figura de las "Medidas o razones Objetivas", conforme la doctrina del TJUE.

Como he indicado el Acuerdo marco no impone a los estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, sino que



deja, en principio, a los estados miembros *"la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos de duración determinada"*.

Por otro lado, el TJUE en las sentencias ya citadas anteriormente precisa que, *"para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada"*.

Así podemos examinar algunos ejemplos que el TJUE ha considerado que contienen prohibiciones de conversión en el empleo público que sí son compatibles con el Acuerdo Marco:

1. Derecho Griego. Asunto Angelidaky

Existe una prohibición de conversión en el art. 103.2 y 8 de la Constitución de la República Helénica.¹⁴

¹⁴ Establecen lo siguiente: «2. Nadie podrá ser nombrado funcionario en un puesto de plantilla no establecido por Ley. Excepcionalmente, una Ley especial podrá determinar que se atiendan necesidades imprevistas y urgentes con personal contratado por tiempo determinado en régimen de Derecho privado.

8. La Ley determinará las condiciones y la duración de la relación laboral de Derecho privado en la Administración y en

Por lo que se refiere a las medidas para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal, el Decreto Presidencial 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público (FEK A 134/19.7.2004), adaptó a la Directiva 1999/70 la legislación helénica aplicable al personal del Estado y del sector público en sentido amplio,

a) Prohibición de contratos sucesivos.

El art. 5 del Decreto Presidencial 164/2004 está redactado en los siguientes términos:

"Contratos sucesivos: 1. Quedan prohibidos los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares cuando el intervalo entre estos contratos sea inferior a tres meses. 2. Excepcionalmente se permitirá celebrar estos contratos en los supuestos en que estén justificados por una razón objetiva. Existe una razón objetiva cuando los contratos que sigan al contrato inicial se celebren para atender necesidades especiales del mismo tipo, que guarden conexión directa e inmediata con las

el sector público en sentido amplio, tal y como se define en la Ley caso por caso, para cubrir o bien puestos de plantilla además de los previstos en el primer párrafo del apartado 3, o bien necesidades transitorias o imprevistas y urgentes, conforme al segundo párrafo del apartado 2. La Ley determinará asimismo las funciones que puede ejercer el personal del párrafo anterior. Se prohíbe titularizar por ley al personal mencionado en el primer párrafo o transformar sus contratos en contratos por tiempo indefinido. Las prohibiciones de este párrafo rigen también para las personas empleadas mediante contrato de obra».



características, la naturaleza o la actividad de la empresa. [...]. 4. El número de contratos sucesivos no podrá ser, en ningún caso, superior a tres, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente".

b) Duración máxima de los contratos temporales.

El art. 6 de dicho Decreto establece:

"Duración máxima: 1. Los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares, no podrán exceder de un período total de empleo de veinticuatro meses, con independencia de que se celebren en aplicación del artículo precedente o de otras disposiciones de la legislación vigente. 2, La duración total del período de empleo sólo podrá exceder de veinticuatro meses cuando se trate de categorías especiales de trabajadores, en atención a la naturaleza y a las características de la prestación laboral, previstas en la legislación vigente, como, en particular, en el caso de los directivos, de los trabajadores contratados en el marco de un programa específico de investigación o de programas subvencionados o financiados, y de los trabajadores contratados para la realización de trabajos vinculados al cumplimiento de obligaciones derivadas de convenios celebrados con organismos internacionales".

c) Sanciones por incumplimiento.

El art. 7 del Decreto Presidencial 164/2004 dispone:

"Sanciones del incumplimiento: 1. Todo contrato celebrado en infracción de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto es nulo de pleno

derecho. 2. En caso de que el contrato nulo se haya ejecutado total o parcialmente se abonarán al trabajador las cantidades de dinero que se le adeuden con arreglo a dicho contrato y las cantidades eventualmente pagadas no serán repetibles. El trabajador tiene derecho, en concepto de indemnización por el período en que fue ejecutado el contrato de trabajo nulo, a percibir la cantidad a la que tendría derecho un trabajador equivalente con un contrato por tiempo indefinido en caso de rescisión de su contrato. Si hay más de un contrato nulo, el período considerado a efectos del cálculo de la indemnización del daño es la duración total del período de empleo con arreglo a los contratos nulos. Las cantidades de dinero pagadas por el empresario al trabajador se imputarán al responsable. 3. El infractor de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto será castigado con la pena de reclusión [...]. 1. Si la infracción es culposa, el responsable será castigado con la pena de reclusión de hasta un año. La misma infracción constituye paralelamente una falta de disciplina grave”.

Como puede apreciarse la prohibición de conversión está compensada por lo siguiente: una regulación detallada de las condiciones para concertar contratos de duración determinada, así como el establecimiento de límites claros y precisos. Y en el caso de incumplimiento, se prevén sanciones también concretas.

2. Derecho Italiano. Vasallo - Asunto Marrosu Sardino

El art. 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, por el que se establecen normas generales relativas a la ordenación del trabajo en las Administraciones públicas establece una habilitación



genérica a la Administración para el empleo de contratos de duración determinada, así como una prohibición de conversión:

"1. Las Administraciones públicas podrán utilizar, siempre que respeten las disposiciones en materia de selección de personal contenidas en los apartados anteriores, las formas contractuales flexibles para la selección y empleo del personal previstas en el Código Civil y en la legislación relativa al trabajo por cuenta ajena en la empresa. Los convenios colectivos nacionales regularán los contratos de duración determinada, los contratos de formación y empleo, las demás relaciones de formación y de prestación de servicios de trabajo temporal [...].

2. En cualquier caso, la infracción por parte de las Administraciones públicas de las disposiciones imperativas relativas a la contratación o al empleo de trabajadores no podrá dar lugar a la constitución de relaciones laborales por tiempo indefinido con dichas Administraciones públicas, sin perjuicio de cualquier responsabilidad o sanción aplicables. El trabajador interesado tendrá derecho al resarcimiento de los daños derivados de la prestación de trabajo efectuada en contra de lo establecido en las disposiciones imperativas. Cuando la infracción sea imputable a dolo o culpa grave, las Administraciones recuperarán las sumas abonadas por dicho concepto de los directivos responsables".

Por un lado, se prohíbe la conversión y por otra se establecen sanciones para el caso de que se incumplan las condiciones previstas en la regulación general para la contratación de duración determinada. Estas medidas son consideradas formalmente por el TJUE como efectivas para evitar y sancionar el uso

abusivo de la contratación temporal de la Administración.

Pues bien, esta clase de medidas de forma muy similar, a nuestro juicio, ya se encontraban recogidas en nuestra legislación, aunque es cierto que no de una forma directa aunque si implícita, como explicaremos en un apartado posterior cuando examinemos las resoluciones de los órganos judiciales españoles al respecto, de todas formas lo determinante es que no es cierto que estemos en presencia de un marco jurídico incontestable que obliga a todos los tribunales nacionales a reconocer el carácter indefinido de las relaciones tanto laborales como de funcionarios interinos en nuestro empleo público.

Dicho lo anterior, es muy importante destacar como ya he indicado en otro apartado la reciente reforma legal introducida por la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en la disposición adicional trigésimo cuarta, con carácter básico y de aplicación directa a todas las administraciones públicas, que recoge de forma expresa, ahora sí de una forma directa, una medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal, que resulta muy similar a las recogidas en los ordenamientos griego e italiano, que como hemos indicado han sido admitidos por el TJUE, por ello, estimo que a partir de este momento, aunque como es habitual cuando ya tenemos el incendio declarado, nuestros tribunales ya no pueden continuar con la línea de pronunciamientos recientes, sino que deberán ampararse en estas previsiones para rechazar toda esta clase de pretensiones de reconocimiento de la condición de relación "indefinida", tanto para el personal laboral como de forma indirecta para los funcionarios interinos.



Asimismo, también resulta de especial importancia las previsiones de la disposición adicional vigésima sexta,¹⁵ también con carácter básico y de

¹⁵ Disposición adicional vigésima sexta. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público.

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral.

Dos. En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

aplicación a todas las administraciones públicas, que regula la prohibición de incorporación de personal laboral proveniente del rescate o remunicipalización de servicios públicos y el proveniente de reordenaciones del sector público para su integración en la administración general, y que a mi juicio, se configura claramente como una medida en el sentido exigido por el TJUE.

3.2. La Contratación laboral temporal (encadenamiento de contratos), según la doctrina del TJUE.

Debo comenzar destacando que se dictaron a este respecto unas interesantes sentencias por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en concreto, la de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y C-1 80/04, y también reiterando esta doctrina jurisprudencial destaca la Sentencia TJUE de 23 de abril de 2009, Asuntos acumulados núms. C-378107 a C-380/07, que podrían cuestionar la construcción jurisprudencial del trabajador laboral indefinido no fijo establecida por el Tribunal Supremo. Así, el Tribunal europeo entra a conocer dos cuestiones prejudiciales italianas sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre contratación temporal en el sector público y la determinación de sus consecuencias jurídicas ante la superación del límite nacional fijado para el encadenamiento contractual, establecido en nuestro Derecho por el artículo 15.5 TRET. Pues bien, el Tribunal en ambas resoluciones

Tres. Lo establecido en esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1. 13.^a y 18.^a, así como del artículo 156.1 de la Constitución.



afirma que una normativa nacional que prohíbe en el sector público la transformación de los contratos temporales en indefinidos sin recoger ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización de los mismos, vulnera y frustra el efecto pretendido por la Directiva 1999/70/CE.

Esta posición jurisprudencial abrió un debate en la doctrina laboralista¹⁶, reclamando la necesidad de que se efectúe una nueva lectura y revisión de la doctrina del Tribunal Supremo con respecto a la configuración del régimen jurídico de los empleados públicos indefinidos no fijos, y en especial, con relación a la extinción de su relación jurídica.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), volvió a pronunciarse sobre esta cuestión y referida al ámbito de nuestras administraciones públicas, nos referimos al Auto de 11 de Diciembre de 2014, C-86/2014 (LA LEY 194535/2014), considerando este que existe una manifiesta desprotección de los trabajadores españoles del sector público frente al uso abusivo de la contratación temporal, estimando que el instrumento jurisdiccional de la conversión en indefinido no fijo de plantilla no es sanción eficaz para prevenir este abuso; pues la Administración en cualquier momento puede cubrir o amortizar la plaza unilateralmente sin abonar indemnización alguna al trabajador. Así, esta última resolución judicial está admitiendo la posibilidad de reconocer una indemnización a esta clase de personal en el caso de extinción de la misma, si bien, afortunadamente

¹⁶ LAHERA FORTEZA, J. (2007), «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto Ci 80/04)», *Relaciones Laborales*, 2007, pág. 592.

respetar el TJUE de forma indirecta las previsiones constitucionales nacionales sobre el acceso al empleo público (principios de mérito y capacidad), al reconocer que no es posible imponer a los Estados la transformación de los contratos en “fijos” o indefinidos en terminología del TJUE.

Dicho lo anterior, entendemos que como ya hemos señalado en el apartado anterior a partir de la modificación legal introducida en la Ley 3/2017 LGPE, en la disposición adicional trigésimo cuarta, este debate debe cerrarse definitivamente, desterrando la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla, siendo cuestión diferente la exigencia o procedencia de una indemnización por el cese de este personal, cuestión esta que como ya he indicado también en estos momentos se encuentra pendiente de una aclaración solicitada en cuestión prejudicial por nuestro Tribunal Supremo.

Estimo que es precisa una revisión integral de la doctrina hasta estos momentos consolidada de los Tribunales de la Jurisdicción social, sobre la pervivencia de la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla, de manera que debe comenzarse a adoptar las correspondientes decisiones judiciales tendentes a la desaparición de esta.

3.3. El último problema creado por nuestros Tribunales en aplicación de las últimas sentencias del TJUE: El reconocimiento judicial de los “funcionarios interinos indefinidos”.

Por si no fuera suficiente la problemática que ha creado en perjuicio del empleo público la creación de la figura del personal laboral indefinido no fijo como ya he



expuesto anteriormente, recientemente nuestros tribunales ha terminado de cerrar el círculo, añadiendo una nueva fuente de problemas y especialmente, quebrando el sistema administrativo tanto en la naturaleza y configuración de las relaciones funcionariales como en el propio sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas¹⁷.

a) Examen del contenido de las sentencias del TJUE que han servido de fundamento para las sentencias de nuestros tribunales que introducen en el ámbito administrativo a los funcionarios interinos indefinidos.

Pues bien, antes de los directos pronunciamientos originados como consecuencia de las recientes sentencias del TJUE ya se habían dictado

¹⁷ Efectivamente, la introducción de un régimen de indemnizaciones por cese de la relación jurídico funcional resulta no solo extraño sino asistemático, dado que estamos en presencia de relaciones jurídicas de sujeción especial, es decir, estatutarias y no contractuales. Ello, conlleva que cualquier incidencia en el desarrollo de esa relación debe ser reconducida a los instrumentos específicos del ordenamiento jurídico administrativo, y así, si se considera por decisión judicial que ha existido un funcionamiento "anormal" de la administración y conforme determina la sentencia judicial no existe obligación legal de soportar las consecuencias o "daños", el único sistema que regula las consecuencias jurídicas de esta clase de actuaciones es el de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, y por lo tanto, incorporar fórmulas ajenas al orden administrativo supone un grave ataque a esta técnica de carácter administrativo, que a nuestro juicio, es la adecuada y única posible de aplicación a estas situaciones.

algunas sentencias¹⁸ que resultaban muy preocupantes, si bien, estas siguen pendientes de la resolución de los correspondientes recursos interpuestos contra las mismas, pero lo importante es que estas ya suponían un aviso, sin justificación alguna a mi juicio, del desastre que se avecina para la gestión del empleo público y la ruptura dogmática que conlleva la interpretación de la doctrina del TJUE realizada recientemente por parte de nuestros tribunales en la jurisdicción contencioso administrativa, en concreto me refiero a las siguientes sentencias:

1. Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-184/15 (acumulado con el C-197/15), que resuelve el conflicto planteado en dos supuestos diferentes (funcionario interino y personal eventual estatutario) que comparten su sometimiento al orden administrativo en sus relaciones y con un elemento común, la excesiva duración de la temporalidad, así:

- Un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria nombrado para la ejecución de un programa supuestamente temporal (la ejecución del convenio

¹⁸ La sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº2 de Vigo de 19 de septiembre de 2016 (Rec. nº 281/2010), reconocía a un funcionario interino la condición de "personal indefinido no fijo"; asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sala de lo contencioso administrativo), de 31 de marzo de 2014 (Rec. nº 37/2012), reconocía la condición de "indefinido temporal" y por último, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo contencioso administrativo), en su sentencia de 20 de abril de 2016 (Rec. 528/2015), recogía la existencia de "relaciones jurídicas de personas indefinidas temporales".



relativo a un programa de ordenación urbana de un ayuntamiento) que comenzó en el año 1998. Tras la finalización de ese primer nombramiento, y debido a la prórroga del programa temporal, en 1999 volvió a ser nombrado funcionario interino. En 2012 se puso fin con carácter definitivo a la relación de servicio, "toda vez que el programa había sido ejecutado en su totalidad y que el contexto actual de crisis imponía la reducción de gastos de las Administraciones públicas". En total, la relación de servicio interina duró un total de 15 años.

- Una persona nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. Este nombramiento fue objeto de trece prórrogas, ninguna de las cuales incluía una motivación específica, salvo una genérica mención a "necesidades de servicio". Los nombramientos se produjeron entre 2010 y 2012.

Las cuestiones prejudiciales son planteadas en el seno de recursos de apelación interpuestos ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) contra las sentencias que desestimaron los recursos contencioso-administrativos formulados contra las resoluciones administrativas que acordaron el cese del funcionario interino y del personal estatutario temporal eventual. Este tribunal considera que en ambos casos se han producido nombramientos temporales sucesivos y fraudulentos. Constata, además, que, al contrario de lo que ocurre con el personal laboral temporal contratado fraudulentamente, el ordenamiento jurídico español "no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos".

2. La segunda Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-16/15, se refiere a una enfermera nombrada personal estatutario temporal eventual. Su nombramiento tenía como causa justificativa la "realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria". Tras un primer nombramiento en 2009, la enfermera fue nombrada hasta en siete ocasiones como personal estatutario temporal eventual. En total, su condición de estatutario temporal eventual se prolongó desde 2009 hasta 2013. El Juzgado aprecia que, incluso en el caso de que se creara una plaza permanente, "se mantendrá la situación precaria de este personal estatutario, ya que la Administración tiene la posibilidad de cubrir estas plazas mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que existan límites en cuanto a la duración o al número de renovaciones de los nombramientos de duración determinada de dicho personal".

b) Consideraciones jurídicas en relación a los planteamientos jurisdiccionales del TJUE respecto al Acuerdo Marco de la Unión Europea.

En este punto debo remitirme a lo expuesto en el apartado anterior cuando he examinado la figura de las "medidas o razones objetivas", en cuanto a su configuración legal y función. Dicho lo cual, estimo importante examinar cual ha sido la solución adoptada por nuestros tribunales sobre la utilización y sentido de estas medidas, apreciándose que han sido manifiestamente diferentes, así, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ante una recomendación que rompe todos los fundamentos de nuestro sistema administrativo, dicta dos sentencias de fecha 12 de diciembre 2016, para los Asuntos Castrejana López



(rec. 735/2013); y Asunto Martínez Andrés, (rec. 635/2013)¹⁹, en las cuales se limita a declarar la aplicación analógica del derecho laboral y con un idéntico contenido, a pesar de que las situaciones de inicio son diferentes (programa temporal al amparo del artículo 10 TREBEP y en el otro caso encadenamiento de nombramientos temporales), de manera que en ambas declara que se debe reconocer la situación por la cual "la apelante continuara vinculada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria". Ambas resoluciones se encuentran en los momentos de redactar estas conclusiones pendientes de que se resuelva el correspondiente Recurso de casación ante el Tribunal Supremo. De todas formas este antecedente jurisdiccional derivado de la doctrina del TJUE está recibiendo una diferente acogida por otros órganos jurisdiccionales, unos incorporándola a sus sentencias,²⁰ si bien, esos mismos órganos admiten

¹⁹ Esta sentencia se encuentra pendiente de la Resolución del Recurso de interés casacional, admitido a trámite por Auto del tribunal Supremo de fecha 13 de junio de 2017 (rec. 1305/2017), donde una de las cuestiones esenciales objeto del mismo es el reconocimiento de la condición de "indefinido no fijo", por aplicación analógica de la jurisprudencia del orden social.

²⁰ STSJ Galicia 21 de marzo 2017 (rec. 395/2016) – aplicación de la doctrina "Castrejana López" del TJUE a personal estatutario temporal eventual, se decide reponer a la trabajadora "en el puesto que venía desempeñando y mantenerla en él mientras no se proceda a su cobertura en propiedad o se amortice", en el mismo sentido y con idéntico pronunciamiento STSJ de Galicia 1 de febrero 2017 (rec.

matizaciones a la extensión en la aplicación de este nuevo instrumento²¹, y otros, procediendo directamente a la aplicación literal del contenido de la sentencia del TSJ del País vasco, sin incorporar ningún razonamiento nuevo, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sala de lo contencioso) Valladolid, de 22 de diciembre de 2017 (rec. apelación 485/2017), es decir, la ley del mínimo esfuerzo, y ello, a pesar de que la citada sentencia del País Vasco se encuentra como hemos señalado pendiente de recurso de interés casacional.

En cambio, con relación a la segunda de las sentencias (de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal

320/2016) –a funcionaria interina del departamento de cementerios del Concello de A Coruña que ha desarrollado funciones de carácter permanente al amparo de un programa de ejecución temporal, y lógicamente dada la doctrina de ese TSJ, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de A Coruña en sentencia de 30 de diciembre 2016 (rec. 139/2016), declara nulo el cese (con la consiguiente readmisión) de una funcionaria interina de la Dirección Xeral de Relaciones con la Administración de Xustiza que ha sido sucesivamente nombrada como tal desde marzo de 1991; especialmente porque, "la Administración no razona ni menos aún acredita causas objetivas que amparen esas sucesivas renovaciones y la larga duración del vínculo existente".

²¹ Sentencia del TSJ de Galicia de 1 de febrero 2017 (rec. 337/2016), en la cual no aplica la citada doctrina del TJUE "porque en este caso no se aprecian los abusos en la contratación que trata de afrontar dicha sentencia comunitaria", en un caso de cese en diciembre de 2015 de una arquitecta funcionaria interna del Concello de A Coruña nombrada tras el oportuno proceso selectivo en abril 2009".



de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-16/15), a diferencia de las resoluciones de los TSJ de País Vasco y Galicia, en situación muy similar, por no decir que casi idéntica, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso), en su sentencia de 7 de octubre 2016 (rec. 82/2016), refiriéndose a esta doctrina comunitaria como "recomendaciones orientativas ofrecidas por el Tribunal de la Unión Europea", niega la petición de un ATS con contrato estatutario eventual de que su relación extinguida sea calificada como interina (con cargo a vacante hasta que fuera ocupada por personal fijo), solución que, a mi juicio, resulta mucho más coherente, razonable y respetuosa con el sistema administrativo.

c) Nuestra crítica a las decisiones judiciales de creación de la figura de los "funcionarios interinos indefinidos".

1. Desde luego, una primera conclusión con relación a la situación generada por las sentencias del TJUE debería servir para una reconsideración de las nefastas políticas del Ministerio de Hacienda y Función Pública en los últimos años, al favorecer mediante la incorporación del instrumento de la "tasa de reposición de efectivos" el incremento de la contratación temporal, a pesar de que las aparentes regulaciones se suponía limitaban esa clase de contrataciones, pero la práctica ha confirmado era un mero trampantojo o hipocresía, y mucho me temo que la solución final puede pasar por procesos selectivos masivos con simple apariencia de legalidad con la única finalidad de consolidar todo este caos generado por incapacidad y uso espurio de la legislación (presentar una virtual imagen de la situación de nuestro empleo público ante la Unión Europea como consecuencia de la intervención de esta sobre nuestra economía), de todas formas

sobre esta cuestión volveré posteriormente. Desde luego la sentencia del TJUE, a mi juicio, no exigía ni mucho menos una resolución tan radical y por otro lado simplista, como la adoptada por el TSJ País Vasco, pues el TJUE reconocía que nuestra legislación de momento no ofrece soluciones legales al problema planteado y en todo caso se limita a ofrecer meras orientaciones o propuestas, recuerdo que utiliza el término "podría", y por otro lado, también podríamos estar en presencia de otro error más como el anteriormente reconocido por su Presidente.

2. Dicho lo anterior, lo primero que llama la atención de estas sentencias es la aplicación del principio jurídico de la "analogía" sin razonamiento y fundamento jurídico alguno, pues estamos ante una figura de construcción jurisprudencial para un determinado sistema u ordenamiento jurídico, cuyos fundamentos y principios difieren de forma radical; es cierto, que esta posibilidad de incorporar creaciones jurisprudenciales entre ordenamientos no es nueva, pero es muy importante destacar que cuando se ha producido la misma se han respetado los ámbitos materiales reservados a cada ordenamiento jurídico de manera que la integración de los diferentes instrumentos no quebraban los principios del sistema, y a título de ejemplo, me voy a referir a una figura actualmente consolidada, en concreto, el enriquecimiento injusto en el ámbito de la contratación pública, pues bien, la incorporación de esta figura nace como consecuencia de la inexistencia de contrato o también ante un contrato previo pero ilegal entre la administración y el contratista, pero el hecho es que se han realizado una serie de trabajos, y así, es doctrina consolidada y pacífica de nuestros tribunales y



doctrina.²² Como puede apreciarse en este caso existe una elaborada construcción dogmática que respeta y combina los principios de las instituciones administrativas y acude de forma complementaria a una institución de creación por la jurisprudencia civil para cumplimentar y resolver el problema, y esto precisamente lo que está ausente en el presente caso, no existe explicación ni razonamiento alguno, sino que de forma simplista y cómoda desaparece el problema judicial incorporando de forma literal la "recomendación" del TJUE, sin evaluar las graves consecuencias tanto sistemáticas para el sistema administrativo como para el futuro de las administraciones públicas y su empleo público.

3. Lo siguiente es preguntarnos que supone de forma inmediata el pronunciamiento judicial de reconocimiento de los funcionarios interinos indefinidos, así, nos enfrentamos a un proceso de modificación por

²² MARTIN REBOLLO, L. (1991), Dictamen sobre el grado de compromiso y responsabilidad de la Diputación Regional de Cantabria como consecuencia de diversos contratos celebrados por ella (1988-1990), págs. 100 y ss. Por otro lado, esta clase de situaciones supone que en estos casos procede la previa declaración de nulidad de las actuaciones de la administración, aunque estemos en presencia de actos administrativos tácitos, de manera que no puede reconocerse validez ni legalidad alguna a la actuación ilegal o propuesta verbal de carácter contractual realizada por la administración pues no se ha respetado el procedimiento legamente establecido (revisión de oficio) o en caso de existir alguno y este fuera ilegal (declaración de lesividad) y posteriormente, resultaría de aplicación el principio del enriquecimiento injusto, ya que es preciso restablecer un equilibrio entre la prestación de la que se ha beneficiado la administración y el coste económico que esta ha supuesto para el contratista, pero excluyendo cualquier beneficio industrial

vía jurisdiccional tanto del régimen jurídico administrativo (relaciones de sujeción especial) alterando su constitución, desarrollo y extinción que hasta estos momentos se encontraba sometida en exclusiva al régimen jurídico que la administración unilateralmente establecía como elemento característico de las relaciones funcionariales, y asimismo, supone la modificación por vía judicial de las previsiones del artículo 10 del TREBEP. También altera el sistema de determinación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en el ámbito de las relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo, y por ende, supone un proceso de invasión de los criterios de la jurisdicción social sobre los fundamentos básicos de las categorías y fundamentos del ordenamiento administrativo, pues la introducción de un régimen de indemnizaciones por cese de la relación jurídico funcional resulta no solo extraño sino asistemático, dado que estamos en presencia de relaciones jurídicas de sujeción especial, es decir, estatutarias y no contractuales. Ello, conlleva que cualquier incidencia en el desarrollo de esa relación debe ser reconducida a los instrumentos específicos del ordenamiento jurídico administrativo, y así, si se considera por decisión judicial que ha existido un funcionamiento "anormal" de la administración y conforme determina la sentencia judicial no existe obligación legal de soportar las consecuencias o "daños", el único sistema que regula las consecuencias jurídicas de esta clase de actuaciones es el de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración²³, y

²³ Con relación al sistema de responsabilidad patrimonial resulta recomendable la consulta de MARTÍN REBOLLO, L. (1977), *La Responsabilidad Patrimonial en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, y también del mismo autor (2005), *La*



por lo tanto, incorporar fórmulas ajenas al orden administrativo supone un grave ataque a esta técnica de carácter administrativo, que a nuestro juicio, es la adecuada y única posible de aplicación a estas situaciones.

Pero además se abre otra puerta muy peligrosa de quiebra del sistema administrativo de nulidades, me refiero al supuesto en que nos encontremos ante un nombramiento de funcionario interino que se haya realizado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido o bien, haya accedido sin pruebas selectivas de ninguna clase, en este caso, qué ocurriría, simplemente la declaración de nulidad del acto de nombramiento y por ello el cese inmediato del funcionario (efectos *ex nunc* en el primer caso o *ex tunc* en el otro), o se debería también aplicar analógicamente la figura del personal laboral indefinido no fijo en fraude contractual, y por lo tanto proceder a su reconocimiento como funcionario interino indefinido, y así, a pesar de existir una nulidad radical seguir manteniendo en servicio a este personal, con lo cual dónde quedaría el sistema administrativo básico y común de las nulidades y sus efectos en el ámbito del Derecho Administrativo, desde luego reitero que estas sentencias carecen de reflexión y trabajo en su elaboración y sobre todo de una profunda valoración de las consecuencias que pueden generar.

4. A la vista de lo expuesto, es lógico preguntarnos qué soluciones tenía el tribunal ante las citadas sentencias del TJUE, y a este respecto, a mi juicio las alternativas eran varias y ninguna de ellas

Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales, Iustel, Madrid.

quebraría el sistema administrativo ni generaría el grave problema al que se enfrenta a partir de ahora nuestro empleo público, así:

En primer lugar, ese órgano judicial podría haber optado por considerar que las conclusiones de las sentencias del TJUE tenían un alcance meramente "orientativo", dado que como ya he señalado el tribunal utiliza el término "podría", en ningún caso "deberá" para reclamar el uso analógico de la figura del personal laboral indefinido no fijo, y así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso), en su sentencia de 7 de octubre 2016 (rec. 82/2016), y por ello, de forma razonable y coherente desestima esta posibilidad.

En segundo lugar, si el tribunal considerara que el ejercicio de su función jurisdiccional le obligaba a buscar una solución jurídica adecuada a las pretensiones formuladas, en ejercicio del principio de la tutela judicial efectiva, debería haber procedido a un estudio detallado y exhaustivo de la cuestión que resultará compatible con el ordenamiento administrativo, y a este respecto, podemos ofrecer algunas posibilidades, así, de inicio debo reiterar lo ya manifestado en un apartado anterior con relación al personal laboral indefinido no fijo y la vis expansiva de la jurisdicción social al respecto, por lo tanto, en este caso, ese problema no existía pues estábamos en presencia de un ámbito competencial reservado a la jurisdicción contencioso administrativa de forma indiscutible, y por ello, salvado el primer escollo, lo segundo hubiera sido aplicar los mismos criterios que ya he expuesto anteriormente y que evito reiterar, es decir, el examen de la nulidad de las actuaciones o situaciones administrativas que han dado origen al problema, y como consecuencia de ello ratificar la



extinción, pues la directa consecuencia en el orden administrativo es la desaparición de la relación jurídica constituida ilegalmente, ¿eso supone ir contra la sentencia del TJUE?, la respuesta es no, pues esta simplemente "recomienda" la adopción de medidas, pero en ningún caso, puede imponer la quiebra del ordenamiento jurídico administrativo interno.

Ahora bien, dicho lo anterior el tribunal también habría podido completar su sentencia y con ello, dar satisfacción a las recomendaciones europeas, en concreto me refiero a determinar si existen en nuestro ordenamiento medidas que permitan legalmente "sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada", así, parece olvidar el tribunal el sentido y finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración, la cual ofrecería dos soluciones complementarias a la cuestión, la primera, la posibilidad de reconocer una indemnización al funcionario interino por funcionamiento anormal de la administración, tomando como referencia para su cálculo, y aquí sí entra en juego la analogía, al personal laboral temporal, pero en cambio el tribunal decide sin ninguna encomienda ni justificación imponer directamente una indemnización del mismo tenor que para el personal laboral, cuando resulta que tiene en sus manos los instrumentos jurídicos adecuados sin quebrar con ello el sistema (sic). La segunda cuestión es la de la sanción o exigencia de responsabilidades, y a este respecto debo recordar que precisamente la institución de la responsabilidad patrimonial prevé expresamente la acción de regreso, y ello, con independencia de la posibilidad de exigencia de responsabilidades disciplinarias, u otra alternativa de la que puede hacer uso el tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional, me refiero a librar testimonio de

las actuaciones judiciales si considera que pueden existir responsabilidades penales por prevaricación, por lo tanto, no es cierto que nuestro ordenamiento no ofrece soluciones jurídicas ante actuaciones ilegales como las descritas en la sentencias del TJUE, otra cuestión son las ganas de profundizar en los temas a debate y la búsqueda de soluciones, que si bien, es cierto que pueden resultar conflictivas o desagradables, pero para eso se asume una función jurisdiccional.

Como he indicado anteriormente, existían medidas objetivas, de forma indirecta, que hubieran podido soportar el test del TJUE sobre su carácter efectivo para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de la contratación temporal, ahora bien, en estos momentos el Estado Central continúa con la improvisación permanente, ya que, si bien, la situación se ha clarificado de forma rotunda mediante la modificación incluida en la Ley 3/2017 LGPE que hemos examinado anteriormente con relación al personal laboral temporal, y que a nuestro juicio, debe cerrar de forma definitiva al menos en el ámbito de la Jurisdicción Social, debe ser objeto de crítica la ausencia de una regulación equivalente a la establecida para el personal laboral con relación a los funcionarios interinos, que evite la posibilidad de nuevos pronunciamientos judiciales de reconocimiento de la figura del "funcionario interino indefinido", espero que los anteriores pronunciamientos se queden en una mera anécdota, y que conforme los argumentos expresados anteriormente se restaure la legalidad y el sentido de la prudencia, ante los graves riesgos que para el empleo público suponen estas "novedosas" líneas jurisprudenciales. De todas maneras, es imprescindible que por parte del Estado Central de forma urgente regule un nuevo marco jurídico donde formalice en un único artículo las medidas objetivas, ya



existentes, pero que nuestros tribunales no han considerado en sus sentencias, como conclusión se cierra un problema, pero se deja abierto otro, la ineficacia del legislador estatal no deja de sorprender.

4. Consideraciones finales y algunas propuestas.

4.1. Consideraciones finales.

En directa conexión a mis reiteradas críticas con relación al reconocimiento de la figura del "indefinido no fijo", que se constituye, a mi juicio, en un grave problema, pues se ha convertido en una práctica diaria y en "puerta trasera" para la incorporación al empleo público, sin respeto alguno ni a los principios constitucionales (artículo 103.3 CE) ni a los establecidos en el artículo 55 del TREBEP, de aquellas personas cuya carta de presentación suele ser el clientelismo político o sindical. Resulta interesante reflexionar sobre la posibilidad de exigir responsabilidades a los gestores que organizaron y permitieron o toleraron estas actuaciones "irregulares e ilegales", así, debemos recordar que la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP, en su informe consideraba que era esencial para atajar este problema que se exigiera responsabilidades a las autoridades o funcionarios que contrataban o prolongaban de manera irregular/ilegal la relación laboral del empleado temporal; como era de esperar, y ha ocurrido con otras tantas recomendaciones de la Comisión, posteriormente el legislador hizo caso omiso a las mismas, lo que demuestra cómo ha penetrado este tipo de prácticas en el tuétano de nuestra autoridades políticas o nuevos gestores y el profundo rechazo que genera el

establecimiento de cualquier clase de control o de exigencia de responsabilidades.

Y por si no fuera suficiente lo ya señalado, debemos añadir que esta clase de relación da lugar a que *de facto* y *de iure* los indefinidos no fijos de plantilla terminan la mayoría de ellos vinculados de manera permanente y estable a la Administración Pública *sine die*, pues no hay en el ordenamiento jurídico vigente mecanismos coercitivos que obliguen a las administraciones públicas a aprobar la correspondiente convocatoria pública de los puestos de trabajo ocupados por los indefinidos no fijos de plantilla o, en su caso, amortizarlas, así, la permanencia *sine die* no es en modo alguno excepcional, sino que puedo confirmar por mi experiencia profesional que se ha convertido en la práctica habitual, especialmente en la administración local. En línea con lo expuesto, resulta también criticable que las Leyes anuales de presupuestos no hayan obligado a incluir en la correspondiente oferta anual de empleo público los puestos de trabajo calificados judicialmente como indefinidos no fijos en el ejercicio anterior, salvo amortización claro está²⁴; y tampoco se comprende cuándo desde hace años esas mismas leyes obligaban a incorporar a la oferta de empleo público todos los

²⁴ A este respecto solo la Ley 3/2017 LGPE, ha previsto un régimen de carácter excepcional, en su artículo 19 Uno. 6, por el cual se establece una tasa adicional para estabilización de empleo temporal, que incluirá hasta el 90% de plazas que se encuentren dotadas presupuestariamente y que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los 3 años anteriores a 31 de diciembre de 2016, pero solo para ciertos sectores, de manera que no se puede considerar esta medida como adecuada y suficiente para solventar el grave problema creado por la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos.



puestos y plazas desempeñados por personal funcionario interino o laboral temporal, nombrado o contratado en el ejercicio presupuestario anterior, excepto aquellos sobre los que exista una reserva de puesto de trabajo o estén incurso en procesos de provisión, y desde luego, no sirve ahora como excusa que en los últimos años se haya producido la aparición de la nefasta figura de la "*tasa de reposición de efectivos*", es decir, un plan de empleo encubierto políticamente, pues la bolsa de esta clase de personal tiene su origen mucho antes; lo que nos lleva a reafirmarnos en nuestra anterior crítica del poco interés del legislador por poner límites legales a estas prácticas de clientelismo político y sindical.

Asimismo, también debemos rechazar los intentos de establecimiento de procedimientos selectivos *ad hoc*, diseñados "a la carta" para que esta clase de personal que ha accedido de forma ilegal a la administración consolide su situación, violando con ello el derecho del resto de los ciudadanos al acceso al empleo público pues limita de forma ilegal sus posibilidades, a lo que debemos añadir los intentos de consolidación por medio de acuerdos o convenios que pretenden la conversión automática de los temporalmente indefinidos en fijos de plantilla, lo que ha sido rechazado por los Tribunales (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo Social -Sevilla-) 12 de enero de 2004, recurso de suplicación núm. 3784/2003, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sala de lo Social - Santa Cruz de Tenerife-), de 10 de marzo de 2006, recurso de suplicación núm. 829/2005.

A lo anterior, debemos añadir la peligrosa vía que se ha abierto el año 2017 con relación a la posibilidad de convocar procesos de consolidación de

empleo público, así, nos encontramos que los malos vicios desarrollados durante muchos años en otros procesos similares no han sido objeto de revisión para su eliminación, como constitucional y éticamente sería exigible, sino que a la vista de los acuerdos para la mejora del empleo público de fecha 29 de marzo de 2017 y 9 de marzo de 2018, suscritos entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO. y CSI-F, los cuáles puede ser calificado de un nuevo acuerdo clientelar (político y sindical) se vuelve a las malas prácticas en los procesos selectivos al establecer como procedimiento de acceso el concurso oposición en el cual *"podrá ser objeto de valoración entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la administración"*, previsiones estas que han tenido un reconocimiento normativo por medio de la Ley 3/2017 de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en su artículo 19 Uno 6, regulación que a mi juicio puede ser el descabello y ocaso del empleo público profesional y objetivo, además de suponer un atentado al derecho constitucional de todos los ciudadanos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 C.E.).

Finalmente, no podía faltar una referencia a la necesidad de revisión de la doctrina judicial sobre esta lacra para un empleo público profesional que es la figura de los "indefinidos no fijos", a este respecto, debemos distinguir dos claras situaciones, en primer lugar, con relación al personal laboral temporal, tal como hemos expuesto a la vista de las recientes modificaciones legislativas, en estos momentos carece de fundamento alguno seguir utilizando esta figura en este ámbito, pues se cumplen en todos sus términos las exigencias del TJUE en cuanto a la existencia de "medidas o razones objetivas", como hemos expuesto y



comprobado anteriormente, y en segundo lugar, en cuanto a los funcionarios interinos, si bien, es cierto que la modificación normativa se ha quedado a mitad de camino, como ya he indicado, estimamos que los argumentos expuestos anteriormente sobre las posibilidades directas del ordenamiento jurídico administrativo para exigir responsabilidades al respecto, cumple sin duda alguna la condición de "medidas o razones objetivas" que exige el TJUE, y por ello, deja sin soporte la pretensión de acudir a la analogía de la doctrina de la jurisdicción social, que por cierto, reiteramos se realiza sin explicación o fundamento alguno, como sería exigible.

4.2. Propuestas de *lege ferenda*.

Ante el grave panorama que se ha abierto recientemente como consecuencia de las sentencias del TJUE, y la exigencia de que se aprueben actuaciones sobre la temporalidad en el empleo público, estimo que es necesario adoptar medidas claras y contundentes al respecto, especialmente en el ámbito de la exigencia de las responsabilidades de autoridades y funcionarios, y asimismo, incorporar otras que obliguen a regularizar de forma inmediata cualquier situación ilegal o irregular en la contratación, con pleno respeto a los principios constitucionales y de acceso al empleo público, y no me refiero a procesos de consolidación, sino a puras y duras convocatorias de oposición libre.

1. La primera medida que debería adoptarse debería comenzar por la reforma del TREBEP, suprimiendo en sus artículos 8 y 11 cualquier referencia a los contratados laborales "indefinidos". Asimismo, incorporar por medio de una disposición transitoria el régimen jurídico aplicable (derechos, obligaciones,

extinción y régimen de indemnizaciones) aplicable a esta clase de personal, que quedaría como una figura a extinguir.

2. También resultaría necesario modificar el TREBEP incorporando dos previsiones, en primer lugar, la prohibición expresa de transformación de oficio o a instancia del trabajador de cualquier relación jurídica nacida de forma ilegal o en fraude de ley, estableciendo expresamente que esa clase de actuación deberá ser considerada nula de pleno derecho, con los efectos previstos en la LPAC. Lo que debería complementarse a su vez con una regulación sobre la exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales para las autoridades y funcionarios que incumplan estas previsiones, aunque no podemos olvidar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial la vía de regreso es prácticamente desconocida en su uso por dejación de los órganos políticos.

Esta propuesta formulada hace tiempo por mi parte en otros foros ha recibido recientemente confirmación legislativa en la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, en concreto en su Disposición adicional trigésima cuarta que regula la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral²⁵, medida que recibimos con

²⁵ Disposición adicional trigésima cuarta. Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral.

Uno. Los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, deberán formalizarse



siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades.

Dos. Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Tres. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

Cuatro. Las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos órganos con competencia en materia de personal.

Cinco. La presente disposición, que tiene vigencia indefinida y surtirá efectos a las actuaciones que se lleven a cabo tras su entrada en vigor, se dicta al amparo del artículo 149.1. 18.ª de la Constitución, en lo relativo al régimen jurídico de

satisfacción, si bien, entendemos que resulta importante desde un criterio de técnica legislativa, que esta previsión se debería incorporar al articulado del TREBEP. Otra cuestión que puede generar algún problema en la aplicación de esta previsión es la ausencia de una regulación expresa de un procedimiento básico de exigencia de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, o económica por alcance ante el Tribunal de Cuentas, y ello, con independencia de las posibles responsabilidades penales, exigibles mediante la correspondiente denuncia ante la Fiscalía. A esta ausencia debemos añadir que lógicamente cuando la responsabilidad sea exigible a un órgano político nada se dice sobre que procedimiento debe utilizarse ni tampoco quienes podrían instar la exigencia de las responsabilidades, es cierto, que existe una remisión general a la legislación de cada administración, pero esto nos lleva, a dejar en manos de quienes pueden ser enjuiciados la toma de la decisión, es decir, juez y parte, sinceramente estimo que este artículo presenta muchos vacíos que hace cuestionarse la verdadera efectividad del mismo, de manera que parece más bien, un intento de cobertura formal ante las sentencias del TJUE (cuestión que examinaremos con mayor detalle en otro apartado posterior) que una auténtica voluntad de luchar contra el abuso de la contratación temporal.

3. De forma complementaria debería añadirse al TREBEP la obligación legal de incorporar estas plazas en la siguiente oferta de empleo público, y si son las únicas, exigir una oferta específica para ellas, sin posibilidad alguna de que se alegue o utilice la

las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.



excepción de la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos. Asimismo, en la convocatoria del correspondiente proceso selectivo debería autorizarse solo el sistema de oposición libre, no resultando posible la utilización de ningún otro sistema (concurso o concurso-oposición), y por supuesto, prohibir la valoración de cualquier mérito proveniente de esta situación ilegal. Esta previsión debería aplicarse de forma obligatoria y con advertencia de las correspondientes responsabilidades a todas las administraciones que cuenten con personal indefinido no fijo, tanto por reconocimiento de oficio como por declaración judicial.

5. Bibliografía.

ALFONSO MELLADO, C., (2007), "Contratación Temporal en la unificación de doctrina", *Revista de Derecho Social*, nº 18.

ALZAGA RUIZ, I., (2007) "Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad", *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 7.

BOLTAINA BOSCH, X., (2011), "La Diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos: Especial referencia al personal laboral", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 13.

BORRAJO DACRUZ, E., (1998) "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *Actualidad Laboral*, núm. 2.

CARRATALÁ TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M., (1993), «Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública», *Tribuna Social*, núm. 13.

CASTILLO BLANCO, F. (2016), "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", de la *Revista EL CRONISTA del Estado Social y Democrático de Derecho* nº 58-59.

- (2017), "*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*", Colección Estudios de Relaciones Laborales, Diputación Provincial de Barcelona- CEMICAL, Barcelona.

CUENCA CERVERA, J., (2015), *El empleo público local en la España democrática. Una perspectiva institucional*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., (2000), "La contratación temporal en la Unificación de Doctrina", *Justicia laboral* nº 1.

FOLGUERA CRESPO, J., (1992) "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad laboral*, núm. 18.

FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada.

- (2012), "*Manual para la Selección de Empleados Públicos*", LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.

GARRIDO PALACIOS, J., (1998), "Dos nuevas Sentencias del Tribunal Supremo sobre la interinidad indefinida del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, núm. 2.



LAHERA FORTEZA, J. (2007), «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto Ci 80/04)», *Relaciones Laborales*, 2007.

MARTÍN REBOLLO, L. (1977), *La Responsabilidad Patrimonial en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid.

- (2005), *La Responsabilidad Patrimonial de las Entidades Locales*, Iustel, Madrid.

MOLINER TAMBORERO, G., (2000), "La contratación de personal laboral en las Administraciones Públicas: Puntos críticos", en Dir. Moliner Tamborero, «*La Administración Pública como empresario: aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones Públicas*», Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

MORÓN PRIETO, R., (2001), "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimientos y efectos", *Revista de Derecho Social*, núm. 14.

RIVERO LAMAS, J., (2004) "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124.

ROBLES EGEA. A., ALVAREZ JUNCO, J. y MAURICE, J., (1996), *Política en penumbra. Patronazgo y clientelismo políticos en la España contemporánea*, Siglo XXI de España Editores, Madrid.

SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRREGA, J.A., (2008), "La contratación de personal laboral en la Administración

Local. *Revista de Estudios locales (CUNAL)*, nº 112 (Extraordinario).

SALA FRANCO, T., (2009) "*Las modalidades de la contratación laboral*", Tirant lo Blanch, Valencia.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., (2003), "*La contratación laboral en las Administraciones Públicas*", Aranzadi, Pamplona.

**“RELACIÓN ENTRE EL COSTE DE LOS
SERVICIOS Y LA PLANTA LOCAL
CASTELLANO–MANCHEGA”**

**“RELATIONSHIP BETWEEN THE COST
OF SERVICES AND THE TERRITORIAL
SCOPE IN CASTILA–LA MANCHA”**

D. Alejandro de Diego Gómez

Secretario de Administración Local. Ayuntamiento de
Avión (Ourense)

RESUMEN: En este informe se trata de analizar el comportamiento de los principales agentes que forman el sector público local y el coste efectivo de los servicios prestados por ellos según la publicación hecha por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, llegando a la conclusión de la necesidad urgente de adelgazar y modernizar nuestra Administración Local para conseguir reducir el peso de los gastos generales, así como de modificar la planta municipal, proponiendo la fusión de los pequeños Ayuntamientos de forma que tengan la capacidad suficiente para responder a los retos y necesidades que les exige la población del Siglo XXI sin perder con ello su identidad.



PALABRAS CLAVE: coste efectivo de los servicios, administración local, sector público local, ayuntamiento, fusión, corporación local, racionalización, sostenibilidad, ámbito territorial, servicio público.

ABSTRACT: This report analyses the behavior of the main agents that form the local public sector and the actual cost of services which they provide according to the publication by the Ministry of Finance and Public Administration. The report concludes the urgent need to reduce and modernize our local Administration in order to decrease in overhead expenses, as well as modify the territorial area by proposing the merger of smaller municipalities in such a way to have sufficient capacity to respond to the challenges and needs that 21st Century world population demands without causing them to lose their identity.

KEYS WORD: cost of services, local government, local public sector, local councils, city councils, merger, local authority, rationalization, sustainability, territorial scope, public service.

SUMARIO:

- 1. Introducción**
- 2. Estudio económico**
 - 2.1. Metodología**
 - 2.2. Gastos**
 - 2.2.1. Clasificación por programas**
 - 2.2.1.1. Servicios públicos básicos.**
 - 2.2.1.2. Actuaciones de carácter general**

- 2.2.1.3. Producción de bienes de carácter preferente
- 2.2.1.4. Servicios de protección y promoción social
- 2.2.1.5. Actuaciones de carácter económico
- 2.2.1.6. Deuda pública
- 2.2.2. Clasificación por capítulos
- 2.3. Ingresos
 - 2.3.1. Impuestos
 - 2.3.2. Transferencias corrientes
 - 2.3.3. Tasas, precios públicos y otros ingresos
 - 2.3.4. Transferencias de capital
- 2.4. Estabilidad presupuestaria
- 3. Comportamiento de los Ayuntamientos por tramos de población
 - 3.1. Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes
 - 3.2. Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes
 - 3.3. Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes
 - 3.4. Ayuntamientos de entre 5.001 y 7.000 habitantes
- 4. Los Gobiernos Provinciales
 - 4.1. Diputaciones Provinciales
 - 4.2. Las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes
- 5. Mancomunidades
- 6. Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio
- 7. Conclusiones
- 8. Propuestas
- 9. Reflexión final
- 10. Bibliografía



1. INTRODUCCIÓN

El coste efectivo de los servicios es un concepto introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), como una medida de transparencia, considerada como un paso fundamental en la mejora de la información disponible para la toma de decisiones de los ciudadanos y de la Administración, debiendo contribuir de forma permanente al cumplimiento del principio de eficiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

No existe una definición del coste efectivo de los servicios ni en la LRSAL ni en la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales, haciendo referencia únicamente esta última a la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales, y que supone presentar una mayor desagregación de la clasificación por programas que permitirá identificar con mayor precisión ese coste efectivo.

El artículo 116^{ter} de la LRSAL establece que todas las entidades locales calcularán antes del 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior, debiendo comunicarlo al Ministerio de Hacienda y Función Pública para su publicación. Por

su parte el artículo 3 de la Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios dispone que este será el resultado, para cada uno de ellos, de la aplicación de los criterios contenidos en la misma, y vendrá determinado por la agregación de dos componentes: costes directos, exclusivamente asociados a cada servicio, y costes indirectos determinados con arreglo a los criterios de imputación establecidos en dicha Orden.

2. ESTUDIO ECONÓMICO

Cualquier estudio económico es poco amable al convertirse en una sucesión de cifras y datos, pero es absolutamente necesario para comprender las conclusiones finales de este trabajo.

2.1. METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo se han tenido en cuenta las liquidaciones de los presupuestos de Ayuntamientos con población inferior a 20.000 habitantes, por ser estos a los que les es de aplicación principal las medidas que prevé la LRSAL, además de suponer el 98 % del total de municipios de Castilla-La Mancha. Para ello se han utilizado los datos correspondientes a ingresos y gastos publicados en la Oficina Virtual para la Coordinación Financiera con las Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública correspondientes a los ejercicios de 2001 a 2016, ambos inclusive, salvo en la comparativa de la clasificación funcional por programas de los gastos, donde se han tomado los datos de 2010 a 2016, porque de esta manera se parte del primer ejercicio (2010) en



el que se aplica lo dispuesto en la EHA/3565/2008 por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales y se extiende hasta el último del que constan datos en la citada web. De esta forma contamos con una mayor desagregación de la clasificación por programas, así como una unificación en el estudio general, lo que facilita la comparativa.

Para poder relacionar entre sí los datos económicos referidos a los distintos entes públicos se han utilizado como denominador común los importes per cápita de ingresos y gastos, por ser ésta una variable uniforme en cualquier comparativa, habiéndose tomado los datos de habitantes de la web del Instituto Nacional de Estadística. Igualmente, se han calculado los valores medios de esas variables presupuestarias, tomando para ello los datos de los 16 ejercicios liquidados en su conjunto para ingresos y gastos, o de los 7 para el caso de la comparativa por clasificación funcional por programas de los gastos, para garantizar cierta estabilidad de la información manejada.

Para entender mejor la realidad local se estudian en este apartado los gastos, los ingresos y una comparativa entre gastos e ingresos ordinarios como indicador de estabilidad presupuestaria.

2.2. GASTOS

El estudio sobre los gastos municipales debe hacerse desde dos vertientes: desde la clasificación por programas y desde la clasificación por capítulos.

2.2.1. Clasificación por programas de gastos

Es evidente que según como se mire se puede pensar que no hay Ayuntamientos con servicios más caros que

en otros sino que lo hagan con niveles mayores de prestación, o se puede hacer el razonamiento totalmente a la inversa. Para intentar resolver esta cuestión debemos hacer una primera aproximación de los datos publicados por cada uno de los programas que componen la estructura de los presupuestos de gastos de las entidades locales, tomando para ello el cómputo de los últimos 7 ejercicios, de 2010 a 2016, ambos inclusive.

2.2.1.1. Servicios públicos básicos

Este programa comprende todos aquellos originados por los servicios que, con carácter obligatorio, deben prestar los municipios con arreglo al artículo 26.1 de la LBRL. Y es el que contiene la partida más abultada, suponiendo el 32,4 % del total del coste de los servicios públicos prestados por los Ayuntamientos castellano-manchegos de menos de 20.000 habitantes, con una media de 290 euros por habitante, muy cerca de la media nacional, tal sólo un 3.8 % menos.

2.2.1.2. Actuaciones de carácter general

Es el segundo programa en importe, e incluye los gastos relativos a actividades que consistan en el ejercicio de funciones de gobierno o de apoyo administrativo y de soporte lógico y técnico a toda la organización, recogiendo los gastos generales de la entidad que no puedan ser imputados ni aplicados directamente a otra área. El importe de gasto de este programa supone el 24 % del total, con una media de 215 euros per cápita, también prácticamente en la media nacional, tan sólo 4 décimas por debajo.

2.2.1.3. Producción de bienes de carácter preferente



El tercer programa es este, que comprende todos los gastos relacionados con la sanidad, educación, cultura, ocio, deporte y tiempo libre y, en general, todos aquellos tendentes a la elevación o mejora de la calidad de vida, suponiendo el 18 % del total del coste de los servicios con una media de 163 euros por habitante, justo en la media española.

2.2.1.4. Servicios de protección y promoción social

Engloba aquellos gastos que constituyen el régimen de previsión, pensiones de funcionarios, atenciones de carácter benéfico-asistencial, medidas de fomento del empleo, atenciones a grupos con necesidades especiales, como jóvenes, mayores, minusválidos físicos y tercera edad; y, en general, prestación de servicios sociales y promoción social, con cargo a los cuales se imputarán los gastos llevados a cabo para desarrollar la asistencia social primaria: la promoción de la igualdad de género, promoción y reinserción social de marginados, así como para la gestión de los servicios sociales, prestación de servicios a personas dependientes y de asistencia social, residencias de ancianos y otros de naturaleza análoga, la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

En contra de lo que pudiera pensarse a priori, este programa no ocupa un lugar preferente sino que es el penúltimo en importancia, sin contar la deuda pública, suponiendo el 14 % del total, con una media per cápita de 126 euros por habitante, aun así un 3,2 % por encima de la media nacional. Pero obsérvese que estos gastos están 10 puntos porcentuales por debajo de los gastos generales e, incluso, casi 20 puntos por debajo de los gastos de personal, como se verá más adelante.

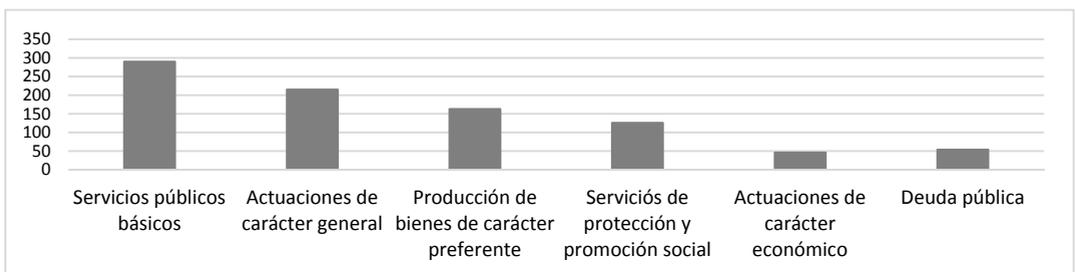
2.2.1.5. Actuaciones de carácter económico

Es el último programa, sin contar la deuda pública, suponiendo el 5 % del total y una media de 46 euros por habitante, un 1,5 % por debajo de la media estatal, integrándose en esta área los gastos de actividades, servicios y transferencias que tienden a desarrollar el potencial de los distintos sectores de la actividad económica, incluyendo los gastos en infraestructuras básicas y de transportes, infraestructuras agrarias, comunicaciones, investigación, desarrollo e innovación.

2.2.1.6. Deuda pública

Comprende los gastos de intereses y amortización de la deuda y demás operaciones financieras de naturaleza análoga, con exclusión de los gastos que ocasione la formalización de las mismas. El importe medio que el conjunto de Ayuntamientos castellano-manchegos con menos de 20.000 habitantes destinaron a gastos relacionados con su deuda pública fue de 54 euros por habitante, suponiendo el 6 % del total, significativamente inferior a los 64 euros per cápita de media nacional.

Gráfico 1: Desarrollo de los gastos por los distintos programas



Fuente: elaboración propia



2.2.2. Clasificación por capítulos de gastos

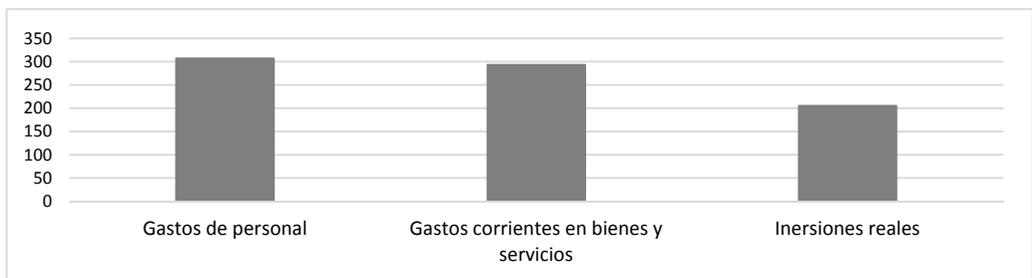
Lo que nos da una mejor visión del comportamiento de los Ayuntamientos es la clasificación por programas que hemos visto en el epígrafe anterior, no obstante también es interesante detenerse en algunos de los capítulos en que también se ordenan los gastos públicos.

El primer dato que podemos comparar es el total de recursos per cápita que destinaron de media los Ayuntamientos castellano-manchegos de menos de 20.000 habitantes en el período estudiado, en este caso de 2001 a 2016, siendo este el de 907 euros, un 6 % por debajo de la media española.

Si nos detenemos en los capítulos según su repercusión sobre el total de gastos soportados, los tres más importantes, que suponen el 88,7 % del total, sólo 7 décimas por encima de la media nacional, fueron el de gastos de personal, comprensivo de todo tipo de retribuciones e indemnizaciones por razón del trabajo así como de las cotizaciones obligatorias, que se llevó el 33,8 % de la factura, 1 punto por encima de la media española; el de gastos corrientes en bienes y servicios, que recoge los gastos necesarios para el ejercicio de las actividades que no originen aumento de capital o de patrimonio público, así como los gastos en bienes de carácter inmaterial que puedan tener carácter reiterativo, no sean susceptibles de amortización y no estén directamente relacionados con la realización de las inversiones, que supuso el 32 % del total, también 1 punto por encima del general del país; y el de inversiones reales, comprensivo de los gastos destinados a la creación o adquisición de bienes de capital así como los destinados a la adquisición de

bienes de naturaleza inventariable necesarios para el funcionamiento operativo de los servicios y aquellos otros de naturaleza inmaterial que tengan carácter amortizable, suponiendo el 22,5 % del total, en éste caso 2 puntos por debajo de la media del país.

Gráfico 2: Desarrollo de los gastos por los principales capítulos



Fuente: elaboración propia

2.3. INGRESOS

Aquí son 4 los Capítulos más importantes, suponiendo el 90,5 % del total, también prácticamente en la media nacional, tan sólo 0,5 puntos por debajo.

2.3.1. *Impuestos*

Suponen el principal recurso de los Ayuntamientos castellano-manchegos estudiados, y aunque son dos capítulos en la clasificación de ingresos: "impuestos directos", que comprenden todo tipo de recursos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible esté constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que pongan de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo como consecuencia de la posesión de un patrimonio o



la obtención de renta; e "impuestos indirectos", que incluyen todo tipo de recursos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible esté constituido por negocios, actos o hechos de naturaleza jurídica o económica que pongan de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo como consecuencia de la circulación de los bienes o el gasto de la renta, sin embargo se han agrupado como un solo concepto en este estudio, a pesar de ser más importantes para la hacienda municipal los primeros que los segundos. Así, el peso total de las figuras impositivas supone el 30 % del total de los ingresos municipales, 1,5 puntos por debajo de la media a nivel nacional, correspondiendo el 26 % a los impuestos directos y tan sólo el 4 % a los indirectos.

2.3.2. Transferencias corrientes

El segundo capítulo de ingresos en importancia son las transferencias corrientes, que comprenden los recursos recibidos sin contrapartida directa, representan el 29,5 % del total, 1,5 puntos porcentuales por encima de la media de la generalidad del país.

El 98,3 % de estas transferencias viene de la Administración Central y Administraciones territoriales, las más importantes de las cuales, suponiendo más de la mitad de todos los ingresos por este concepto (64 %), provienen del Estado, ya muy lejos, el 27 %, de la Comunidad Autónoma y el 7 % de las Diputaciones provinciales. El comportamiento de estas Administraciones durante el período estudiado (2010 – 2016) ha sido dispar. Así, mientras las transferencias del Estado se han incrementado un 7 % y las de las Diputaciones nada menos que un 73 % en 2016 con respecto a 2010, sin embargo las de la Comunidad Autónoma han descendido un importantísimo 45 %.

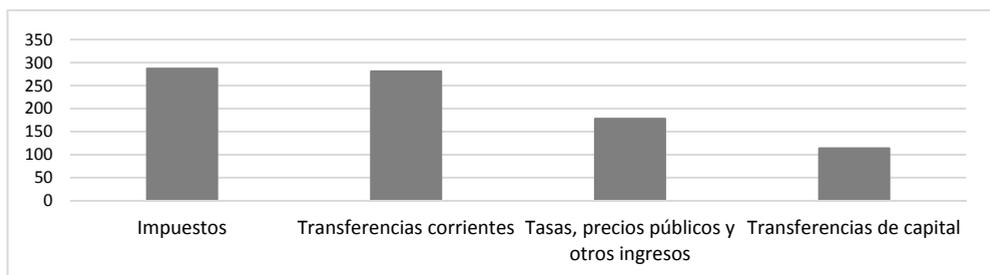
2.3.3. Tasas, precios públicos y otros ingresos

Son el tercer capítulo por volumen de recursos, e incluye, entre otros, los ingresos derivados de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, de la prestación de servicios o de la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario cuando los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria y no se presten por el sector privado, o de hacerlo, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados, suponiendo el 18,5 % del total de ingresos, también 1,5 puntos por encima de la media de España.

2.3.4. Transferencias de capital

Es el último de los principales capítulos de ingresos, y comprende los recursos, condicionados o no, recibidos por los Ayuntamientos sin contrapartida directa por parte de los agentes que los reciben, y que se destinan a financiar operaciones de capital, suponiendo el 12 % del total de ingresos municipales, en este caso 1,5 puntos por debajo de la media nacional.

Gráfico 3: Desarrollo de los ingresos por los principales capítulos



Fuente: elaboración propia



De lo anterior se desprende que los Ayuntamientos castellano-manchegos de menos de 20.000 habitantes, en general, sufren una cierta dependencia de otras Administraciones territoriales, fundamentalmente Comunidad Autónoma y Diputaciones, aunque no mayor que la media del Estado, ya que los fondos procedentes de esas, tanto por transferencias corrientes como de capital, suponen el 41,5 % del total de ingresos, muy cerca de la media española, tan sólo 0,5 puntos por encima, mientras que sus ingresos propios, provenientes tanto de figuras impositivas como de tasas o precios públicos, suponen el 49 %, de sus ingresos, prácticamente el mismo porcentaje que la media nacional, pero tan sólo 7,5 puntos más que los recibidos de otras Administraciones.

2.4. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Como colofón de este estudio económico voy a referirme brevemente a los datos de estabilidad presupuestaria de los Ayuntamientos referenciados, los de menos de 20.000 habitantes, durante el período estudiado, de 2001 a 2016.

El artículo 3,2 de la LOEPSF establece que se entenderá por estabilidad presupuestaria en las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural. La constatación de éste principio se realiza en base a los cálculos efectuados y ajustes practicados conforme al Manual de la Intervención General del Estado de cálculo del déficit en contabilidad nacional adaptado a las Corporaciones Locales, tal y como lo interpreta la Subdirección General de Relaciones Financieras con las Entidades Locales, sobre la base de los Capítulos 1 a 7 de los estados tanto de ingresos

como de gastos presupuestarios, en términos de Contabilidad Nacional.

De los datos comparados se comprueba cómo la Administración Local castellano-manchega es, en general, una Administración equilibrada o estable presupuestariamente, con recursos suficientes para hacer frente a sus gastos con un diferencial de 3,8 puntos durante el conjunto del período y Ayuntamientos estudiados, casi 1 punto por debajo de la media estatal. Pero si confrontamos entre si las operaciones corrientes de ingresos con las de gastos nos dará unos resultados totalmente distintos. Así, el diferencial total entre ingresos y gastos durante el período estudiado fue de 16,5 puntos, 2,5 puntos por debajo de la media española. Si además en los gastos incluimos el Capítulo 9, de pasivos financieros, el diferencial total del período estaría en 10,8 puntos, es decir, casi 3 veces más que tomando en consideración los capítulos de estabilidad presupuestaria, y a tan sólo 1,2 puntos de la media nacional.

Con todo ello se acredita que estos Ayuntamientos castellano-manchegos en general tienen recursos propios no sólo para hacer frente a sus gastos corrientes sino también a su deuda. Cosa distinta es cuando necesitan hacer inversiones, ya sea en equipamientos o en infraestructuras. Para ello necesitan la colaboración de otras Administraciones Públicas, y de los datos anteriores se constata que la Comunidad Autónoma, cuando tiene dificultades, como le pasa al resto de Comunidades, piensa primero en sí misma, aunque esto conlleve prácticamente el desatender sus compromisos con los municipios y aunque se trate de gasto destinado al progreso y desarrollo de los pueblos. Por lo que no sólo es necesaria, sino también urgente, una Ley de



Financiación Local que no sólo aclare y regule los ingresos de los Ayuntamientos sino que también los blinde ante los vaivenes autonómicos.

3. COMPORTAMIENTO DE LOS AYUNTAMIENTOS POR TRAMOS DE POBLACIÓN

En Castilla-La Mancha, según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública, existen 919 Ayuntamientos de los que tan sólo 6 entran dentro de los considerados "de gran población" por la LBRL, es decir escasamente un 0,65 % del total, y eso que incluimos, como hace la Ley, a 2 capitales de provincia que se sitúan por debajo de los 75.000 habitantes, como son Ciudad Real y Cuenca. En estos 6 municipios vive el 27 % de la población según los datos del Instituto Nacional de Estadística, mientras que 640 Ayuntamientos tienen menos de 1.000 habitantes, lo que supone el 69,6 % y en los que, sin embargo, sólo vive el 8 % de la población, cifra ésta que disminuye constantemente. De estos pequeños municipios 407 (el 44,3 % del total) tienen menos de 250 habitantes y de ellos 256 (el 29 % del total) tienen menos de 100. Todo ello trasponiendo a la planta local castellano-manchega los resultados de las cifras oficiales de población referidas al 1 de enero de 2017 publicadas en su página web por el Instituto Nacional de Estadística.

Un dato muy significativo para la determinación de si el número de Ayuntamientos en Castilla-La Mancha es o no el adecuado es el de si para una población total de 2.031.479 habitantes son necesarios 919 Ayuntamientos integrados por 6.277 Concejales, es decir, 1 por cada 324 vecinos. Y si no contamos las 6 ciudades de más de 50.000 habitantes el número de Concejales es de 6.125, ascendiendo el promedio a 1

por cada 241 habitantes. Si lo comparamos con el conjunto del país, para una población total de 46.384.483 habitantes que tiene España hay 8.123 Ayuntamientos, compuestos por 67.283 Concejales, es decir, 1 por cada 689 vecinos, el doble que los castellano-manchegos. Y si no contamos los municipios de más de 50.000 habitantes asciende el promedio a 1 Concejal por cada 350 habitantes, 1,5 veces más que en Castilla-La Mancha. ¿Y estos son muchos o pocos?, pues parece que supone una sobrerrepresentación, algo, a mi juicio, excesivo, sobre todo porque esa cifra irá descendiendo según lo vaya haciendo la horquilla de población, como veremos.

3.1. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 20.000 HABITANTES

Los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes existentes en Castilla-La Mancha son 903, el 98,3 % del total, agrupando al 57,4 % de la población, es decir, más de la mitad de la población castellano-manchega vive en este tipo de municipios, y son los que se deben tener en cuenta principalmente a la hora de hacer cualquier tipo de regulación sobre el redimensionamiento de la planta local. Estos municipios destinaron a la prestación de servicios públicos locales una media en el período estudiado (2001-2016) de 907 euros por habitante, un 6 % por debajo de los 965 euros por cápita de la media nacional.

El área de gasto al que estos Ayuntamientos dedicaron mayores recursos fue el de la prestación de servicios públicos básicos con un 32,4 % del total, seguidas de las actuaciones de carácter general que supusieron un 24 %, mientras que a las actuaciones de protección y promoción social destinaron el 14 % del total. Todo ello



según hemos visto con detalle en los apartados inmediatamente anteriores.

Para la financiación de sus gastos estos Ayuntamientos generaron una media de ingresos de 949 euros por habitante, un 4,6 % más que aquellos gastos a los que hacen frente.

Para rematar este apartado quisiera referirme al tema del número de Concejales por vecino en este tramo poblacional. Como quedó expuesto, en Castilla-La Mancha hay 903 Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, agrupando a 1.166.873 vecinos, el 57,4 % de la población total de la Comunidad Autónoma, resultando una media aritmética de 1.292 residentes por municipio. Si comparamos estos datos con la media española, aquí los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes representan el 95 %, 3,3 puntos menos que en Castilla-La Mancha, y agrupan al 31,4 % de la población del país, 26 puntos menos, resultando una media aritmética de 1.887 vecinos por municipio, es decir, 595 más que en el caso castellano-manchego. Pues bien, los Ayuntamientos de Castilla-La Mancha menores de 20.000 habitantes, con las cifras de población referidas al 1 de enero de 2017, contarían con 5.915 Concejales, el 94,2 % del total de miembros electos que le corresponderían al conjunto de todas las Corporaciones Locales castellano-manchegas, una cifra 7,8 puntos por encima que la resultante del conjunto del país, que están en el 86,4 %, suponiendo 1 Concejal por cada 197 vecinos, frente a los 251 de media en España.

Para que tengamos una referencia, en Castilla-La Mancha los Ayuntamientos con más de 20.000 habitantes contarían con 1 Concejal por cada 2.388 habitantes, por debajo de la media de España que

supone 1 Concejales por cada 3.470 vecinos, más de 12 veces que los que están por debajo de ese umbral.

3.2. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 5.000 HABITANTES

Los Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes que, con las cifras de población referidas a 1 de enero de 2017, existirían en Castilla-La Mancha son 844, el 91,8 % del total, agrupando al 31,7 % de la población, habiendo destinado a la prestación de servicios públicos locales una media de 967 euros por habitante, algo alejados de los 1.012 destinados de media a nivel estatal. Al bajar a este tramo de población los servicios ya se encarecen un 6,6 %.

En este tramo de población el área de gasto al que se dedicaron mayores recursos fue el de la prestación de servicios públicos básicos con un 30,2 % del total, 2,2 puntos menos que la horquilla poblacional anterior, seguidas de las actuaciones de carácter general que supusieron un 29 %, 5 puntos por encima de los que son un poco más grandes, mientras que a las actuaciones de protección y promoción social destinaron el 12,5 % del total, menos de la mitad que cualquiera de esas otras áreas de gasto y aún 1,5 puntos porcentuales menos que los municipios con mayor población.

Para la financiación de estos gastos, los Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes generaron una media de ingresos de 1.012 euros por habitante, un 4,7 % más que el total de aquellos gastos a los que tienen que hacer frente, situándose por debajo de los 1.063 euros por habitante y año de media del resto de España, proviniendo los principales ingresos de las



transferencias corrientes que suponen el 28,7 % del total, seguidas muy de cerca por los impuestos, tanto directos como indirectos, que suponen, en su conjunto, el 29 %, por las tasas, precios públicos y otros que representan el 18,5 % y las transferencias de capital, entre los principales capítulos de ingresos, que son el 14,5 % del total.

Como en el apartado anterior, es interesante ver el número de Concejales por vecino que habría en los 844 Ayuntamientos castellano-manchegos menores de 5.000 habitantes, agrupando a 643.405 habitantes, el 31,7 % de la población total de la Comunidad Autónoma, resultando una media aritmética de 762 habitantes por municipio. Si ponemos estos datos en relación con la media española, aquí estos Ayuntamientos representan el 84 % del total, 7,8 puntos menos que en Castilla-La Mancha, y agrupan al 12,5 % de la población del país, 19,2 puntos menos, resultando una media aritmética de 849 vecinos por municipio, es decir, 87 más que en el caso castellano-manchego. Pues bien, los Ayuntamientos de ésta Comunidad menores de 5.000 habitantes contarían con 5.204 Concejales, el 83 % del total de miembros electos que habría en todas las Corporaciones Locales castellano-manchegas. Una cifra sustancialmente superior que la resultante del conjunto del país, que está en el 67 %. Y esto supondría ser 124 vecinos por cada Concejal castellano-manchego, prácticamente la misma representación que la generalidad de España, donde la media es de 129 habitantes por Concejal. Algo, a mi juicio, excesivo, como ya lo eran 197 vecinos por Concejal que arrojaban de media los de hasta 20.000 habitantes.

3.3. AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 1.000 HABITANTES

En Castilla-La Mancha más de la mitad de sus Ayuntamientos tienen menos de 1.000 habitantes, en concreto, con las cifras oficiales referidas a 2017, habría 640 Ayuntamientos que representarían el 69,6 % del total, que, no obstante, agruparían tan sólo al 8 % de la población, representando el estado más preocupante de la despoblación rural. Estos Ayuntamientos destinaron a la prestación de servicios públicos locales una media total de 1.171 euros por habitante, es decir, al seguir bajando los tramos de población los servicios suponen un mayor esfuerzo económico para los vecinos de esos municipios, a pesar de que la intensidad de los mismos disminuye, de forma que son un 29,4 % más caros que los realizados por los que tienen una población entre 1.001 y 5.000 habitantes, y un 45 % más de lo que suponen a los que están entre 5.001 y 7.000 habitantes.

De los costes anteriores el área de gasto al que los Ayuntamientos castellano-manchegos de menos de 1.000 habitantes dedicaron mayores recursos fueron, en este caso, las actuaciones de carácter general que supusieron el 33 % del total, seguidos muy de cerca de los servicios públicos básicos con el 32,4 %, mientras que a las actuaciones de protección social se situaron en cuarto lugar con un 11,4 %, por detrás de la producción de bienes públicos de carácter preferente, a lo que destinaron el 14,3 % de sus gastos.

De lo anterior se concluye que a menor población mayores gastos de organización y funcionamiento, y por tanto improductivos, y menor atención a los propios servicios. Así a la prestación de servicios públicos



básicos destinan 3 puntos más que los Ayuntamientos de entre 1.001 y 5.000 habitantes, cuando es evidente que prestan menos servicios, pero al haber menor población sobre la que repercutir sus costes les resultan mucho más caros que a aquellos otros que viven en Ayuntamientos de mayor población y por lo tanto reciben más y mejores servicios. En cuanto a la prestación de servicios sociales, lo que dedican estos pequeños Ayuntamientos son 1,6 puntos menos que aquellos que están entre los 1.001 y los 5.000 habitantes, y teniendo en cuenta que lo poco que presten les sale más caro cuanto menos población tienen, como acabamos de ver, sin embargo el destinar aún un porcentaje menor nos da idea de la precariedad con la que prestan este tipo de servicios, tan sensibles y esenciales en la sociedad actual, sobre todo en la rural, donde la mayor parte de la población es de edad avanzada y por lo tanto, gran parte de ella, usuaria de los servicios sociales. Y, finalmente, todo ello a cambio de destinar 6 puntos más en gastos generales que los de entre 1.001 a 5.000 habitantes.

Para la financiación de estos gastos, los Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes generan una media de ingresos de 1.230, un 5 % más que el total de los gastos a los que tienen que hacer frente, proviniendo los principales ingresos de las transferencias corrientes que suponen el 27,5 % del total, seguidas de los impuestos, tanto directos como indirectos, que suponen, en su conjunto, el 25 %, lo que denota que a menor población mayor dependencia de la financiación procedente de otras Administraciones territoriales, como el Estado y las Diputaciones Provinciales, y por lo tanto también menor autonomía local. A estos capítulos de ingresos le siguen las transferencias de capital que representan el 20 % y de las tasas y precios públicos que son un 17,5 %. Es decir, la diferencia entre los

ingresos procedentes de recursos propios, como impuestos, tasas y precios públicos, y los recibidos de otras Administraciones públicas vía transferencias tanto corrientes como de capital es de 5 puntos a favor de estos últimos, y por lo tanto confirmando lo que acabo de afirmar sobre la dependencia exterior de los ingresos municipales en estos Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes, y que se va agudizando según se va descendiendo en población.

También en este caso hay que referirse a la representación política, pues a pesar de que es verdad que a menos población hay menos representantes públicos que perciban retribuciones de los Consistorios, no obstante también es verdad que, aunque sean bajas o aunque sólo perciban asignaciones o indemnizaciones, sin embargo al tener que repercutirlas entre mucha menos población el montante unitario que soporta cada vecino es muy superior al que llegan a soportar los de Ayuntamientos más grandes aunque sus políticos perciban sueldos más importantes, tanto en cuantía como en número de ellos que los cobran.

Así, los 640 Ayuntamientos castellano-manchegos que, con el censo actual, existirían con menos de 1.000 habitantes agruparían a 163.465 personas, el 8 % de la población total de la Comunidad Autónoma, resultando una media aritmética de 255 habitantes por municipio. En España este tipo de Ayuntamientos representan el 61 %, 8,5 puntos menos que en Castilla-La Mancha, y agrupan al 3 % de la población del país, 5,2 puntos menos, resultando una media aritmética de 296 vecinos por municipio, es decir, 41 más que en el caso castellano-manchego. Pues bien, los Ayuntamientos de Castilla-La Mancha menores de 1.000 habitantes



contarían con 3.154 Concejales, prácticamente la mitad de todos los miembros electos que habría en todas las Corporaciones Locales castellano-manchegas. Una cifra sustancialmente superior que la resultante del conjunto del país, que están en el 39 %. Y esto supone ser poco más de 52 vecinos por cada Concejal, prácticamente igual que la representación de este tipo de Ayuntamientos en la generalidad de España, donde la media es de 56 habitantes por Concejal. Si con los datos anteriores consideraba que eran excesivos, creo que estos no podrán ser justificados por nadie desde ningún punto de vista, lo que nos lleva a plantearnos, sin ningún género de duda, la necesaria remodelación de la planta municipal, española por supuesto, pero también castellano-manchega.

3.4. AYUNTAMIENTOS DE ENTRE 5.001 Y 7.000 HABITANTES

Se han escrito ríos de tinta sobre cuál debería de ser el tamaño óptimo de los Ayuntamientos, aunque creo que hay que trascender la cuestión teórica para procurar fórmulas que los hagan viables no sólo económicamente, sino y sobre todo, socialmente, pues sin esto no tienen futuro e ir a municipios de 10.000 ó 20.000 habitantes, como se ha indicado por algunos, me parece una absoluta utopía, al menos en estos momentos. También se ha escrito mucho sobre cuál debería ser el tamaño mínimo, y ahí también se han barajado distintas opciones, considerando que la que más adeptos reúne es la que establece esa dimensión en los 5.000 habitantes, a la que yo me apunto como criterio general, pero siempre como un punto de partida en torno al cual se debería trabajar, con las excepciones que la realidad nos indique, intentando no bajar de los 4.000, aunque reconozco la dificultad que

se daría en muchos casos en Castilla-La Mancha. Con todo esto de lo que se trataría es de terminar con lo que podríamos denominar "minifundismo municipal" y que debe ser el objeto prioritario y urgente de una política de redimensionamiento de la planta local castellano-manchega, que no es otra que las fusiones de Ayuntamientos.

El objetivo que se plantea es conseguir Ayuntamientos con una población de entre 5.001 y 7.000 habitantes, siendo consciente, como digo, de la dificultad que esto supone en una Comunidad como la de Castilla-La Mancha por la poca entidad de la mayoría de sus municipios, excepto en algunas zonas determinadas, y más en unas provincias que en otras, así como la dispersión de los mismos, en unos casos, y la extensión de los términos municipales, en otros. Aun así, todo lo que sea incrementar su dimensión, y en los casos en que se pueda, acercarse a esta cifra indicada, será muy positivo, pues como se desprenderá de este estudio resultan mucho más sostenibles, y ello por diversos motivos, entre otros y no menores, por cuestiones económicas, como consecuencia del aumento de un 10 % en la participación en los ingresos del Estado previsto para las fusiones municipales por el artículo 13.4.a) de la LBRL, introducido por la LRSAL, a lo que habría que sumar un 17 % adicional a los que superen los 5.000 habitantes, en aplicación del artículo 124.1.a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LRHL).

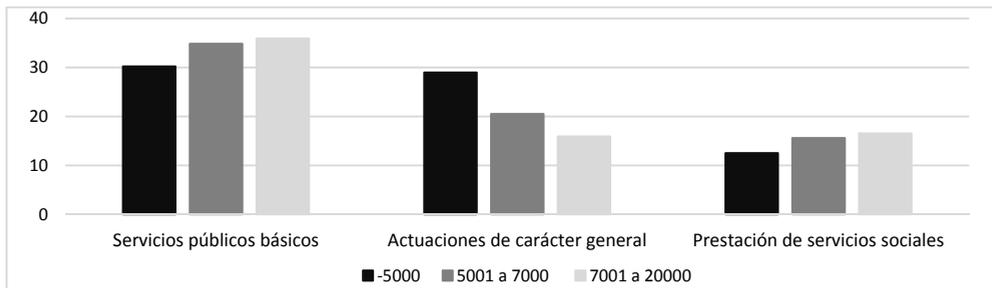
En Castilla-La Mancha sólo habría 24 Ayuntamientos de entre 5.001 y 7.000 habitantes, representando el 2,6 % del total, que sin embargo aglutinarían al 6,7 % de



la población, sólo 1,3 puntos por debajo que los 640 Ayuntamientos de menos de 1.000 habitantes. Esos Ayuntamientos destinaron a la prestación de servicios en su conjunto una media total de 807 euros por habitante, es decir, menos que los de cualquiera de los otros tramos de población que hemos visto, dato este que corrobora mi afirmación de considerar a los de este mucho más sostenibles. De estos costes el área de gasto al que estos Ayuntamientos dedicaron mayores recursos fue el de la prestación de servicios públicos básicos con un 35 % del total, mientras que a las actuaciones de carácter general fue el 20,5 % y a las actuaciones de protección y promoción social el 15,5%.

Todo lo anterior refuerza la tesis de que estos Ayuntamientos son mucho más sostenibles que los de población inferior. Así, son capaces de prestar más y mejores servicios a la población destinando 364 euros menos por habitante que los que tienen menos de 1.000, lo que demuestra, una vez más, lo ya indicado anteriormente de que en estos más pequeños, a pesar de prestarse con mucha menos intensidad, los servicios públicos salen mucho más caros. Si nos fijamos en la prestación de servicios sociales los Ayuntamientos de entre 5.001 y 7.000 habitantes pueden hacerlo destinando 14 euros menos por habitante que esos otros, cuando es fácil comprobar la diferencia entre los prestados por unos y por otros. Por lo que respecta a las actuaciones de carácter general, a medida que aumenta la población disminuyen estos gastos corrientes y de funcionamiento: 78 euros per cápita menos que los que están entre 1.001 y 5.000 habitantes, y hasta 238 euros menos que los que no llegan a 1.000, es decir, cuestan menos de la mitad en aquellos más grandes que en estos minúsculos Ayuntamientos.

Gráfico 4: Comportamiento de las principales áreas de gasto por tramos de población.



Fuente: elaboración propia

Para la financiación de sus gastos, los Ayuntamientos de entre 5.001 y 7.000 habitantes generan una media de ingresos de 835 euros por habitante y año, un 3,5 % más que el total de los gastos a los que tienen que hacer frente, proviniendo principalmente, y casi a partes iguales, de las transferencias corrientes con un 32,6 %, y los impuestos, tanto directos como indirectos, con un 32,3 %, lo que supone superar la situación de raquitismo de las haciendas locales castellano-manchegas referidas a los "mini" Ayuntamientos y homologar la situación financiera más próxima a los que se sitúan en torno a los 5.000 vecinos. A los anteriores capítulos les siguen en importancia otros recursos propios, como son las tasas y precios públicos, que representan el 19 % y, finalmente, las transferencias de capital con un 10 %. Es decir, si generalizamos los Ayuntamientos de Castilla-La Mancha en torno a los 5.001 a 7.000 habitantes tendríamos unas Corporaciones con mayor autonomía local al tener un diferencial positivo de 8,7 puntos de los ingresos por recursos propios con



respecto a los provenientes de otras Administraciones públicas.

Para terminar, también en este caso quiero referirme a la representación política, así, los 24 Ayuntamientos castellano-manchegos que habría de entre 5.001 y 7.000 habitantes agruparían a 137.120 personas, el 6,7 % de la población total de la Comunidad Autónoma, resultando una media aritmética de 5.713 habitantes por municipio, 7,5 veces de los residentes que resultan si tomamos en consideración los de menos de 5.000 habitantes. Unos datos que, si los relacionamos con la media española, resulta que aquí los Ayuntamientos de entre 5.001 y 7.000 habitantes agrupan al 3,7 % de la población del país, casi la mitad que en Castilla-La Mancha, resultando una media aritmética de 5.847 vecinos por municipio, muy próxima a la de ésta Comunidad. Pues bien, los Ayuntamientos castellano-manchegos de entre 5.001 y 7.000 habitantes contarían con 312 Concejales, el 5 % del total, y esto supone ser 439 vecinos por cada uno, una cifra equidistante entre los que tienen más o menos población, así suponen una representatividad de 1,5 veces más que los Ayuntamientos que tienen entre 7.000 y 10.000 habitantes, que cuentan con 1 Concejal por cada 637 vecinos, pero 3,5 veces por debajo de los que tienen menos de 5.000, lo que parece que, también en esta materia de la representatividad, los Ayuntamientos con una población de entre 5.001 y 7.000 habitantes semejan más sostenibles que los más pequeños.

4. LOS GOBIERNOS PROVINCIALES

La LRSAL otorga un papel determinante a favor de las Diputaciones provinciales, a pesar de no ser

Administración Local, que podría suponer el traspaso de competencias a las mismas de hasta las del 98,3 % de los Ayuntamientos castellano-manchegos (los de menos de 20.000 habitantes) por cuestiones estrictamente económicas a través de un más que discutible sistema de coordinación. Y si examinamos con atención los servicios a que se refiere (recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías y tratamiento de residuos) tendría más sentido que en el momento en que vivimos estos fueran propios de unas Diputaciones convenientemente redefinidas, porque su asunción con carácter supramunicipal podría suponer un ahorro en los gastos de organización y planificación de los mismos, a lo que podríamos sumar la centralización de determinados suministros, como el de energía eléctrica, telefónico y otros o instaurar una central de compras, y a mayores deberían poner a disposición de los Ayuntamientos los medios técnicos y humanos para optimizar las posibilidades de financiación europea o de otra índole para determinados proyectos o la infraestructura necesaria para la puesta en común entre varios de determinadas iniciativas, de forma que en todos estos casos se generaría un importante ahorro, mucho mayor que el que se puede conseguir a través de las actuales figuras asociativas municipales.

4.1. DIPUTACIONES PROVINCIALES

Lo primero que habría que determinar es si el comportamiento de las Diputaciones provinciales de Castilla-La Mancha ha sido ajustado al papel que legalmente les corresponde. Así, si acoplamos sus competencias a las áreas de gasto que componen la estructura de los presupuestos de las entidades locales



según lo establecido en la Orden HAP/419/2014, de 14 de marzo, que modifica la EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, comprobamos que la inmensa mayoría de ellas se encuadran dentro de los denominados "servicios públicos básicos". ¿Pero será esta el área de gasto principal en su actuación?, pues parece que no. El área de gasto que supone un mayor coste per cápita es el de las actuaciones de carácter general, es decir, gasto corriente y fundamentalmente improductivo, suponiendo el 32 % del total, mientras que a la prestación de servicios públicos básicos destinan un 13,3 %, 2 veces y media menos que a gastos generales, cuando las actuaciones de protección y promoción social, fundamentalmente las referidas a servicios sociales, representan el 11,2 %, y por lo tanto también muy lejos de esos gastos improductivos. Por su parte la deuda pública se sitúa en un 7,5 %, lo que no supone un excesivo endeudamiento de estas Corporaciones. Esto en cuanto a la clasificación funcional de los gastos, pero con independencia de cuál sea el reparto de fondos por políticas de gasto, el mayor porcentaje se lo lleva siempre el capítulo de personal, que supone más de 1 de cada 3 euros gastados, lo que, junto al gasto similar en actuaciones de carácter general nos dan unos primeros indicios del supuesto sobredimensionamiento de estas Corporaciones provinciales, sobre todo cuando el gasto en inversión se queda reducido a un 14 %.

Si nos fijamos por provincias, por lo que se refiere a las actuaciones de carácter general, la Diputación de Albacete estuvo cerca de la media autonómica con un 40,4 %, superada por la de Ciudad Real con un 59,2 %, mientras que las otras 3 estuvieron bastante por debajo, desde el 21,4 % de la de Cuenca hasta el 16,3 % de la de Toledo, pasando por el 20 % de la de Guadalajara. Por su parte a la prestación de servicios

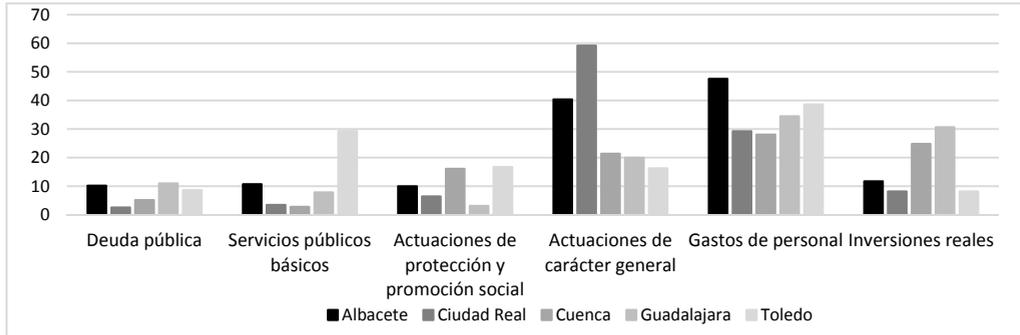
públicos básicos destinaron porcentajes muy dispares, así la más cercana a la media autonómica fue, otra vez, la de Albacete con un 10,7 %, superada ampliamente por la de Toledo, casi triplicándola con un 29,2 %, mientras que las de Guadalajara con un 7,8 %, Ciudad Real con un 3,5 % y Cuenca con un 2,8 % se quedaron muy por debajo. Por lo que respecta a las actuaciones de promoción y protección social, vuelve a ser la Diputación de Albacete la que más se acerca a la media de la Comunidad con un 10 %, superada por las de Toledo con un 16,8 % y Cuenca con un 16,1 %, mientras que la de Ciudad Real se quedó en un discreto 6,5 % y la de Guadalajara en tan sólo un 3,1 %. En cuanto a la deuda pública, como Diputaciones más endeudadas como media del período estudiado aparecen las de Albacete y Guadalajara con 10,2 % y 11 % respectivamente, mientras que la que menos es la de Ciudad Real con casi tan sólo un 2,6 %, seguida de las de Toledo y Cuenca con un 8,6 % y un 5,2 % respectivamente. Por último, donde los gastos de personal tienen mayor peso es en las Diputaciones de Albacete y Toledo con un 47,6 % y un 38,6 % respectivamente, seguidas de la de Guadalajara con un 34,5 %, la de Ciudad Real con un 29,2 % y, finalmente, la de Cuenca con un 28,1 %, mientras que las más inversoras de todas fueron la de Guadalajara con un 30,7 % del total de sus gastos y la de Cuenca con un 24,8 %, muy por encima de la media autonómica, cerca de la cual se situó la de Albacete con un 11,7 % y ya muy por debajo las de Ciudad Real y Toledo, ambas con un 8,2 %.

Todo ello en cuanto a la media del período estudiado, es decir, de 2010 a 2016, pero si nos fijamos en las cifras liquidadas correspondientes a ese último ejercicio en el detalle por provincias sí ha habido alguna variación. Así en materia de personal ha aumentado



considerablemente su peso en la Diputación de Albacete, alcanzando hasta el 60,6 % del total de sus gastos, 13 puntos más que en la media histórica, mientras que en inversiones, salvo la Diputación de Guadalajara, que ha mantenido su esfuerzo inversor en términos similares a esa media, todas las demás lo han reducido drásticamente, así la de Toledo se ha quedado en un 7,7 %, la de Cuenca en un 4,6 %, la de Ciudad Real en un 2,7 % y la de Albacete en un pírrico 1,8 %. Por lo que respecta a las políticas de gasto, la variación más llamativa es el aumento de la dedicación a servicios públicos básicos de la Diputación de Guadalajara, llegando hasta el 21,3 % de sus gastos frente al 7,8 % de la media en el período, así como el aumento en todas, excepto en la de Ciudad Real, de lo destinado a servicios sociales, de manera que la Diputación de Toledo dedicó el 25,3 % de sus gastos, la de Albacete el 20,9 %, la de Cuenca el 18,5 % y la de Guadalajara el 6,6 %, que aunque poco es el doble que la media del período estudiado, quedándose la de Ciudad Real en el 6,2 %, prácticamente igual que en la media de su serie. En cualquier caso lo importante es la foto fija que nos da el período relativamente amplio y no la coyuntural de un ejercicio concreto, todo ello sin perjuicio de la tendencia marcada en algunos casos, como es el aumento paulatino del peso del personal en la Diputación de Albacete; la bajada generalizada del esfuerzo inversor de todas, excepto la de Guadalajara; el aumento de la deuda en las de Albacete, Guadalajara y, en menor medida, la de Cuenca; el aumento en lo destinado a servicios públicos básicos, sobre todo, en la de Albacete y Guadalajara mientras que desciende en la de Cuenca; y el aumento, también, en la prestación de servicios sociales por las Diputaciones de Albacete y Toledo, sobre todo.

Gráfico 5: Porcentaje de cada Diputación destinado a las distintas áreas de gasto



Fuente: elaboración propia

Es interesante, también aquí, referirse a los datos sobre estabilidad presupuestaria de las Diputaciones provinciales. Así, de los datos comparados se desprende que estas, en su conjunto, son también una Administración equilibrada presupuestariamente, con recursos suficientes para hacer frente a sus gastos, con un diferencial de +3,6 puntos, aunque si descendemos al detalle por provincias vemos que no en todas fue así, pues si bien las Diputaciones de Toledo, Cuenca y Ciudad Real no parecen tener grandes dificultades al tener un diferencial positivo muy cercano a la media autonómica, sin embargo la de Albacete da un resultado negativo como media del período estudiado en un -0,9 %. No obstante si también aquí nos referimos a las cifras liquidadas en 2016 la cosa ha variado sustancialmente, así el diferencial conjunto de las Diputaciones castellano-manchegas sube hasta los +9,7 puntos, estando todas ellas en positivo, desde los +12,2 puntos de la de Guadalajara a los +11 puntos de la de Albacete, pasando por los +9,7 puntos de la de



Toledo, los +9 puntos de la de Ciudad Real y, por último, los +6,70 puntos de la de Cuenca.

Por último, si confrontamos las operaciones corrientes de ingresos y gastos nos dará un diferencial total durante el período estudiado de +31,7 puntos. Pero si además en los gastos incluimos el Capítulo 9, de pasivos financieros, el diferencial estaría aún en +18,4 puntos, con lo que se podría afirmar que las Diputaciones castellano-manchegas, tomadas en su conjunto, tienen recursos propios no sólo para hacer frente a sus gastos corrientes sino también a su deuda. Aunque esto no se acredita en todas las Diputaciones, así mientras 4 de las 5 se mueven en números negros, y con unos diferenciales similares, sin embargo la de Albacete arrojaría un diferencial negativo en -3,6 puntos como media de la serie histórica que estamos utilizando, aunque en 2016 ya arrojó un saldo positivo de +5,6 puntos, pero muy alejado de las demás Diputaciones, que estuvieron entre los +25,3 puntos de la de Toledo hasta los +39,7 puntos de la de Guadalajara, pasando por los +36,4 puntos de la de Ciudad Real y los +31,9 puntos de la de Cuenca.

4.2. LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES Y LOS AYUNTAMIENTOS DE MENOS DE 20.000 HABITANTES

Una frase manida es la de que “mientras haya Ayuntamientos pequeños habrá Diputaciones”, y la cuestión está en determinar cuáles son esos Ayuntamientos pequeños y parece haberse instalado la idea de que son los de menos de 20.000 habitantes, a pesar de ser el 98,3 % del total de los municipios castellano-manchegos, por lo que no sólo es que sean los más pequeños sino que además son la inmensa

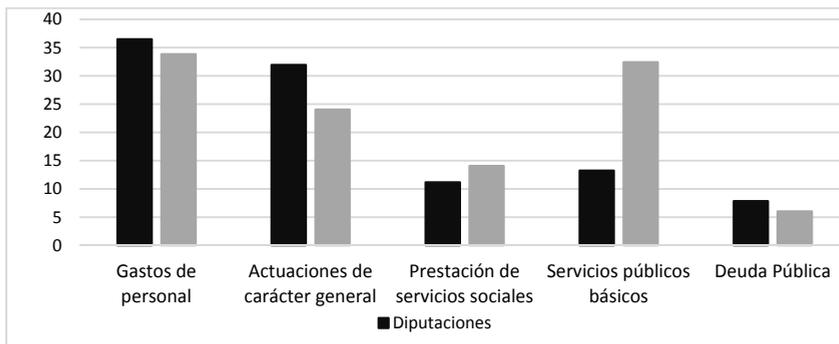
mayoría, porque Castilla-La Mancha no es una Comunidad de ciudades sino de pueblos y villas.

Precisamente esa barrera de los 20.000 habitantes ha quedado consagrada con la LRSAL al establecer, en su artículo 26,2, la coordinación por parte de las Diputaciones provinciales de determinados servicios básicos a esos Ayuntamientos. Pues bien, creo que resultará clarificador la comparación de las cuentas presentadas por los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes con respecto a las de las Diputaciones, aunque no teniendo las cifras de éstas referidas a su actuación con esos municipios se han tomado en consideración la totalidad de sus cuentas, promediadas por el período estudiado de 2010 a 2016, ambos inclusive.

Si nos fijamos en las áreas de gasto resulta que lo destinado a la prestación de servicios públicos básicos por las Diputaciones es tan sólo el 11 % de lo que hicieron los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, y si nos fijamos en su peso específico sobre el total de gastos, en el caso de las Diputaciones supusieron el 13,3 % mientras que en los Ayuntamientos fue del 32,4 %, es decir, hay un diferencial a favor de estos últimos de 19,1 puntos. Por su parte, en las actuaciones de carácter general las Corporaciones provinciales destinaron el 32 % de sus gastos mientras que los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes destinaron el 24 %, es decir, 8 puntos menos. También en el caso de la deuda pública se comportaron mejor los Ayuntamientos con un 6 % sobre el total de sus gastos frente a las Diputaciones con un 8 %, e incluso en los gastos de personal donde aquellos destinaron un 33,8 %, 2,7 puntos porcentuales menos que estas, que destinaron el 36,5 %.



Gráfico 6: Comparativa del porcentaje sobre el total de gastos de las áreas más significativas



Fuente: elaboración propia

De lo expuesto se desprende lo que ya se vio anteriormente, como es el sobredimensionamiento actual de las Diputaciones que les hace no poder atender suficientemente las necesidades que tienen encomendadas legalmente para con los Ayuntamientos mediante la prestación de servicios públicos básicos, lo que denota su necesidad de reforma en profundidad.

5. MANCOMUNIDADES

La siguiente figura asociativa con mayor presencia en el sector público local castellano-manchego, por detrás de las Diputaciones, son las Mancomunidades, aunque a mucha diferencia de aquellas, y que últimamente han estado muy en boga como consecuencia de las cada vez más insistentes propuestas de fusiones municipales a las que se oponen la inmensa mayoría de nuestros políticos locales, amparándose, como alternativa, en las distintas fórmulas de cooperación intermunicipal, y destacando sobre todas a las Mancomunidades. Pero

¿este es un argumento en serio o simplemente una excusa para evitar tratar sobre las fusiones?.

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Función Pública existen en Castilla-La Mancha 126 Mancomunidades, sin embargo en 2016 sólo habían enviado sus cuentas a dicho Ministerio 59, es decir menos del 47 % del total. Pues bien, con estos datos parece que la respuesta a la anterior pregunta es fácil: no parece muy creíble que la solución a los problemas de los pequeños Ayuntamientos sea la propuesta de nuestros políticos locales de acudir a las Mancomunidades cuando hasta ahora no lo han hecho, pues no solamente suponen una parte muy pequeña del gasto del sector público local sino que son menos de la mitad las que presentan sus cuentas, seguramente porque muchas de ellas no tienen actividad.

Según los datos del citado Registro de Entidades Locales el 53 % de las castellano-manchegas están integradas por Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes, casi 6 de cada 10 no llegan a los 6.000, aglutinando 12 de ellas a menos de 1.000 habitantes, todo lo cual no parece tener mucho sentido. Además parecería razonable que si pueden prestar sus servicios como mancomunidad también lo podrían hacer como Ayuntamiento, con un ahorro muy considerable, sobre todo en gastos generales y de representación, por lo que parece que, al contrario de lo que nos intentan presentar algunos, precisamente la situación actual de las mancomunidades, su dimensión y comportamiento en cuanto a sus obligaciones formales de rendición de cuentas, aconsejaría su disolución y conversión en Ayuntamientos fusionados.

Tanto de la Disposición transitoria undécima de la LRSAL como del estudio de los Estatutos de la



generalidad de las mismas se desprende que los fines o servicios de las Mancomunidades repercuten en todas las áreas de gasto que componen la estructura de los presupuestos de las entidades locales, aunque con muy distintos porcentajes. Así, el 74,1 % del total se destinó a la prestación de servicios públicos básicos, que son el grueso de los que realizan estas entidades, seguidos, ya muy de lejos, de los de protección y promoción social, con tan sólo un 2,4 %. Por su parte a las actuaciones de carácter general destinaron un 14 % y a la deuda pública un 4,5 %.

Si nos fijamos en aquellas mancomunidades que engloban a menos de 75.000 habitantes, es decir, las que se ocupan de Ayuntamientos pequeños y medianos, el gasto por habitante en cuanto a la prestación de servicios públicos básicos baja significativamente hasta el 59 %, mientras que se duplica el gasto en servicios sociales hasta llegar al 5,5 %, subiendo también los gastos generales hasta el 22 % sobre el total. Si aún descendemos una capa más y estudiamos aquellas que abarcan hasta los 20.000 habitantes, por ser de las que se pueden beneficiar los Ayuntamientos más pequeños, el porcentaje en prestación de servicios públicos básicos y en servicios sociales baja considerablemente, hasta el 51,5 % y el 3,5 %, respectivamente, mientras que aumentan los gastos generales hasta llegar al 31,5 % del total. Si, por último, nos fijamos en aquellas mancomunidades de hasta 6.000 habitantes y por lo tanto casi con toda seguridad todas, o la inmensa mayoría de ellas, podrían convertirse en Ayuntamientos fusionados, veremos que en este caso aumentan los gastos en la prestación de servicios, hasta el 54,5 % los servicios públicos básicos y el 4,5 % los servicios sociales, mientras bajan los gastos generales hasta el 28,5 %. Pero si además ponemos en relación los gastos de estas últimas

mancomunidades con los tenidos en general por los Ayuntamientos castellano-manchegos de ese mismo tramo de hasta 6.000 habitantes comprobaremos que se produce un retroceso en cuanto al porcentaje de gasto destinado en su conjunto a la prestación de servicios públicos básicos, pasando del 54,5 % al 33,5 %, pero se produce una subida en el gasto en servicios sociales, sobre todo por el esfuerzo de los propios Ayuntamientos, pasando del 4,5 % al 12,5 %, habiendo también una subida muy importante de los gastos generales, al llegar hasta el 32,5 %. Es decir, el gasto total en su conjunto de mancomunidades y Ayuntamientos de menos de 6.000 habitantes en Castilla-La Mancha supone que 1 de cada 3 euros se dediquen a gasto improductivo, cuatro puntos porcentuales más que los que tendrían de ser solo Ayuntamientos, de ahí que de aparecer como nuevos municipios fusionados el ahorro sería considerable, con lo que tendrían una mayor disposición de fondos para la prestación de servicios o para la mejora o ampliación de los ya existentes, según sus necesidades.

6. ENTIDADES DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO

Esta figura, con mayor o menor incidencia, la hay en casi todas las Comunidades Autónomas, pero de lo que se trata es de determinar la influencia de las mismas en el total del sector público local y si tiene sentido su existencia hoy en día, sobre todo teniendo en cuenta que la LRSAL no apuesta decididamente por su continuidad, de hecho en los borradores de anteproyecto de la misma perdían su personalidad jurídica, aunque luego esto ha quedado matizado en el texto aprobado definitivamente. Así su Disposición transitoria cuarta, a las existentes a su entrada en



vigor, les reconoce tanto su personalidad jurídica propia como su condición de entidad local, y la transitoria quinta hace lo mismo con las que se encuentren en constitución, pero no ya a las que puedan crearse con posterioridad.

Según el Registro de Entidades Locales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en Castilla-La Mancha existen 42 Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio, de las que 32 presentaron sus cuentas en 2016.

Del comportamiento de estas entidades, según los datos de las que presentan sus cuentas, vemos que el mayor volumen de gasto se refiere a las actuaciones de carácter general, concretamente el 42,1 %, es decir, casi la mitad, situándose como el segundo área de gasto la prestación de servicios públicos básicos con un 26 %, mientras que a las actuaciones de protección y promoción social sólo dedican el 10,2 %.

De las Entidades de Ámbito Territorial Inferior al Municipio de Castilla-La Mancha que remitieron sus cuentas al Ministerio de Hacienda y Función Pública, el 73 % tienen menos de 100 habitantes y a su vez de estas el 77 % ni siquiera llegan a los 50, de ahí que sea interesante comparar el comportamiento de los Ayuntamientos que cuentan en su término municipal con una o varias de estas entidades y los que no las tienen. Para ello si tomamos como referencia los municipios de hasta 6.000 habitantes vemos que la comparativa en porcentajes entre los que cuentan con este tipo de entidades y los que no nos da que por lo que se refiere a la prestación de servicios públicos básicos el comportamiento es muy similar, aunque algo más favorable para los que no cuentan con ellas, pero si nos detenemos en los gastos generales, los

Ayuntamientos con entidades menores dedicaron el 34 % de sus costes mientras que los que no cuentan con ellas redujeron estos gastos en 3,5 puntos porcentuales, hasta el 31,55 %, por lo que manifiesto mi convencimiento de que este tipo de entidades no deberían existir tal y como las conocemos hoy en día. ¿Deberían, entonces, desaparecer y ser absorbidas por sus respectivos Ayuntamientos?, pues no necesariamente, sino que, como sucede en otras Comunidades, como es el caso de Galicia donde con la mitad de núcleos de población de toda España sólo hay 9 Entidades Locales Menores, deberían dejar de ser entidades de derecho público y pasar a regirse bajo otras fórmulas asociativas pero de derecho privado que les permita una mayor agilidad en sus procedimientos, seguramente mejor gestión de sus fines y, en cualquier caso, muchos menos gastos generales.

7. CONCLUSIONES

- I. Los Ayuntamientos representan el nivel jurisdiccional de administración y gobierno más cercano a los ciudadanos. Sus competencias responden al modelo teórico del federalismo fiscal y desempeñan un papel vital para el correcto funcionamiento de algunos de los servicios públicos básicos, como seguridad ciudadana, transporte, recogida y tratamiento de residuos, actividad deportiva, etc. Además, y como se ha señalado, a medida que los Ayuntamientos aumentan su tamaño poblacional se amplía la lista de servicios que prestan.

Tanto si tomamos en consideración los datos por grupos de población en los que se incluyen los Ayuntamientos que se encuentran por debajo de los distintos umbrales o bien si los tomamos por



compartimentos formados por horquillas poblacionales independientes entre sí, comprobaremos que hay unas constantes que se repiten. Así podemos ver la existencia de dos líneas claramente ascendentes en sentido opuesto a la evolución de la población, como son los costes unitarios en la prestación de la globalidad de los servicios públicos locales que se van incrementando a medida que baja el número de habitantes de cada Ayuntamiento, así como los gastos generales, comprensivos de gasto corriente y de funcionamiento y por lo tanto improductivo, que igualmente se incrementa porcentualmente según desciende el tramo poblacional. Por otra parte, también existe otra línea que, al contrario de las anteriores, es claramente descendente, como es la referida al porcentaje de gasto que repercute en la prestación de servicios públicos básicos de forma que a menor población menores recursos para la prestación de estos servicios y viceversa.

Los pequeños Ayuntamientos repercuten mayor cantidad de dinero per cápita según disminuye la población que, finalmente, va a parar en gran medida a las actuaciones de carácter general cuando no son las que, precisamente, mejoran la calidad de vida de los ciudadanos, sin embargo va disminuyendo lo destinado a la prestación de servicios, siendo por lo tanto estos no sólo de peor calidad según vamos descendiendo en tramos de población sino que incluso llegan a ser prestados en precario. Pero no solamente este área de gasto se ve afectada sino también la destinada a servicios tan sensibles como los servicios sociales, con lo que esto supone de abandono de esa población, sobre todo en este tipo de municipios en los que la mayoría es de edad avanzada y con necesidades que deberían ser

satisfechas prioritariamente a través de estos servicios sociales, provocando que haya un traslado hacia otros más grandes, con mayores oportunidades, no tanto de trabajo sino de atenciones, y para las que generalmente es necesario estar empadronado en el Ayuntamiento prestador. Si no retenemos esto y no nos damos cuenta de esta realidad, estaremos condenando a aquellos vecinos que no pueden, o no quieren, trasladar su residencia, a la supervivencia a cambio de seguir manteniendo unas estructuras municipales absolutamente inoperantes y gravosas, tanto para el interés particular de sus vecinos como para el general de la propia Administración Local.

- II. Como quedó expuesto a lo largo de este estudio, el tamaño mínimo de los Ayuntamientos castellano-manchegos debería estar, a mi juicio, lo más próximo posible a la horquilla entre 5.000 y 7.000 habitantes, aunque soy plenamente consciente de las dificultades que esto conlleva en muchos casos por mor de la orografía, distancias y otros hándicaps. De los datos manejados se desprende que los Ayuntamientos que se encuentran en aquella horquilla mejoran todos los datos comparativos con los más pequeños. Así con una aportación per cápita similar a la de otros más grandes, es decir, a la de los que superan los 7.000 habitantes, y a su vez inferior a la que sufren actualmente los habitantes de los pequeños Ayuntamientos, recibirían a cambio una mayor y mejor prestación no sólo de los servicios públicos básicos sino también de los servicios sociales, consiguiendo a la vez un importante ahorro en gasto improductivo. No olvidando que las repercusiones económicas que traería la fusión se refieren tanto al ahorro y al aumento de la participación en los impuestos del Estado, como



consecuencia del aumento de un 10 % en su participación previsto para las fusiones por el artículo 13.4.a) de la LBRL, introducido por la LRSAL, a lo que habría que sumar un 17 % adicional a los que superen los 5.000 habitantes, en aplicación del artículo 124.1.a) de la LRHL, como a la preferencia en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia durante, al menos, los cinco primeros años siguientes a la misma.

La repercusión concreta de este aumento de recursos en la prestación de servicios públicos locales, que se trataría de una cantidad nada desdeñable, aumentando unos y ampliando y mejorando la prestación de otros, supondría su homologación con los que prestan los que están en tramos de mayor población, reduciendo drásticamente la brecha existente hoy en día, desterrando la actual precariedad en la prestación de la mayoría de los servicios básicos y haciendo justicia social en cuanto a la redistribución de los recursos públicos, sin que signifique aumento de la presión fiscal sino mejora en la eficacia y eficiencia de la aplicación de esos recursos en beneficio del ciudadano en particular y de la sociedad en general.

Con ese aumento no sólo de recursos sino de disponibilidad de crédito para la implantación, ampliación y/o mejora de los servicios también se estarían generando otros ingresos vía tasas y precios públicos por la utilización de los mismos que ahora o no se obtienen ante su inexistencia o son absolutamente insuficientes y deficitarios ante la precariedad en su prestación. Con todo esto conseguiríamos que los nuevos Ayuntamientos tuvieran una mayor capacidad económica y

financiera y por lo tanto estuvieran en mejores condiciones para poder acudir, incluso si así lo necesitan, a líneas de crédito y empréstito sin que con ello se ponga en riesgo su estabilidad presupuestaria.

De lo que se trata, por tanto, con la fusión de Ayuntamientos no es de otra cosa que poner al servicio de los ciudadanos unas instituciones que sirvan con eficacia y eficiencia las necesidades y exigencias que tienen en pleno Siglo XXI sin perder su naturaleza e idiosincrasia pero adaptándolas de forma que la mayor parte de los recursos públicos que manejan vayan a su redistribución en forma de prestación de servicios y a la reducción del volumen de gasto que acaba en las actuaciones de carácter general, consiguiendo con esto mejorar y aumentar el nivel de vida de sus vecinos, con mayor equidad y equiparación con el resto de Ayuntamientos, sin la brecha que existe actualmente ya no sólo entre los grandes sino también entre los medianos y los pequeños. Es decir, estamos hablando de hacer justicia social sin sacrificar la propia naturaleza de los Ayuntamientos sino adaptándolos a la nueva realidad y de paso equipararlos a la mayoría de países europeos de nuestro entorno, que ya hicieron este proceso a mediados del Siglo pasado.

- III. Una figura importantísima en el mundo local es la de las Diputaciones provinciales, pero no tal y como las conocemos hoy, donde es generalmente percibido, y así queda acreditado en el presente estudio, su sobredimensionamiento en relación con las funciones que tienen encomendadas y con las que efectivamente realizan, lo cual debería ser inmediatamente corregido si realmente se pretende que sean el eje alrededor del cual se han de mover el



98,3 % de los Ayuntamientos castellano-manchegos, que son los de menos de 20.000 habitantes.

La LRSAL no contempla ninguna medida correctora para que las Diputaciones puedan realizar con un mínimo de garantía de calidad e intensidad la prestación de los servicios públicos locales, cuando son unos instrumentos que, convenientemente redefinidas, podrían ser tremendamente útiles, a pesar del debate existente en torno a su supresión.

- IV.** En definitiva, con la fusión de Ayuntamientos, como consecuencia del aumento y/o mejora de los servicios públicos a recibir, habría un mayor asentamiento de la población en el rural, pues ya no sería necesario irse a vivir a otros núcleos mayores cuando no es por cuestiones laborales, con lo que habría un mayor ahorro familiar, o cuando menos mayor disposición de fondos, con las ventajas evidentes que esto trae consigo, poniendo en valor, por otra parte, a los pueblos, ya que por supuesto que no desaparecerían sino que tan sólo se trasladaría la sede de toma de decisiones, es decir, la ubicación concreta de su gobierno municipal, pero a una distancia que les será familiar, y por lo tanto cercana, y con la representación política que les corresponda y que tampoco va a verse drásticamente afectada, aunque si redimensionada.

Por último, debemos tener en cuenta que vivimos en el siglo XXI y por lo tanto las necesidades de desarrollo municipal van más allá de la mera prestación de servicios. Nos encontramos ante retos que superan a los pequeños municipios, como son los referidos a la modernización de las Administraciones Públicas, sobre todo en materia de transparencia y de administración electrónica. Por lo

que se refiere al tema de transparencia el 15 de febrero de 2016 se firmó un Convenio entre el Consejo de Transparencia y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) para el impulso de la transparencia en las Administraciones Locales. En cuanto a la e-administración no podemos olvidar que el 2 de octubre de 2016 empezó la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que consagra el procedimiento administrativo electrónico. Pero si no tenemos municipios capaces de llevar todo esto a cabo volverá a ser otro fracaso, cuando con la e-administración ya no importará si el centro de decisiones se aleja más o menos, porque en realidad lo tendremos en la palma de nuestra mano, a través de un ordenador, una *tablet* o un *smartphone*.

8. PROPUESTAS

Son cuatro las propuestas que se plantean, referidas todas ellas a grandes áreas con un calado social, económico, institucional y de desarrollo muy importante.

Propuesta 1: La fusión de Ayuntamientos. Como no podía ser de otra manera la propuesta principal que se formula es la fusión de Ayuntamientos, lo cual no es novedoso. Ya en 1990 el Comité de las Regiones de la Unión Europea advertía en un informe, al referirse a la situación de España, que: *"es responsabilidad primaria de las Comunidades Autónomas la política de fomentar fusiones o agrupaciones de municipios, o incluso reordenar coactivamente el mapa municipal; pero hasta ahora se limitaron a estimular tímidamente la*



constitución de mancomunidades de asociación voluntaria”.

En este estudio se propone la fusión de los pequeños Ayuntamientos para convertirlos en unas nuevas organizaciones que se sitúen entre los 5.000 y los 7.000 habitantes, aunque excepcionalmente también inferiores cuando la orografía u otras circunstancias así lo aconsejen, pero intentando en cualquier caso un aumento significativo en la dimensión del nuevo Ayuntamiento, mediante la agrupación bajo un mismo municipio de todos aquellos que se encuentren en unas isócronas de tiempo de entre 15 ó 20 minutos con respecto a la capitalidad que se establezca.

Lo primero que habrá que hacer es elaborar un mapa de servicios municipales en el que consten los que presta cada uno de los Ayuntamientos, porque al día de hoy no se sabe a ciencia cierta qué servicios prestan, la prueba es que la LRSAL mantiene el mismo catálogo de servicios mínimos por tramos de población que el hasta ahora vigente, cuando no son comparables los Ayuntamientos de 5.000 habitantes de hace más de 30 años, período que lleva en vigor la LBRL, con los de ahora. Es decir, esa regulación mantiene, y a la baja, el actual sistema competencial de cuando España, y Castilla-La Mancha, no eran ni parecidas a lo que son hoy o lo que pretenden ser en el futuro, olvidando que la LBRL supuso entonces el reto de prestar más servicios de los que se hacían mientras que mantener ese pírrico catálogo hoy en día es, por una parte, desconocer el nivel actual de los servicios municipales y por otra retrotraerlos esos más de 30 años, cuando debería haberse mirado hacia adelante, consolidando los servicios actuales y estableciendo nuevos retos de cara al futuro como garantía de mejora de la calidad de vida de la población.

Simultáneamente debería elaborarse un mapa de planta en el que se delimiten los ámbitos territoriales para la prestación de los servicios según el criterio de tiempo expuesto de entre 15 ó 20 minutos con respecto a la capitalidad que se establezca. Para esto habría que tomar como base a las cabeceras de comarca y municipios de mayor población de la zona y, aplicando esa ratio de tiempo, establecer el nuevo término municipal. Una vez hecho esto quedarán núcleos fuera de estas nuevas delimitaciones para los cuales habrá que determinar la capitalidad municipal en función de aquel o aquellos también de mayor población o del que ya cuente con mayor número de servicios en marcha.

Elaborados ambos mapas debemos superponerlos de forma que comprobaremos cuántos servicios se están duplicando innecesaria e injustificadamente dentro de un mismo ámbito territorial y con ello establecer los mecanismos adecuados de corrección de estas situaciones, de manera que se concentren esfuerzos y se optimicen recursos para poder dotar a todos los que se incluyen en el mismo de un mayor número de servicios o una mejora de los existentes sin aumento de la presión fiscal. Con ello tendremos claros cuáles son los servicios que deben prestarse homogéneamente en todos los ámbitos territoriales de similares características.

Constituidos esos ámbitos territoriales será de cuenta de la Oficina autonómica a que se refiere la 2ª propuesta de este estudio el establecer los tiempos en cada caso, vista la realidad física, social, económica, etc., de cada una de las fusiones a llevar a cabo, y por lo tanto la duración mayor o menor del período transitorio en que deben operar dichos ámbitos, pues la realidad no es homogénea y no admite reglas únicas y



generales. En cualquier caso, lo que sí es seguro es que una vez puestos estos ámbitos territoriales a pleno funcionamiento, la fusión de Ayuntamientos caerá por su propio peso en un tiempo más que razonable y de una forma “no traumática”.

Resulta interesante traer a colación alguna de las recomendaciones del Tribunal de Cuentas incluidas en su Informe 931/2011 y que ha venido reiterado en relación con la organización y configuración del sector público local: *«la racionalización y la evolución del sector local hacia un modelo más eficaz y eficiente para el desempeño de las competencias que el ordenamiento jurídico otorga a las entidades locales, pasa por el estudio y diseño de un mapa local acorde a las necesidades demográficas, económicas y sociales actuales y orientado a formas más lógicas de prestación de servicios a los ciudadanos, eliminando y evitando, en lo posible, tanto la duplicidad de actuaciones y solapamiento de competencias no sólo entre distintas entidades locales sino entre distintas administraciones públicas en especial, así como la persistente presencia de entidades que no prestan ningún servicio o que carecen de actividad y promoviendo, en su caso, fórmulas de agrupación de entidades para una mayor economía, eficacia y eficiencia en la prestación de servicios.»*

Es difícil a priori dar una cifra de cuál debería ser el número ideal de municipios en Castilla-La Mancha, y esta habrá de determinarse a través de la Oficina a que se refiere la siguiente propuesta según un riguroso estudio sobre el terreno, pero en una primera aproximación teórica, una vez estudiada la división comarcal de cada provincia, la agrupación de los municipios con menos de 5.000 habitantes para crear otros nuevos en torno a ese nivel poblacional, así como

relacionándolos con sus respectivas cabeceras de comarca y núcleos afines cercanos, nos daría la transformación de la actual planta local castellano-manchega de los actuales 919 Ayuntamientos a entre 200 y 240, es decir, una reducción de entre el 74 % y el 78 %, pasando de tener una media de población por Ayuntamiento de los 1.631 actuales a unos entre 6.000 y 7.500 posibles, sin contar con los 6 que entran dentro de los considerados "de gran población", es decir, las 5 capitales de provincia y Talavera de la Reina, con una media de entre 330 y 390 km² por término municipal frente a los 86 actuales, que, aunque parezca una extensión desproporcionada esto no es así, hay actualmente 40 Ayuntamientos en Castilla-La Mancha con una extensión igual o superior a esta, incluso en algunos casos muy superior, como los de Almodóvar del Campo en Ciudad Real, con más de 1.200 km², o Los Yébenes en Toledo, con casi 700 km². También podrá oponerse el argumento del aumento considerable de núcleos de población que han de conformar los nuevos Ayuntamientos fusionados, la respuesta existe en otras Comunidades como son Galicia y el Principado de Asturias donde lo importante es el término municipal y el Ayuntamiento está formado por todos los núcleos de población que se encuentran dentro del mismo, y que, prácticamente en todos los casos o en la gran mayoría de ellos, el número tanto de núcleos como de parroquias, como división de facto sin personalidad jurídica existentes en ambos territorios, son muy superiores a los que puedan resultar de este proceso generalizado de fusiones que se propone para Castilla-La Mancha.

Bajando más al detalle y fijándonos en las comarcas de Castilla-La Mancha, tomando para ello las que utilizan las Diputaciones Provinciales, aunque no tengan un



aspecto oficial, los resultados por provincia serían los siguientes:

- **Albacete:** Es la 3ª provincia en población de la Comunidad con el 19 % de habitantes, con una media, sin contar con la capital provincial, de 2.550 habitantes por Ayuntamiento, y la 4ª en extensión, con también el 19 % de la superficie total y una media de 170 km² por término municipal, aunque 13 de ellos, el 15 %, superan, con creces, los 300 km². Se compone actualmente de 87 municipios, el 9,5 % del total, de los cuales el 90,8 % de ellos tienen menos de 5.000 vecinos, incluso casi la mitad, el 49,5 %, ni siquiera llegan a 1.000. Según la propuesta que se formula la provincia de Albacete pasaría a tener de 27 a 31 Ayuntamientos, es decir, entre un 64 % y un 69 % menos que ahora, pasando de suponer el 9,5 % del total autonómico a estar en torno al 13 % del teórico nuevo mapa municipal castellano-mancheño, en el que desaparecerían los municipios de menos de 2.000 habitantes y los de más de 5.000 pasarían a suponer más del 80 % del total. Es decir, se invertiría la situación de la planta local justamente al contrario de la existente hoy en día. Con estos nuevos Ayuntamientos la provincia tendría una media de población, sin contar con la capital, en torno a los 8.000 habitantes por municipio, es decir, el triple que actualmente, y una media de extensión por término municipal en torno a los 500 km², también el triple que ahora pero teniendo en cuenta que hoy día hay 7 Ayuntamientos que superan actualmente esa extensión, como son Almansa, El Bonillo, Chinchilla de Monte-Aragón, Hellín,

Villarrobledo, Yeste e, incluso, el propio Albacete, sin que se ponga en duda su viabilidad.

- **Ciudad Real:** Es la 2ª provincia en población de la Comunidad con el 25 % de habitantes, con una media, sin contar con la capital provincial, de 4.285 habitantes por Ayuntamiento, y la 1ª en extensión, con también el 25 % de la superficie total y una media de 190 km² por término municipal, aunque es fundamentalmente una provincia de municipios pequeños, pues 25 de ellos, la cuarta parte del total, no llegan a los 100 km². Se compone actualmente de 102 municipios, el 11 % del total, de los cuales el 76,5 % de ellos tienen menos de 5.000 vecinos, incluso el 41 %, ni siquiera llegan a 1.000. Según la propuesta que se formula la provincia de Ciudad Real pasaría a tener de 42 a 54 Ayuntamientos, es decir, entre un 47 % y un 59 % menos que ahora, pasando de suponer el 11 % del total autonómico a estar en torno al 22 % del teórico nuevo mapa municipal castellano-manchego, en el que desaparecerían los municipios de menos de 2.000 habitantes y los de más de 5.000 pasarían a suponer, también aquí, más del 80 % del total. Justo todo lo contrario de la actual planta local. Con estos nuevos Ayuntamientos la provincia tendría una media de población, sin contar con la capital, de entre 8.000 y 10.000 habitantes por municipio, es decir, el doble que actualmente, y una media de extensión por término municipal en torno a los 400 km², también el doble que ahora pero teniendo en cuenta que aún hoy habría 13 Ayuntamientos que igualan o superan actualmente esa



extensión, como son Abenójar, Alcázar de San Juan, Alhambra, Almodóval del Campo, Calzada de Calatrava, Daimiel, Manzanares, Piedrabuena, Puebla de Don Rodrigo, Retuerta de Bullaque, Torre de Juan Abad, Valdepeñas y Viso del Marqués, sin que tampoco en este caso se ponga en duda su viabilidad.

- **Cuenca:** Es la provincia con menos población de la Comunidad con el 10 % de sus habitantes, con una media, sin contar con la capital provincial, de 615 habitantes por Ayuntamiento, sin embargo es la 2ª en extensión, con el 21 % de la superficie total y una media de 72 km² por término municipal, y aunque es fundamentalmente una provincia de municipios pequeños, sin embargo tiene zonas en los que los hay con una extensión más considerable, así 47 de ellos, casi 1 de cada 5, superan a los 100 km². Se compone actualmente de 238 municipios, el 26 % del total, de los cuales el 97 % de ellos tienen menos de 5.000 vecinos, incluso el 87 %, ni siquiera llegan a 1.000, lo que nos da una idea de la atomización de su planta local. Según la propuesta que se formula la provincia de Cuenca pasaría a tener de 31 a 41 Ayuntamientos, es decir, entre un 83 % y un 87 % menos que ahora, pasando de suponer el 26 % del total autonómico a estar en torno al 16 % del teórico nuevo mapa municipal castellano-manchego, en el que, como en el resto de provincias, desaparecerían los municipios de menos de 2.000 habitantes y los de más de 5.000 pasarían a suponer en torno al 60 ó 70 % del total. Mucho mejor que como está actualmente pero peor que otras provincias, debido, sobre todo, a esa

atomización local citada y a las distancias existentes entre unos núcleos y otros. Con estos nuevos Ayuntamientos la provincia tendría una media de población, sin contar con la capital, en torno a los 5.000 habitantes por municipio, es decir, ocho veces más que actualmente, con lo que, aunque no se pondría fin definitivamente a la atomización local, sin embargo se daría un paso de gigante en cuanto a su homologación con otras provincias. A cambio tendría una media de extensión por término municipal en torno a los 400 km², cinco veces más que ahora, aunque también hay que tener en cuenta que ya tiene municipios con esta extensión, como el caso de Huete, o superior, como la propia Cuenca, sin que parezca que esto suponga ningún problema de gestión ni de ningún otro tipo.

- **Guadalajara:** Es la 4ª provincia en población de la Comunidad con el 12,5 % de sus habitantes, con una media, sin contar con la capital provincial, de 590 habitantes por Ayuntamiento, siendo la provincia con menor extensión, con el 15,5 % de la superficie total y una media de 42 km² por término municipal, teniendo solamente 21 de ellos, poco más del 7 %, más de 100 km². Se compone actualmente de 288 municipios, el 31,5 % del total, de los cuales el 97 % de ellos tienen menos de 5.000 vecinos, incluso el 89 %, ni siquiera llegan a 1.000, lo que nos da una idea de la atomización de su planta local, siendo la mayor de la Comunidad, junto con la provincia de Cuenca. Según la propuesta que se formula la provincia de Guadalajara pasaría a tener de 28 a 33 Ayuntamientos, es decir, aproximadamente un



90 % menos que ahora, pasando de suponer el 31,5 % del total autonómico a estar en torno al 14 % del teórico nuevo mapa municipal castellano-manchego, en el que también desaparecerían los municipios de menos de 2.000 habitantes y los de más de 5.000 pasarían a suponer más del 70 % del total. Justo todo lo contrario de la actual planta local, siendo, junto con la provincia de Cuenca, la que mayor número de pequeños municipios seguirá teniendo tras este proceso que se propone, precisamente por la orografía, dispersión y distancias de sus núcleos. Con estos nuevos Ayuntamientos la provincia tendría una media de población, sin contar con la capital, cercana a los 6.000 habitantes por municipio, es decir, 10 veces más que actualmente, y una media de extensión por término municipal entre los 350 y 400 km², también muy superior a la actual, aunque comparable a la que ya tienen actualmente algunos municipios, como Brihuega o Sigüenza.

- **Toledo:** Es la provincia más poblada de la Comunidad con el 33,5 % de habitantes, con una media, sin contar con la capital provincial ni con Talavera de la Reina, de 2.580 habitantes por Ayuntamiento, y es la 3ª provincia en extensión, con el 19,5 % de la superficie total y una media de 75 km² por término municipal, aunque aquí también hay zonas donde la extensión de los términos municipales es superior, así 50 de ellos, 1 de cada 4, superan los 100 km². Se compone actualmente de 204 municipios, el 22 % del total, de los cuales el 85,8 % de ellos tienen menos de 5.000 vecinos, incluso casi la mitad, el 44 %, ni siquiera llegan

a 1.000. Según la propuesta que se formula la provincia de Toledo pasaría a tener de 74 a 82 Ayuntamientos, es decir, entre un 60% y un 64% menos que ahora, pasando de suponer el 22% del total autonómico a estar en torno al 35% del teórico nuevo mapa municipal castellano-manchego, en el que por supuesto que desaparecerían los municipios de menos de 2.000 habitantes y los de más de 5.000 pasarían a suponer cerca del 90% del total, manteniéndose como la provincia con los municipios más grandes de toda la Comunidad Autónoma. Con estos nuevos Ayuntamientos la provincia tendría una media de población, sin contar con la capital ni con Talavera de la Reina, que superaría los 7.000 habitantes por municipio, es decir, casi el triple que actualmente, y una media de extensión por término municipal en torno a los 200 km², algo más del doble que ahora pero teniendo en cuenta que aún hoy en día hay 14 Ayuntamientos que superan actualmente esa extensión, como son Calera y Chozas, Consuegra, Corral de Almaguer, Madridejos, Mazarambroz, Los Navalucillos, Oropesa, Santa Cruz de la Zarza, Sevilleja de la Jara, Tembleque, Urda, Villacañas, Los Yébenes o la propia capital provincial.

La primera consecuencia que trae esta propuesta, además de racionalizar los medios tanto técnicos como humanos poniéndolos en mayor medida al servicio del ciudadano, es contar con mayores recursos para poder destinar a la prestación de servicios. Así, tal y como se ha indicado en otros apartados de este mismo trabajo, las repercusiones económicas de un proceso generalizado de fusión de Ayuntamientos tiene dos



fuentes, por una parte el aumento en la participación en los impuestos del Estado, como consecuencia del incremento en un 10 % de su participación previsto en el artículo 13.4.a) de la LBRL, introducido por la LRSAL, a lo que habría que sumar un 17 % adicional a los que superen los 5.000 habitantes en aplicación del artículo 124.1.a) de la LRHL, y por otra parte el ahorro en gastos, sobre todo por aplicaciones de economías de escala allí donde sea posible, y por la reducción per cápita de los gastos generales y de organización, y por lo tanto improductivos. Así, haciendo una estimación sobre lo que podría llegar a ser vemos que el aumento de crédito total, proveniente de ambas fuentes, para poder destinar a inversiones o a la mejora o aumento en la prestación de servicios públicos locales por los nuevos Ayuntamientos castellano-manchegos resultantes de ese proceso de fusiones arrojaría un crédito per cápita en estos nuevos municipios de más de 115 euros por habitante y año. Esto supone poder aumentar el nivel de inversiones en no menos de un 50 % con respecto a lo que hacen hoy en día los Ayuntamientos castellano-manchegos de menos de 5.000 habitantes, o aumentar un 35 % lo destinado a la actual prestación de servicios públicos básicos, o, incluso, casi doblar lo que dedican a servicios sociales. Lo que, sin duda, supondría un aumento significativo del nivel de vida de los vecinos de estos nuevos Ayuntamientos, pudiendo poner en práctica políticas de freno de la actual despoblación rural, ya que esto los haría más atractivos y por tanto fijadores de población.

A todo lo anterior hay que añadir la preferencia de los Ayuntamientos fusionados en la asignación de planes de cooperación local, subvenciones, convenios u otros instrumentos basados en la concurrencia durante, al menos, los cinco primeros años siguientes a la misma, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 13,4.g) de

la LBRL, tras la modificación introducida por la LRSAL. Con lo que el conjunto de ventajas, al menos desde el punto de vista económico, parece más que evidente.

Propuesta 2: Creación de una oficina autonómica de fusiones. Es primordial la creación de una oficina técnica, y recalco éste adjetivo, que se encargue del estudio, programación, promoción y propuesta de las fusiones que realmente se necesitan. Esta oficina tendría la responsabilidad de llevar a cabo las tareas señaladas en la 1ª propuesta de éste estudio con el objetivo de evitar que se planteen solamente por cuestiones de empatía y con un goteo que no supondría ninguna solución general. Esta oficina coordinaría con los Ayuntamientos afectados el período transitorio en que debe operar cada uno de los ámbitos territoriales allí referidos hasta la completa culminación del proceso y, consecuentemente, la aprobación de la creación del nuevo Ayuntamiento resultante de la fusión. Igualmente, sería la encargada de conseguir la financiación para los gastos que se van a ocasionar: unificación de planeamientos urbanísticos, coordinación en la gestión de los servicios, obras en edificios para albergar los nuevos servicios y oficinas centrales, etc. Aunque esto suponga que unos lleven más que otros, porque la igualdad no consiste en tratar a todos de la misma manera sino de forma diferente a las situaciones distintas, para que al final se encuentren en la misma posición, es decir, en iniciar la andadura de esos Ayuntamientos fusionados como si realmente fuesen nuevos, sin hipotecas ni gravámenes, y por lo tanto pudiendo prestar desde el principio los servicios que sus vecinos reclaman y que actualmente no pueden ver satisfechos por la pequeña dimensión de su municipio.



Propuesta 3: Modificación de las Diputaciones

Provinciales. Una cuestión que se ha planteado como objeción a las propuestas de fusiones de Ayuntamientos son las reservas de algunos sobre la posibilidad de que éstas supongan una minoración en la representatividad de los miembros de las Corporaciones Locales y, por lo tanto, una pérdida en la calidad democrática de los nuevos Ayuntamientos, argumentación que se cae por su propio peso. Por una parte está demostrado que la cercanía excesiva de los representantes municipales no es directamente proporcional a una mayor eficiencia y calidad democrática, sino que puede llegar a ser todo lo contrario. La presión a la que se encuentran sometidas las autoridades locales por esa cercanía hace que no siempre adopten correctamente las decisiones que debieran. Por otra parte este argumento supondría que la propia aplicación del artículo 179 de la LOREG, que establece la distribución del número de concejales según el número de habitantes, haría que a mayor población menor calidad democrática al ser menos representativos los miembros de los Ayuntamientos según va aumentado su número de habitantes. Y no parece que este argumento se sostenga por sí mismo.

Es cierto que con la propuesta que aquí se plantea se suprimirían entre 680 y 720 Alcaldías, pero quien ostenta la representación vecinal es el Pleno de la Corporación, que es a quien eligen los vecinos. Pues bien, actualmente en Castilla-La Mancha hay un total de 6.463 Concejales que se quedarían en torno a los 2.800 ó 3.200, es decir, aproximadamente la mitad, lo que no parece una reducción excesiva y por tanto esos temores a una infrarrepresentación municipal no tendrían mucho sentido.

Este tema enlaza con la propuesta de modificación de las Diputaciones provinciales, siendo necesario adaptar la composición política de éstas, pues no parece lógico que sigan teniendo una representación de segundo grado o indirecta, a través de representantes que no han sido elegidos directamente por los ciudadanos sino por concejales electos y entre ellos. Con la reducción de Ayuntamientos tras un proceso ordenado de fusiones, el Pleno Provincial debería estar formado por todos los Alcaldes, convirtiéndose así en una verdadera entidad de representación provincial, y por lo tanto también de Gobierno Provincial, pudiendo, incluso, participar con mayor legitimidad en otros foros tanto para las relaciones con la Comunidad Autónoma, como en reuniones sectoriales o con el Estado.

Además de la representación, con la conveniente redefinición, las Diputaciones provinciales se convertirían en organismos extraordinariamente útiles para la prestación de determinados servicios como es el caso, por ejemplo, de la recogida de basuras y tratamiento de residuos, el ciclo completo del agua, la prestación del servicio de oficina de supervisión de proyectos o, incluso, la centralización en determinados suministros, como el de energía eléctrica, telefónico y otros o instaurar una central de compras, de forma que en todos estos servicios se generaría un importante ahorro, mucho mayor que el que se puede conseguir a través de las actuales figuras asociativas intermunicipales. Además, las Diputaciones pondrían a disposición de los Ayuntamientos los medios técnicos y humanos para optimizar las posibilidades de financiación europea o de otra índole para determinados proyectos o la infraestructura necesaria para la puesta en común entre varios de determinadas iniciativas.



Propuesta 4: Reforma de la financiación local. Con independencia de cuándo se abra el debate sobre el redimensionamiento de la planta local lo que es urgente e inaplazable es iniciar el de la financiación municipal. Esto no solo debe suponer una nueva Ley que la regule, una vez superada la de las Haciendas Locales que nunca fue una auténtica legislación sobre financiación local, sino también de modificación de los actuales comportamientos interadministrativos en ésta materia. No puede ser que se siga manteniendo la dependencia económica de los Ayuntamientos de un sistema pernicioso de subvenciones que los coloca en un plano de sometimiento con respecto a la Comunidad Autónoma, se les da un trato impropio de una Administración pública, que es lo que son, recibiendo prácticamente el mismo que si fuesen meras "agrupaciones de vecinos", y además casi se les obliga a participar en la financiación y prestación de servicios netamente autonómicos, cuando estas actuaciones deberían estar presididas por el principio de colaboración y, por lo tanto, de corresponsabilidad en la asunción de los costes. Y desde luego, evitando el anticipo de fondos por parte de los Ayuntamientos, con lo que esto supone de merma en su tesorería, teniendo que acudir en muchas ocasiones a operaciones de endeudamiento, provocando a menudo la desatención de obligaciones propias del municipio. Cualquier sistema de financiación local que se considere debe favorecer la autonomía municipal mediante el carácter no finalista de la mayor parte de las transferencias, establecer claramente los criterios y momento de las aportaciones de cada Administración territorial en las actuaciones conjuntas y blindar los ingresos de los Ayuntamientos frente a los vaivenes autonómicos. La fusión, y por lo tanto el aumento de entidad de los Ayuntamientos, les pondría en una posición más

ventajosa para poder negociar el cambio de status de esas colaboraciones.

9. REFLEXIÓN FINAL

Castilla-La Mancha no es una Comunidad de ciudades sino de villas y pueblos, ya que el 98,3 % de sus Municipios no llegan a 20.000 habitantes, el 91,7 % tienen menos de 5.000 e incluso el 69,5 %, aún menos de 1.000 y prácticamente en todos ellos los servicios que no presta el Ayuntamiento no lo hace ninguna otra Administración. Aquí no hay duplicidades pero sí servicios en precario o falta de ellos, porque el problema de nuestra Administración Local es su mapa de planta.

Nuestra legislación ha vivido de espaldas a la figura de la fusión y lo sigue haciendo a pesar de la LRSAL, ya que, aunque ésta introduce incentivos sin embargo el proceso sigue siendo voluntario, lo que decaerá previsiblemente en ineficaz, por una parte por su dilación en el tiempo y por otra porque las posibles uniones que haya lo serán por afinidad o empatía y no por principios de ordenación y racionalización, sobre los cuales tampoco introduce ningún elemento de fomento sino que estos son tan sólo de carácter económico.

Por otro lado están las fusiones obligatorias, y dentro de estas, las ordenadas y con un proceso transitorio para que no resulten traumáticas mediante el establecimiento previo de unos ámbitos territoriales para la prestación de servicios, que son las que se proponen en este estudio, porque considero que es la forma más "*racional*" de abordar el asunto para poder contar, realmente, con una Administración Local "*sostenible*".



Finalmente creo que es importante traer a colación aquí algunas de las declaraciones aprobadas en el XXXIV Congreso Mundial de la Unión Internacional de Autoridades Locales, celebrado en Barcelona el 24 de marzo de 1999, que reivindicó que *los Estados deben ir aceptando la mayor importancia de los gobiernos locales y regionales como agentes democráticos y económicos imprescindibles, en conjunto con otros sectores, y como hilo conductor del desarrollo sostenible de la economía y de la creación y revitalización de puestos de trabajo. Es obvio que los Estados no pueden dirigir y controlar de forma centralizada las ciudades y los pueblos del hoy y del mañana, tan complejos, integrados y en constante evolución. Sólo podrá hacerlo un gobierno descentralizado, que involucre al ciudadano y esté próximo al mismo.* Y yo añado: y para que esto pueda llevarse a la práctica es necesario contar con unos Ayuntamientos con la dimensión y estructura suficiente como para poder abordar estos retos, no sólo los que se les puedan plantear, sino los que tienen ya planteados hoy en día encima de la mesa.

10. BIBLIOGRAFÍA

de Diego Gómez, Alejandro. (2012). "Hacia la fusión no traumática de Ayuntamientos". <http://fusiondeayuntamientos.blogspot.com.es/>

de Diego Gómez, Alejandro. (2014). "La fusión de Ayuntamientos en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados nº 5, marzo de 2014.

de Diego Gómez, Alejandro. (2014). "La fusión de Ayuntamientos, con especial referencia a Galicia", Revista Galega de Administración Pública nº 47, enero - junio de 2014.

de Diego Gómez, Alejandro. (2015). "Las fusiones de Ayuntamientos", Capítulo 8 del Libro Colectivo 'La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local'. Coordinado por Carrillo Donaire, Juan Antonio y Navarro Rodríguez, Pilar. Wolters Kluwer, marzo de 2015.

de Diego Gómez, Alejandro. (2015). "La planta municipal española. Los ámbitos territoriales para la prestación de servicios como paso previo a la fusión no traumática de Ayuntamientos", Revista La Administración Práctica nº 3, marzo de 2015.

de Diego Gómez, Alejandro y Vaquero García, Alberto. (2016). "Redimensionamiento de la planta local. Retos frente al minifundismo de Galicia". Red Localis, Documento 5/2016. http://redlocalis.com/wp-content/uploads/2016/11/Documento_5_2016_redimensionamiento.pdf

de Diego Gómez, Alejandro. (2017). "Relación entre el coste de los servicios y la planta local", Revista REALA Nueva Época nº 8, noviembre de 2017.

de Diego Gómez, Alejandro. (2018). "Relación entre el coste de los servicios y la planta local gallega", I Informe Red Localis 2017, publicado en enero de 2018. <https://drive.google.com/file/d/1h3HapbSyP7Ek9WdxoS4YJ21mCCUFYptf/view>



Instituto Nacional de Estadística. Censo de Población.
<http://www.ine.es/nomen2/index.do>

Ministerio de Hacienda y Función Pública. Oficina Virtual
de las Entidades Locales.
<http://serviciostelematicosex.minhap.gob.es/SGCAL/entidadeslocales/>

Ministerio de Hacienda y Función Pública. Oficina Virtual
de las Comunidades Autónomas.
<http://serviciostelematicosex.minhap.gob.es/SGCAL/publicacionliquidacion/aspx/menuInicio.aspx>

Ministerio de Hacienda y Función Pública. Registro de
Entidades Locales.
<http://ssweb.seap.minhap.es/REL/frontend/inicio/index>

Consejo de Estado. *Dictamen 567/2013*, de 24 de mayo, Madrid.

Consejo de Estado. *Dictamen 338/2014*, de 22 de mayo, Madrid.

Tribunal de Cuentas. *Informe de fiscalización 931/2011*, Madrid.

“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SUCESIONES Y DONACIONES Y SU CONTRARIEDAD CON EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA”

D. Salvador Moreno Soldado

Técnico Superior Jurídico en la Dirección Provincial de Albacete de la Consejería de Agricultura, Medioambiente y Desarrollo Rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El TJUE declaró contrario al derecho y a la jurisprudencia de la Unión Europea el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español por vulnerar el principio de libre circulación de capitales. No obstante, a pesar de que el Tribunal Constitucional rectificó en su STC 145/2012 su doctrina respecto de los efectos *ex tunc* de las Sentencias del TJUE señalando el principio de primacía europea y el efecto directo de la normativa europea, y conectándolo directamente con el principio de igualdad, el legislador español y autonómico así como sus respectivas Administraciones y Tribunales Económicos-Administrativos continúan aplicando y resolviendo indebidamente la jurisprudencia y la normativa europea. Las reformas legislativas llevadas a cabo no han servido tampoco para adecuar la



normativa vigente al derecho de la Unión Europea. Por otro lado, el legislador español no ha introducido un supuesto concreto de nulidad de pleno derecho respecto de las normas y actos de aplicación que son contrarios al derecho y a la jurisprudencia de la Unión Europea. Además, no existe un cauce específico que trate sobre el reembolso del impuesto indebidamente aplicado por resultar contrario al derecho de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Impuesto de Sucesiones y Donaciones; Unión Europea; Espacio Económico Europeo; la STC 45/2012; la STJUE de 03/09/2014 en el asunto C-127/12 y el principio de libre circulación de capitales; el principio de primacía del derecho de la Unión Europea; efectos *ex tunc* y efecto directo de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; reducción en la base imponible; el principio de igualdad; la nulidad no regulada de las normas declaradas contrarias al derecho de la Unión Europea; Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo y las indebidas limitaciones en la interpretación de la normativa y jurisprudencia europea; la obligación de los poderes públicos de aplicar las Sentencias del TJUE; las indebidas limitaciones *ratione temporis*; discriminación entre residentes y no residentes; devolución de ingresos indebidos; reembolso de oficio; autoliquidaciones nulas; Ley General Tributaria; la ausencia de causa específica de nulidad por actos, disposiciones normativas y sentencias declaradas contrarias a la jurisprudencia y el derecho de la Unión Europea.

KEY WORDS: Inheritance and Donations Tax; European Union; European Economic Area; STC 45/2012; the STJUE of 03/09/2014 in case C 127/12

and the principle of free movement of capital; the principle of primacy of European Union law; effects *ex tunc* and direct effect of the Judgments of the Court of Justice of the European Union; reduction in the tax base; the principle of equality; the unregulated nullity of the rules declared contrary to European Union law; Resolutions of the Economic-Administrative Tribunal and the undue limitations in the interpretation of European legislation and jurisprudence; the obligation of the public authorities to apply the CJEU's judgments; the undue limitations *ratione temporis*; discrimination between residents and non-residents; return of undue income; reimbursement *ex officio*; null self-assessments; General Tax Law; the absence of specific grounds for nullity due to acts, normative provisions and sentences declared contrary to the jurisprudence and European Union law.

SUMARIO:

I. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto C 127/12) por la que se declara contrario al derecho de la Unión Europea el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español. Contenido e inaplicación de la misma por parte de las Comunidades Autónomas.

II. El Impuesto de Sucesiones y Donaciones y su desarrollo normativo en Castilla-La Mancha.

III. La doctrina del Tribunal Constitucional español: la STC 145/2012 y otras Sentencias del TC.

IV. Los efectos de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones del impuesto de sucesiones y donaciones español.



- V. La equivocada doctrina del Tribunal Económico-Administrativo.
- VI. La reforma legislativa continúa incumpliendo la STJUE de 03/09/2014.
- VII. El reembolso del impuesto: la devolución de ingresos indebidos.

I.- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12) por la que se declara contrario al derecho de la Unión Europea el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español. Contenido e inaplicación de la misma por parte de las Comunidades Autónomas.

En fecha 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta Sentencia por la que se declara contrario al derecho de la Unión Europea el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español. En concreto lo considera incompatible al principio de libre circulación de capitales, por infringir los arts. 65.3 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) considera que las herencias y los legados, así como las donaciones, constituyen movimientos de capitales de carácter personal (Considerando 57 de la STJUE de 03/09/2014). A continuación exponemos extractados los considerandos más relevantes de la misma.



Entre los principales argumentos utilizados por el TJUE han de atenderse a los **considerandos 58, 59 y 60 de la STJUE de 03/09/2014**, los cuales refieren:

*“58. Así pues, **la normativa de un Estado miembro que hace depender la aplicación de una reducción de la base imponible de la sucesión o de la donación del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el momento del fallecimiento, o del lugar de residencia del donante y del donatario en el momento de la donación, o también del lugar en el que está situado un bien inmueble objeto de sucesión o de donación, cuando da lugar a que las sucesiones o las donaciones entre no residentes, o las que tienen por objeto bienes inmuebles situados en otro Estado miembro, soporten una mayor carga fiscal que las sucesiones o las donaciones en las que sólo intervienen residentes o que sólo tienen por objeto bienes inmuebles situados en el Estado miembro de imposición, constituye una restricción de la libre circulación de capitales** (véanse, en este sentido, en materia de donación, **la sentencia Mattner, EU:C:2010:216, apartado 28**, y, en materia de sucesión, y **la sentencia Welte, EU:C:2013:662, apartado 25)**).*

59 *En el presente asunto es preciso observar que los artículos 32 y 48 de la Ley 22/2009 prevén expresamente **la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan cierto número de reducciones fiscales que sólo se aplican en caso de conexión exclusiva con el territorio de esas Comunidades.***

60 *De ello **resulta que la sucesión o la donación en la que intervenga un causahabiente o un donatario o un***



*causante que **no reside en el territorio español**, o también una donación o una sucesión que tenga por objeto un bien inmueble situado fuera del territorio español, **no podrá beneficiarse de esas reducciones fiscales**, por lo que el valor de esa sucesión o esa donación se reducirá”.*

Y en su **Considerando 69** refiere que la legislación española restringe la libre circulación de capitales y la señala como prohibida.

En el **Considerando 70** refiere que: *“En lo que atañe a una **posible justificación basada en el artículo 65 TFUE**, hay que recordar que, en virtud del apartado 1, letra a), de ese artículo, «lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a [...] aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital»”.*

Y en el Considerando 72 *“En efecto, la referida excepción está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, el cual prescribe que **las disposiciones nacionales** a que se refiere el apartado 1 de dicho artículo **«no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales** y pagos tal y como la define el artículo 63 TFUE». Además, para estar justificada, la diferencia de trato entre las sucesiones y las donaciones en las que intervienen residentes y no residentes o entre aquellas que se refieran a bienes situados en el territorio nacional y a bienes situados fuera de éste no debe ir más allá de lo necesario para que se alcance el objetivo perseguido por la normativa de que se trata*



(véase, en este sentido, la sentencia Arens-Sikken, EU:C:2008:490, apartado 52).

Y en el Considerando 73: *"Por consiguiente, se debe distinguir entre el trato desigual que permite el artículo 65 TFUE y las discriminaciones arbitrarias prohibidas en virtud del apartado 3 de ese mismo artículo. Pues bien, de la jurisprudencia resulta que para que una normativa fiscal nacional que, a efectos de la liquidación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, distingue entre los residentes y los no residentes o entre los bienes situados en el territorio nacional y los situados fuera de él pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (véase la sentencia Arens-Sikken, EU:C:2008:490, apartado 53).*

Por tanto, el TJUE estima que: **"79.** *En consecuencia, debe apreciarse que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 63 TFUE, al permitir que se introduzcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste.*

Sobre la vulneración del artículo 40 del Acuerdo EEE

80 ***La constatación con fundamento en el artículo 63 TFUE de la existencia de una***



restricción es también obligada en relación con el artículo 40 del Acuerdo EEE, toda vez que las disposiciones de este último artículo tienen el mismo alcance jurídico que las disposiciones idénticas, en sustancia, del artículo 63 TFUE (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, C-600/10, EU:C:2012:737, apartado 27).

81 Por consiguiente, debe apreciarse que la legislación estatal discutida constituye una restricción prohibida por el artículo 40 del Acuerdo EEE”.

El art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíbe expresamente las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. En los considerandos 66 y 67, la sentencia refiere que ***“...la posibilidad de que en virtud de la legislación estatal se dé un trato diferente a los sujetos pasivos en función de su residencia, aun cuando se encuentren en una situación comparable, puede bastar para tipificar una restricción de la libre circulación de capitales, con independencia de si todas las Comunidades Autónomas han ejercido o no la facultad prevista por la legislación estatal discutida.***

67 Es preciso recordar también que las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen en especial las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o de mantener tales inversiones (véase la sentencia Halley, C-132/10, EU:C:2011:586, apartado 22, y la jurisprudencia citada)”.

Y en su **considerando 77** se expuso que: *“...la normativa discutida considera en principio a los herederos o los donatarios, sean residentes o no residentes, como sujetos pasivos a efectos de la percepción del impuesto de sucesiones y donaciones sobre los bienes inmuebles situados en España. Por tanto, **no existe ninguna diferencia entre la situación objetiva de un residente y la de un no residente que pueda sustentar una diferencia de trato** (véase, en este sentido, la sentencia Schumacker, EU:C:1995:31, apartado 37).*

La Comisión Europea argumentaba que **el trato discriminatorio de los no residentes radica en la existencia de beneficios fiscales a los que los no residentes no pueden acceder**, mientras que el Gobierno del Reino de España se defendió alegando que el trato diferente resultaba del reparto de competencias, y que la diferenciación en la tributación estaba justificada debido a que los no residentes solamente tributan con una parte de la herencia o donación, mientras que los contribuyentes residentes tributan con toda la herencia o donación, lo que limita la progresividad del impuesto. Además, el Gobierno alegó que el trato diferente estaba justificado; cosa que rechazó el TJUE.

Sin embargo, el TJUE ha considerado que el criterio de conexión de la ley estatal (y no las leyes autonómicas que lo desarrollan y conceden los beneficios fiscales) **es discriminatorio**; y, por lo tanto, no es necesario siquiera que todas las CCAA realmente concedan beneficios fiscales (apartados 63, 67), aunque Castilla-La Mancha, al igual que todas las demás CCAA, lo hayan hecho. Por ello, **el Tribunal Europeo estima, finalmente, que el trato diferente**



no está justificado, porque tanto residentes y no residentes son sujetos pasivos relativos a los bienes inmuebles situados en España y, objetivamente, no existe ninguna diferencia entre la situación de un residente y la de un no residente (véanse apartados 77, 78).

Por ello, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide en la referida Sentencia de 03/09/2014: "**1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste**".

De la propia Sentencia de 03/09/2014 se extrae que el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** declaró (Sentencia Mattner) en su sentencia de 22 de abril de 2010, que se produce una **infracción de la libertad de circulación de capitales cuando, en caso de donación de bienes inmuebles, se aplica una reducción inferior sobre la base imponible por residir donante y donatario en un Estado distinto de aquel donde se halla el inmueble donado, y se aplica una mayor reducción a los residentes en el Estado impositor** (apartados 56, 57).

Así, remitiéndose a las sentencias Welte y Mattner, el TJUE, en su sentencia de 3 de septiembre de 2014, insiste otra vez en que **toda normativa de un Estado**



miembro que hace depender una reducción de la base imponible del impuesto del lugar de residencia del causante y del causahabiente, del lugar del donante y del donatario o de la ubicación de un bien inmueble constituye una restricción a la libre circulación de capitales (apartado 58). En sentencia, de 17 de octubre de 2013, **asunto Welte** (C-181/12), el TJUE concluyó que una normativa relativa al impuesto de sucesiones que determina una menor reducción de la base imponible del impuesto por ser **el causante y el causahabiente residentes de un tercer Estado** (la Confederación Suiza, en este asunto en cuestión) respecto a la reducción aplicada a los residentes en el Estado impositor (Alemania), **vulnera la libertad de circulación de capitales** (apartados 68, 69).

Después de la publicación de la **sentencia Mattner el 22 de abril de 2010**, el Gobierno de Alemania anunció cambios legales que finalmente entraron en vigor, y que la CE estimó como insuficientes. Así, la CE interpuso un recurso por incumplimiento contra Alemania (C-211/13) que también resultó siendo declarada incumplidas sus obligaciones, **derivadas de los arts. 63 del TFUE y 40 del EEE con motivo de que la base imponible para el impuesto sobre sucesiones y donaciones generalmente es más baja en caso de un no residente frente a un residente (apartado 51)**. Dado que las deducciones personales se conceden en Alemania por cantidades de dinero fijas y no de forma proporcional a la base imponible (p. ej. mediante porcentajes), el TJUE entendió que la situación de una persona sometida a la obligación real es comparable con una persona sometida a la obligación personal (apartados 52, 53). Además, el TJUE rechazó los argumentos de justificación del trato diferente alegados por Alemania,



basados en que el trato diferente era necesario para mantener la coherencia del sistema tributario en Alemania y para conseguir la eficacia del control tributario.

Por tanto, de acuerdo con **la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de septiembre de 2014, por la que se declara contrario al derecho de la Unión Europea, el régimen fiscal establecido en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español, lo considera incompatible con el principio de libre circulación de capitales**, infringiendo los arts. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, al permitir diferencias en el trato fiscal otorgado a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por ser estos residentes o no residentes en España o estar situados los bienes inmuebles en territorio español o fuera de este. Es decir, que **la concesión de beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones y donaciones en base a la residencia de los contribuyentes, del causante o del donante, o la situación de los bienes, vulnera la libre circulación de capitales.**

Como decíamos, el fallo declara opuesto al principio de libre circulación de capitales ***"las diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste"***.

Por tanto, **el alcance de la Sentencia de 03/09/2014 del TJUE no se limita sólo a los no residentes, sino que también afecta a los residentes**, debido a la existencia de diversos e injustificados regímenes jurídicos existentes; como en el caso de Castilla-La Mancha. Los residentes, en cuanto que igualmente son ciudadanos de la Unión Europea se han visto sujetos a un impuesto declarado contrario al derecho de la Unión Europea, **con independencia de haber obtenido bonificaciones**, puesto que se trata de una normativa contraria al derecho europeo y que debía haberse inaplicado en virtud del principio de primacía del derecho europeo. En este sentido, a efectos internos, se derivan la nulidad total y absoluta de los actos de aplicación-liquidación del Impuesto, y teniendo esos efectos carácter *ex tunc*; es decir, desde el mismo momento de nacimiento de la Ley contraria al derecho europeo, y no desde el momento en que se dictan las Sentencias; dejando sin efecto a la disposición desplazada aun cuando no haya sido destituida o derogada por el ordenamiento interno. La normativa autonómica de Castilla-La Mancha, con base en la normativa estatal, introdujo diferencias de trato, por su condición de residente en esta Comunidad Autónoma. Pero con ello se han originado divergencias en la aplicación del derecho europeo con el resultado de que dicha aplicación resulta y ha sido declarada contraria al principio europeo de libre circulación de capitales. Por tanto, los órganos jurisdiccionales y las administraciones públicas deben inaplicar ese precepto como consecuencia del principio de primacía y del efecto directo del derecho comunitario y proceder a la devolución de las cantidades ingresadas aunque sea a posteriori.



Así, nos encontramos con que **la fuerza ejecutiva de dicha** Sentencia europea implica que todos los que hubieran resultado sujetos a una **liquidación cualquiera** basada en ese régimen, con independencia de si fue con beneficio o sin él, lo habrían sido a una **norma contraria al derecho de la Unión Europea que debe considerarse inexistente** por las razones expuestas. **Es decir, que de la Sentencia europea señalada se derivaría una nulidad absoluta plena de los actos de aplicación (liquidaciones)** por cuanto que desde el mismo momento de aprobación de la norma se derivan efectos *ex tunc por ser contraria al Derecho de la Unión Europea*; y con efectos *erga omnes*; es decir, respecto de todos o frente a todos.

Además, dicha nulidad tiene una **eficacia retroactiva absoluta, siendo sus efectos mucho más enérgicos que las propias sentencias del Tribunal Constitucional cuando no se refieren a asuntos que no derivan del derecho europeo**, pues no cabe dar lugar a una interpretación restrictiva del alcance de las sentencias del TJUE por incumplimiento, dada la **primacía y efecto directo de Derecho Comunitario**.

Por tanto, **del principio de primacía se deriva que el Estado miembro no puede aplicar una norma contraria al derecho de la Unión Europea en ningún sentido**, ni con aplicación de reducciones o beneficios ni cobrando la totalidad de la cuota o un porcentaje distinto. Así, el derecho nacional ni se anula ni se deroga pero sus efectos son considerar la norma como inexistente. El principio de primacía es de obligado cumplimiento tanto para los Gobiernos como para la Administración de Justicia y va más allá del nivel y del rango o la naturaleza de la norma. En este sentido, **la Sentencia del TJCE, Simmenthal de 9 de**

marzo de 1978 (asunto 106/77) marca el precedente a partir del cual se construyen los efectos del **principio de primacía**, ya que cuando una norma interna de fecha anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta absolutamente inaplicable, entendiéndose tácitamente derogada (*lex posterior derogat lex anterior*); **la norma interna resultará inaplicable debido a dicha contradicción, dado que el derecho de la UE impide la existencia de normas legales internas que lo contradigan**; y el órgano jurisdiccional o la Administración no deben esperar a la derogación expresa de la norma interna, de fecha anterior o posterior a la norma de la UE.

A mayor abundamiento, también hay que tener en cuenta la **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016** («Procedimiento prejudicial — Directiva 93/13/CEE — Contratos celebrados con los consumidores — Préstamos hipotecarios — Cláusulas abusivas — Artículo 4, apartado 2 — Artículo 6, apartado 1 — Declaración de nulidad — Limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva») está disponible en la siguiente dirección web:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d6fc8f2f36a3174b89ac10eb3c199c5e7b.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahaOe0?text=&docid=186483&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=530545>

En dicha Sentencia se dice lo que sigue: “70 *No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal — como es un plazo razonable de prescripción — de la limitación en el tiempo*



de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13)”.

Así, el TJUE, en contra de la STS de 13/05/2013 que establecía un límite temporal para reclamar las cláusulas suelo de las hipotecas referido a la fecha de su propia sentencia, ha declarado que los efectos de sus sentencias sólo son interpretables por el propio el TJUE, sin que pueda un Tribunal de un Estado miembro proceder a realizar consideraciones jurídicas que le están vedadas por ser exclusivas del propio TJUE para terminar inaplicando o dejando sin efectos sus sentencias. Por ello, la Administración debe ser consecuente y aplicar el **principio de primacía del Derecho de la Unión**, sin entrar en más consideraciones respecto de los supuestos jurídicos que fueron aplicados y que fueron declarados contrarios al artículo 65 del TFUE señalado procediendo a devolver las cantidades indebidamente liquidadas.

Tanto del propio texto del art. 63 del TFUE, como de la **Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2013 en el asunto Welte (C-181/12)**, se puede desprender

que no solamente los residentes en la UE o en el EEE pueden reclamar la **libre circulación de capitales**, sino que **este derecho se extiende a las personas residentes más allá del ámbito territorial del EEE**.

Tanto el legislador nacional como los legisladores autonómicos deben respetar el principio de igualdad (art. 14 CE) y de justicia tributaria (art. 31.1 CE), como el principio de libertad de circulación de capitales (art. 63 TFUE). La Ley 26/2014, que pretende adaptar la legislación española a la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014, no consigue esta adaptación completamente, ya que, de forma contraria al texto del art. 63 TFUE y de la jurisprudencia del TJUE en el **asunto Mattner**, se limita a conceder las bonificaciones tributarias de las CCAA únicamente a los residentes en el territorio del EEE y a conceder estas bonificaciones relativas a inmuebles situados en el territorio del EEE.

II.- El Impuesto de Sucesiones y Donaciones y su desarrollo normativo en Castilla-La Mancha.

El estudio de la cuestión respecto del desarrollo del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en Castilla-La Mancha se relaciona **con el artículo 9.2 de la Ley 17/2005** de Castilla-La Mancha en la redacción dada por la Ley 14/2007; pero también se reguló posteriormente en similares términos en el **artículo 9.a) de la Ley 9/2008**, de 4 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos.

No obstante, si bien fue **declarado contrario al Derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea el Impuesto de Sucesiones y Donaciones español**;



es decir la **Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la normativa autonómica señalada desarrolla aquella**. Si se quiere, incluso, podría señalarse que sería el artículo 20.6.c de la misma en cuanto que establece una bonificación injustificada del 95% que sigue siendo contraria. El correlato legislativo que desarrolló ese precepto en Castilla-La Mancha, que también debes ser considerado contrario al derecho y a la jurisprudencia de la Unión Europea, sería como decíamos el **artículo 9.2 de la Ley 17/2005 de Castilla-La Mancha** en la redacción dada por la Ley 14/2007.

El artículo 9.2 de la Ley 17/2005 de Castilla-La Mancha en la redacción dada por la Ley 14/2007 entonces vigente, señalaba lo que sigue:

*"2. En el caso de **transmisiones lucrativas inter vivos**, la aplicación de las deducciones queda sujeta al cumplimiento de los siguientes **requisitos**:*

- a. El sujeto pasivo deberá tener su **residencia habitual en Castilla-La Mancha y la donación deberá formalizarse en escritura pública**, en la que expresamente deberá constar el origen y situación de los bienes y derechos donados, así como su correcta y completa identificación fiscal cuando se trate de bienes o derechos no consistentes en dinero o signo que lo represente.*
- b. En **donaciones de bienes o derechos** no consistentes en dinero o signo que lo represente, **los bienes y derechos donados no podrán ser objeto de transmisión y deberán mantenerse en el patrimonio del donatario durante los cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto**. En el caso de adquisiciones de derechos sobre una empresa individual, un negocio profesional o*



*participaciones en entidades, a los que fuese de aplicación la exención establecida en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se entenderá cumplido este requisito cuando durante el mencionado **plazo de cinco años se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 20.6.c de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.***

- c. *Los sujetos pasivos beneficiarios de esta deducción deberán presentar con carácter obligatorio la autoliquidación del Impuesto en el plazo establecido en el artículo 16 de esta Ley. Cuando se incumpla el requisito de permanencia establecido en la letra b, los sujetos pasivos quedan obligados a pagar el impuesto dejado de ingresar y los correspondientes intereses de demora y a presentar las autoliquidaciones complementarias procedentes en el plazo de un mes desde la fecha en la que se produzca el incumplimiento.*

El artículo 20.6.c de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones refiere:

*“6. En los casos de transmisión de participaciones “ínter vivos”, en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una **reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100***



del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.

b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión. A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.

c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones "mortis causa" a que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo.

En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado, deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.

Así, respecto de las **Donaciones de otros bienes y derechos existen dos regímenes jurídicos distintos:**

- **Situados en España:** los residentes tributan por la hacienda y normativa de la CA correspondiente a su residencia; los no residentes comunitarios quedan sujetos a la competencia estatal, pero se aplica la normativa de la Comunidad Autónoma del lugar de situación del bien el mayor número de días del período de los cinco años inmediatos anteriores al devengo; y los no residentes extracomunitarios resultan sometidos a la hacienda y normativa estatal.
- **Situados en el extranjero:** los no residentes comunitarios y extracomunitarios quedan no sujetos al Impuesto (sujeción por obligación real) mientras que los residentes quedan gravados por la hacienda y normativa de la Comunidad Autónoma de su residencia (sujeción por obligación personal).

Aunque formalmente la ley no hubiera sido derogada, los efectos que se desprenden de la Sentencia de 03/09/2014 son, especialmente, la ausencia de ley (principio de legalidad tributaria) y/o la contrariedad de ésta respecto del derecho de la Unión. Así pues, la aplicación del artículo 9.2 de la Ley 17/2005 en la redacción dada por la Ley 14/2007 entonces vigente, que introdujo una divergencia, hoy considerada contraria al Derecho de la Unión Europea, que permitía obtener unas bonificaciones del 95% de la base liquidable del impuesto de donaciones por razón de residencia en la Comunidad de Castilla-La Mancha, no debieran haber sido liquidada de ninguna forma y en ningún supuesto



de haberse respetado la Sentencia de 03/09/2014 del TJUE, puesto que la mera existencia y aplicación de un régimen jurídico tributario distinto y divergente respecto de residentes y no residentes en una Comunidad Autónoma o en un territorio concreto del Espacio Económico Europeo o del propio territorio de la Unión Europea, conlleva que **la aplicación del impuesto con base en la normativa autonómica prevista en el artículo 9.2 de la Ley 17/2005 modificada por Ley 14/2007, sea contraria al derecho de la Unión Europea**, atendiendo a que se hacen diferencias en el trato fiscal que no son conformes con el principio de libre circulación de capitales. **La sentencia europea no entra a valorar ni emite juicio ninguno sobre la legislación de las CCAA, ya que tan sólo se limita a constatar que la normativa estatal, desarrollada después por la legislación autonómica, conlleva un mayor coste fiscal para los no residentes que la sujeción a cualquier normativa autonómica y que dicha desigualdad tributaria constituye un obstáculo para la libre circulación de capitales. Es decir, que ni siquiera establece un sentido que considere cuando y en qué supuestos resulta contraria y cuando no lo es. La norma es contraria per se y, por tanto, debía haberse inaplicado.** El Tribunal de Justicia señala que la mera posibilidad de que, en virtud de la legislación estatal, se dé un trato diferente a los sujetos pasivos en función de su residencia, aun cuando se encuentren en una situación comparable, puede bastar para considerar que existe una restricción de la libre circulación de capitales, al margen de que todas las comunidades autónomas hayan hecho o no uso de esa posibilidad. Nótese que es la desigualdad en el trato la que origina restricciones a la libre circulación de capitales en el marco de la ciudadanía y circulación de personas y capitales a nivel europeo. Y decimos e

insistimos en esto porque no es la ausencia de perjuicio o la presencia de una bonificación la que origina el derecho a la solicitud de devolución de ingresos indebidos. La **legitimación de los sujetos** que hayan tenido una liquidación no parte exclusivamente de un derecho a no haberse visto perjudicado, o a la concurrencia de un injustificado trato desigual o discriminatorio negativo o desproporcionado, teniendo en cuenta la doctrina constitucional, sino que se relaciona directamente con el **principio de legalidad (*nullum tributum sine lege*) tributaria español teniendo en cuenta la primacía del derecho europeo**, que ha terminado por suponer que la Sentencia declare la norma española haya sido declarada contraria al principio de libre circulación de capitales como consecuencia de un trato desigual injustificado basado en la residencia; al margen de que su nulidad, derogación o no vigencia no haya sido declarada formalmente. Por tanto, y como consecuencia de ello, la STJUE de 03/09/2014 deja *"sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno"*, por cuanto que la Sentencia tiene carácter vinculante tanto para la Administración pública como para los tribunales de justicia. De manera que la Administración debe considerar por inexistente la norma en la que basa la liquidación del impuesto tanto antes como después de la liquidación o regularización posterior en su caso.

En el mismo sentido que la anterior, **la STC 232/2015 vuelve a insistir en los argumentos expuestos en su STC 145/2012**, en relación con la no aplicación de la jurisprudencia comunitaria por parte del TSJ de Madrid, en la que refleja que *"Frente a todo ello, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (i) ni cita ni valora la jurisprudencia del Tribunal de*



Justicia de la Unión Europea mencionada, (ii) ni, lo que es verdaderamente relevante, cita o valora el Auto asunto Lorenzo Martínez de 9 de febrero de 2012, sino que se limita a remitirse a un pronunciamiento anterior de la Sección Tercera de la misma Sala (de 16 de enero de 2010) y a motivar así, por referencia o remisión, que no consideraba discriminatoria la denegación de los sexenios acordada por la Administración por la singularidad de los funcionarios interinos respecto a los de carrera, cuando esa circunstancia había sido ya precisamente excluida por el Tribunal de Justicia como una «razón objetiva» válida para el trato diferente permitido bajo ciertas condiciones por la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE. Pues bien, con tal decisión (y motivación), la Sala dejó de razonar sobre un alegato sustancial de la parte apelada, como era la existencia de ese precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por la parte; y al no hacerlo, resolvió además el recurso de apelación con una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso» (STC 145/2012, FJ 6), en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (STC 145/2012, FJ 5) vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Según hemos recordado más arriba, este principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión



*Europea para asuntos semejantes (Sentencias asunto del Cerro Alonso de 13 de septiembre de 2007 y asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres de 22 de diciembre de 2010, antes citadas) y, sobre todo, **para un caso idéntico al que la Sala de Madrid debía resolver**, como era el asunto Lorenzo Martínez, igualmente mencionado (Auto de 9 de febrero de 2012), con **preferencia sobre el Derecho interno incompatible. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que se trataba de un acto «aclarado» por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial «materialmente idéntica» planteada en un «asunto análogo»** (Sentencia asunto Cilfit de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto Cilfit, apartado 15, (i) **infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente** (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre)».*

Y la **Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015**, de 18 de marzo, que ha puesto de relieve las limitaciones de los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias legislativas en esta materia, por cuanto que, **además, el TC consideró que se vulneraba también el principio de**



igualdad. A este respecto, el Tribunal Supremo promovió una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC en base a una disposición de la ley valenciana; en concreto, se trataba del **art. 12 bis a) de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, que limitaba la obtención de la bonificación del 99% de la cuota en el impuesto sobre sucesiones a que el causahabiente tuviera su residencia en esta Comunidad.** Los hechos que motivaron la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC resumidamente eran los siguientes. Un causante con residencia habitual en la Comunidad Valenciana dejó a su esposa y a sus tres hijos por partes iguales un patrimonio equivalente a 841.999,40 euros para cada uno. Mientras que los herederos con residencia en la Comunidad Valenciana se pudieron beneficiar de las bonificaciones del 99% y tuvieron que pagar 1.985,96 euros y 2.184,55 euros en concepto de impuesto sobre sucesiones, respectivamente, el impuesto del heredero con residencia fuera de esta Comunidad ascendió a 202.210,86 euros. Continúa la STC 60/2015 expresando: *"En suma, al carecer de cualquier justificación legitimadora el recurso a la residencia como elemento de diferenciación, **no sólo se vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), sino que, como con acierto señala el Fiscal General del Estado, se ha utilizado un criterio de reparto de las cargas públicas carente de una justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo (art. 31.1 CE). No desdice la anterior conclusión, como pretenden la Generalitat y las Cortes Valencianas, la circunstancia de que otras Comunidades Autónomas hayan establecido otros beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones, que se condicionen al hecho de la residencia en su territorio, porque ni esas otras medidas constituyen el objeto del presente proceso constitucional, ni el hecho***



de que se anuden a la residencia es razón suficiente para dotarlas de legitimidad desde un punto de vista constitucional, pues no sólo la medida deberá responder a un fin constitucionalmente legítimo, sino que la eventual diferencia de trato que introduzcan deberá contar, como se ha señalado, con una razón suficiente que justifique el trato dispar.

*6. En suma, el desarrollo argumental hasta aquí seguido conduce directamente a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y a **declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los términos “que tengan su residencia habitual en la Comunitat Valenciana”** contenidos en el art. 12 bis a) de la Ley de la Comunidad Valenciana 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del IRPF y restantes tributos cedidos, en la redacción dada por el art. 16 de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2006, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, en la medida en que vienen aquellos a excluir la bonificación en la cuota tributaria que prevé para las adquisiciones mortis causa por parientes del causante pertenecientes a los grupos I y II del artículo 20.2 a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, que no tengan su residencia habitual en la Comunidad Valenciana a la fecha del devengo del impuesto.*

Por tanto, la normativa interna vulneradora del derecho originario de la UE, como sería la regulación discriminatoria del **Impuesto de Sucesiones y Donaciones español por razones de residencia**, es nula de pleno derecho también, además, por razones de ser contrarias al principio de igualdad.



En este sentido, la STC 60/2015 sigue la línea de la sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014 en el asunto de la CE contra España con base en argumentos basados en la residencia, a los que añade los de vulneración del principio de igualdad.

El TC apunta directamente a las administraciones públicas y les recuerda que ellas también tienen una obligación de inaplicar normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión. En el FJ 5º de la STC 145/2012, el TC recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Costanzo, y le da así relevancia constitucional, algo que lógicamente tiene un gran impacto desde el punto de vista de la aplicación administrativa del Derecho de la Unión.

III.- La doctrina del Tribunal Constitucional español: la STC 145/2012 y otras Sentencias del TC.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, de 2 de julio) acogiendo estas tesis y matizando su doctrina cuando se trata concretamente de normativa contraria al derecho europeo, es crucial, pues, por varias razones. En primer lugar, porque confirma la obligación que tienen todos los poderes públicos (incluidos Tribunales y Administraciones Públicas) de dar plenos efectos a las decisiones del Tribunal de Justicia, incluso cuando las consecuencias de la interpretación del Tribunal tienen efectos *ex tunc*. Pero la STC 145/2012, además, le otorga rango constitucional y la convierte en materia susceptible de amparo. Además, la sentencia da un paso más y reconoce la relevancia constitucional de



la aplicación del Derecho de la Unión, pero más allá del supuesto clásico del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Hasta la fecha, el artículo 24 de la Constitución había servido para proteger aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de última instancia no planteaba una cuestión prejudicial incumpliendo lo dispuesto en el artículo 267.3 TFUE. Y, por último, **la STC 145/2012 va más lejos y se centra en aquellos casos en los que un órgano jurisdiccional desatiende su obligación de inaplicar una norma nacional previamente declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

En este sentido, nuestro **Tribunal Constitucional (Sentencia 145/2012, de 2 de julio)**, respecto a la **eficacia de una sentencia del TJUE** derivada de recurso por incumplimiento consecuencia además de las normas básicas integrantes del TFUE, afirma, citando varias sentencias del TJUE: ***"la naturaleza declarativa de las sentencias del TJUE que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva ni empece sus efectos "extunc"***, lo que es repetido en varios fundamentos de la sentencia, aclarando que ***"proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de la entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea y no a la fecha en que se dictan"***. Por ello, el TC declara nula la Sentencia del TSJ de Madrid que consideraba que los efectos de las Sentencias del TJUE tenían exclusivamente efectos declarativos. En estos casos, **el propio TC no aduce, porque no puede hacerlo, que los efectos de la STJUE no afecten a situaciones jurídicas consolidadas, ya fueran firmes en vía administrativa o judicial, ni con efectos de cosa juzgada ex artículo 40.1 LOTC, ni tampoco con**



base en el principio de seguridad jurídica; como sí ha hecho ante otras situaciones no relacionadas específicamente con el derecho europeo para el resto de cuestiones que no sean las que derivan de sentencias del TJUE. Por tanto, declarada la invalidez o contrariedad de la norma por parte del TJUE, el ordenamiento europeo no tolera que hubiera operado o que opere más en el sistema. Los operadores jurídicos, Administración y Juzgados, deben actuar como si la norma nunca hubiera existido y no puede ser aplicada en ningún caso ni pasado ni futuro con la redacción por la que fue declarada contraria al derecho europeo. **No cabe, por tanto, ante una Sentencia del TJUE alegar que estemos ante "situaciones jurídicas consolidadas" o "firmes" que no puedan ser nunca afectadas por la sentencia, como ocurre con las previsiones ex artículo 40.1 LOTC respecto de "otras nulidades" no derivadas del derecho europeo; pues esto es, precisamente, lo que la STC 145/2012 aclara y distingue el supuesto a considerar, cuando se trata de aplicar el principio de primacía y efecto directo del derecho europeo. La retroactividad de la declaración de nulidad de los actos de aplicación basados en una normativa declarada contraria en la STJUE debe dejar indemne, por tanto, a los sujetos pasivos y a las situaciones jurídicas derivadas de la aplicación de la norma.**

En consonancia con lo anterior, la **STC 26/2017** refiere que, en relación con las plusvalías municipales, **"no puede exigirse al vendedor de un inmueble el pago de un impuesto que grava un incremento del valor que, en realidad, no se ha producido"**. Es decir, el TC declara parcialmente inconstitucionales y nulos los preceptos cuestionados **"únicamente cuando sometan a tributación situaciones inexpressivas de capacidad**



económica". En el supuesto de que en una donación o sucesión no se hubiere obtenido ningún beneficio económico tampoco procedería liquidar e ingresar cuantía ninguna. Pero, la Consejería de Hacienda, con las regularizaciones que viene practicando actúa **en contra del principio de capacidad económica** (artículo 31.1 Constitución Española), puesto que **considera esa transmisión como un incremento patrimonial diverso de la efectividad real aunque el cobro resultara infructuoso**. Es decir, que aunque pudiera plantearse la tesis de que esas regularizaciones pudieran ser "*nuevas*" o "*independientes*" de otras anteriores, también en ese caso debiéramos tener en cuenta que si **no hubo incremento patrimonial ninguno**, se estaría haciendo depender la prestación tributaria de situaciones que no son expresivas de capacidad económica ni de incrementos de patrimonio; **sometiendo la Consejería a tributación situaciones de riqueza inexistentes, irreales, virtuales y ficticias pero no reales ni potenciales cuando no haya habido materialización del cobro de esas ventas; violándose, con ello, el principio de capacidad económica** referido, dado que la situación de hecho es totalmente inexpressiva de capacidad económica por ausencia de cobro de la venta como tal.

En el mismo sentido que la STC 26/2017, la STC 194/2000, de 19 de julio (FJ 7) señalaba que **declarar un valor real es una magnitud indeterminada en tanto no se determine qué debe entenderse por valor real, ni se especifiquen los parámetros** que deban emplear los sujetos pasivos del impuesto para determinarlo.



No parece necesario insistir en la relación de causa a efecto que hay entre la nulidad de los actos de liquidación con base en una norma declarada contraria al derecho comunitario, y el derecho de los contribuyentes a la devolución de lo ingresado en ejecución de la misma. Si a la inexistencia de una norma tributaria y a los actos de aplicación que se basaron en ella se les da **eficacia retroactiva, como debe hacerse cuando la nulidad deriva del TJUE, la consecuencia inmediata son los efectos *ex tunc* (desde que se aprobó la norma contraria al derecho europeo)**, tanto de la norma contraria al derecho europeo como respecto de los que habrán de considerarse **actos (liquidaciones) nulos de pleno derecho dictados con arreglo a la norma que el TJUE considera como contraria al Derecho de la Unión**. Y si los actos administrativos dictados desde entonces sufren el mismo vicio que la norma de la que traen causa, la nulidad por ausencia de legalidad tributaria, los interesados podrán hacer valer tal **nulidad sin límite de plazo para solicitar la devolución de lo ingresado** en cumplimiento del acto nulo como ha referido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2012. Por lo anterior, **consciente el Tribunal Constitucional de la prevalencia del Derecho Europeo y del efecto directo de las Directivas, refiere en su STC 145/2012 que: "como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667,**



*apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, **asunto Elchinov**, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, **asunto Internationale Handelsgesellschaft**, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, **asunto Michaniki** (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)]. **Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores** (véanse las Sentencias de 22 de junio de 1989, asunto Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, apartados 30 a 33; y de 9 de septiembre de 2003, asunto CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 5". Y continúa la Sentencia señalando que: "**la eficacia ex tunc de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008 determina que la eficacia de sus pronunciamientos se proyecte al momento de entrada en vigor de aquella norma, lo que implica la falta de predeterminación normativa válida ab initio**".*

Los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 145/2012, de 2 de julio, publicada en el BOE de 30/07/2012, respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una resolución judicial que aplica una norma legal expresamente declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no son constitutivos del derecho a la devolución de lo indebidamente ingresado sino meramente declarativos del mismo, pues no se trata de un supuesto de



devolución de ingresos indebidos "ordinario", ocasionado por una revisión en vía administrativa o judicial como consecuencia de una nulidad de pleno derecho, sino de un supuesto de devolución de ingresos indebidos fruto de una **vulneración del principio de primacía europeo y del principio de efecto directo, con eficacia "ex tunc"**, que aboca a considerar inexistente en el ordenamiento jurídico el precepto legal declarado inconstitucional desde su entrada en vigor, "*tamquam non esset*", como si no hubiese existido nunca, y **no sujeta a plazo de prescripción ninguno al no haberlo hecho constar así expresamente la propia STJUE de 03/09/2014; que es, precisamente, lo que se deduce de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012.** Ratifica el mismo criterio jurisprudencial que ésta también la **STC 75/2017 -Sala 1ª de 19 junio de 2017 (B.O.E. de 19/07/2017) cuando que vuelve a traer a colación la STC 145/2012 cuando refiere "vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio; 290/2006, de 9 de octubre; 145/2012, FJ 6, y 232/2015, FJ 6)".**

No estamos señalando que las liquidaciones practicadas sean nulas de pleno derecho porque la Ley de cobertura sea contraria al ordenamiento jurídico español, sino que dichas **liquidaciones no pueden ampararse en la misma porque ha sido declarada contraria al derecho de la Unión Europea**, que es muy distinto, por cuanto los efectos jurídicos que de esta distinción se derivan y devendrían en un supuesto de nulidad absoluta que no ha sido regulado. Es decir, se carece



de un análisis jurídico que derive en una invalidez por nulidad de la Ley o del acto de aplicación que no debe aplicarse, en virtud del **principio de primacía** el derecho de la Unión Europea (aplicación de la norma prevalente) y teniendo en cuenta el carácter ejecutivo de las Sentencias del TJUE y los efectos *ex tunc* de las mismas (que proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea y no a los que se deriven después de la Sentencia).

Sobre **los efectos temporales de las sentencias del TJUE** ha tenido ocasión de pronunciarse el **Tribunal Constitucional en Sentencia 145/2012**, en la que se afirma: "*En segundo término, debemos poner de relieve que la naturaleza declarativa de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva (derivada directamente del art. 244 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, hoy art. 280 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, donde se establece expresamente que «las sentencias del Tribunal de Justicia tendrán fuerza ejecutiva»), ni emepece sus efectos ex tunc. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337), incluso eliminando las consecuencias pasadas del incumplimiento (Sentencia de 13 de julio de 1972, asunto Comisión contra Italia, 48/71 , Rec. 1972, p.*



527, apartado 7; así como las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, de 9 de julio de 2009, en el asunto Transportes Urbanos, C-118/08, Rec. p. I-635, punto 34).

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que «los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido, sin embargo, que **los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno**» (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95). En tercer lugar, y como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una **norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión** (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto **Simmenthal**, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31).*

De este modo, el **Fundamento Jurídico 5 de la STC 145/2012** refirió que: "De todo lo expuesto se deduce



que las resoluciones judiciales impugnadas, al otorgar al pronunciamiento del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida Sentencia de 17 de julio de 2008 efectos ex nunc**, argumentando que se trata de una Sentencia posterior a la resolución sancionadora recurrida y que no ha condicionado la validez ningún precepto del ordenamiento español, **están desconociendo el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (que obliga a los Jueces y Tribunales nacionales a aplicar la norma prevalente), así como el carácter ejecutivo de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en un procedimiento por incumplimiento (que obligan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a garantizar que se llevan a efecto) y los efectos ex tunc de las mismas (que proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea, y no a la fecha en que se dictan dichas Sentencias), salvo en el supuesto de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haga uso de su facultad excepcional de limitar los efectos en el tiempo de sus Sentencias en procesos por incumplimiento, lo que no sucede en el caso de la citada Sentencia de 17 de julio de 2008**". Por tanto, si la STJUE de 03/09/2014 no estableció restricciones a los efectos *ex tunc* de su Sentencia, ningún Tribunal, órgano jurisdiccional ni poder ejecutivo de ningún Estado miembro de la Unión puede establecerlos, ya fuera como plazo de prescripción u otro tipo de limitaciones *ratione temporis*.

Esta obligación de inaplicar la norma contraria al derecho de la Unión Europea se deriva también de las Administraciones Públicas y otros órganos



públicos. En este sentido, el TC apunta **directamente a las administraciones públicas** y les recuerda que ellas también tienen **una obligación de inaplicar normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión**. En el FJ 5º de la STC 145/2012, el TC recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Costanzo, **y le da así relevancia constitucional**, algo que lógicamente tiene un gran impacto desde el punto de vista de la aplicación administrativa del Derecho de la Unión. En el mismo sentido que la anterior, **la STC 232/2015 vuelve a insistir en los argumentos expuestos en su STC 145/2012**, en relación con la no aplicación de la jurisprudencia comunitaria por parte del TSJ de Madrid. Y la **Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015**, de 18 de marzo, que ha puesto de relieve las limitaciones de los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias legislativas en esta materia, por cuanto que, **además, el TC consideró que se vulneraba también el principio de igualdad**.

IV.- Los efectos de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones del impuesto de sucesiones y donaciones español.

Los efectos de esa Nulidad de Pleno Derecho de los actos de liquidación se predicán *ex tunc* (desde siempre), como si la norma en la que se basaron no hubiera existido nunca; siendo sus efectos, entre otros, que **la acción de nulidad tiene un carácter imprescriptible; por lo que ello permite al afectado ejercitarla en cualquier momento**. De acuerdo con la doctrina de Eduardo García de Enterría, un acto nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho, es un acto cuya **nulidad es intrínseca**, y carece *ab*



initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Comporta una ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto, carácter *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción. La nulidad del acto supone que el acto es nulo sin necesidad de intervención del juez. Así, **dada la improcedencia de liquidar nuevamente el impuesto con carácter retroactivo, entendemos que las cantidades ingresadas indebidamente en su día deben ser reintegradas a dichos ciudadanos con sus correspondientes intereses de demora. Y en el mismo sentido, por la regularización llevada a cabo en la tramitación de los expedientes. Es decir, que corresponde la devolución del 100 % de las cantidades ingresadas en la liquidación del Impuesto de Donaciones.**

Así, nos encontramos con que **la fuerza ejecutiva de dicha Sentencia europea implica que todos los que hubieran resultado sujetos a una liquidación de acuerdo con esa normativa, lo habría sido a una norma contraria al derecho de la Unión Europea, con efectos *ex tunc* por ser contraria al Derecho de la Unión Europea; lo que significa que su eficacia retroactiva es absoluta, con efectos mucho más enérgicos que las propias sentencias del Tribunal Constitucional cuando no se refieren a asuntos que no derivan del derecho europeo, pues no cabe dar lugar a una interpretación restrictiva del alcance de las sentencias del TJUE por incumplimiento, dada la **primacía y efecto directo de Derecho Comunitario**. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional (Sentencia 145/2012, de 2 de julio), respecto a la eficacia de una sentencia del TJUE derivada de recurso por incumplimiento consecuencia además de las normas básicas**



integrantes del TFUE, afirma, citando varias sentencias del TJUE: ***"la naturaleza declarativa de las sentencias del TJUE que resuelven recursos por incumplimiento no afecta a su fuerza ejecutiva ni empece sus efectos "ex tunc"***, lo que es repetido en varios fundamentos de la sentencia, aclarando que ***"proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de la entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea y no a la fecha en que se dictan"***.

Por tanto, **la nulidad deviene desde el mismo momento de aprobación de la norma declarada contraria al derecho o a la jurisprudencia de la Unión Europea**; sin que pueda sujetarse a plazo ninguno ni cabe inadmitir la solicitud porque la autoliquidación se habría efectuado más allá del plazo de cuatro años de prescripción.

En este sentido, en estos casos, **el propio TC no aduce, porque no puede hacerlo, que los efectos de las Sentencias del TJUE no afecten a situaciones jurídicas consolidadas, ya fueran firmes en vía administrativa o judicial, ni con efectos de cosa juzgada ex artículo 40.1 LOTC**, ni tampoco con base en el principio de seguridad jurídica; como sí ha hecho ante otras situaciones no relacionadas específicamente con el derecho europeo para el resto de cuestiones que no sean las que derivan de sentencias del TJUE. **No cabe, por tanto, ante una Sentencia del TJUE alegar que estemos ante "situaciones jurídicas consolidadas" o "firmes" que no puedan ser nunca afectadas por la sentencia, como ocurre con las previsiones ex artículo 40.1 LOTC respecto de "otras nulidades" no derivadas del derecho europeo; pues esto es, precisamente, lo que la STC 145/2012 aclara;**

exponiendo el principio de primacía y efecto directo del derecho europeo.

Por tanto, del principio de primacía se deriva que el Estado miembro no puede aplicar una norma contraria al derecho de la Unión Europea en ningún sentido, ni con aplicación de reducciones o beneficios ni cobrando la totalidad de la cuota o un porcentaje distinto. Así, el derecho nacional ni se anula ni se deroga pero sus efectos son o deben ser considerar la norma como inexistente, o atender al criterio establecido en la STC 145/2012 y deducir la nulidad de pleno derecho por violación del principio de legalidad.

El principio de primacía es de obligado cumplimiento tanto para los Gobiernos como para la Administración de Justicia y va más allá del nivel y del rango o la naturaleza de la norma. En este sentido, la Sentencia del TJCE, Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77) marca el precedente a partir del cual se construyen los efectos del principio de primacía, ya que cuando una norma interna de fecha anterior a una norma de la UE resulta incompatible, la primera resulta absolutamente inaplicable, entendiéndose tácitamente derogada (*lex posterior derogat lex anterior*); la norma interna resultará inaplicable debido a dicha contradicción, dado que el derecho de la UE impide la existencia de normas legales internas que lo contradigan; y el órgano jurisdiccional o la Administración no deben esperar a la derogación expresa de la norma interna, de fecha anterior o posterior a la norma de la UE.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2012, acogiendo estas tesis y matizando su doctrina cuando se trata concretamente de



normativa contraria al derecho europeo, es crucial, pues, por varias razones. En primer lugar, porque confirma la **obligación que tienen todos los poderes públicos (incluidos Tribunales y Administraciones Públicas) de dar plenos efectos a las decisiones del Tribunal de Justicia**, incluso cuando las consecuencias de la interpretación del Tribunal tienen efectos *ex tunc*. Pero la **STC 145/2012**, además, le **otorga rango constitucional y la convierte en materia susceptible de amparo**. Además, la sentencia da un paso más y reconoce la **relevancia constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión**, pero más allá del supuesto clásico del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Hasta la fecha, el artículo 24 de la Constitución había servido para proteger aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de última instancia no planteaba una cuestión prejudicial incumpliendo lo dispuesto en el artículo 267.3 TFUE. Y, por último, **la STC 145/2012 va más lejos y se centra en aquellos casos en los que un órgano jurisdiccional desatiende su obligación de inaplicar una norma nacional previamente declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**.

La **reserva de ley y prohibición de la analogía en materia tributaria** (arts. 8 y 14 de la LGT) determinan que, en tanto no se apruebe una normativa de reemplazo no puede ser liquidado el Impuesto de Donaciones, ya que la consecuencia que se deriva es que **las normas tributarias no tienen carácter retroactivo - 10.2 de la LGT -** y su retroactividad ha sido interpretada muy restrictivamente por el Tribunal Constitucional. En este sentido, **la doctrina constitucional y europea expuesta aprovecha tanto a las autoliquidaciones presentadas como a las que estuvieran pendientes de autoliquidar en**

la actualidad y respecto de hechos imponderables que se realicen en el ínterin; las cuales, en todo caso, sólo podrían ser **objeto de autoliquidaciones a cero**. En este sentido, cabe sostener que la nulidad es absoluta y plena. No puede argüirse que los ciudadanos que tuvieron una bonificación del 95 % de la cuota, con base en unos preceptos legales que fueron incumplidos, esa autoliquidaciones fueran procedentes puesto que no deja de ser igualmente ilegal por basarse en una normativa contraria al derecho europeo, dado que **estamos ante un supuesto de inexistencia de ley aplicable (principio de legalidad)** por los efectos *extunc* que se derivan de la Sentencia del TJUE de 03/09/2014. Como señalamos si los preceptos controvertidos expuestos se han declarado contrarios al Derecho Europeo, **la Administración no puede extender sus efectos a los que siendo residentes obtuvieron o no una ventaja económica**, con independencia de que fueran o no cumplidos o incumplidos los requisitos legales, dado que existe el principio de reserva de ley y prohibición de la analogía en materia tributaria. Al principio de legalidad tributaria no puede soslayarse la necesidad de recaudación o el principio de seguridad jurídica respecto de situaciones que aún nulas de pleno derecho vayan en contra del principio de legalidad como en algunas ocasiones ha interpretado el Tribunal Constitucional porque el propio Tribunal, cuando se trata de normativa europea ya ha vetado esa posibilidad en las Sentencias apuntadas. **La Administración, por tanto, no puede “sanar” o “conservar” disposiciones legislativas en todo o en partes, como si fueran actos administrativos**, puesto que resultan ser contrarias al derecho de la Unión Europea, con el fin de mantener la legalidad de los ingresos tributarios percibidos puesto que **el vicio de nulidad por ausencia de ley aplicable (principio de legalidad) se da y es predicable tanto para los**



que resultaron beneficiados como para los que no lo fueron. Por tanto, **no cabe considerar que se trate de situaciones jurídicas consolidadas con base en el principio de firmeza de los actos administrativos, vista la ausencia de soporte legal y que impide realizar actos de aplicación que deben considerarse nulos de pleno derecho**, decayendo el principio de seguridad jurídica como se desprende de la Sentencia 145/2012 del TC por derivar del principio de primacía europeo.

Resulta **irrelevante**, a los efectos señalados, que se haya aplicado o no un régimen beneficioso previsto con aplicación de una **reducción del 95%** que se establecía el **artículo 9 de la Ley 17/2005 de CLM** por establecer como requisito la **residencia habitual en Castilla-La Mancha** así como la obligación de **mantenerse en el patrimonio del donatario durante los cinco años siguientes a la fecha de devengo del impuesto**, puesto que ello choca frontalmente con el principio europeo de libre circulación de capitales para todo el territorio de la Unión y del Espacio Económico Europeo, por haberse basado en razones de residencia de mi mandante. Y lo mismo ha de decirse respecto de **la regularizaciones practicadas** posteriormente para exigir el abono del 95% por no cumplirse con el requisito de la permanencia del bien adquirido durante cinco años dado que en el momento de la regularización, igualmente, el régimen jurídico vigente era también **contrario al principio europeo de libertad de residencia y de movimiento de capitales** (art. 260 del TFUE). La Consejería de Hacienda viene practicando regularizaciones por los incumplimientos del requisito de mantener en su poder unas participaciones que fueron objeto de donación y que después se vendieron antes del plazo legal de cinco años. Pero, si analizamos

el propio requisito legal en que se fundamentó el supuesto, el bien jurídico protegido es el deseo de la Comunidad Autónoma de mantener en su territorio el capital de la mercantil en posesión de la donataria, imponiendo como hacía el fundamento legal, el **doble requisito de residencia y tiempo de permanencia** del bien inicialmente donado en el poder de una persona con residencia en la Comunidad Autónoma; requisitos ambos que ya hemos argumentado que son contrarios a la normativa europea. De manera que la aplicación de esas regularizaciones son impertinentes y **nulas de pleno derecho**.

Por ello, **el alcance de la Sentencia del TJUE de 03/09/2014 alcanza tanto a los momentos tributarios, así como incluso a los pagos efectuados en periodo ejecutivo**; siendo, sin duda ninguna, sus efectos de carácter retroactivo con independencia de la firmeza o no de las liquidaciones.

V.- La equivocada doctrina del Tribunal Económico-Administrativo.

Por otro lado, en cuanto a la eficacia *ex tunc* que se deriva de la STJUE, **resulta erróneo el criterio establecido en la Resolución 04085/2010/00/00 (doctrina) de 26/04/2012 de la Vocalía Segunda del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), el cual ha sido ya superado y debe entenderse corregido por la STC 145/2012 mencionada**. Así, decía el TEAC en esta Resolución que *<<Tiene dicho este TEAC, en resoluciones tales como la RG 430/05: "Como ha afirmado de forma reiterada la doctrina de este Tribunal Central (Resolución de 17 de noviembre de 2003 -R.G. 00/00739/2001-; o la de 14 de diciembre de 2005 -*



*R.G. 00/2634/2004-), la doctrina del Tribunal de Justicia en relación con la **eficacia retroactiva de sus sentencias cuando declaran el incumplimiento por un Estado de las obligaciones que le corresponden según el Tratado**, es que implican el derecho a instar la revisión de las relaciones jurídicas, incluso de las ya agotadas y, en consecuencia, a obtener la devolución de las cantidades ingresadas como consecuencia de tributos exigidos en aplicación de normas declaradas posteriormente contrarias al ordenamiento comunitario". **Siempre claro está que la situación jurídica no se haya consolidado por prescripción o liquidación definitiva firme**>>.*

Y en su **Resolución TEAC 3923/2013 de 17 noviembre 2015 (EDD 2015/211488)** el TEAC también se aparta de la **STC 145/2012**, y se equivoca y limita la **eficacia ex tunc** de la **STJUE** repetida al señalar que **"se deben aplicar de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y se aplicarán para todos los procedimientos "vivos", es decir, para todos los procedimientos pendientes de resolución o que puedan plantearse, de manera que tanto la Administración como los órganos revisores, al tiempo de fundamentar los actos administrativos y resoluciones pertinentes, se encuentran vinculados a la interpretación que de las normas derivadas del derecho comunitario haya realizado el TJUE y están obligados a aplicarlas en sus resoluciones, aun cuando el criterio a aplicar sea el contrario al vigente en el periodo a que se refiere la solicitud o resolución impugnada en nuestro caso"**. En el mismo sentido se ha pronunciado la **Vocalía Sexta del TEAC en su Resolución 01778/2011/00/00 de 31/01/2013** cuando se refiere a actos firmes, también de forma contraria a la **Sentencia Europea** referida.

Así pues, entendemos que estas Resoluciones emitidas por el TEAC no son conformes en la actualidad con el principio de primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea ni con la doctrina constitucional expuesta cuando se refiere a normas declaradas contrarias al derecho o la jurisprudencia de la Unión Europea; puesto que **ÚNICAMENTE EL PROPIO TJUE ES EL ÓRGANO QUE PUEDE PRONUNCIARSE RESPECTO DE LAS LIMITACIONES TEMPORALES QUE HAYAN DE APLICARSE.**

En correlación con lo anterior, el Dictamen 200/2015 del Consejo Consultivo de Andalucía (EDD 2015/148712), tras referirse al Fundamento Jurídico 5 de la STC 145/2012 refiere *“la rectificación de la posición de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJA en la materia objeto de este dictamen es obligada, incluso aunque no se produjera una modificación del Reglamento 2/2002, pero la seguridad jurídica demanda una pronta modificación normativa”*.

Por ello, hemos referido la **STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016** («Procedimiento prejudicial — Directiva 93/13/CEE — Contratos celebrados con los consumidores — **Préstamos hipotecarios — Cláusulas abusivas** — Artículo 4, apartado 2 — Artículo 6, apartado 1 — **Declaración de nulidad — Limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva** en la que se exponía que : *“70 No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este*



*sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ES EL ÚNICO QUE PUEDE DECIDIR ACERCA DE LAS LIMITACIONES EN EL TIEMPO QUE HAYAN DE APLICARSE A LA INTERPRETACIÓN QUE ÉL MISMO HAYA HECHO DE UNA NORMA DEL DERECHO DE LA UNIÓN** (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13)".*

Por tanto, el TEA, antes de reafirmarse en sus erróneos criterios establecidos en las Resoluciones antedichas, le corresponde rectificar su propia doctrina y aplicar la doctrina del TJUE y del TC. Y si tuviera alguna duda, como mínimo está en la obligación de plantear una cuestión prejudicial que aclare si cabe o no sujetar a plazo de prescripción la aplicación de la STJUE de 03/09/2014 respecto del Impuesto de Sucesiones y Donaciones español para no incurrir en la invasión de una competencia que el propio TJUE se atribuye claramente a sí mismo. Recordemos que las SSTC 145/2012 y 232/2015 no limitan la "revisión" a plazo ninguno salvo que el propio TJUE así lo hubiera dispuesto en su Sentencia. Es más, concretamente de la STC 145/2012 se deduce que habría que tener en cuenta que la propia STJUE de 03/09/2014 no fija plazo ninguno de prescripción o de limitación en el tiempo de sus efectos *ex tunc*. Por tanto, al no haber referido la sujeción a plazo ninguno de prescripción la STJUE de 03/09/2014 ni tampoco sujeción o limitación en el tiempo de los efectos de su Sentencia, **no cabe la posibilidad de que un**

Tribunal Jurisdiccional nacional o una Administración Pública vulneren lo dispuesto en la misma por aplicación de un precepto legal interno que no ha sido expulsado o matizado a posteriori por el legislador ni por el TEAC para ser respetuoso con la jurisprudencia y el derecho europeo. Y no cabe tampoco que el TEA proceda de forma autónoma a efectuar consideraciones restrictivas que no les corresponden por ser una materia cuya competencia el TJUE se atribuye a sí mismo en exclusiva, como hemos dicho; máxime cuando está claro que ninguna limitación temporal o plazo de sujeción se establece ni refiere en la STJUE de 03/09/2014; como tampoco cabe persistir erróneamente en sus criterios: Resolución TEAC 3923/2013 de 17 noviembre 2015; Resolución 04085/2010/00/00 (doctrina) de 26/04/2012; y Resolución 01778/2011/00/00 de 31/01/2013.

Por tanto, resulta exigible al TEA la aplicación del Derecho emanado de la Unión Europea y su jurisprudencia en virtud de los **principios de primacía** (Sentencias TJUE Costa c. Enel y Simmenthal), y **efecto directo** (Sentencia TJUE Van Gend & Loos). Y si es que cupiera alguna duda al Tribunal Económico-Administrativo (TEA), previamente a pronunciarse, debiera plantearse una **cuestión prejudicial al propio TJUE**, como hemos referido; para lo cual la propia Resolución del TEAC de 26/04/2012 antedicha reconoce incluso esa posibilidad respecto de un TEA.

Recientemente se ha planteado la **Cuestión de Inconstitucionalidad nº 5448-2017**, en relación con el artículo 9. a) de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos, por posible vulneración de los artículos 14 y 31.1 de la CE (BOE de 21/12/2017) por lo que



volveremos a conocer cuáles son los criterios jurídicos que aporta el Tribunal Constitucional para la resolución de esta cuestión.

VI.- La reforma legislativa continúa incumpliendo la STJUE de 03/09/2014.

También significamos que a pesar de la reforma hecha de prisa y corriendo por parte del Estado Español (**Ley 26/2014, de 27 de noviembre**), más interesado en evitar una posible multa de la Unión Europea que en eliminar cualquier tipo de restricción a la libre circulación de capitales, la nueva redacción de la Ley 29/1987 en vigor desde el 01/01/2015, sigue siendo contraria al derecho europeo. Con la redacción actual seguirían existiendo dos categorías de no residentes en España, aquellos que no son residentes en España pero que lo son en Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y por ello será de aplicación las reglas de la modificación legal, mientras que los no residentes en España pero que tampoco lo son en un Estado miembro, sino en un país tercero, les sería aplicable la normativa estatal, con lo cual, como ha dicho el TJUE, la libre circulación de capitales también es extensible a países terceros, por tanto, es de igual forma contraria al derecho europeo y discriminatoria.

La reforma fiscal (Ley 26/2014, de 27 de noviembre), no acata la citada sentencia. A partir del 1 de enero de 2015, ni siquiera se elimina la discriminación en el trato fiscal de los de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de

bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste. Los causantes podrán beneficiarse de los beneficios que puedan existir en las distintas normativas autonómicas dentro de los límites establecidos por la **Disposición Adicional Segunda de la Ley 29/1987**, de 18 de diciembre, por lo que el **impuesto sigue siendo contrario a la normativa europea incluso hoy mismo.**

Como consecuencia de la **sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2014** en el asunto de la CE contra España, **el Estado español está obligado a subsanar el Derecho nacional y adaptarlo al Derecho Europeo.** Pero el Estado ha optado por **adaptar los puntos de conexión fijados en el art. 32 de la Ley 22/2009 y no por unificar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en todo el territorio nacional** –aunque con ello se podría haber superado, quizás, la discriminación de residentes de otras CCAA–, tal y como había sugerido, al menos parcialmente, el Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español de febrero de 2014 (Informe Lagares; véanse las ideas en este sentido en cuanto al mínimo exento: propuesta no. 57, p. 252). El legislador ha introducido **estas modificaciones en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 26/2014**, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias (Ley 26/2014) que entraron en vigor el 1 de enero de 2015.

De lo expuesto queda evidente que el **Estado español continúa hoy día incumpliendo de forma**



sistemática los mandatos del Derecho de la Unión Europea tanto a nivel estatal como autonómico. Mientras se siga dispensando un trato discriminatorio basado en la residencia de los contribuyentes, éstos estarán legitimados para reclamar la aplicación preferente del Derecho Europeo en materia del impuesto sobre sucesiones y donaciones, y lo deberían hacer, preferiblemente, a través de la solicitud de devolución de ingresos indebidos. La doctrina actual critica la legislación española vigente respecto de la que refiere que continúa siendo incompatible con el Derecho de la Unión Europea (D^a Eva María Sánchez Sánchez, El principio de igualdad en materia tributaria, Aranzadi 2016, página 385, último párrafo). Y en el mismo sentido, se pueden encontrar artículos doctrinales en Revistas Jurídicas especializadas y en Internet.

VII.- El reembolso del impuesto: la devolución de ingresos indebidos.

Aunque corresponde al ordenamiento de cada Estado miembro regular las modalidades de reembolso, los requisitos de forma y de fondo fijados por las diferentes legislaciones nacionales, su ausencia o falta de regulación no pueden obstaculizar el ejercicio de aquel derecho a los ciudadanos. Como señala la **Sentencia de 6 de julio de 1995, Soupergaz**, (C- 62/1993, Rec.p. 1883), si bien es cierto que la devolución sólo puede reclamarse cuando median los requisitos de fondo y de forma fijados por las diferentes legislaciones nacionales en la materia, no lo es menos, tal como se desprende de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las Sentencias de 9 noviembre 1983, San Giorgio, C-199/1982, Rec. p. 3595; Barra, antes citada, apartado 18; de 25 julio 1991, Emmot, C-

208/1990, Rec. p. 1-4269, apartado 16, y de 6 diciembre 1994, Johnson, C410/ 1992, Rec. p. 1-5483, apartado 21), que **esos requisitos y las normas procesales** de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que en favor del justiciable se deducen del **efecto directo del Derecho comunitario, no pueden estar articulados de tal manera que hagan imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.**

También recuerda el Tribunal comunitario que con arreglo a una jurisprudencia reiterada, aunque el Derecho comunitario no se opone a que se tenga en cuenta el hecho de que la carga de los impuestos indebidamente percibidos puede haberse repercutido sobre los agentes económicos o sobre los consumidores, ***"corresponde a los Estados miembros asegurar el reembolso de los impuestos percibidos con infracción del artículo 95, con arreglo a las disposiciones de su Derecho interno, en condiciones que no deben hacer prácticamente imposible el ejercicio de los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico comunitario"*** (STJCE de 11 de agosto de 1995, **Rodens BV** (Asuntos acumulados 367 a 377/93, Rec.p. 2229) y la STJCE de 2 de febrero de 1988 -que nos pone en situación respecto de la doctrina seguida hasta ese momento por nuestro Tribunal Constitucional de negar el derecho a la devolución de ingresos indebidos a los sujetos pasivos cuyas liquidaciones, provisionales y definitivas, hayan ganado firmeza (Ej. la STC 45/1989)- ya que señala de forma concluyente que **limitar la devolución a aquellas personas que hayan ejercitado una acción de reembolso antes de que la sentencia sea obligatoria, "priva pura y simplemente a quienes**



no cumplan este requisito del derecho a obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, haciendo imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el artículo 7 del Tratado CEE". De ahí que, con cambio de criterio cuando se refiere a tributos declarados contrarios al derecho europeo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 145/2012 reconozca y aplique el efecto directo y la primacía del derecho europeo sin sujetarlo a límite temporal ninguno ni a plazos de prescripción.

Por tanto, la devolución del **Impuesto de Sucesiones y Donaciones** debiera iniciarse incluso de oficio, sin necesidad de que la invoque o excepcione el sujeto pasivo y sin que la Administración la sujete a un plazo, y considerando también los intereses de demora correspondientes desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución. Así, los **artículos 32 y 221 de la Ley General Tributaria (LGT)** y el procedimiento que se regula en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, en sus **artículos 15 a 20, deben entenderse aplicables en tanto que no supongan un obstáculo para hacer efectivo en la práctica dicha devolución.** En este sentido, sería aplicable el supuesto del **artículo 221.1. b) de la LGT dada la improcedencia de la autoliquidación del impuesto puesto que el importe a ingresar hubiera debido ser cero cuando no directamente considerar improcedente cualquier acto de aplicación del impuesto, incluso con importe cero euros.** Incluso la propia Consejería de Hacienda podría haber procedido de oficio a devolver las cantidades

ingresadas con base en el **artículo 221.4 de la LGT por la vía de rectificación** de las autoliquidaciones.

A este respecto, la Consejería de Hacienda de Castilla-La Mancha viene resolviendo la Inadmisión de las solicitudes de devolución de ingresos indebidos, a las que califica como una Rectificación de Autoliquidaciones, y con referencias a los artículos 120.3 y 66 de la Ley General Tributaria, y 126.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. No obstante, consideramos que el legislador no ha introducido ninguna causa específica de nulidad de pleno derecho de los actos que infringen la jurisprudencia o el Derecho de la Unión Europea; no lo hizo con ocasión de la aprobación de la Ley 30/1992, ni se lo ha hecho con ocasión de la nueva LPACAP (Ley 39/2015). Y tampoco el artículo 66 de la LGT 58/2003 matiza nada en cuanto a los efectos *ex tunc* de las STJUE cuando se declara contraria al derecho y la jurisprudencia europea la normativa nacional. Pero la obligación de todos los órganos jurisdiccionales y administrativos de aplicar el derecho y la jurisprudencia europea está fuera de toda duda. Como resalta la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 18 de febrero de 2016, cabe concluir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de la revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permita afirmar que una sentencia posterior de dicho Tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. A este respecto, debe tenerse presente también que nuestro ordenamiento jurídico no contempla tampoco previsión legal alguna en cuanto a dicha posibilidad de revisión. El legislador español únicamente ha establecido un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una



Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 2 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero no se ha incluido igual solución para las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en otros ámbitos. De modo que entendemos que los artículos referenciados en el cuerpo del escrito de inadmisión de nuestra solicitud no son aplicables *strictu sensu*, o en su totalidad; o no son aplicables sin entender que nos encontramos ante un supuesto que, en derecho administrativo y tributario “*interno*” (a nivel de legislación nacional) se correspondería con una nulidad de pleno derecho. No obstante, **esa carencia la ha solventado el Tribunal Constitucional en su STC 145/2012, pues el TC adscribe esos supuestos de contrariedad al derecho y a la jurisprudencia europea como nulidades de pleno derecho por violación del principio de legalidad.**

Por otro lado, aunque **los cauces procedimentales** se hayan unificado por el legislador en el artículo 120 y siguientes de la LGT, **no pueden considerarse que la rectificación de errores (materiales, de hecho o aritméticos) y la solicitud de devolución de ingresos indebidos sean lo mismo**, pues se trata de conceptos distintos con algunas diferencias. El régimen jurídico de la **rectificación de autoliquidaciones** está contenido en el apartado 3 del artículo 120 de la LGT y en la Sección Segunda del Capítulo II del Título IV del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, en concreto en los artículos 126 a 129. Por otro lado, el procedimiento especial de **devolución de ingresos indebidos** se trata de un supuesto distinto, tal y como se deduce del **artículo 216 de la LGT, aunque no se encuentra entre las circunstancias o supuestos en que procede la devolución de ingresos indebidos ante supuestos de nulidad de pleno derecho**

previstas en el artículo 217 LGT, el que la autoliquidación devenga de un supuesto de nulidad de pleno derecho en aplicación de una normativa declarada contraria al derecho o a la jurisprudencia de la Unión Europea. Pero ello no exime a la Administración de su obligación de tener en cuenta las Sentencias del TJUE. En todo caso, si la **Administración** hubiere ingresado cuantías tributarias indebidamente liquidadas, con los documentos obrantes en la misma **debiera haber procedido de oficio a efectuar esas devoluciones**; pues la Administración no puede permanecer pasiva a los efectos de inaplicar una Sentencia tan importante y conocida como fue en su momento **la STJUE de 03/09/2014 (asunto C-127/12)**, y así poder hacer suyos unos ingresos que no le pertenecen al haber quedado desplazada del ordenamiento jurídico vigente la norma que daba soporte. También podría haber utilizado la Administración el **procedimiento de revocación** previsto en el artículo 219 de la LGT. Pero **en ninguno de los procedimientos señalados puede restringirse la aplicación de los efectos retroactivos de la STJUE de 03/09/2014 a plazo de prescripción, porque ello va en contra de lo dispuesto por la propia jurisprudencia del TJUE. Y, además, así ha sido señalado en la importante STC 145/2012; en donde el TC refiere que si en la propia Sentencia del TJUE no se ha establecido una limitación temporal a los efectos *ex tunc*, no puede ser aplicable restricción temporal ninguna, pues SÓLO PUEDE EL TJUE ESTABLECER ESE TIPO DE RESTRICCIONES; Y ADEMÁS DE MANERA EXCEPCIONAL Y EN SÓLO EN SU PROPIA SENTENCIA.** Y ese es precisamente el caso de la STJUE de 03/09/2014. De modo que el ingreso indebido, cuya solicitud de devolución debe admitirse, no está sujeto a plazo ninguno de



prescripción en aplicación de las STJUE de 03/09/2014 y de la STC 145/2012 referidas. Así, nos encontramos ante un novedoso y no regulado supuesto de nulidad de pleno derecho que podríamos llamar *especial* o no regulada pero que debe tener en todo caso los efectos jurídicos que correspondan, como la no sujeción a plazo.

Al estudiar el tema el profesor **Ernesto Eseverri Martínez, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Granada y Magistrado del TSJ de Andalucía**, en su reciente obra "*La devolución de ingresos indebidos*", 2017, página 267, aventura una solución cuando el acto administrativo de liquidación es firme y ha sobrevenido una sentencia declarando la inconstitucionalidad de la norma aplicada en dicho acto: "*solo se me ocurre como vía argumentativa de la nulidad absoluta del acto recurrido la que recoge la letra f) de su apartado I, es decir, la existencia de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que la Administración tributaria ha adquirido un derecho (el cobro de un tributo), careciendo de los requisitos esenciales para hacerlo, como así viene a acreditarlo la sentencia de inconstitucionalidad o la vulneración del Derecho comunitario.*"

BIBLIOGRAFÍA:

Ernesto Eseverri Martínez: "*La devolución de ingresos indebidos*", 2017, página 267.

Gemma Patón García: La aplicación del principio de igualdad tributaria por el tribunal constitucional español. Editorial Lima Sunat, 2012.

Álvaro Rodríguez Bereijo: Igualdad tributaria y tutela constitucional : Un estudio de jurisprudencia: (Igualdad tributaria del art. 31.1 CE e igualdad ante la ley del art. 14 CE: el problema del recurso de amparo en materia tributaria). Marcial Pons, 2011.

Eva María Sánchez Sánchez: El principio de igualdad en materia tributaria. Aranzadi, 2016.

**“EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS
ESTADOS UNIDOS:
HISTORIA, ORGANIZACIÓN Y
FUNCIONAMIENTO.
EL *WRIT OF CERTIORARI*”**

**“SUPREME COURT OF THE UNITED
STATES:
HISTORY, ORGANIZATION AND
WORKING.
WRIT OF CERTIORARI”**

D. Jorge Pérez Alonso

Abogado. Investigador del Seminario Martínez Marina
de Historia Constitucional (Universidad de Oviedo)

RESUMEN: A lo largo de dos siglos, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, órgano supremo de la jurisdicción federal, es el encargado no sólo de interpretar la ley, sino de resolver los conflictos entre Tribunales de Apelación. Lo hace a través de sentencias en casos que llegan a través de *writs of certiorari*. El presente artículo aborda no sólo una sucinta historia del Tribunal Supremo y su papel en el sistema constitucional, sino las cuestiones procedimentales relativas al certiorari.



PALABRAS CLAVE: Tribunal Supremo – Estados Unidos – Historia - Certiorari

ABSTRACT: Throughout two centuries, the Supreme Court of the United States, as the head of federal judicial branch, is not only the institution who says what the law means, but the one who solves the conflicts between the Circuit Court of Appeals. It does it through opinions in cases that come through *writs of certiorari*. This article deals not only with a brief history of the Supreme Court, and his role under the Constitution and the laws, but the procedural questions of certiorari.

KEY WORDS: Supreme Court – United States – History - Certiorari

SUMARIO: I.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN. 1.- Regulación constitucional y desarrollo legislativo. A) *La Constitución y el Tribunal Supremo*. B) *Desarrollo legal: la Judiciary Act de 1789*. 2.- Evolución legal y jurisprudencial. A) *La década inicial (1790-1801)*. B) *La era de los grandes chief justices (1801-1864)*. C) *Derechos civiles, ferrocarriles y corporaciones (1865-1905)*. D) *La era Lochner (1905-1935)*. E) *New Deal, guerra y postguerra (1935-1954)*. F) *La era Warren (1954-1969)*. G) *Revolución conservadora imperfecta (1969-2017)*. II.- EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA ACTUALIDAD: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. EL WRIT OF CERTIORARI. 1.- Aproximación bibliográfica. 2.- Sede, organización y portal web. A) *Sede del Tribunal*. B) *Portal web e información accesible a través del mismo*. C) *Organización interna: chief justice, associate justices y*



law clerks. 3.- Especial referencia al procedimiento de selección de jueces. A) *Fase previa o lista de potenciales candidatos.* B) *Nomination o propuesta formal.* C) *Advise and consent del Senado.* D) *Nombramiento y jura.* 4.- Periodo de sesiones y año judicial. 5.- El writ of certiorari: procedimiento y sentencia. A) *Escritos de solicitud y oposición.* B) *Tramitación del certiorari: pronunciamiento sobre su eventual admisión.* C) *Escritos complementarios.* D) *Vista oral.* E) *Votación y redacción de la sentencia.* F) *Publicación de la sentencia.* G) *Ejecución.*

La Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, da nueva redacción a los artículos 87 a 95 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), estableciendo una regulación enteramente nueva del recurso de casación²⁶. Entre las novedades más destacadas se encuentra la que contempla el actual artículo 87.bis. tres de la LJCA, que contiene una habilitación legal expresa a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo para establecer requisitos formales en los escritos de interposición y oposición al recurso. En uso de dicha habilitación, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo aprobó el Acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la

²⁶ Un magnífico estudio analítico, donde se recopila además toda la bibliografía existente sobre tan novedosa materia, en MAYOR GÓMEZ, R., *Compendio sobre el recurso de casación contencioso-administrativo introducido por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*, Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, número extraordinario Diciembre 2016.



extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera, que se publicó en el Boletín Oficial del Estado del día 6 de julio de 2016. Dicho Acuerdo regula agotadoramente extremos tales como la extensión máxima, el tipo y tamaño de fuente, estructura interna y externa así como el contenido que han de tener los escritos.

El Acuerdo de la Sala de Gobierno de 20 de abril de 2016 ha tenido un "efecto reflejo" en la jurisdicción civil, en cuanto la Sala Primera del Tribunal Supremo ha pretendido igualmente limitar la extensión máxima de los recursos de casación en dicho orden jurisdiccional. El Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017), dispone en su apartado III.3.1: "*La sala considera que, por lo general es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen.*" Es jurídicamente dudoso que la Sala de lo Civil pueda adoptar criterios imponiendo limitaciones de extensión y estructura en los recursos casacionales, dado que no existe ni en la legislación orgánica general ni en la procesal civil en particular una habilitación expresa similar o análoga a la que sí contempla actualmente el artículo 87.bis.3 de la LJCA, por lo que personalmente entiendo que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al establecer tales limitaciones lo ha hecho sin base legal alguna que le sirva de apoyo. No obstante, ello sirve para demostrar que el camino abierto por la Sala de Gobierno en lo que respecta a la casación Contencioso-Administrativa

pretenderán seguirlo cada una de las Salas del máximo órgano judicial español.

Como he indicado en un trabajo anterior²⁷, es evidente que esta reforma de la casación contencioso-administrativa se ha efectuado con la mirada puesta en el *writ of certiorari* estadounidense, que tiene la virtud de dejar las manos libres al Tribunal Supremo de los Estados Unidos a la hora de determinar qué asuntos conoce y cuáles no. Tan es así, que el Acuerdo de 20 de abril de 2016 en el punto primero, a la hora de justificar la aprobación, cita expresamente al Tribunal Supremo de los Estados Unidos como el órgano judicial que ha establecido criterios o normas estableciendo requisitos formales en la presentación de los recursos.

A la vista del nuevo régimen de la casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015 y, sobre todo, por ser un tema de rabiosa actualidad debido al desarrollo del procedimiento de confirmación senatorial de Neil Gorsuch (candidato propuesto por Donald Trump para cubrir la vacante que en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dejado la muerte de Antonin Scalia en febrero de 2016)²⁸ puede ser de interés ofrecer un

²⁷ PÉREZ ALONSO, J. "El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: con la vista puesta en el *certiorari* estadounidense", Diario La Ley número 8621 (jueves, 8 de octubre de 2015).

²⁸ Neil Gorsuch fue confirmado el pasado día 7 de abril de 2016 por el Senado con 54 votos a favor y 45 en contra, el margen más estrecho desde la confirmación de Clarence Thomas en 1992 por 52 votos frente a 48. La confirmación únicamente pudo efectuarse mediante el ejercicio de la "*nuclear option*", es decir, una práctica de las Cámaras en virtud de la cual por acuerdo de la misma se permite



breve análisis de la organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aun cuando sea tan sólo para contrastarlo con su homólogo español. Será imprescindible abordar resumidamente en unas líneas, a modo de síntesis, la regulación constitucional y legal así como la evolución histórica de la institución máxima del Poder Judicial estadounidense.

I.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y EVOLUCIÓN²⁹.

excepcionar para una votación concreta, siempre que se tengan más votos a favor que en contra, del quorum necesario. Los demócratas habían ejercido en noviembre de 2013 esa posibilidad (con el beneplácito y apoyo expreso del presidente Obama) para desbloquear el nombramiento de varios cargos administrativos y judiciales propuestos por el mandatario demócrata.

²⁹ Quizá la obra más completa para analizar la evolución histórica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sea la monumental *Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, obra dividida en varios gruesos volúmenes publicados por la editorial Macmillan y distribuidos por etapas y que aún se encuentra pendiente de completar (restan los periodos históricos correspondientes al New Deal y a la época de Earl Warren, suponiendo que no se extienda ulteriormente más allá, dado que inicialmente se había fijado como límite de análisis precisamente la etapa de Warren como *chief justice*). Una síntesis muy básica, pensada para ser accesible a un público no especializado en cuestiones jurídicas, la ofrece REHNQUIST, W., *The Supreme Court*, Alfred A. Knopff, 2001 (que constituye la edición revisada y ligeramente ampliada de un original publicado inicialmente en 1987). Para una síntesis más académica, quizá el mejor análisis sea el de SCHWARTZ, B., *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993. Un

1.- REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGISLATIVO.

A) La Constitución y el Tribunal Supremo.

Cuando los *founding fathers* se reunieron en Filadelfia durante el verano de 1787 para reformar los Artículos de la Confederación, se pudo comprobar desde el primer momento que, más que una reforma *stricto sensu*, se articularía un nuevo sistema en el cual existiesen un legislativo, ejecutivo y judicial propios de la organización federal, que se superpondrían a los ordenamientos y sistemas estatales, con los que habrían de coexistir³⁰.

intento de ligar la historia política de los Estados Unidos con la del Tribunal Supremo la encontramos en el veteranísimo estudio de WARREN, CH., *The Supreme Court in the United States History* (2 vol.), Little Brown & Company, 1922. En nuestro país conviene tener muy en cuenta el estudio introductorio a la obra de BELTRAN DE FELIPE, M; GONZÁLEZ GARCÍA, J, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 15-80.

³⁰ No es este el momento para detenerse in extenso sobre el debate constitucional. Para una edición consolidada de los debates constitucionales, puede consultarse FARRAND, M (editor) *The records of the Federal Convention of 1787*, 3 vol., Oxford University Press, 1911. Además del exhaustivo y minucioso (aunque en ocasiones claramente interesado y subjetivo) diario de James Madison, me remito a BEEMAN, R, *Plain, honest men: The making of the American Constitution*, Random House, 2009, y el mucho más reciente y extenso KLARMAN, M.J. *The framers' coup: The making of the American constitution*, Oxford University Press, 2016.



En lo que al Poder Judicial se refiere, no existió la más mínima discrepancia en cuanto a la necesidad de instaurar un Tribunal Supremo como órgano encargado no sólo de interpretar la Constitución y la ley, sino de unificar criterios jurisprudenciales³¹. Pero en lo que se refiere al establecimiento de un poder judicial autónomo y diferente de los estatales, la cuestión era muy distinta. Surgieron así dos tendencias claramente diferenciadas:

1.- La sustentada por quienes constituirían el grueso del antifederalismo. Sin cuestionar la necesidad de instaurar un Tribunal Supremo, consideraban innecesario crear un Poder Judicial federal autónomo, por estimar suficientes los órganos judiciales de los distintos estados para aplicar el derecho federal. En los defensores de esta tesis pesó y no poco la desconfianza hacia esa eventual organización jurisdiccional, al considerar que la misma podría menoscabar la propia jurisdicción estatal. El Tribunal Supremo sería así más o menos equivalente a lo que hoy en día es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el encargado de interpretar el ordenamiento comunitario, sistema jurídico que es aplicado por los órganos judiciales de los estados miembros, sin que exista una jurisdicción europea con órganos propios.

2.- Los defensores del sistema federal, que consideraban necesario articular un sistema judicial

³¹ Véase al respecto GOEBEL JR, J, *Antecedents and beginnings to 1801*, MacMillan, 1971, especialmente el capítulo quinto (*The Constitutional Convention and the Judiciary*), p. 196-250. Véase igualmente el capítulo primero (*Creating the Court*) de CASTO, W.R, *The Supreme Court in the Early Republic*, University of South Carolina, 1995, p. 26-45.

propio, con juzgados y Tribunales que coexistiesen con los estatales, si bien delimitando constitucional y legalmente los asuntos cuyo conocimiento les fuese atribuido para evitar conflictos de competencia con los tribunales estatales. Esta tesis fue la que acabó imponiéndose.

Una vez solventada la existencia de una jurisdicción federal, el problema pasó a ser la delimitación competencial del mismo respecto a las jurisdicciones estatales. Ante ello, los constituyentes optaron por una fórmula de compromiso: se plasmaría en el texto constitucional el Tribunal Supremo como órgano preceptivo y se dejaría en manos del Congreso el establecimiento de cuantos órganos inferiores considerase preciso. En otras palabras, se dotaba de una amplísima discrecionalidad al Congreso federal, que incluso llegado al extremo permitiría, sin apartarse ni un ápice de la Constitución, adoptar las tesis antifederalistas y no crear órganos judiciales inferiores. De esta forma, se redactó el poco extenso Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos es el que regula el Poder Judicial en sus dos primeras secciones, pues la tercera se limita a trasladar al texto constitucional el tipo penal de traición para evitar su uso torticero por motivos políticos.

La primera de las secciones se limitaba a prever la existencia de un Tribunal Supremo de los Estados Unidos, remitir al legislativo federal la posibilidad de crear órganos judiciales inferiores y a estipular que dichos órganos estarían cubiertos por jueces que se mantendrían en su cargo en tanto en cuanto mantuvieran "*buen comportamiento*", expresión que no se circunscribía al ámbito exclusivamente profesional. En concreto, el tenor literal de la Sección Primera era el siguiente "*The judicial Power of the United States, shall*



be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office."

La segunda de las secciones se encuentra dividida en tres párrafos. El primero de ellos trata de delimitar la competencia de la jurisdicción federal estableciendo varios criterios, entre los cuales será determinante el criterio jurídicamente denominado "*diferency of citizenship*", es decir, cuando demandante y demandado son nacionales de distintos estados: "*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State; —between Citizens of different States, — between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*". El segundo párrafo es clave en cuanto configura al Tribunal Supremo como órgano fundamentalmente de segunda instancia o apelación (*appellate jurisdiction*, en terminología estadounidense), limitando su naturaleza de órgano judicial de instancia a casos francamente excepcionales: "*In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the*

other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.” La tercera de las secciones se limita a recoger como garantía procesal el juicio con jurado.

Puede quizá extrañar tan parca regulación en lo que se refiere al poder judicial si se contrasta con el agotador detallismo con que se regulan en los dos primeros artículos de la Constitución los poderes legislativo y ejecutivo. Sin embargo, si se plantea el asunto no desde la óptica actual, sino desde la perspectiva de un jurista del último tercio del siglo XVIII, no puede por menos que coincidirse con la explicación que ofreció en su día el actual *chief justice* John G. Roberts al ser preguntado sobre el particular: *“I think it was because they had a pretty good idea in understanding what a Court was and how it function. You know, when you look arround the world today, we try to do as we can to help new democracies get established. One of the hardest things to do is to establish an independent Courts that will apply the rule of law, because they don´t have a tradition for Courts doing that. We were fortunate coming from the English british model. They have courts that implemented the rule of law. We had some disagreements with how they were set up and everything but they underestood what Court apply the law fairly look like, so they didn´t have to spend time talking about it...”*³²

³² El video completo de la visita al Tribunal Supremo del grupo de estudiantes y las respuestas de John Roberts a las preguntas se encuentra en el enlace <https://www.youtube.com/watch?v=fRoNWcgzluQ> (consultado el día 12 de mayo de 2016). La pregunta sobre



B) Desarrollo legal: la *Judiciary Act de 1789*.

Las nuevas instituciones federales consideraron urgente dotarse de un instrumento legal que desarrollase el Artículo III de la Constitución, y buena prueba de ello es que, apenas iniciado el periodo de sesiones de la primera legislatura, la Cámara Alta nombró una comisión integrada por los senadores Oliver Ellsworth, William Patterson, William Maclay, Caleb Strong, Richard Bassett, William Few, Paine Richard y Henry Wingate a los efectos de "*bring a bill for organizing the Judiciary of the United States*."³³ El proyecto de ley fue materialmente redactado por Oliver Ellsworth y William Paterson³⁴, y acabó convirtiéndose finalmente en la *Act to establish de judicial courts of the United States* (cuya

este particular y la respuesta del *chief justice*, lo, se encuentran en los minutos 2:25 a 2:46.

³³ *Journal of the Senate*, vol I., p. 10. Curiosamente todos los miembros del comité, salvo Patterson, Few y Wingate, tenían igualmente el encargo de "*prepare a system of rules to govern the two Huses in cases of conference, and to take under consideration the manner of electing Chaplains, and to confer thereupon with a committee of the House of Representatives*", así como de preparar "*a system of rules for conducting business in the Senate*". Una tarea nada desdeñable, pues.

³⁴ Ambos habían formado parte de la Convención Constitucional de 1787, y ambos acabarían su carrera como jueces del Tribunal Supremo: Ellsworth como *chief justice* (1796-1800) y Patterson como *associate justice* (1793-1806).

denominación abreviada fue la de *Judiciary Act*), aprobada el 24 de septiembre de 1789³⁵.

La meritada ley tendría una importancia fundamental en la historia jurídica estadounidense en tanto en cuanto sus principios organizativos se mantuvieron prácticamente intactos (salvo un brevísimo periodo entre 1801 y 1802) hasta la reforma legal operada en 1891, y muchos de ellos aún permanecen vigentes. No sólo erige la planta judicial, sino que delimita las competencias de cada uno de los órganos. Básicamente, crea una estructura piramidal articulada en tres niveles:

1.- La sección segunda de la ley divide el territorio estadounidense en trece distritos, situando al frente de cada uno ellos un juzgado de distrito (*district court*) ocupado por un juez unipersonal.

2.- La sección cuarta agrupa los trece distritos en tres circuitos, y en cada uno de ellos se situaría un Tribunal de Circuito (*Circuit Court*). Los Tribunales de Circuito, a diferencia de los juzgados de distrito y del Tribunal Supremo, carecían tanto de sede estable como de composición fija, dado que los mismos se integraban por dos jueces del Tribunal Supremo y un juez de distrito, con la única salvedad de que por imperativo

³⁵ Aun cuando el texto de la ley puede consultarse en *The Public Statutes at Large of the United States of America, from the organization of the government in 1789 to march 3 1845*, aconsejo al lector interesado que acuda a la versión publicada en MARCUS, M, ed. *Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800*, vol. IV, p. 38-107. No sólo por el magnífico estudio preliminar, sino porque antepone a cada artículo de la ley el texto del proyecto original de ley remitido al Senado por el comité.



legal ningún juez de distrito podría participar en recursos de apelación o error interpuestos frente a sus resoluciones. Ahora bien, respecto a los jueces del Tribunal Supremo no regía dicha prohibición.

3.- El Tribunal Supremo, que se componía de un *chief justice* y cinco *associate justices*, siendo necesaria la presencia de al menos cuatro jueces para que pudiera constituirse válidamente la sesión. Se fijaban dos periodos de sesiones anuales (*terms*), el primero de los cuales se iniciaría el primer lunes de febrero y el segundo comenzaría el primer lunes de agosto. El motivo por el que se limitaba a dos meses las actividades del Alto Tribunal no era otro que la obligatoriedad impuesta a sus jueces de ejercer como jueces de circuito en varios lugares del territorio estadounidense.

El sistema era harto peculiar y pronto suscitó airadas protestas entre los jueces del Tribunal Supremo, tanto por razones estrictamente jurídicas como físicas. Desde el punto de vista jurídico, con tan extraño sistema legal los jueces del Tribunal Supremo habrían de conocer de recursos interpuestos frente a resoluciones dictadas por ellos mismos como jueces de circuito. Pero también existían otros motivos más poderosos, como la necesidad de efectuar continuos desplazamientos a lo largo del territorio que se les asignaba (práctica que se denominó *riding circuit*), ocasionándoles, además de las evidentes inconveniencias familiares (debido a la separación física durante buena parte del año) unos gastos de transporte y alojamiento que debían satisfacer de su propio bolsillo, algo nada ocioso si tenemos en cuenta que las retribuciones de un juez no eran precisamente muy elevadas. Prueba de ello fue que cuando George Washington nombró en 1791 a Thomas Johnson como juez del Tribunal Supremo para

cubrir la vacante que dejó la renuncia de John Rutledge, éste únicamente aceptó tras recibir la garantía personal tanto del Presidente como del *chief justice* en el sentido que el Congreso pondría fin a dicha práctica. Cuando en 1793 Johnson comprobó que el legislativo no tenía intención de modificar la normativa, dimitió, indicando expresamente en su carta de renuncia que eran precisamente la obligación de desplazarse continuamente por el territorio la causa única que le llevaba a adoptar tal decisión.

Como hemos dicho, salvo un brevísimo y fugaz paréntesis entre 1801 y 1802, la situación descrita se mantuvo intacta hasta el año 1891.

2. EVOLUCIÓN LEGAL E INSTITUCIONAL.

Es imposible condensar en unas páginas dos siglos y medio de historia, por lo que ofreceremos tan sólo un apunte o esbozo muy genérico de la evolución histórica y legal de la institución, dividiendo la historia del Tribunal Supremo por etapas.

A) Década inicial (1790-1801).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos comienza a funcionar el día 1 de febrero de 1790 con sede en Nueva York, por entonces capital de la nación. En 1791 se trasladaría a Filadelfia junto con el resto de instituciones federales, y en 1800 fijaría su residencia definitivamente en Washington D.C. En estos primeros años, apenas hubo asuntos que resolver, dada su naturaleza de órgano de segunda instancia (*apellate jurisdiction*). Además, la circunstancia de que los jueces tuviesen que realizar continuos desplazamientos para ejercer como jueces de circuito, unido a la escasa



retribución por el ejercicio del puesto³⁶ llevó a que varios magistrados renunciasen al cargo³⁷.

Durante este periodo los jueces vestían togas rojinegras con ribetes blancos³⁸ y, lo más importante, perpetuaron la tradición británica de resolver los asuntos *in seriatim*, es decir, que no existía una única sentencia, sino tantas como jueces. Aun cuando en este periodo hubo escasos asuntos, alguno alcanzó gran notoriedad, como por ejemplo, *Chisholm v. Georgia*

³⁶ La *Act for allowing the compensation of the Judges of the Supreme and other Courts of the United States and for the Attorney General*, aprobada el 23 de septiembre de 1789, retribuía al *chief justice* con cuatro mil dólares anuales, a los *associate justices* con tres mil quinientos, y al *attorney general* con tan sólo mil quinientos. Cualquier abogado en ejercicio percibía una retribución infinitamente superior a la de los cargos federales, y la situación económica era tan desigual que al *attorney general* se le permitió compatibilizar el cargo con el ejercicio privado de la abogacía debido a lo magro de la retribución pública percibida.

³⁷ John Jay, primer *chief justice*, dimitió en junio de 1795 para desempeñar el cargo de Gobernador de Nueva York, su estado natal (puesto para el que ya había concurrido infructuosamente en 1792). Ya nos hemos referido al caso de Thomas Johnson. Alexander Hamilton rechazó ser nombrado *chief justice* en sustitución de Jay para continuar con el ejercicio de la abogacía.

³⁸ Así luce, por ejemplo, el *chief justice* Jay en el famoso retrato que le hizo el célebre pintor Gilbert Stuart. Los jueces Alfred Moore, William Cushing y William Paterson aparecen también de esta guisa. Curiosamente, cuando ejercían como jueces de circuito no utilizaban esa toga, pues existe una carta de John Jay en la que manifiesta su acuerdo en que los jueces vistieran el mismo atuendo que los "*clergymen*"

(donde el Tribunal sostuvo que un estado no es soberano para esgrimir inmunidad jurisdiccional³⁹) o el caso *Hayburn* (donde aunque no se llegó a dictar resolución por pérdida sobrevenida del objeto, quedó ya bien claro que los órganos jurisdiccionales gozaban de la potestad de *judicial review* o control de constitucionalidad de las leyes⁴⁰).

B) La era de los grandes *chief justices* (1801-1864).

Durante este larguísimo periodo de tiempo el Tribunal Supremo fue presidido tan sólo por dos personas: John Marshall (1801-1835) y Roger B. Taney (1836-1864). El Tribunal se consolidó como institución en pie de igualdad con el resto de poderes federales y hubo de afrontar numerosos cambios, tanto formales como materiales.

³⁹ En este sentido la afirmación más rotunda fue la del juez James Wilson: "*As to the purposes of the unión, therefore, Georgia is not a sovereign state.*". El Congreso de los Estados Unidos aprobó la Decimoprimera enmienda para dejar sin efecto la doctrina contenida en la sentencia.

⁴⁰ Uno de los Tribunales de Circuito había inaplicado la *Invalid Pensions Act* de 1792 por considerarla inconstitucional. El *Attorney General* llevó el asunto al Tribunal Supremo, aunque éste no llegó a dictar sentencia porque demoró intencionadamente dictar la sentencia dando tiempo al Congreso a reformar el texto legal cuya constitucionalidad había sido cuestionada. Análisis *in extenso* este poco conocido antecedente del caso *Marbury* en PEREZ ALONSO, J *El caso Hayburn (1792): División de poderes, funciones administrativas, jueces y control de constitucionalidad de las leyes*, publicado en el número 25 (septiembre 2017) de la Revista General de Derecho Constitucional.



Bajo la presidencia de John Marshall, el Tribunal Supremo mutó en extremo su funcionamiento, a la vez que vio robustecida su posición. Marshall no sólo desterró la toga rojinegra en favor de la simple toga de color negro, sino que finiquitó la práctica de sentencias *in seriatim* para en su lugar dictar una única resolución judicial en la que fuese uno de los jueces (habitualmente el *chief justice*, pero sin que ello fuera estrictamente necesario) quien expresara el parecer del Tribunal. De igual manera, siguiendo la clasificación efectuada por G. Edward White⁴¹, podemos distinguir dos tipos de sentencias a lo largo de este periodo: las dictadas en asuntos que afectan a la delimitación del ámbito de competencias de la jurisdicción federal, robusteciendo las atribuciones del Tribunal Supremo⁴²; y las que resuelven disputas competenciales entre federación y estados, donde se limitan las atribuciones de los estados en beneficio de las federales⁴³

Roger Brooke Taney, nombrado por Andrew Jackson para suceder a Marshall tras el fallecimiento de éste, durante su igualmente larga etapa al frente de la institución rectifica de forma parcial la jurisprudencia

⁴¹ WHITE, G.E., *The Marshall Court and cultural change (1815-1835)*, edición abreviada, Oxford University Press, 1988, p. 485-486

⁴² *Fletcher v Peck* (10 US 87 [1810]); *Martin v. Hunter's Lessee* (14 US 304 [1816]; *Houston v. Moore* (18 US 1 [1820]); *Cohens v. Virginia* (16 US 264 [1821]) y *Osborn v. Bank of the United States* (22 US 738 [1824]).

⁴³ *McCulloch v. Maryland* (17 US 316 [1819]); *Gibbons v. Odgen* (22 US 1 [1824]); *Wilson v. Black-bird Creek March Co* (27 US 245 [1829]).

elaborada por su predecesor. Sin derogarla expresamente, sí que efectúa una interpretación más favorable a los intereses de los estados, en coherencia con los postulados de la democracia jacksoniana, de la que Taney era un ferviente defensor. Así, por ejemplo, en los casos *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, *Briscoe v. Bank of Kentucky* y *Cooley v. Board of Port Wardens*. Sin embargo, y pese a ser uno de los grandes *chief justices*, casi al final de su etapa el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Dred Scott v. Sandford*, declarando la inconstitucionalidad del Compromiso de Missouri (suscrito en 1820 para frenar la expansión de la esclavitud) argumentando que el Congreso carecía de competencias para adoptar dicha medida. Tal sentencia propició de forma indirecta la guerra de secesión.

Durante estos sesenta años los Estados Unidos incrementaron su territorio, merced a la compra de Luisiana (1803) y Florida (1819), la expansión hacia el oeste y, fundamentalmente, la denominada *Mexican war* (1846-1848) finalizada con el tratado de Guadalupe-Hidalgo, que puso en manos estadounidenses un amplísimo territorio que le situaba ya en plena costa del pacífico. Ello suponía la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, nuevos circuitos judiciales y, por ello, más carga de trabajo para el Tribunal Supremo. De seis miembros incrementó su número a nueve, e incluso durante un fugaz periodo (entre 1863 a 1869) a diez.

C) Derechos civiles, ferrocarriles y corporaciones (1865-1905).

Si durante la etapa anterior Marshall y Taney habían presidido la institución de forma eficaz, durante esta etapa que sigue al final de la guerra de secesión, los



tres *chief justices* (Salmon P. Chase, Morrison R. Waite y Melville Fuller) no gozaron de la capacidad y liderazgo de los dos anteriores⁴⁴, lo que permitió que fueran otros jueces quienes asumiesen el rol de figuras nucleares de la institución. Destacan sobremanera dos personas: Samuel Freeman Miller y Stephen J. Field. Es también en esta etapa cuando comienza a gestarse la tensión entre *judicial activism* y *judicial restrain*, es decir, entre activismo o autorestricción, tensión o conflicto que perdura hasta nuestros días⁴⁵. En estos años comienzan a llegar al Tribunal Supremo asuntos relativos a problemas derivados de la guerra de secesión y las políticas de reconstrucción (*Ex parte Milligan, Cummings v. Missouri, Hepburn v. Grinswold*), y los asuntos relativos a problemas que se manifiestan con ocasión del tendido de líneas ferroviarias y construcción de estaciones de ferrocarril en distintas localidades (*Gelpcke v. Dubuque, Wabash v. St Louis and Pacific Railway Company v. Illinois*). Fue precisamente la última de las sentencias citadas, al argumentar que la

⁴⁴ Salmon P. Chase, tenía tan escasas dotes jurídicas que en 1829, cuando solicitó efectuar prácticas con uno de los jueces del Distrito de Columbia, éste únicamente aceptó tras recibir la garantía personal de Chase que éste no ejercería como abogado en Washington. Chase había sido Secretario del Tesoro con Lincoln, y éste lo nombró únicamente *chief justice* por creer que, al ser uno de los miembros del gabinete que había apoyado la proclama de emancipación y la política financiera, de ser impugnadas éstas ante el Tribunal Supremo, Chase sería un voto seguro favorable. SCHWARTZ, B, *A history of the Supreme Court*, op. cit., p. 149.

⁴⁵ Sobre esta histórica lucha que permanece en vigor, véase ROOT, D, *Overruled, The long war for the control of US Supreme Court*, St. Martin Press, 2014.

normativa estatal fijando limitación del precio de las tarifas y regulando determinados aspectos del sector público ferroviario no podía extenderse más allá del territorio del estado, la que motivó que el gobierno federal crease en 1887 la *Interstate Commerce Commission*, tradicionalmente considerada el punto de partida del moderno Derecho administrativo federal. Ya a punto de entrar en el siglo XX, el Tribunal Supremo en su sentencia *Plessy v. Fergusson* no considera inconstitucional la segregación racial amparada en la doctrina "*separate but equal*", siempre y cuando exista igualdad en la prestación de los servicios segregados.

En estos años van a aprobarse dos textos legales llamados a tener una importancia decisiva para la institución, y cuyos efectos se mantienen hasta hoy. En primer lugar, la *Act to ammend the Judicial System of the United States*, de 10 de abril de 1869, fija definitivamente en nueve el número de jueces del Tribunal Supremo. En segundo lugar, la *Act to establish circuits courts of appeals and to define and regulate in certain cases the jurisdiction of the courts of the United States, and for other purposes* de 8 de marzo de 1891 (conocida como *Evars Act*), importantísima por dos motivos: en primer lugar, porque pone fin a la práctica del *riding circuit* que pesaba sobre los jueces del Tribunal Supremo desde 1789, al crear unos Tribunales de Apelación integrados por jueces *ad hoc*; y, en segundo lugar, porque limitaba sobremanera los asuntos que podrían llegar vía apelación al Tribunal Supremo, muchos de los cuales pasarían a ser resueltos por los nuevos órganos de apelación.

También en estos años se va a producir un hecho curioso llamado a tener una decisiva trascendencia en el funcionamiento del Tribunal Supremo. Debido a la acumulación de asuntos que pesaba sobre los jueces,



uno de ellos, Horace Gray, optó por contratar a una persona que le ayudase en el ejercicio de sus funciones, sufragando personalmente el coste. Gray fue, así, el primer juez en utilizar un *law clerk*.

D) Era Lochner (1905-1935).

El primer tercio del siglo XX va a estar presidido por la doctrina esgrimida en el caso *Lochner v. New York*⁴⁶, sentencia que, declaró la inconstitucionalidad de una norma de dicho estado que fijaba un tope máximo de horas para los trabajadores, argumentando que dicha normativa vulneraba el principio de libertad contractual, criterio jurisprudencial que se reiteró en el caso *Adkins v. Children's Hospital*. Sin embargo, en otros casos resueltos en esos mismos años, el Tribunal resolvió de otra manera asuntos objetivamente idénticos, pues, por ejemplo, en 1908, tres años después de *Lochner*, en el caso *Muller v. Oregon* declaró la constitucionalidad de una norma estatal que limitaba a diez horas diarias la jornada de trabajo de las mujeres empleadas en lavanderías; o el caso *Bunting v. Oregon* que limitaba igualmente la jornada máxima de los trabajadores. No obstante, fueron más los casos en que se optó por la inconstitucionalidad que por la validez de la ley.

A lo largo de todo este periodo sirve en el Tribunal Supremo uno de los mejores jueces, Oliver Wendell Holmes jr, paladín del *judicial restrain* totalmente en las antípodas del *judicial activism* que había representado anteriormente Stephen Field. Esa deferencia absoluta de Holmes hacia la normativa aprobada por los legisladores de los estados le llevó a suscribir uno de

⁴⁶ Parece ser, que a la hora de plantearse el caso y en relación al fondo del mismo había ciertos intereses sindicales. Véase BERNSTEIN, D.E. *Rehabilitating Lochner*, University of Chicago Press, 2012.

sus más famosos asertos en el caso *Buck v. Bell*, donde avaló la constitucionalidad de una ley virginiana que permitía la esterilización de los incapaces con la célebre frase: "*Three generations of imbeciles are enough*"

En 1921 accede al cargo de *chief justice* William Howard Taft, quien con ello se hace un hueco en los anales de la historia estadounidense al ser la única persona que ha estado al frente de dos de los tres poderes federales⁴⁷. Taft se tomó muy en serio su puesto como máximo responsable de la judicatura federal, y de forma inmediata se puso a trabajar en una doble dirección. Por un lado, promovió una reforma legal con el objetivo de descongestionar al Tribunal Supremo de su carga de trabajo. En segundo lugar, insistió al Congreso que dotase al Tribunal Supremo de una sede propia, dado que hasta esos momentos la institución se ubicaba en una sala en el edificio del Senado. Tuvo éxito en ambos objetivos y, si bien su muerte en 1930 le impidió disfrutar del nuevo edificio erigido como sede del órgano judicial, sí que pudo ver aprobada la conocida como *Certiorari Act* de 1925. Esta norma, que se aprobó a instancias de los propios jueces (y por ello se le conoce como *Judge´s Bill*)⁴⁸, dotó al Tribunal Supremo de un control ya casi absoluto sobre su agenda, dado que elevó el ámbito de discrecionalidad para conocer de los asuntos que se sometían a su conocimiento vía *writ of certiorari*.

⁴⁷ Entre 1909 y 1913 había sido el vigésimo séptimo Presidente de los Estados Unidos.

⁴⁸ Sobre este particular, puede consultarse el trabajo de BUCHMAN, J "Judicial lobbying and the politics of Judicial Structure: An examination of the Judiciary Act of 1925", *The Justice System Journal*, vol. 24 number 1 (2003).



E) El New Deal, Guerra y postguerra (1935-1954).

Al entrar en la Gran Depresión, las políticas del *New Deal* auspiciadas por Roosevelt chocaron con la jurisprudencia del Tribunal Supremo representada por la doctrina *Lochner*. El Tribunal Supremo estaba presidido en esos años por Charles Evans Hughes⁴⁹, uno de los grandes *chief justices*. El lunes 27 de mayo de 1935, que pasó a ser conocido como "*black monday*", el Tribunal Supremo hizo públicas tres sentencias adversas al ejecutivo, lo que representó un sonoro bofetón al Presidente, en especial la sentencia *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, donde los nueve jueces estuvieron de acuerdo en considerar inconstitucional la *National Industrial Recovery Act*, pieza clave del programa político de Roosevelt. El presidente intentó manipular a su favor la situación presentando un proyecto de ley conocido como *court-packing plan*, que le permitiría elevar hasta quince el número de jueces del Tribunal Supremo al facultarle por nombrar un nuevo juez por cada uno de los que, encontrándose en activo, superasen los setenta años.⁵⁰ Aunque dicho proyecto fue derrotado por la oposición que la medida levantó en el seno del propio Partido Demócrata, Roosevelt ganó finalmente la batalla debido

⁴⁹ Hughes había sido *associate justice* durante los años 1910 a 1916, dimitiendo de su cargo ese año para ser candidato del Partido Republicano a las elecciones presidenciales celebradas ese año, en las que fue derrotado por Woodrow Wilson.

⁵⁰ Todo el frustrado intento de Roosevelt está magistralmente descrito en SHEHOL, J. *Supreme power: Franklin Roosevelt v the Supreme Court*, W.W. Norton Company, 2011.



a que durante sus tres mandatos presidenciales tuvo la posibilidad de nombrar ocho jueces. Así, en 1937 en el caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, gracias al cambio de criterio del juez Owen Roberts, el Tribunal avaló la constitucionalidad de una norma aprobada por el estado de Washington que establecía un salario mínimo.

El estallido de la guerra mundial y posteriormente la guerra de Corea también propiciaron que el Tribunal Supremo hubiera de enfrentarse con varios asuntos que tenían su origen o una relación íntima con el enfrentamiento bélico. En *Korematsu v. United States* se avaló la constitucionalidad del internamiento de japoneses en campos de concentración situados en la costa del Pacífico, medida que, por cierto, en California ejecutó Earl Warren, primero como *attorney general* y posteriormente como gobernador del estado. En *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* declaró inconstitucional una orden ejecutiva de Truman en virtud de la cual expropiaba las acerías, medida que adoptó debido a la situación coreana.

Pese a que en 1953 todos los jueces habían sido nombrados por dos presidentes demócratas (Roosevelt y Truman) existía una división ideológica entre los “*conservatives*” (para quienes el Presidente debía gozar de amplias facultades reguladoras tanto en lo relativo a asuntos económicos como a derechos fundamentales) y “*liberals*” (para quienes el ejecutivo sí podía legítimamente regular aspectos económicos, pero ostentaban muchas menos competencias para interferir en la libertad del individuo)⁵¹. Esa división, así como la existente entre *judicial activism* y *judicial restrain*, persiste en la actualidad.

⁵¹ REHNQUIST, W. *The Supreme Court*, op. cit., p. 14-15.



F) La era Warren (1954-1969).

En 1954 da comienzo una de las etapas más importantes y decisivas en la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En dicho año accede al cargo de *chief justice* Earl Warren, gobernador republicano de California, y lo hace en virtud de un *gentleman agreement* adoptado en 1952 con Dwight D. Eisenhower⁵². Aunque es una opinión estrictamente personal, creo que en su actuación como máximo responsable del Tribunal Supremo, no dejó de influir en Warren un cierto resentimiento contra Eisenhower⁵³ y, sobre todo, contra su vicepresidente Nixon, dado que responsabilizaba a ambos (sobre todo el último, a quien culpaba de forma expresa y a quien jamás perdonó por ello) de frustrar sus ambiciones a la presidencia. No obstante, con independencia de ello, la época de Warren supuso una mutación esencial en el derecho público norteamericano y en un activismo judicial sin precedentes, puso fin a la segregación racial en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*; dio un paso de gigante en los derechos de las personas detenidas en

⁵² Earl Warren se presentó en 1952 a las primarias del Partido Republicano para optar a ser el candidato presidencial por dicha formación política a los comicios que se celebrarían en noviembre de dicho año. Las maniobras del senador Richard Nixon en apoyo de Eisenhower privaron a Warren de toda opción, algo que éste jamás le perdonó. Eisenhower eligió como su running mate y candidato a la presidencia a Richard Nixon, y prometió a Warren elevarle al Tribunal Supremo cuando se produjese la primera vacante. RORABAUGH, W.J. *The real making of a the President*, University Press of Kansas, 2009, p. 17.

⁵³ Se atribuye a Eisenhower la siguiente frase relativa a Warren: "*The biggest damned fool mistake I've ever made*"

Miranda v. Arizona; en *Baker v. Carr* sostuvo que la delimitación de los distritos electorales no era una cuestión política excluida de control judicial, sino que podía ser controlada judicialmente por ser susceptible de vulnerar derechos constitucionales; en *Grinswold v. Connecticut* se amparó en la primera enmienda para considerar inconstitucional la tipificación penal del uso de anticonceptivos.

Warren dimitió a mediados de 1968, pues intentaba evitar que una posible victoria de Richard Nixon en las elecciones presidenciales que se celebrarían en noviembre de ese año permitieran al republicano nombrar a su sucesor⁵⁴. Lyndon Johnson propuso al *associate justice* Abe Fortas para suceder a Warren, pero el Senado se negó a considerar el nombramiento, retrasando el mismo hasta que Nixon logró la victoria. En todo caso, y aun cuando la maniobra de Warren hubiera tenido éxito, estaba condenada al fracaso en cuanto Fortas se vio obligado a dimitir al año siguiente a consecuencia de hacerse público que estaba percibiendo fondos de una institución por prestar asesoramiento jurídico.

G) Revolución conservadora imperfecta (1969-2017).

Durante esos años ostentaron la presidencia del Tribunal Supremo tres *chief justices*: Warren E. Burger (1969-1986), William H. Rehnquist (1986-2005) y John G. Roberts jr (desde 2005 hasta la actualidad). La línea esencial de casi todos los presidentes republicanos fue

⁵⁴ Buena prueba de que el rencor de Warren contra Nixon no se había diluido con los años y que el mismo tenía hondas raíces motivadas por las frustradas aspiraciones presidenciales del *chief justice*.



rectificar, mediante sus nombramientos, el activismo que caracterizó la era Warren. Dicho esfuerzo, sin embargo, fracasó.

Richard Nixon tuvo la posibilidad de efectuar cuatro nombramientos (el *chief justice* Warren E. Burger y los *associate justices* Harry Blackmun, Lewis Powell y William Rehnquist), pero la incapacidad de liderazgo de Burger y la evolución moderada de Blackmun (y, ulteriormente, de Powell) llevó a que en *Roe v. Wade* se declarase inconstitucional la tipificación penal del aborto. Tres años más tarde, *United States v. Nixon* rechazó las pretensiones presidenciales de negarse a la entrega de documentos considerados secretos, sentencia que acabó propiciando la dimisión del presidente.

Ronald Reagan prometió en su campaña electoral nombrar la primera mujer juez del Tribunal Supremo, y en 1981 cumplió su promesa eligiendo a Sandra Day O'Connor, que tendría un papel decisivo como elemento moderador; de igual manera, en 1986 elevó a William Rehnquist al cargo de *chief justice*. Sin embargo, la ansiada rectificación no llegó a producirse. Buena prueba de ello es que con una mayoría de jueces nombrados por presidentes republicanos, la doctrina *Roe v. Wade* fue expresamente confirmada en *Planned Parenthood v. Casey*, debido fundamentalmente a tres jueces teóricamente conservadores, como fueron Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy (éste, además, católico practicante) y David Souter. *Miranda v. Arizona* fue reafirmada en *Dickerson v. United States*, en una sentencia de la que fue ponente el *chief justice* Rehnquist, antaño uno de sus más grandes detractores.

En un tiempo record desde su nombramiento como *chief justice*, Rehnquist logró del Congreso la aprobación el 28 de junio de 1988 de la *Act to improve the administration of justice by providing greater discretion to the Supreme Court in selecting the cases it will review, and for other purposes*, conocida como *Supreme Court Cases Selection Act* o *Mandatory Act*. Dicha norma otorga por vez primera al Tribunal Supremo un control absoluto sobre su agenda, al eliminar definitivamente los escasos supuestos en los cuales el Tribunal Supremo había de pronunciarse de manera obligatoria en vía de recurso.

Tras el nombramiento de Stephen Breyer en 1994, la composición del Tribunal se mantuvo inalterada hasta junio de 2005, el periodo de mayor estabilidad. Es en esta época cuando se judicializó el resultado de las elecciones presidenciales en el año 2000, dando lugar a la polémica sentencia *Bush v. Gore*⁵⁵. Sin embargo, y quizá a consecuencia de la polémica, desde entonces la jurisprudencia del Tribunal Supremo dio un giro liberal, debido sobre todo al progresivo distanciamiento de O'Connor con el presidente Bush y a la evolución liberal de Anthony Kennedy. Así, fue Kennedy quien dio el voto decisivo en *Lawrence v. Texas*, que declara inconstitucional la tipificación penal de la homosexualidad. Y es en esta última etapa bajo la presidencia de Rehnquist cuando se resuelven los primeros casos surgidos a raíz de la guerra contra el

⁵⁵ Sobre esta sentencia, de la que tanto se habla en nuestro país sin que muchos demuestren habérsela leído siquiera, me extiendo en PÉREZ ALONSO, J. *Tres controvertidas elecciones presidenciales estadounidenses: Thomas Jefferson Rutherford Bitchard Hayes y George W. Bush*, In Itinere, Oviedo, 2013.



terrorismo, constituidos por *Rasul v. Bush*, *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rumsfeld v. Padilla*.⁵⁶

Bajo el actual chief justice Roberts, se acentuó el giro conservador del Tribunal Supremo, pero sin abandonar la línea liberal en cuestión de derechos civiles. En *Boumediene v. Bush* se declara que no puede privarse del habeas corpus a las personas detenidas en Guantánamo, y en *Obergefell v. Hodges* se vincula el derecho del matrimonio entre personas del mismo sexo como un derecho constitucional; en ambos casos el voto decisivo fue el de Anthony Kennedy. En otros aspectos, sin embargo, la jurisprudencia mantuvo una posición más conservadora, como en *District of Columbia v. Heller* (declara inconstitucional la legislación de control armamentístico del Distrito de Columbia sobre la base de que la misma vulneraba la segunda enmienda) y, sobre todo, *Citizens United v. FEC*, que declara inconstitucional la legislación sobre financiación de campañas electorales sobre la base de que la misma vulneraba el derecho protegido por la primera enmienda. Una de las sentencias más esperadas fue *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, donde por cinco votos frente a cuatro se avala la constitucionalidad de la legislación sanitaria aprobada a instancias de Barack Obama, si

⁵⁶ Sobre este particular existe una magnífica monografía en castellano, la de GOMEZ LUGO, Y. *La suspensión del habeas corpus de los detenidos en Guantánamo. Poderes Presidenciales y Tribunal Supremo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015. No deja de ser curioso que tres años antes de los acontecimientos de 2001, el chief justice William Rehnquist publicase un estudio histórico-constitucional sobre la tensión entre garantías constitucionales y salvaguarda del interés público en tiempos bélicos, véase REHNQUIST, W. *All the laws but one, civil liberties in wartime*, Alfred A. Knopff, 1998.

bien en esta ocasión el voto decisivo fue el del *chief justice* John Roberts.

La decisión más reciente del Tribunal Supremo en un caso de mucha relevancia mediática es la del caso *Trump v. International Refugee Assistance Project*, que estima parcialmente el recurso interpuesto por el gobierno federal contra la resolución judicial que suspendía cautelarmente la ejecución de la Orden Ejecutiva 13780 de 6 de marzo, sobre inmigración, que el máximo órgano judicial alza dejando únicamente en suspenso una parte mínima, a reservas de la decisión que se tome sobre el fondo del asunto, que se resolverá en el año judicial 2017-2018.

II.- EL TRIBUNAL SUPREMO EN LA ACTUALIDAD: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. EL *WRIT OF CERTIORARI*.

1.- APROXIMACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

En un artículo escrito a principios de los años setenta del siglo XX, Nina Totenberg afirmó que no existía una institución menos transparente que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Sin embargo, desde finales de esa década han aparecido numerosos estudios, unos de carácter eminentemente periodístico y otros de naturaleza jurídica, que han logrado traspasar el velo de misterio que rodeó a la institución, penetrando en el corazón del Tribunal. Sin duda alguna, el pionero fue el clásico *The brethren: Inside the Supreme Court*⁵⁷, publicado por Bob Woodward y Scott Armstrong, y en el cual los autores narraban en

⁵⁷ WOODWARD, B; ARMSTRONG, S. *The Brethren*, Simon & Shuster, 2005.



ocasiones de forma descarnada las interioridades del Tribunal Supremo durante los seis primeros años en que estuvo presidido por Warren Burger, a quien no dejaba precisamente en buen lugar. Woodward, al igual que en el caso Watergate, tuvo su “*garganta profunda*” que le suministró la información precisa, si bien en este caso quien ocupó dicha posición fue Potter Stewart, uno de los jueces del Tribunal Supremo. A continuación, Bernard Schwartz ofreció sus tres volúmenes de las *Unpublished opinions*, en los que analizaba varios casos del Tribunal Supremo durante la época de Earl Warren, Warren Burger y William Rehnquist en los cuales durante el procedimiento de elaboración de la sentencia el resultado final varió sustancialmente; el propio autor ofreció después una versión sintética y sistematizada en un solo volumen⁵⁸.

En los últimos años, sobre todo gracias a que los jueces han facilitado el acceso público a sus archivos, han aparecido una nueva serie de estudios acerca del funcionamiento interno del Tribunal Supremo, destacando sobremanera los dos tomos publicados por Jeffrey Toobin referentes a los periodos de los *chief justices* Rehnquist y Roberts⁵⁹. Un estudio imprescindible es el libro de entrevistas coordinado por Brian Lamb, Susan Swain y Mark Farkas,⁶⁰ versión impresa de un programa elaborado por la cadena C-

⁵⁸ SCHWARTZ, B, Decision. *How supreme court decide cases*, Oxford University Press, 1996.

⁵⁹ TOOBIN, J *The nine: inside the secret world of the Supreme Court*, Double Day, 2007, y *The oath: The Obama White House and the Supreme Court*, Doubleday, 2012.

⁶⁰ SWAIN, S.; FARKAS, M., *The Supreme Court, featuring the justices in their own words*, Public Affairs, 2012.

SPAN donde por vez primera en la historia no sólo todos los jueces en activo del Tribunal Supremo, sino incluso todos los que se han retirado aceptaron conceder entrevistas para facilitar información sobre el funcionamiento interno de la institución⁶¹. A ello se añaden los libros que han publicado varios jueces del Tribunal Supremo que, aun cuando su objetivo último no sea precisamente abordar aspectos organizativos o internos, no dejan de ofrecer sutiles pinceladas o apuntes sobre el particular. A este tipo de obras pertenece, por ejemplo, el citado libro de Rehnquist, donde a través de su experiencia personal como *law clerk* en 1952 y en los tres últimos capítulos aborda precisamente estos temas; o el de John Paul Stevens⁶². El juez Stephen Breyer también ha publicado varios estudios, aunque más que interioridades propiamente dichas, están más orientados a justificar el rol que, a su entender, ostenta el Tribunal Supremo en el sistema federal⁶³.

Con ese material bibliográfico trataremos de acercarnos a la organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

⁶¹ El documental, una auténtica joya de visión obligada para cualquier persona interesada en el rol desempeñado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (tanto históricamente como en la actualidad) puede visionarse íntegro en el siguiente enlace: <https://www.c-span.org/video/?289229-1/supreme-court-home-americas-highest-court-2009-edition>.

⁶² STEVENS, J.P., *Five chiefs: A Supreme Court memoir* Little Brown & Company, 2012.

⁶³ BREYER, S., *Making our democracy work: A judge's view*, Alfred A. Knopf, 2010, y el más reciente



2.- SEDE, ORGANIZACIÓN Y PORTAL WEB.

A) Sede del Tribunal.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene su sede en el número uno de First Street, en el imponente edificio de mármol blanco construido a imitación de un templo griego clásico. Su magnificencia es tal, que se atribuye al juez Harlan Fisk Stone una frase reveladora: los nueve jueces se sentían en el mismo como "*nueve escarabajos en el templo de Karnak*".

Sin embargo, el Tribunal no siempre tuvo una sede digna. Cuando en el segundo semestre del año 1800 las instituciones federales se trasladan a la nueva capital, Washington D.C., se había iniciado la construcción de una sede para el Congreso y otra para el Presidente, pero el Tribunal Supremo quedó olvidado. En 1810 se le ubicó en una sala del ala norte del Capitolio, hoy conocida como *Old Supreme Court Chamber*, donde permanecería hasta el año 1860, cuando se trasladó al salón hasta ese momento ocupado por el Senado, y conocido aún hoy en día como *Old Senate Chamber*. El problema básico que presentaban las dos ubicaciones anteriores no era otro que la falta de espacio; las mismas podían servir para que el Tribunal pudiese celebrar las vistas, pero los jueces carecían de despacho propio y gran parte del trabajo debían realizarlo en sus propios domicilios. Como hemos indicado anteriormente, fue el *chief justice* William Howard Taft quien abogó ante el Congreso para que éste dotase al Tribunal Supremo de un edificio propio. Tuvo éxito, aunque ni Taft ni Cass Gilbert (arquitecto que diseñó el edificio) lograron verlo terminado, pues el primero falleció antes de iniciadas las obras y el segundo poco antes de que finalizasen. En 1935 se

terminó la construcción de la sede y el Tribunal Supremo efectuó la mudanza desde la *Old Senate Chamber*, aunque algunos jueces como William Van Devanter y Louis D. Brandeis rehusaron abandonar las antiguas dependencias y trasladar sus despachos particulares al nuevo edificio.

El inmueble que alberga desde 1935 el Tribunal Supremo consta de cinco plantas. Además de la Sala para celebrar las vistas (*courtroom*) tiene despachos para cada uno de los jueces (*chambers*), sala para uso exclusivo de los magistrados a efectos de deliberar a puerta cerrada los asuntos (*conference room*), biblioteca⁶⁴, gimnasio, pista de baloncesto (a la que los jueces suelen referirse jocosamente como *the highest court in the land*), garaje y un patio interior adornado con una fuente.

El capítulo introductorio que William Rehnquist antepuso a su ensayo sobre el Tribunal Supremo tenía por objeto, y así lo indicó específicamente el autor, ofrecer al público una aproximación a la sede del organismo y destacar el impacto que el mismo ofrecía a quien penetraba en su interior⁶⁵. Hoy en día, existen visitas guiadas al mismo y en la página web del Tribunal Supremo puede verse imágenes de las distintas dependencias. De igual forma, en el documental elaborado por el canal C-SPAN y cuyo enlace hemos facilitado en la nota 27, también contiene

⁶⁴ Según la segunda de las *Supreme Court Rules*, los letrados que ejercen ante el Tribunal Supremo pueden consultar los ejemplares que obran en la biblioteca, pero únicamente los jueces o su personal pueden retirar libros de la misma.

⁶⁵ REHNQUIST, W., *The Supreme Court*, op. cit., p. X.



interesantísimas imágenes del interior, que se extiende a dependencias habitualmente inaccesibles como son los despachos particulares de los jueces (en particular, Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg y el entonces aún en activo John Paul Stevens los muestran abiertamente a la cámara). Pero en ese documental también pueden encontrarse imágenes de las anteriores dependencias del Tribunal así como las distintas fases del proceso de edificación de su actual sede, desde el solar vacío hasta completar el inmueble. Como dato curioso, señalar que como indica Jim O'Hara en el meritado documental, la gestión de Gilbert fue tan eficaz que una vez finalizada la construcción pudo comprobarse que sobró dinero de la partida presupuestaria dotada al efecto, por lo que las cantidades sobrantes se reintegraron al Tesoro.

B) Portal web e información accesible a través del mismo.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos tiene un portal web propio, www.supremecourt.gov, que ofrece al visitante una información completísima no sólo de la actividad del Tribunal, sino de los jueces que lo integran. Así, por ejemplo, al acceder a la página se ofrece un calendario en el que aparecen perfectamente identificados los días en que se celebran vistas orales (destacados en rojo), en los que los jueces se reúnen para deliberar los asuntos (en verde) y la agenda con las vistas señaladas. Pueden consultarse en formato PDF no sólo las *Supreme Court Rules* (normas aprobadas por el Tribunal Supremo relativas a la forma que han de revestir las solicitudes de *certiorari*), sino la grabación en soporte audio de las vistas orales y la transcripción de las mismas, así como al texto íntegro de las sentencias junto con los votos particulares, tanto concurrentes como discrepantes. También se encuentran accesibles los *End-Year Reports* que cada

31 de diciembre emite el *chief justice* (informes que no llegan a los veinte folios y donde, tras una reflexión personal sobre un asunto de actualidad, el máximo responsable de la judicatura federal expone las estadísticas anuales en todos los niveles del poder judicial) y los *bound volumes* o repertorios de jurisprudencia. Ofrece una breve historia del Tribunal Supremo así como perfiles biográficos no sólo de los jueces en activo, sino de todos quienes han ostentado con anterioridad tal condición. Incluso en fechas muy recientes se han incorporado las actas digitalizadas del Tribunal Supremo desde 1889 a 1992.

En definitiva, una información completísima y exhaustiva, que contrasta con la raquítica y escuálida información ofrecida por el homólogo español que, para empezar, y de manera harto significativa, carece de página web propia, siendo un mero apéndice dentro del portal web del Consejo General del Poder Judicial que, dicho sea de paso y con todos los respetos, tampoco es para tirar cohetes.

C) Organización interna: *chief justice*, *associate justices* y *law clerks*.

El Tribunal Supremo está integrado en la actualidad por nueve miembros: el *chief justice* y ocho *associate justices*⁶⁶. Sin embargo, conviene deshacer un

⁶⁶ Desde febrero de 2016 hasta abril de 2017 la composición se redujo ocho miembros debido al fallecimiento del juez Antonin Scalia. En marzo de 2016 el presidente Obama propuso al juez Merrick Garland como candidato para ocupar la vacante, pero el Senado rehusó siquiera iniciar los procedimientos de confirmación argumentando que, a menos de siete meses de las elecciones presidenciales, no iba a



equivoco: el *chief justice* no tiene una posición privilegiada respecto a sus compañeros (salvo en cuestiones protocolarias y administrativas) dado que a efectos de emitir su voto el suyo es uno más, y dada la composición del órgano con un número impar de miembros, no es menester voto de calidad en caso de empate.

No existe una división interna en salas ni secciones, como tampoco existe en la jurisdicción federal estadounidense ni en el Tribunal Supremo ni en los órganos inferiores una división en órdenes jurisdiccionales por materias. Quiere ello decir que el Tribunal Supremo conoce asuntos de naturaleza civil, penal, mercantil, administrativa y social. Tampoco hay un órgano de gobierno de los jueces propiamente tal, sino que es el *chief justice* el responsable máximo de toda la judicatura federal. En fin, afortunadamente carecen los Estados Unidos de Tribunal Constitucional al estilo de los existentes en las naciones europeas, dado que el máximo intérprete de la Constitución es precisamente el Tribunal Supremo.

Cada juez del Tribunal Supremo tiene la potestad para contratar cuatro *law clerks*, salvo el *chief justice* a quien se le permite adquirir uno más. Se trata de personas recién licenciadas en derecho que durante un año prestan sus servicios para uno de los jueces del Tribunal Supremo. El acceso a esta posición no implica

permitir que un mandatario a quien únicamente quedaban escasos meses y que no optaba a la reelección fuese quien cubriera la vacante. Una vez elegido el presidente Donald Trump, éste propuso a Neil Gorsuch, cuyo procedimiento en el Comité Judicial del Senado se inició en la segunda mitad del mes de marzo del presente año 2017. La Cámara Alta dio finalmente el visto bueno a Gorsuch el día 7 de abril de 2017 por 54 votos a favor y 45 en contra.

superar ningún proceso selectivo, sino que el juez tiene una discrecionalidad absoluta para contratar a la persona que desee mediante libre designación. Las funciones que realizan son básicamente de estudio y asesoramiento, incluyendo por ejemplo resúmenes de los casos que se someten al Tribunal para verificar si el mismo acepta conocerlos o no, búsqueda de jurisprudencia y redacción de borradores de sentencia siguiendo las indicaciones de los jueces. Esta posición es altamente privilegiada, y muchos de quienes accedieron al Tribunal Supremo como jueces fueron anteriormente *law clerks*.

3.- ESPECIAL REFERENCIA AL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS JUECES.

Conviene, antes de entrar de lleno en el aspecto estrictamente procesal del funcionamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, hacer una referencia al proceso de selección de los jueces que integran el mismo⁶⁷.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, el sistema de acceso por oposición a la judicatura no sólo es desconocido en el ámbito anglosajón, sino que el mismo es visto con cierto recelo. Baste una simple anécdota reveladora. John Grisham, el célebre autor de novelas ambientadas en el mundo jurídico, publicó en el año 2008 la novela *The appeal*, demoledora crítica al

⁶⁷ Sobre este particular, existe una interesante monografía en nuestro país. Véase SERRA CRISTOBAL, R. *La selección de jueces en Estados Unidos*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011. P. 43-75. Las páginas 174-194 contienen un esquema con los procedimientos selectivos que han adoptado los diferentes estados miembros.



sistema de selección de jueces por votación popular⁶⁸, que desde el punto de vista estrictamente teórico es el más conforme a los principios democráticos, en cuanto el juez respondería directamente ante el titular de la soberanía. Grisham no se limita a exponer las lacras y deficiencias del sistema, sino que va más allá y facilita lo que considera la alternativa más adecuada, pero ésta en modo alguno pasa por instaurar un sistema de oposición al estilo continental, sino por el regreso o vuelta a los orígenes británicos: sistema estrictamente meritocrático entre los miembros de la comunidad jurídica, que serían seleccionados en base a criterios estrictamente técnicos por una comisión imparcial. Este último fue el criterio adoptado en los años cuarenta por el estado de Missouri y que, por ello, se conoce como *Missouri plan*⁶⁹, que poco a poco se ha ido generalizando.

En cuanto al proceso de selección, podemos distinguir varias fases.

A) Fase previa o lista de potenciales candidatos.

Todo candidato a la Presidencia suele llevar consigo una lista de nombres para el supuesto que, obtenida la victoria, alguna vacante le ofrezca la posibilidad de

⁶⁸ El sistema de selección de jueces por votación popular se surgió en la época históricamente conocida como "democracia jacksoniana" y pronto se extendió por los distintos estados. SERRA CRISTOBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, op. cit., p. 89-116.

⁶⁹ Acerca del sistema meritocrático o Missouri plan, SERRA CRISTOBAL, R., *La selección de jueces en Estados Unidos*, op. cit., p. 117-125.

efectuar el nombramiento de jueces federales⁷⁰. En esa lista de candidatos (*potential nominees*) ocupan un lugar de honor los potenciales candidatos al Tribunal Supremo. Lo normal es que esa lista, elaborada con la ayuda de su personal de confianza, la integren personas de una dilatada trayectoria profesional y que, lógicamente, compartan la visión jurídica del mandatario que los propone.

Una vez se produce la vacante, tiene lugar un análisis más exhaustivo de la lista de candidatos, en el que interviene tanto personal del Departamento de Justicia como los asesores políticos de confianza. Una vez el Presidente ha tomado la decisión, lo normal es que alguien del *staff* de la Casa Blanca se lo comunique informalmente al interesado, a fin de verificar si éste acepta la posible nominación. Con ello se trata de evitar espectáculos como, por ejemplo, el que ocurrió en diciembre de 1800, cuando ante la renuncia del *chief justice* Oliver Ellsworth el presidente en funciones John Adams propuso y remitió al Senado a John Jay para cubrir tal puesto, lo que hizo sin contar con el interesado, a quien informó *a posteriori* cuando la Cámara Alta había avalado ya el nombramiento⁷¹. También puede ocurrir que un potencial candidato se apresure a rechazar la nominación incluso antes de que informalmente se le ofrezca, como ocurrió en 1969, cuando el nombre de Potter Stewart, ya juez del

⁷⁰ En toda la historia de los Estados Unidos, tan sólo el presidente Jimmy Carter no ha tenido oportunidad de nombrar un juez del Tribunal Supremo.

⁷¹ Con ello Adams pretendía colocar a Jay ante una situación de hechos consumados, dado que todos daban por hecho que éste no aceptaría el cargo, como efectivamente sucedió.



Tribunal Supremo, aparecía en las quinielas para sustituir a Earl Warren como Presidente de la institución judicial; Stewart se adelantó y, tras pedir audiencia al Presidente Nixon, insinuó cortésmente que no deseaba ser promocionado al puesto de *chief justice*.

A continuación, tiene lugar una investigación a todos los niveles, es decir, no sólo profesional, sino personal, que incluso lleva a cabo el Federal Bureau of Investigation (F.B.I.) para verificar si existen episodios oscuros o comprometidos en la vida del candidato⁷². Una vez efectuada la investigación reservada y despejadas las dudas, puede darse por terminada la fase previa y da comienzo la fase inicial del procedimiento *stricto sensu*.

B) *Nomination* o propuesta formal.

La primera fase propiamente dicha en el *iter* procedimental que ha de seguirse para la designación de un juez federal es la *nomination*. No es otra cosa que el anuncio formal y público en virtud del cual el Presidente de los Estados Unidos informa al pueblo de la identidad de la persona que ha elegido para ocupar la vacante concreta a cubrir. Como estableció el Tribunal Supremo en la sentencia *Marbury v. Madison*, es un acto absolutamente personal y, por tanto, no sujeto a control judicial alguno, existiendo pues en este ámbito

⁷² Douglas H. Gisburn, propuesto por Reagan, al descubrirse y hacerse público que había consumido marihuana en su juventud, hubo de solicitar al Presidente que retirase la propuesta. Richard S. Arnold, elegido por Bill Clinton, y que incluso contaba con la simpatía y apoyo de muchos senadores republicanos, hubo de declinar debido a que se encontraba a tratamiento por el cáncer que padecía, y los médicos no pudieron garantizar con rotundidad que ello no interfiriese en el cumplimiento de sus obligaciones.

una discrecionalidad ilimitada. Tampoco el Presidente queda vinculado por la misma, en tanto en cuanto puede, en cualquier momento anterior al consentimiento senatorial, retirar su propuesta. Normalmente el anuncio suele tener lugar en la Casa Blanca y en compañía de la persona elegida, aunque no es estrictamente necesario.

Efectuada y hecha pública la propuesta formal, el Presidente ha de remitirla al Senado para que éste manifieste si otorga o no su consentimiento.

C) *Advise and consent* del Senado.

La Constitución impone que el nombramiento de los jueces y empleados públicos federales la haga el presidente con el *advise and consent* senatorial. Hasta el año 1925, el proceso se limitaba a una simple votación en virtud de la cual la Cámara Alta expresaba si otorgaba o no el consentimiento a la propuesta remitida por la Casa Blanca. En 1925 el juez Harlan Fisk Stone se convirtió en el primer juez que, con carácter previo a la votación, compareció ante el *United States Senate Committee on the Judiciary*, si bien el primer candidato que se sometió a un procedimiento confirmatorio ante el Comité en el sentido moderno del término fue Felix Frankfurter en el año 1939. Desde finales de los ochenta las comparencias de los candidatos son televisadas y ampliamente seguidas, y hoy en día se encuentran incluso colgadas en la página web del comité⁷³. Quien piense que las mismas son un puro trámite está profundamente equivocado, y podrá

⁷³ Sobre este particular, puede consultarse la obra de COLLINS JR, P.M.; RINGHAND, L.A., *Supreme Court Confirmation hearings and constitutional change*, Cambridge University Press, 2013.



comprobar que el candidato es literalmente bombardeado a preguntas que alcanzan todos los aspectos y que pueden tener el carácter más imprevisible, en un procedimiento que se extiende durante varias sesiones y que rara vez suele demorarse menos de veinte horas⁷⁴. En las actas del Comité relativas al procedimiento de confirmación aparece desgranada toda la vida no sólo profesional, sino incluso personal del candidato, en un ejercicio de transparencia absoluta. Adquiere en este punto relevancia el informe que remite la *American Bar Association*, la organización que agrupa a los abogados norteamericanos.

Una vez superado el trámite ante el Comité se eleva la cuestión al pleno de la Cámara, que procederá a la votación final sobre la misma, bastando al efecto con que el candidato cuente con más votos a favor que en contra.

D) Nombramiento y jura.

En el caso *Marbury v. Madison* la sentencia final indicaba al respecto: "*designación y acta de nombramiento aparecen como inseparables, siendo imposible demostrar una designación si no es mediante el acta de nombramiento, aunque el acta de nombramiento no sea la designación en sí misma, sino sólo el medio mediante el cual ésta se exterioriza y acredita.*" Quiere ello decir que el mismo no es más que el acto presidencial, al que se adjunta el sello de los Estados Unidos, donde se certifica que el Senado ha

⁷⁴ En los últimos treinta años, el candidato que menos tiempo ha consumido en las sesiones ante el Comité ha sido Anthony Kennedy, cuyos *hearings* tan "sólo" se prolongaron once horas.

otorgado el consentimiento y con ello se acredita que el candidato designado tiene derecho a la comisión acreditativa de su nombramiento.

No obstante, con posterioridad al nombramiento, ha de prestarse el juramento o promesa con carácter previo a la toma de posesión efectiva.

En la actualidad, en el seno del Tribunal Supremo existe una situación de equilibrio que data prácticamente desde finales de los setenta. Existen cuatro magistrados conservadores (el *chief justice* John Roberts y los *associate justices* Clarence Thomas, Samuel Alito y Neil Gorsuch) y cuatro liberales (Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor, y Elena Kagan). Entre ambos, el magistrado Anthony Kennedy que, aún cuando ideológicamente conservador, en temas de derechos civiles se ha alineado siempre con los liberales.

4.- PERIODO DE SESIONES Y AÑO JUDICIAL.

En este punto conviene distinguir entre año judicial y periodo de sesiones. Según la norma tercera de las *Supreme Court Rules*, el año judicial se inicia el primer lunes del mes de octubre, y finaliza el día anterior al primer lunes del mes de octubre del año siguiente⁷⁵. No

⁷⁵ No es esta la única fecha atípica según los criterios habituales seguidos en nuestro país. Como dato curioso, el ciclo presupuestario estadounidense no coincide con el año natural, sino que comienza el día 1 de octubre. Tampoco existe la institución de la "prórroga presupuestaria", de tal forma que si los presupuestos no han sido aprobados para que entren en vigor en la fecha indicada, no puede efectuarse gasto alguno al estar constitucionalmente proscrito, lo que implica un "apagón" o "cierre" de la



obstante, el periodo de sesiones del Tribunal Supremo es inferior, pues si bien el inicio coincide con el del año judicial, por el contrario el término final es el último día hábil del mes de junio. Cada año judicial recibe la denominación de *term*, de tal forma que, por ejemplo, el año judicial iniciado el pasado lunes día 3 de octubre de 2016 y que finalizó el viernes día 30 de junio de 2017 recibe el nombre de *2016 term*. En octubre de 2017 dará comienzo el *2017 term*.

Cada 1 de enero se hace público el *Chief Justice End Year Report on the Federal Judiciary*, donde el máximo responsable de la judicatura federal ofrece una estadística de los asuntos que durante el último periodo de sesiones han entrado, conocido y resuelto los distintos órganos judiciales que integran la jurisdicción federal. Dicho informe suele caracterizarse por dos notas: el uso de un lenguaje accesible al lego en derecho así como una reducida extensión, características ambas que facilitan enormemente su lectura y comprensión incluso por quien no se encuentre familiarizado con el ordenamiento jurídico estadounidense. Nada que ver, por tanto, con los plúmbeos y farragosos informes que con la misma finalidad se elaboran en nuestro país, que parecen tener como objetivo disuadir su lectura más que facilitarla.

5.- EL WRIT OF CERTIORARI: PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA⁷⁶.

Administración, como ocurrió recientemente durante varios días en octubre de 2013.

⁷⁶ Existe en castellano un magnífico artículo monográfico sobre este tema, y es el debido a AHUMADA RUIZ, M.A., *El*

Para enfrentarnos al análisis del *writ of certiorari* así como al proceso de deliberación, votación y fallo debemos tener en cuenta que existen normas tanto escritas como consuetudinarias. En este sentido, no sólo debemos tener muy presentes la *Judiciary Act* de 1925 y su modificación de 1988, sino las *Supreme Court Rules*, aprobadas el 19 de abril de 2013 y que entraron en vigor el día 1 de julio de ese mismo año⁷⁷.

A) Escritos de solicitud y oposición.

Tanto la parte que desee impugnar vía *certiorari* un asunto (*petitioner*) como la que impugne la solicitud (*respondent*), se encontrarán con que han de hacerlo respetando unas exigencias formales muy estrictas, tanto de forma como de fondo.

La regla 14 de las *Supreme Court Rules* regulan detalla exhaustiva y agotadora el contenido material del escrito de interposición (*brief for the petitioner*), destacando por su relevancia el contenido en la letra a): "*The questions presented for review, expressed concisely in relation without unnecessary detail. The questions should be short and should not be argumentative and repetitive [...] The questions shall be out on the first page following the cover, and no other information may appear on that page. The statement of any question presented is deemed to comprise every subsidiary*

certiorari, Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Revista Española de Derecho Constitucional, número 41 (mayo-agosto 1994), p. 89-136.

⁷⁷ El texto de las mismas en formato PDF se encuentra accesible en la página web del propio Tribunal Supremo: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>.



question fairly included therein. Only the questions set out in the petitio, or fairly included therein, will be considered by the Court." El escrito no tiene un límite cuantitativo de páginas, pero sí de palabras (nueve mil, según la regla 33), ha de efectuarse en papel blanco y del mismo han de aportarse cuarenta copias (regla 33.1). La infracción de tales requisitos formales puede conllevar la inadmisión, aunque si el Secretario considera que la interposición se ha remitido dentro del plazo y "*in good faith*" indicará al solicitante los defectos observados, otorgándole un plazo de sesenta días para subsanarlo (regla 14.5).

De la solicitud de *certiorari* se dará traslado a la contraparte, quien puede presentar un escrito de oposición (*brief for the respondent*) que ha de respetar los mismos requisitos formales, con la excepción del formato del papel, que ha de ser de color naranja.

B) Tramitación del *certiorari*: pronunciamiento sobre su eventual admisión.

Tradicionalmente, a cada juez se le entregaba una copia de los escritos de solicitud y oposición al *certiorari* que tenían entrada en el órgano judicial. Los *law clerks* de cada juez eran los encargados de efectuar un pequeño informe (*memo*) conteniendo un resumen fáctico y jurídico del caso, así como una recomendación acerca de si el asunto debía admitirse a trámite o no, recomendación que el juez es absolutamente libre de seguir.

Sin embargo, esa situación fue modificada a principios de los setenta, cuando el *chief justice* Warren E. Burger creó lo que en términos organizativos se conoce como *cert pool*. Los jueces que se adhieren a la misma

incorporan sus *law clerks*, de tal forma que en lugar de entregar directamente a cada juez copia de todos los asuntos que entran en el organismo, éstos penetran en la *cert pool*, y se distribuyen entre los *law clerks* que componen la misma. Así, cada *law clerk* es el encargado de elaborar exclusivamente el informe sobre los asuntos que le hayan correspondido, informe que entrega ya a *todos* los jueces, y no exclusivamente al juez que lo ha contratado.

El criterio de admisión o no es muy sencillo, dado que se vincula a un criterio estrictamente numérico: basta que cuatro jueces voten a favor de conocer el asunto para que este automáticamente sea admitido a trámite, indicando las cuestiones jurídicas sobre las que versará el mismo, que normalmente serán las contenidas en el escrito de solicitud, aunque el Tribunal puede limitarlo únicamente a parte de ellas.

El número de asuntos que llega al Tribunal Supremo vía *writ of certiorari* suele rondar los siete mil, aunque durante los últimos años se ha producido un ligero descenso. Según el 2016 *End Year Report on the Federal Judiciary*, de los 7.033 recursos que entraron en el periodo 2015 se ha pasado a 6.475 en el periodo 2016, lo que supone un descenso de un 7,94%. El número de asuntos que el Tribunal Supremo ha decidido aceptar ha ido descendiendo desde mediados los años ochenta del siglo XX. Si por entonces en ocasiones llegaban a ciento veinte casos anuales, en la actualidad el umbral máximo se sitúa en poco más de setenta (setenta y cinco en el año 2013 y setenta y seis en el año 2014), aunque en el año judicial 2015 se superó ese umbral hasta llegar a los ochenta y un asuntos.



C) Escritos complementarios.

Una vez que el Tribunal ha admitido el asunto y ha fijado las cuestiones jurídicas que han de abordarse, las partes han de presentar nuevos escritos, en los cuales las *Supreme Court Rules* establecen el contenido material de forma muy detallada. En estos escritos el límite de extensión es mayor, pues el umbral o tope máximo alcanza las quince mil palabras para ambas partes. El escrito del recurrente habrá de efectuarse en papel de color azul claro, y el del recurrido en naranja claro.

D) Vista oral.

Según la cuarta norma de las *Supreme Court Rules*, el horario de las vistas tiene lugar de diez de la mañana a doce del mediodía y de una a tres de la tarde⁷⁸, siendo necesaria la presencia de seis magistrados para que la sesión esté válidamente constituida. Normalmente los días señalados para las vistas son los tres primeros días de la semana, es decir, de lunes a miércoles.

Las sesiones del Tribunal Supremo comienzan con el ujier (*marshall*) que pronuncia la fórmula ritual en virtud de la cual se declara abierta la sesión: "*Oyez, oyez, oyez. The Honorable, the Chief Justice and the Associate Justices of the Supreme Court of the United States. All persons having business before this honorable court are admonished to draw nigh and give their attention, for the Court is now sitting. God save*

⁷⁸ Como nos indica William Rehnquist en su libro, a mediados del siglo XX el horario de las sesiones era ligeramente distinto: del mediodía a las dos de la tarde y de dos y media a cuatro de la tarde.

the United States and this honorable Court". A continuación, el *chief justice* da paso a cada uno de los asuntos fijados en la agenda del día, identificando a cada uno por su número: "*We'll hear argument this morning in case 16-327, Lee v. United States.*"

Una vez que el *chief justice* abre la vista de un caso, tienen la palabra los letrados de las partes, otorgándosele a cada uno un plazo de treinta minutos para que defienda su postura, lo que hacen desde un atril sito frente al estrado. Cada abogado da inicio a su intervención con una fórmula de cortesía: "*Mr. Chief Justice, and may it please the Court.*" Dentro ese plazo de treinta minutos, que se observa de forma muy rigurosa, los abogados son sometidos a un exhaustivo interrogatorio por parte de los jueces acerca de cuestiones y dudas referentes al asunto⁷⁹. En cierta ocasión, a los pocos minutos de iniciar su exposición del caso, Antonin Scalia lanzó la primera de las preguntas para que, a continuación, los propios jueces se enzarzasen entre ellos con observaciones y comentarios. Transcurrido el tiempo sin que pudiese volver a hacer uso de la palabra, el *chief justice* Rehnquist (que si por algo se caracterizaba era por su bonhomía y sentido del humor), manifestó al profesional: "*Thank you Ms. Foster. I think you did very well in the four minutes that the Court allowed you.*"⁸⁰ El trato hacia los letrados es siempre formalista, y tan

⁷⁹ El juez Clarence Thomas no ha efectuado ni una sola pregunta desde el año 2006.

⁸⁰ SCHWARTZ, B., *Decision: How the Supreme Court decide cases*, op. cit., p. 14



sólo en una ocasión Rehnquist se dirigió a una letrada por el nombre de pila⁸¹.

En ocasiones el nerviosismo puede ocasionar malas pasadas, como en el caso *Bush v. Gore*, donde el letrado Joseph P. Klock se dirigió a John Paul Stevens como "*justice Brennan*" e instantes después a David Souter como "*justice Breyer*", lo que motivó que otro de los jueces se dirigiera al letrado identificándose de antemano: "*Mr. Klock? I'm Scalia.*" En otras ocasiones el comentario de un juez puede ayudar a salir de forma airosa de una situación ciertamente difícil, como ocurrió el 31 de octubre de 2005 en el asunto *Community College et al v. Katz Liquidating Supervisor for Wallace's Bookstores Inc*, donde en plena intervención de uno de los letrados se escuchó una pequeña explosión. Sandra Day O'Connor y Stephen Breyer, viendo que los guardias de seguridad habían echado mano a sus armas, se apresuraron a indicar que no había nada que temer, pues se trataba de la simple explosión de una bombilla. John Roberts, que aún no había cumplido un mes como *chief justice*, provocó las carcajadas de sus colegas y del público con un hilarante comentario: "*It's a trick they play on new Chief Justices all the time.*"

Finalizadas las intervenciones de las partes, el *chief justice* pone fin a la vista indicando: "*The case is submited.*"

Una última cuestión referida a la documentación de las vistas. En la página web del Tribunal Supremo se pueden encontrar tanto la grabación en soporte audio

⁸¹ Fue en el caso *Grutter v. Bollinger*, donde por un despiste se dirigió a la letrada por su nombre de pila: "*It says want or wants, Maureen?*"

como una transcripción escrita de la vista de los asuntos, de igual manera que en otras páginas no oficiales (por ejemplo, www.oyez.org, y sobre todo, www.scotusblog.com, quizá la más completa en cuanto es posible acceder a toda la documentación de un asunto desde la sentencia objeto de impugnación hasta la resolución final del Tribunal Supremo). Se ha planteado en varias ocasiones durante las tres últimas décadas la posibilidad de introducir cámaras de televisión en la sede del Tribunal y documentar las vistas en formato de imagen, pero los jueces se han mostrado bastante reticentes a ello. Quizá nada ejemplifique mejor ese rechazo que la célebre respuesta del juez David Souter cuando fue preguntado sobre el particular: "*Over my dead body.*"

E) Votación y redacción de la sentencia.

Una vez finalizada la vista oral, los jueces se reúnen cada jueves y viernes en la *conference room* para la votación de los asuntos. Estas reuniones se efectúan a puerta cerrada sin otra presencia que la de los jueces, y mientras éstos se encuentran reunidos nadie distinto a ellos puede entrar en tal dependencia. Valga como anécdota el hecho de que el juez más novel es el encargado de abrir la puerta en las ocasiones que alguien llama a la misma.

En la reunión, cada juez emite su parecer sobre el asunto y se efectúa un recuento de votos. Y es en este momento cuando el *chief justice* tiene la ocasión de ejercer la prerrogativa fundamental inherente al cargo, potestad que ha de utilizar de forma muy cuidadosa: la de escoger al juez encargado de redactar la sentencia. Cuando el *chief justice* se encuentra entre quienes integran la mayoría en un asunto, tiene la potestad absolutamente discrecional de elegir a la persona que



ha de asumir la condición de ponente; en el caso de encontrarse en la minoría, es el más veterano de quienes integran la mayoría quien asumirá dicha función⁸². No obstante, ello no quiere decir que el asunto esté decidido ya, pues a lo largo del procedimiento de elaboración de la sentencia puede ocurrir desde que la redacción de la misma varíe hasta que existe un cambio de mayorías dando lugar a un resultado incluso opuesto al obtenido en la reunión inicial⁸³.

Normalmente el juez a quien se encarga la redacción de la sentencia elabora un primer borrador de la misma (*draft*) que distribuye entre sus compañeros. Si al mismo no se presenta objeción alguna, se convierte en sentencia definitiva. Pero es frecuente que los restantes jueces envíen informes (*memos*), con puntualizaciones o sugerencias a la redacción, a fin de que incorpore, modifique o elimine algunas cuestiones. El ponente es libre de aceptarlas o no, aunque en este punto en aras de obtener el mayor consenso posible salvo en modificaciones de calado suelen acogerse las observaciones.

Los jueces que discrepen del contenido de la sentencia pueden emitir votos particulares, que pueden ser concurrentes (*concurring opinion*), discrepantes

⁸² Una de las imputaciones que se hacía al *chief justice* Burger era la de mutar su posición para no verse privado de esta facultad. Burger incluso llegó a designar a ponentes encontrándose entre la minoría. El descontento por esta actuación fue la que llevó, en otras cosas, a la aparición del libro *The brethren*.

⁸³ SCHWARTZ, B., *Decision: How the Supreme court decide cases*, op. cit., p. 178-206 (capítulo significativamente titulado *Vote switches*)

(*dissenting opinion*) o ambas (*concurring in part and dissenting in part*). Los votos particulares, al igual que las sentencias, también se inician con un borrador (*draft*) que se distribuye entre todos los jueces y que igualmente puede ser modificado en base a los informes (*memos*) remitidos por otros jueces.

Un ejemplo ilustrativo de alteración de la mayoría inicial y de sentencia cuyo resultado fue radicalmente distinto a la votación inicial lo tenemos en el caso *Planned Parenthood v. Casey*, que abordaba la constitucionalidad de una ley del estado de Pennsylvania que establecía una serie de restricciones legales a la práctica del aborto. En la votación inicial, siete de los jueces se habían inclinado por avalar la constitucionalidad de la ley. El propio *chief justice* Rehnquist se encargó de redactar el borrador de sentencia que, aun sin derogar explícitamente la doctrina Roe, la dejaba reducida a la mínima expresión. Sin embargo, tres de los jueces que integraban esa mayoría mutaron su posición y la sentencia final acabó declarando inconstitucional parte de la norma cuestionada⁸⁴.

Este peculiar modo de elaboración de sentencias implica que el *chief justice* ha de estar dotado de unas notables capacidades de liderazgo y negociación para alcanzar compromisos y llegar a acuerdos atrayéndose al mayor número posible de colegas. John Marshall fue capaz de lograr esa tarea, al igual que otros *chief justices* como Taney, Hughes, Warren, Rehnquist y Roberts. Cuando el Presidente del Tribunal no es capaz

⁸⁴ TOOBIN, J. *The nine*, op. cit., p. 37-58. El muñidor del cambio fue David Souter. William Rehnquist se tomó con enorme deportividad la situación, aunque Antonin Scalia emitió un airado voto particular.



de ejercer ese liderazgo, son otros jueces quienes asumen esa posición, como ocurrió en el caso de Stephen Field o Hugo Black.

F) Publicación de la sentencia.

Una vez elaborada la sentencia, queda el hacerla pública. Lo habitual es que ello se consume con la simple publicación, aunque en ocasiones, normalmente en los casos más candentes, los jueces comparecen para leer en público la resolución (o bien un resumen de la misma si aquélla es demasiado extensa) y los votos particulares.

Si un jurista español tiene la curiosidad de entrar en el portal web del Tribunal Supremo y, picado aún de más curiosidad, decide consultar alguna de las últimas sentencias dictadas por dicho órgano, sin duda alguna le llamará la atención por el enorme contraste tanto formal como material que existe entre las mismas y las sentencias de nuestro país.

1.- Al texto de la sentencia se antepone un *syllabus* más o menos amplio. Dicho texto no forma parte *stricto sensu* de la sentencia (diferenciación que se acentúa, además, por el uso de un tamaño inferior en la letra) sino una especie de resumen tanto de los hechos como de la doctrina judicial contenida en la sentencia.

2.- Se identifica quién ha sido el juez que redactó la sentencia, aunque en determinadas ocasiones se constata únicamente la expresión *per curiam*⁸⁵.

⁸⁵ Suelen aparecer dictadas *per curiam* las primeras sentencias del año judicial. Algunos casos polémicos también es posible que aparezcan resueltos de tal manera; así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Bush v. Gore*.

3.- En determinados casos a la sentencia se antepone un párrafo inicial donde en unas pocas líneas se avanza lo que va a ser el núcleo del análisis jurídico y la conclusión final a la que ha llegado el Tribunal.

4.- Aun cuando no existe una separación formal entre cuestiones fácticas y jurídicas (en tanto en cuanto únicamente existe una división entre varias partes identificadas con ordinales romanos) tal división se respeta absolutamente desde el punto de vista material, sin que se entremezclen hechos y derecho. Son, pues, inconcebibles paradojas tales como las que existen en la Sala de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, donde no es inhabitual encontrarse en los fundamentos jurídicos la siguiente expresión: "*Son hechos que sirven de base al presente asunto...*"

5.- En la sentencia hecha pública se consignan absolutamente todos los datos, sin ocultar nombres, apellidos, lugares, situaciones y fechas.

6.- Las resoluciones judiciales suelen cuidar sobremanera el estilo, de manera que por norma general suelen ser de muy fácil lectura. Además, es muy frecuente el uso de notas al pie de página, cita de artículos doctrinales y bibliografía e incluso en alguna que otra ocasión incluso de películas. En *Citizens United*, por ejemplo, se cita expresamente el film *Mr Smith goes to Washington* (clásico de Frank Capra cuyo título en español fue Caballero sin espada); en *District of Columbia v. Heller* existe un exhaustivo manejo por los jueces Scalia y Stevens de bibliografía sobre la época de los *founding fathers* para efectuar una interpretación de la segunda enmienda. En el clásico *The brethren* los autores relatan que el magistrado



Hugo Black, oriundo de un estado del sur, se inspiró en cierta ocasión en la letra del célebre canto sureño *I´m a good old rebel*,

7.- Finalmente, se añaden al texto de la sentencia los votos particulares tanto concurrentes como discrepantes.

G) Ejecución de la sentencia.

Los órganos judiciales estadounidenses, a diferencia de los españoles, carecen de la potestad para hacer ejecutar lo juzgado, por lo que el cumplimiento de lo previsto en el fallo depende estrictamente de las partes y, en último caso, del poder ejecutivo. No obstante, a nadie hoy en día se le pasa ni tan siquiera por la imaginación desobedecer una sentencia, mucho menos si la misma emana del Tribunal Supremo, aunque sí hubo ejemplos muy puntuales en los que hubo cierta resistencia. En la actualidad el Tribunal Supremo de los Estados Unidos goza de un altísimo prestigio entre la población y, aun cuando ha tenido periodos más o menos brillantes, lo cierto es que los ciudadanos estadounidenses han adoptado como norma de conducta el cumplir voluntariamente las resoluciones judiciales aun cuando discrepen de ellas.

Dos claros ejemplos de lo anterior lo tenemos en dos casos muy polémicos. El primero, el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, conocido como *Steel seizure case*, al que ya nos hemos referido anteriormente, y en el cual el Tribunal Supremo declaró inconstitucional la incautación presidencial de las acerías. Como indica William Rehnquist, que vivió en primera persona el caso como *law clerk* del juez Robert H. Jackson, el Presidente de forma inmediata ordenó al Secretario que reintegrase las acerías a los

propietarios, lo cual provoca en el autor una pertinente y atinadísima reflexión: *"One is tempted to wonder in how many countries that loudly proclaim that they have written constitutions would a harassed chief executive have so promptly carried out the adverse mandate of the nation's high court."*⁸⁶ El segundo, el caso *Bush v. Gore*. Aun cuando la sentencia fue muy discutida por varios motivos, como bien indica Stephen Breyer: *"what is important is what happened next. Gore, the losing candidate, told his followers not to attack the legitimacy of the Court's decision. And, despite the great importance of the decision, the strong disagreement about its merits and the strong feelings about the Court's intervention, the public, Democrats as well as Republicans, followed the decision. They did so peacefully..."*⁸⁷

En las escasas ocasiones en que la parte derrotada se resistió a cumplir con el mandato judicial, tuvo que resignarse al cumplimiento, bien de grado o bien por la intervención del ejecutivo federal. El caso más extremo es el ocurrido en Little Rock, cuando el gobernador de Arkansas, Orval Faubus, rehusó cumplir la sentencia *Brown v. Board of Education*, pues aunque inicialmente había dictado una orden para proceder a la integración, hubo de dar marcha atrás por presión popular, que le urgió a rectificar tal medida. Ante ello, la reacción del presidente Eisenhower fue fulminante: envió tropas

⁸⁶ REHNQUIST, W., *The Supreme Court*, op. cit., p. 189.

⁸⁷ BEYER, S. *Making our democracy work*, op. cit., p. 70. Conviene recordar que Breyer estaba entre los discrepantes en el caso *Bush v. Gore*, aunque él mismo reconoce que había motivos más que suficientes para estimar el recurso y ordenar un recuento, dada la evidente discordancia entre los criterios de admisión de un voto como válido entre unas mesas electorales y otras.



federales para ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo, y saltaron a las portadas de los diarios cómo los estudiantes de color entraban en el centro educativo escoltados por tropas federales armadas, pese a ser increpados por gran parte de la población.

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“DEL DERECHO GLOBAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y SU RECEPCIÓN LOCAL”

D. Alberto Biglieri

Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

“Los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido, casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública”.

Enrique Sayagués Laso
(uruguayo, 1922-1965)

RESUMEN:

La crisis existencial de las estructuras parlamentarias nacionales.

Las *notanbuenas noticias* de Europa.

El resurgimiento de la Doctrina como fuente principal.

El derecho indicativo.

Los modelos y proyectos ceñidos a las Contrataciones Públicas.

Aporte menor al menor del derecho comparado al derecho global de las Contrataciones Públicas.



Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción en el régimen jurídico argentino.

Contrataciones Directas en el Sistema Federal Argentino Dec. 1023/2001 Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción.

Normas indicativas internacionales sobre Contrataciones Directas, con citas y anotaciones. Conclusión.

1. La crisis existencial de las estructuras parlamentarias nacionales

La dificultad, o más compleja aún, la pérdida de competencias legislativas de los congresos nacionales a mano de los supranacionales es el punto culminante del estado de tensión que apareció en paralelo con la lentitud de los estados nacionales para adaptarse a la nueva era de la globalización económica aupada en la permanente innovación tecnológica, y la crisis de las estructuras clásicas de los partidos políticos, empujada a máxima velocidad por el fenómeno de las redes sociales y la horizontalidad de la exteriorización de las ideas que ellas vehiculizan.

A los factores económicos tradicionales en los procesos de integraciones supranacionales y mundial se ha incorporado el derecho. El tiempo mutó despiadadamente y así, ambos, se han convertido en dos de los componentes más relevantes de cualquier ingeniería de la creación de riqueza.

La falta – o los defectos- de regulación de los factores de la producción y de los medios tecnológicos dejan una grieta imposible de llenar en la clásica distribución constitucional de competencias, que como ya se

percibirá, ha sufrido un "gameover" con la prórroga internacional de producción, aplicación e interpretación de normas. En Argentina, la última reforma constitucional pergeñó otro factor – endógeno- de pérdida de competencias de los órganos legislativos subfederales. El contenido de los artículos 41, 42 y 43 trazan una nueva divisoria en el sistema federal, y en el caso que nos ocupa, tutela directamente desde el artículo 42 el derecho a la competencia y la protección al mercado, sin necesidad de analizar la naturaleza jurídica del instituto y de ella su atribución competencial.

Ese fenómeno de pérdida de competencias que mencioné al principio se palpa en la actualidad institucional europea. A nosotros solo nos llegan algunas noticias. Sobre estas *notanbuenas nuevas* me voy a referir en unas líneas, pero quiero refrescar en el paralelo que propuse al inicio que, la crisis del sistema de validación política y ciudadana de la legislación está ante nosotros, y en esta acepción, *nosotros* somos todos los países de la orquesta internacional, sin excepción.

La inflación normativa, las leyes memoriales, las leyes basura, las normas intrusas, etc., son objeto de estudio tanto en los lugares donde los órganos supranacionales absorben - casi todo- el poder de las estructuras nacionales y subnacionales como en donde los estados se debaten languideciendo ante el mercado global y salvaje mientras constitucionalizan su sumisión a los futuros marcos de integración supranacional a los que eventualmente se anexen⁸⁸.

⁸⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 73. Serán sometidos a referendo aquellos proyectos de ley en discusión por la Asamblea Nacional, cuando así lo



La verdad es que todo este periodo de transformaciones, como cualquiera que se precie de tal, está impactando en las bases institucionales de los sistemas democráticos, y en especial en lo referido a los andamiajes de los esquemas de representatividad de la ciudadanía, administración, legislación y gobierno, que junto a la jurisdicción conforman el cuadrilátero sobre el cual se va a desarrollar la próxima pelea del siglo. Las críticas que se produjeron en la mayoría de los países latinoamericanos ante la búsqueda de protección legislativa en casos de competencias ejecutivas y sobre las miles de declaraciones del congreso sin sustancia normativa, que emitió la mayoría de la doctrina⁸⁹ como un mensaje contra el intento de imposición de democracias plebiscitarias, hoy puede marcar el punto de partida, la vacuna, para proteger la representatividad popular de los parlamentarios.

decidan por lo menos las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea. Si el referendo concluye en un sí aprobatorio, siempre que haya concurrido el veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley.

Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

⁸⁹ Que comparto.

No hace falta que me encuentre ante un lector muy adentrado en la disciplina, para que perciba que he optado por reverdecer el método de distribución de funciones que enseñaba Mayer. Después de desarrollar sus opiniones sobre la función legislativa, la jurisdiccional y la administrativa, decía:

"Es una cuarta especie, situada al lado de las tres actividades que es costumbre mencionar: Lo que la separa de la administración es que la noción de ésta ha recibido también un elemento positivo, que debemos captar. Es preciso recordar que la administración, como especie de actividad particular, se ha separado del gobierno en la época en que la idea del Estado Moderno formulaba entre nosotros su programa de régimen de derecho, al cual todo debía estar sometido, aún las relaciones de poder público con el súbdito. La administración, desde su comienzo, ha sido contemplada como una actividad del Estado que se ejerce bajo la autoridad del orden jurídico que el debe establecer. Y eso mismo es lo que ha motivado su separación respecto del gobierno.

Por consiguiente, la administración no comprende a aquellas actividades del Estado por las cuales éste sale de la esfera de su orden jurídico para el cumplimiento de sus fines.

*Es lo que ocurre con las relaciones diplomáticas. Los Tratados internacionales, las gestiones ante gobiernos extranjeros...."*⁹⁰

Y el maestro alemán continúa con una enumeración de casos ajenos a la administración, como las declaraciones de guerra, la guerra civil, incluso los

⁹⁰ Mayer, Otto. DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1982. 2º Edición. TºI, pag. 11 y sgtes.



motines y muchas otras cuestiones de urgencia. Para luego poner el acento en la cuestión de las decisiones políticas vehiculizadas con el nombre de ley⁹¹:

"...el propio sistema constitucional produce una nueva especie de actos que salen del orden jurídico. Estas son las medidas individuales tomadas bajo la forma de ley. No conteniendo estas reglas de derecho, no forman parte de la legislación en el sentido estricto que acabamos de establecer. Se las califica, por lo común, como actos administrativos. Pero no tienen necesariamente ese carácter."

Ahora bien, a pesar de todo lo transcrito, hay algunas ideas que parecen ir tomando fuerza en ese horizonte europeo, que no se parece a la alegoría de la Utopía de Galeano⁹², pues se presenta cada vez más cercano, y parecido a un futuro posible.

2. Las notanbuenas noticias de Europa

Habrán notado que, a la profunda disección de las competencias legislativas nacionales, se le agrega la crisis ontológica del legislador local: considero que la pérdida o confusión de competencias derivó en una búsqueda inconsciente de mayor poder y, por lo tanto, de un seguro de representatividad. Señalo brevemente,

⁹¹Biglieri, Alberto. Diario La Ley, LL 9/5/2014, Buenos Aires Argentina.

⁹² Galeano, Eduardo. Poeta y Escritor Uruguayo (1940-2015). *"Ventana sobre la Utopía: Ella está en el horizonte. Yo me acerco dos pasos y ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve, para caminar."*

que la necesidad de toma de decisiones inmediatas que afectan derechos individuales también afecta a Europa. Pero los nuevos escenarios e hipótesis de conflicto ante la situación de los refugiados y el terrorismo, parecen justificativos lógicos para tolerar algún corrimiento de competencias legislativas hacia los poderes administradores, en oposición a la injustificada modalidad impuesta por el populismo de "líderes fundantes" latinoamericanos. La multiplicación de contrataciones secretas por cuestiones de seguridad, se elevan a niveles parecidos a los alcanzados en otros momentos previos a las grandes conflagraciones mundiales.

Seguro de Representatividad. Contra el típico modelo populista de la prórroga de potestades legislativas apareció en Europa la lógica de compartir más funciones administrativas, dotarse de recursos humanos de alta capacitación técnica y especialidades para producir normas regulatorias, ampliar las competencias de control, como los ejes de trabajo sobre los que se puede desarrollar una estrategia que ofrezca a la ciudadanía una demostración de la necesidad de la existencia de los parlamentos locales, ante los nuevos desafíos que aparecen en la América del Sur.

Nótese que la utilización del vocablo Parlamento⁹³, que está profundamente enraizado en la cultura y la historia monárquica británica puede ofrecer como fuente una salida decorosa para los maltratados congresos nacionales. Poca legislación, muy genérica, mucha influencia en el control y participación activa en la formación del gobierno, pueden garantizar la supervivencia del estamento que desde la Revolución

⁹³ Sin mencionar las Cortes o Congreso o Legislatura.



Francesa fue sinónimo de democracia, representatividad popular y ley, y que se marchita ahora cuando el poder se concentra por las deformaciones típicas de cada país, pero también por la necesidad de enfrentarse con alguna chance a la *hiperconcentración* de la economía mundial.

Resumiendo, esta introducción, sé que no estoy a la altura de resolver las dudas metafísicas que plantea Jurgen Habermas⁹⁴ en sus apreciaciones sobre la legitimación del poder en el esquema republicano y liberal, en especial porque esas nociones se instalan en la base de un sistema democrático cuyo punto de partida es la libertad de la emisión del sufragio. En efecto, no tengo incorporación cultural de esa concepción, pero si partimos del "contrato constitucional" renovado en 1994 en la Argentina como la base elemental positiva de nuestra convivencia republicana, aquella exigencia especial al Estado Constitucional de derecho deberá traducirse en el control popular y parlamentario de las designaciones y remociones de los funcionarios propuestos a los órganos supranacionales con competencia normativa.

La deslegitimación política de la representación popular en el órgano legislativo que generaron los liderazgos concentrados y unipersonales de Latinoamérica, se ancla en la búsqueda e imposición de una democracia plebiscitaria como sistema de gobierno no republicano, con los efectos que produce : falta de debates sobre creación y modificación de leyes en sentido formal y material , pérdida de consenso y respeto social por los legisladores , falta de estructura técnica para estudio

⁹⁴ Habermas, Jurgen. Ratzinger, Joseph. ENTRE RAZON Y RELIGION. Fondo de Cultura Económica. México. México DF. 2008. pág. 15.-

de la temática cada vez más compleja - como los impuestos, tecnología, biotecnología , etc.

Quizá, la justificación de Waldron⁹⁵, en función de la necesidad de profundizar el debate y el ejercicio reflexivo, para dotar de contenido democrático a las decisiones judiciales, sea de fácil adaptación al orden legislativo, con la solidez que le adjudica la atribución natural de sus competencias al sujeto Parlamento.

Agrego, que no se debe perder de vista y admitir con simpleza que cualquier presentación documental sin soporte papel está regulada por las normas que impusieron Steve Jobs o Bill Gates, o sea, nos encontramos en un nuevo siglo con un imperio regulador que no tiene domicilio fijo ni control soberano único ni soberanía política alguna. Que, como si fuera poco, cuentan con la caracterización de derecho humano al acceso a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, y el reconocimiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de la Nación⁹⁶,

⁹⁵ Waldron, Jeremy. DERECHO Y DESACUERDOS. Marcial Pons. Madrid. España. 2005.

⁹⁶ Ley 27078 **ARTÍCULO 2º** — *Finalidad*. Las disposiciones de la presente ley tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la



enunciado como finalidad principal por la Ley Argentina Digital.

En este pesimista panorama, reaparece en escena el respeto y la convocatoria a la tarea de los juristas, mientras los “parlamentarios” se concentran principalmente en las actividades gubernativas que Maier creía accesorias en ese órgano.

3. El resurgimiento de la Doctrina como fuente principal.

La aceptación paulatina de los principios generales del derecho, y su potivización⁹⁷ en la mayoría de los regímenes del derecho interno de cada estado, no son más que la consagración de una sustanciosa cantidad de opiniones doctrinarias, costumbre y jurisprudencias

accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo.

Asimismo, se busca establecer con claridad la distinción entre los mercados de generación de contenidos y de transporte y distribución de manera que la influencia en uno de esos mercados no genere prácticas que impliquen distorsiones en el otro.

En la ejecución de la presente ley se garantizará el desarrollo de las economías regionales, procurando el fortalecimiento de los actores locales existentes, tales como cooperativas, entidades sin fines de lucro y pymes, propendiendo a la generación de nuevos actores que en forma individual o colectiva garanticen la prestación de los Servicios de TIC.

⁹⁷CASSAGNE, Juan Carlos. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. Marcial Pons. Buenos Aires. Argentina. 2009. págs. 26, 50 y sgtes.

administrativas⁹⁸ concordantes sobre la vigencia y necesidad de la aplicación de distintos institutos que el derecho va incorporando globalmente. Por ejemplo, para el caso que estamos abordando, la aceptación universal del principio de transparencia en las contrataciones públicas, excede el marco de los Tratados Internacionales⁹⁹ que la plasmaron.

Esta corriente, quizás potenciada o sobrevalorizada por el poder nómade¹⁰⁰ de la movilidad académica y de los especialistas que se encuentran en jornadas, congresos y posgrados por todo el mundo y luego derraman la *buena nueva* en sus países tiene, a su vez, dos ejes sobre los que avanza con diferentes velocidades: La Innovación Tecnológica¹⁰¹ y la aplicación del derecho indicativo.

⁹⁸ Utilizamos la acepción de jurisprudencia administrativa "para calificar la emisión de opiniones y decisiones de órganos administrativos (no judiciales) de los distintos niveles de la estructura estatal, nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.", en: HUTCHINSON, Tomás. Director. BIGLIERI, Alberto, Coordinador. TRATADO JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIO. Editorial La Ley. Buenos Aires Argentina. 2010. Tº I, Volumen 3. pág. 220.

⁹⁹ La Convención de la ONU contra la Corrupción (artículo 5, inciso 1) se internalizó por la LN 26097, y su homónima Interamericana por la LN 24759.

¹⁰⁰BAUMAN, Zygmunt. LA GLOBALIZACION. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires. 1999. pág. 103 y sgtes.

¹⁰¹BIGLIERI, Alberto. Obsolescencia Programada. Revista Estilo CASA. Caja Previsional de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Número 37, junio de 2012. La Plata. Argentina.



La Innovación Tecnológica, simplifica trámites, posiciona en la web la información necesaria para el control social de las contrataciones, garantiza la competencia leal, etc. Y, en su fase más pedestre se impone con la imparable expansión de los "tramites sin papel", la "despapelización" o "papel cero", según los distintos nombres que han consagrado el mismo instituto empujado tanto por la informática como por la conciencia ambiental en contra del consumo de papel y la tala indiscriminada que ello presupone.

Otro aspecto interesante es el camino de la publicación de esa materia crítica circulante en la red. El libro digital no ha reemplazado el libro papel como objeto cultural eje de la memoria cultural de la humanidad, pero las características de los sistemas de autoedición y las entradas en wikipedia, han potenciado los resultados de los motores de búsqueda y amenazan con jubilar los editores/censores empresariales como figuras validantes de las opiniones doctrinales publicables.

Ahora el imperio regulador de Gates y Jobs nos impone un nuevo desafío, cada pieza de nuestra tarea será más influyente como herramienta de interpretación. Cuanto más nos adentremos en el abismo de la digitalización, más influyente serán las producciones de documentos originalmente digitales.

La digitalización de la producción bibliográfica pre-word no encaja con idéntica fuerza en los motores de búsqueda que la producción originariamente digital. Igual suerte corre la jurisprudencia. Ni siquiera el efecto es parejo entre los programas aplicables a la "traducción" digital. Una misma idea, para un caso idéntico, puede ser listado con miles de referencias de

distancia según el buscador y la calidad del documento del original en papel.

4. El derecho indicativo.

Entre estos vientos de cambio, y desde el atalaya crítico en el que me pretendo ubicar, es insoslayable evaluar la incidencia del nuevo espacio que abre en la disciplina interpretativa la irrupción de la disciplina que se conoce como derecho indicativo o *sof tlaw*.

Si bien a la fecha no se cuentan con registros de actividades jurisdiccionales que hayan seguido al pie de la letra el *bigbang* del fallo Salvatore Grimaldi¹⁰² del TJE, considero ese decisorio como un hito que se reconocerá con el paso del tiempo y el análisis permanente del fenómeno de la globalización.

Corresponde a esta altura, y antes de exponer algunas líneas sobre ese nuevo espacio disciplinario y su

¹⁰²C-322/88 Salvatore Grimaldi. "Dispositivo: Por estas razones, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda) responde a la pregunta planteada por el Tribunal de Trabajo de Bruselas, por sentencia de 28 de octubre de 1988, declara: A la luz del artículo 189, párrafo quinto, del Tratado, las recomendaciones de la Comisión de 23 de julio 1962 referentes a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, y 66/462 de 20 de julio de 1966, por las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales, no pueden por sí mismas crear derechos en favor de los particulares, que éstos pueden invocar ante los tribunales nacionales. Sin embargo, están obligados a tomar en consideración las recomendaciones con el fin de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando son adecuados para coadyuvar a la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias."



impacto sobre la normativa y la resolución de los conflictos en el ámbito de las contrataciones públicas, alertar a los lectores que los pactos de confidencialidad en la innumerable cantidad de tensiones que se resuelven en ámbitos arbitrales no permiten documentar la influencia real de esta fuente en la consideración de esas resoluciones. Sin embargo, puedo atestiguar sobre su asidua utilización argumentativa por las partes en esos casos.

Según el importante trabajo de recopilación histórica de ŞTEFAN, Oana Andrea¹⁰³, el antecedente que identifica el nacimiento del efecto del derecho indicativo en decisiones judiciales es en 1962, "cuando la Comisión Europea redactaba las "Christmas Notices". Las "notices" se referían específicamente a ciertas contrataciones con agentes comerciales y acuerdos de licencias. Al principio, dichas "notices" no fueron mencionadas en los juzgados, pero con el paso del tiempo, aquellas fueron cobrando importancia y, por ende, tenidas en cuenta a la hora del decisorio judicial. Las "notices" aumentaron de 41 antes del 2000 a 114 con posterioridad a dicho año. Este incremento se debió a la relevancia que tomaron a nivel judicial, al momento de fallar." De todas formas, según ese trabajo, tanto las *notices* como las *guidelines* de frecuente utilización en el derecho comunitario, siguen apareciendo separadas de las nociones de derecho positivo en ámbito jurisdiccional comunitario. En este sentido, mantiene la citada autora su opinión: "los instrumentos del derecho blando, como las *notices* y *guidelines*, no son usadas como *ratio decidendi* en los juzgamientos y opiniones analizadas, y, como

¹⁰³ŞTEFAN, Oana Andreea. Universidad College Dublin, Traducido por Cinthya Hutchinson. http://www.ucd.ie/t4cms/08_wish_paper_oana_stefan.pdf

consecuencia, el derecho blando no es transformado en derecho duro o normativo. Los casos mencionados anteriormente demuestran como circunstancialmente los instrumentos que conforman el derecho blando utilizados en Corte prestan especial atención a los principios generales del derecho.”

Reseñadas estas opiniones, dedicaré un breve espacio a reflexionar sobre el fallo Grimaldi:

La frase del TJE en el fallo en examen es por lo demás gráfica, realiza una parábola para concluir en un claro sentido de atribución de valor a la “norma indicativa”:

“16 En estas circunstancias, no puede haber duda de que los actos en cuestión son recomendaciones verdaderas, es decir, actos que, incluso respecto de sus destinatarios, no pretenden producir efectos obligatorios. Por lo tanto, no crean derechos que los particulares pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional.”

“17 A este respecto, el hecho de que haya transcurrido un período de más de veinticinco años desde la aprobación de las primeras recomendaciones en cuestión sin que todos los Estados miembros hayan hecho su aplicación, no tiene impacto sobre el alcance jurídico de este texto.”

“18 Sin embargo, con el fin de dar una respuesta completa a la pregunta planteada por el tribunal, hay que señalar que los actos en cuestión no pueden considerarse en cuanto a tener ningún efecto legal. De hecho, los tribunales nacionales están obligados a tomar en consideración las recomendaciones con el fin de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de las medidas nacionales adoptadas para velar por su aplicación, o cuando están destinadas a complementar las disposiciones comunitarias vinculantes.”



Es, en resumen, un hecho reiterativo e incorporado con excesiva ligereza en las relaciones internacionales y en las superestructuras burocráticas que se desarrollan alrededor de los marcos de estructuras regionales, comunitarias e internacionales: tanto los compromisos políticos y sociales sin protocolos aplicativos como las recomendaciones y consejos de las infinitas oficinas¹⁰⁴, grupos, consultorios etc, que pululan en esas estructuras, no pueden tacharse como ninguna utilidad.

Para profundizar la herida, sistemas federales como el argentino, chocan reiteradamente con compromisos como los enunciados en el Tratado de los Tratados, y ya hemos sufrido en fallos de los arbitrajes del CIADI (Caso Aguas del Aconquija) la discusión sobre la inexistencia de legitimación internacional de nuestros organismos subfederales, pues como todos sabemos, el texto de la Convención de Viena vigente desde 1980 dedica un articulado especial (26 y 47) para que los países de sistemas como el nuestro no puedan invocar el derecho local en perjuicio de la obligación internacional.

También se debe destacar, como lo señala MORENO MOLINA¹⁰⁵ algunas pautas y precedentes del TJE a la hora de "indicar" la conducta legislativa a seguir por un Estado de la UE según la que *"puesto que el destinatario de una directiva es el Estado miembro al que imponga una obligación, en principio no genera*

¹⁰⁴ En ambos sentidos.

¹⁰⁵ MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015, pág. 105.

derechos y obligaciones para los particulares. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, este principio general sólo sufre una excepción cuando el Estado miembro no haya satisfecho la obligación que le incumbe de adaptar el Derecho nacional a la directiva, o lo haya hecho incorrectamente. Así lo ha afirmado reiteradamente el Tribunal de Justicia, ver, por todas, la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/1984 y la sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión contra el Reino de Bélgica, asunto 102/1979.” Que goza de cierta ultraactividad sobre la cuestión de la Directiva 2014//24/ UE, apoyada por los fallos como Pfeiffer y otros(2001), Association de mediation sociale (2005), y Pohl- Boskamp (2015), medidas que desembocaron como fuente en la llamada de atención a España para que realice la “transposición” de esa directiva positivadora de los principios generales de la Contrataciones públicas a su derecho interno. Toda una compleja serie de “indicaciones obligatorias” sostenidas en que las excepciones señaladas en *Marshall* y *Comisión contra Bélgica*, legitiman al particular para obtener la transposición correcta o, en su defecto, transformar a través de la aplicación del efecto directo vertical descendente (y no el vertical ascendente, ni el horizontal, como afirma PINTOS SANTIAGO)¹⁰⁶, en derecho aplicable a su caso la directiva no internalizada o mal internalizada por el estado contra el que desarrolla su caso enarbolando el Derecho de la Unión Europea que le es negado.

¹⁰⁶ Al respecto véase AA.VV. (Director PINTOS SANTIAGO, J., *La implantación de la administración electrónica y la e-factura*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2017, págs 272 y ss.



A esta altura, la incidencia real del derecho público local, también a la luz del artículo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (documento de las Naciones Unidas, A/66/17, anexo I) (aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 1 de julio de 2011) ha quedado bastante restringida. En el mejor de los casos, los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones, o los acuerdos regionales, se van abriendo paso y robusteciendo paulatinamente los institutos que en sus textos afloran.

5. Los modelos y proyectos ceñidos a las Contrataciones Públicas.

En la postura que vengo sosteniendo, no puedo dejar de señalar que el numeral 3 del mensaje de la Asamblea General de la ONU en su 82ª sesión plenaria 9 de diciembre de 2011 rezaba así: “Recomienda a todos los Estados que utilicen la Ley Modelo al evaluar sus regímenes jurídicos de contratación pública y que presten la debida atención a las disposiciones de la Ley Modelo cuando promulguen o revisen su legislación en la materia;” y que no existen demasiadas justificaciones para, al menos, tener en cuenta ese texto en los análisis, considerandos y debates regulatorios que se producen en el proceso de construcción de las normas sobre contrataciones públicas.

En sentido similar, y como ya lo he expresado, el articulado del PROTOCOLO de Contrataciones Públicas del Mercosur¹⁰⁷ LN 26443, que anotaré más adelante,

¹⁰⁷ Que a la fecha solo ha sido “incorporado” por la Argentina a través de la LN 26443.

contiene en su artículo 14 una tolerancia al derecho local que es aceptada en el marco general de defender los principios de igualdad, concurrencia y transparencia (artículo 17 inciso¹⁰⁸) y la equidad entre los oferentes de los Estados parte del MERCOSUR (Artículo 18 inciso¹⁰⁹).”

Por otra parte, “El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP¹¹⁰) cuenta actualmente con 19 Partes, que abarcan a 47 Miembros de la OMC (si se cuenta como una sola Parte a la Unión Europea y sus 28 Estados miembros, todos los cuales se han adherido al Acuerdo). Otros 28 Miembros de la OMC y cuatro organizaciones internacionales participan como observadores en el Comité de Contratación Pública del ACP. 9 de estos Miembros que tienen la condición de

¹⁰⁸ Los Estados Partes asegurarán que los procesos de licitación se apliquen de manera no discriminatoria, haciendo efectivos los principios de igualdad, concurrencia y transparencia, cualesquiera sean los procedimientos de licitación o selección adoptados

¹⁰⁹ Una entidad de un Estado Parte podrá utilizar los procedimientos de contratación directa en los casos previstos en el párrafo 2 de este artículo, a condición de que no se utilicen aquellos procedimientos para evitar la competencia máxima posible o de forma que constituya un medio de discriminación entre proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras de los otros Estados Partes o de protección a los proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras nacionales.

¹¹⁰ https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm



observador, se encuentran en proceso de adhesión al Acuerdo.”¹¹¹

El texto en el sitio oficial de la OMC, motiva desde su sintaxis a la reflexión. EL ACP tiene 19 miembros, contando la UE como uno de ellos, pero en la infografía que la misma página ofrece, se detalla la fecha individual de la adhesión de cada Estado Parte de la UE al ACP. El estilo convencional del derecho internacional clásico luce en plenitud, y con más fuerza aun, ante la importancia que cada país le dá a su ejercicio soberano a la hora de regular el mercado de Contrataciones Públicas. La OMC, informa sobre un *nicho* de un 10 al 15%¹¹² del PBI, y otras fuentes, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)¹¹³ indican un porcentaje bastante superior, según las regiones que se analicen, entre las que se destaca la misma Unión Europea con el 21,66%. Con otras variables estadísticas, la Corporación Andina de Fomento (CAF)¹¹⁴, coincide en la apreciación del alto impacto de las Contrataciones Públicas en América Latina, haciendo referencia a los presupuestos estatales.

Tampoco escapa a mi visión, el hecho de que el bagaje jurisprudencial de los tribunales europeos de derechos humanos, han informado la actuación y las conductas

¹¹¹https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/memobs_s.htm

¹¹²https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm

¹¹³<http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>

¹¹⁴ CAF. UN ESTADO MAS EFECTIVO. Corporación Andina de Fomento. Reporte de Economía y Desarrollo 2015. Bogotá. Colombia. 2015. pág. 123.

de todos los órganos jurisdiccionales que fue desarrollando el proceso de integración de la UE. Generando una importante base de antecedentes y herramienta de interpretación. En este sentido, vale la pena consignar que la Constitución Nacional argentina, en su artículo 75, inciso 22¹¹⁵, hace mención a la vigencia de los Tratados en la "condición de su vigencia". El mayor tribunal nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha interpretado el texto constituyente en el sentido de: " Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación."¹¹⁶. Un antecedente que también, integración mediante¹¹⁷, influirá en su momento en los análisis de las jurisdicciones de todos los fueros mercosureños.

¹¹⁵ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 75:22:

¹¹⁶ Fallo CSJ: Giroidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa Nº 32/93, del 7 de abril de 1995. Considerando 11.

¹¹⁷ Pues, el MERCOSUR es hoy, apenas, un proceso de profundización de relaciones típicas de derecho internacional público clásico con algunas normas aduaneras comunes. Ampliar en nuestro trabajo. ESTUDIOS DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. Ediciones Jurídicas de E. Lecca Editor. Buenos Aires. Argentina. 2010.



6. Aporte menor al menor aporte del derecho comparado al derecho global de las Contrataciones Públicas.

Todo nuestro trabajo doctrinario, se valida y cobra sentido, cuando los colegas o la judicatura toman algunas ideas que pueden considerarse pequeños aportes a la disciplina y, que después del desarrollo de estas líneas, buscan espacio de crecimiento en el derecho global de las contrataciones. Acompaño, entonces, un resumen y actualización del trabajo que incluye una alerta para los órganos y agencias de control de las contrataciones públicas, emergente del eufemismo con el cual nos referimos a las contrataciones directas en nuestra jerga, y que ha sido utilizada por la Suprema Corte de Mendoza¹¹⁸.

¹¹⁸ Fallo SCJ Mendoza SI.En autos D., A. y Ots. c. Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza s/ Acción procesal administrativa. del 27/07/2015 : " Los regímenes nacional y local, en cambio, "encierran" dentro de un mismo trámite de "contratación directa" a supuestos bastantes diversos (contratos de menor cuantía, situaciones de monopolio, objetos contractuales fraccionables, meras urgencias, hipótesis de emergencia, etcétera), lo cual ha llevado a algunos autores a propiciar que se distinga entre la "contratación directa natural" de montos exiguos, de aquellas otras "contrataciones directas artificiales", por ejemplo, sobre objetos únicos en el mercado o cuando existe urgencia en la adquisición; ello con el objeto de que no se relajen los controles de la gestión pública en el segundo tipo de contrataciones directas, mediante la utilización de un procedimiento inicialmente previsto para contrataciones de escasa incidencia dineraria (ver: Biglieri, Alberto: "Contrataciones directas", en LA LEY, 2010-D, 1138)."

Entonces, he sostenido que las contrataciones directas, son un fenómeno de imposible erradicación en el sistema del derecho público. Nacieron antes que los procedimientos que conocemos, por vocabulario de uso cotidiano, como licitaciones y perviven en dos grandes grupos que receptan las normas vigentes y que clasificaremos en este trabajo. Nos encontramos ante la vigencia de dos institutos de distinta raíz, pero de idéntica denominación, que dificulta más la tarea de su estudio.

Como la constitucionalización del derecho a la vida no eliminó, ni redujo la tasa de homicidios, ni la mortandad infantil por desnutrición, ni los accidentes de tránsito fatales en la Argentina, ni en ninguno de los países que han incorporado los Pactos Internacionales de protección a los Derechos Humanos a sus bloques de constitucionalidad. Tampoco la incorporación al derecho interno de los Pactos sobre transparencia y anticorrupción o la constitucionalización¹¹⁹ de la Licitación eliminará la corrupción.

Es que, como intentaré demostrar, la construcción del instituto procedimental "licitación" no se acuñó como un sistema destinado a combatir la plaga eterna del actuar indecoroso del administrador. Y desde allí es que me arriesgo a sostener que las constantes modificaciones a los sistemas de selección previa del contratante y, en especial, la inmensa cantidad de excepciones que como un paso o eslabón más del método procedimental,

¹¹⁹ En Argentina el procedimiento licitatorio está ordenado en las Constituciones Provinciales de: Catamarca: Art. 174. Corrientes: Art. 22. Chaco: Art. 67. Entre Ríos: Art. 44. Jujuy: Art. 85 La Rioja: Art. 72. Mendoza: Art. 37. Neuquén. Art. 224. Río Negro Art. 98. Tucumán: Art. 12. Buenos Aires (solo para las Municipalidades) Art. 193. inc.7.



consagran la posibilidad de contratar directamente por montos y dimensiones que a priori no podrían excusarse de licitar, hacen volver el tiempo atrás. Desandando el camino, desconstruyendo el instituto de la licitación pública desde el poder político, cualquiera que fuese su signo, se busca la libre contratación que, ataviada de agilidad y eficacia administrativa, se utiliza para encubrir la irregularidad del actuar estatal teñido de sospechas e impunidad.

Es que, la gran dificultad se encuentra – para quienes buscan como principal finalidad de este procedimiento la transparencia y la lucha contra la corrupción- en la equívoca denominación de dos institutos de una naturaleza diametralmente opuesta, consagrados en nuestra normativa con un idéntico nombre que confunde tanto al principiante como al más avezado investigador de los órganos u organismos de control.

Efectivamente, es una Contratación Directa, la que se realiza en los niveles iniciales de la escala dineraria fijada por las normas contractuales –sólo precedida por las “cajas chicas” u otros similares- y se conecta como la única alternativa de los actuales procedimientos licitatorios que puede demostrar su relación genealógica y plantarse ante la sociedad como la legítima heredera de su honorable antepasada: la libre contratación pública.

Por el contrario, el instituto de las “excepciones”, aplicables a montos superiores, puede pretender ligarse a otros antecedentes contractuales cuando las analogías del derecho privado prevalecían sobre las normas puras de derecho público, y que fueron a ocupar el espacio que dejó vacío la libertad contractual del Estado. Luego el crecimiento de la incidencia administrativa activa en el mercado, exigía como

correlato mayor control para ese supuesto, y en menor medida –este es mi planteo- limitar los pecados de la tentación de los funcionarios que podían orientar la decisión hacia una contraparte con la que se relacionen, en riña con la ética.

Lo cierto, es que el procedimiento licitatorio recorre un orden lógico –a veces sin secuencia temporal- que va desde su nacimiento al posterior abandono de la libertad contractual mencionada, incorporando obstáculos al recorrido selectivo de la contraparte, a la vez que robusteciendo su anclaje normativo. Cuanto más alambicado el procedimiento, más alto el rango normativo que lo impone.

Pero, hecha la ley... (o el reglamento, o el Tratado, o la manda constitucional), institucionalizado el atajo.

Las excepciones, que como veremos también se han multiplicado con el tiempo, han progresado aún más en el volumen de los objetos contratados que en su normativización¹²⁰. Y como si esto fuera poco, la doctrina –y la jurisprudencia y la legislación– bautizan genéricamente al desenlace del procedimiento inconcluso con idéntica terminología que aquellos contratos menores ya mencionados. A ambos se los conoce como: Contratación Directa.

Esta última, se transforma en un instituto virtual, bajo cuya denominación se engloba a todos los institutos

¹²⁰ La urgencia y el único oferente acaparan la mayoría de las contrataciones. El crecimiento monumental es el de los montos que se contratan sin licitación. Últimamente, aún sin registros ni estadísticas que puedan cotejarse, la excepción relacionada con las compras secreteas en la lucha contra el terrorismo, ha recuperado el espacio que había cedido en tiempo de paz la adquisición de armamentos bélicos.



reales de las excepciones aplicables al procedimiento licitatorio disparado por la norma determinante del quantum de los contratos públicos, creando una confusión fenomenal.

Contrataciones Directas: La Contratación Directa, es un instituto subsistente del viejo régimen de libertad contractual del Estado incipiente, con poca intervención administrativa y menor presencia en el mercado. Conlleva un altísimo nivel de responsabilidad del funcionario, pero que se ve muy amenguado por la escasa incidencia dineraria de la contratación. Incluso, pasa inadvertida en las macro auditorias y controles superficiales de los órganos u organismos cuya competencia se limita al control posterior de la gestión pública.

Me he referido a las primeras, las que se determinan así por utilizarse para la adquisición de servicios o suministros por montos menores, – Contrataciones Directas naturales y a las se utilizan para unificar el conjunto de excepciones del procedimiento licitatorio-Contrataciones Directas artificiales.

Se comenzará a notar que, la artificial, crea una cortina de humo, que produce dos efectos: primero impide la visión y luego irrita la vista. Como el sistema real consagra a la contratación directa natural para montos exiguos, los controles se relajan. Pero aún cuando perciben que la importancia dineraria, la duración o la trascendencia pública de esa contratación directa artificial no se condice con su natural aplicación, se aborda su estudio desde el falso presupuesto que el recorrido del procedimiento precontractual, con la sola cita y aplicación parcial de las normas licitatorias –que contienen las excepciones-, implica su respeto y conclusión normal.

Abundan publicaciones de llamados a cotizar sobre objetos únicos en el mercado. U otras cuya urgencia en la adquisición, se argumenta después de iniciado el procedimiento. Todos "atajos" para lograr una contratación directa artificial, justificada por la excepcionalidad.

La situación, además se relaciona en forma directa con la complementariedad de la norma administrativa en relación con la legislación penal, de ética pública y las convenciones internacionales de transparencia y anticorrupción. El desapego al procedimiento es la infracción que dispara el control sobre la responsabilidad penal del funcionario.

7. Objeto o características principales de las Contrataciones Directas por vía de excepción en el régimen jurídico argentino.

La catarata de excepciones que recoge la normativa nacional, provincial, municipal y de la Ciudad autónoma permiten realizar una clasificación bastante genérica que se repite, detalles más, detalle menos, en todos los ámbitos subfederales. Los ejemplos a los que recurriré están prácticamente circunscriptos a los procedimientos de la Nación y de la Ciudad Autónoma, pero creo que este ordenamiento que propongo logra, con una ligera búsqueda legislativa local, transformarse en una herramienta de consulta simple para analizar los cientos de normas vigentes en la materia. Entonces digo que se pueden agrupar a las Contrataciones Directas, que surgen de las excepciones al procedimiento general, en grandes conjuntos que responden a una característica primordial:



a) El tiempo disponible para cumplir con los cometidos estatales; b) las características especiales del objeto o del sujeto prestador; c) los ajustes que distinguen las finalidades públicas de las privadas en un mundo en permanentes cambios; d) los objetos sociales, estatutarios o legales y las finalidades en ellos incluidos; y, e) algunos supuestos procedimentales legislados desde el espíritu de la economía estatal. Estas condiciones me permiten clasificar dentro de estos grandes grupos la innumerable cantidad y disparidad de situaciones que recoge la normativa aplicable a estos regímenes de excepción.

En general se puede englobar¹²¹ los innumerables casos de excepciones al procedimiento licitatorio , descritos materialmente en el párrafo anterior, en esos cinco ítem, pero por una lógica práctica , he preferido separar las cuestiones de seguridad y defensa de las del objeto o sujeto especial; mantener como vías simples los subsistemas de *Ius Variandi* y Licitaciones desiertas; y seguir el orden de ocurrencia de los procedimientos referidos, proponiendo entonces, seis grandes grupos de estudio de las vías excepcionales de "salteo" al sistema: a) *Único Oferente*, que incluye todas las situaciones monopolísticas que transforman en un contrasentido un llamado a Licitación, con los gastos y

¹²¹ "Y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido, casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino `una licitación pública determinada', o sea reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así que, siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que solo cuadra con una legislación determinada". SAYAGUES LASO, Enrique. La Licitación Pública. Texto actualizado por MARTINS, Hugo Daniel y DAPKEVICIUS, Rubén Flores. Julio Cesar Faira Editor. Montevideo. 2005. P. 29.

costos que ello implica. ; b) *Emergencia / Urgencia: verdadero bill de indemnidad* de la Administración Pública, que muchas veces debe actuar ante verdaderas emergencias o catástrofes (terremotos, epidemias, inundaciones , etc.), pero que en muchas otras recurre a esta excepción para ocultar su falta de previsión (obras de mantenimiento, reemplazo por consumo de la vida útil, avance tecnológico, etc) c) *Ofertas frustradas*: Este caso es una excepción que empuja una contratación directa , pero desde la realización previa de una Licitación anterior¹²² que ha fracasado, por no presentación, falta de requisitos de los oferentes o por inadmisibilidad técnica de las ofertas¹²³ d) *El Ius Variandi*, como las compras accesorias, a veces superan el monto del contrato inicial (y ello debería haber sido canalizado en una nueva Licitación). Esta excepción arrastra una gran cantidad de críticas de la más calificada doctrina por la falta de claridad¹²⁴ que genera el no tener conciencia previa del objeto final de la contratación. e) *las Compras Secretas*: típicas adquisiciones de armas de las épocas de dictadura, hipótesis de conflicto limítrofes y fantasmas bélicos, que han cedido espacio a los objetos especiales del software, la seguridad electrónica

¹²² Una o Dos. Hay legislaciones que habilitan la Contratación Directa luego del primer fracaso, y otras postulan la exigencia de declarar desiertos dos llamados.

¹²³ BIGLIERI, Alberto, Responsabilidad del Estado – Las reglas de juego precontractuales- “en DESAFIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORANEO, de AAVV, Coordinado por V. Hernández Mendible. Ediciones Paredes. Caracas. 2009. TºI. P- 926.

¹²⁴ MAIRAL, Héctor. LAS RAICES LEGALES DE LA CORRUPCIÓN. Cuadernos Res Pública Argentina. Buenos Aires. 2007. P. 27



y algunos sistemas de telecomunicaciones para las fuerzas del orden. *f) Oferente Estatal.* Las contrataciones interadministrativas, en las que no se persigue el fin de lucro y se presumen la calidad y garantía de la prestación que están aseguradas desde las mismas normas que informan la competencia y atribuyen patrimonio, crédito y presupuesto a los organismos contratantes.

8. Contrataciones Directas en el Sistema Federal Argentino Ex Dec. 1023/2001.

Salvo aquella nominación de contratación directa natural, que he propuesto en párrafos precedentes, no he dedicado mayor esfuerzo en analizar y estudiar las normas de contratación directa por montos menores. Esta indiferencia, se instala en el convencimiento de que también le ha restado importancia el legislador local – y de hecho tampoco aparece relevante en ninguno de los documentos internacionales que se tratan en este trabajo - pues con inclusión en el artículo 25 inciso d) del Dec. 1023/2001 (que desagrega 10 casos distintos), limita, únicamente, a su primer apartado el supuesto de contratación directa propiamente dicha o *natural*, restándole trascendencia¹²⁵ e importancia:

"1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación."

A partir de aquí, cada uno de los nueve apartados siguientes no respetan el "techo" del monto contractual

¹²⁵ En los hechos, tampoco son significativos los montos que se aplican a este procedimiento.

y pueden ser utilizados sin límite dinerario alguno, las contrataciones directas *artificiales*, irrumpen claramente en las mediciones de implicancia presupuestaria de la actividad económica.

Una reglamentación dictada en el año 2012 por el Decreto 893, trajo alguna novedad. En aquella ocasión impuso un paso previo a las contrataciones directas *artificiales*, en aquellas que ocurren por la caída de dos licitaciones previas¹²⁶ y en los casos de urgencia¹²⁷. A estos tres supuestos se les exigía cumplir con una compulsa de precios abreviada, en los casos en que se constate la existencia de más de un potencial oferente¹²⁸.

¹²⁶ 4. Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si éste también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso. (Apartado sustituido por art. 6º del Decreto Nº 666/2003 B.O. 25/3/2003. Vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria.)

¹²⁷ 5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

¹²⁸ Dec. 893/12. ARTÍCULO 19.- PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. El procedimiento de contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones. Las



Los otros supuestos de los apartados 2): Obras científicas, técnicas o artísticas¹²⁹; 3): Bienes o servicios exclusivos del proveedor¹³⁰; 6): Operaciones secretas¹³¹; 7): Reparación especial de maquinarias¹³²;

contrataciones directas podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple.

Las contrataciones directas por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4 ó 5 -para los casos de urgencia-, del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificaciones.

¹²⁹ 2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del cocontratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.

¹³⁰ 3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubiere sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora.

La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

¹³¹ 6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de

8): Contratos interadministrativos¹³³ 9): Consultorías con Universidades Públicas¹³⁴ y 10) los efectores del

seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

¹³² 7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

¹³³ 8. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL entre sí o con organismos provinciales, municipales o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también con las empresas y sociedades en las que tenga participación mayoritaria el Estado, siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o de salud. En estos casos, estará expresamente prohibida la subcontratación del objeto del contrato. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto N°204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

¹³⁴ 9. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL con las Universidades Nacionales. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto N°204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)



desarrollo social¹³⁵, podían ser objeto de una adjudicación simple¹³⁶, sin más trámite.

Finalmente, la reglamentación dejaba abierta la facultad de la administración de incluir en el sistema de compulsa previa a los supuestos de urgencia y compras secretas, según el caso¹³⁷.

Los métodos consagrados como de adjudicación simple o compulsa abreviada no aportan grandes cambios. Las

¹³⁵ 10. Los contratos que previo informe al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscritas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha. (Apartado incorporado por art. 1º del Decreto N°204/2004 B.O. 23/2/2004. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial, para las contrataciones que se autoricen a partir de esa fecha.)

¹³⁶ Las contrataciones directas por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, 9 ó 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones.

¹³⁷ Las contrataciones directas que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia- y en el apartado 6, del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso.

compulsas, como los viejos concursos, o la simple recolección en el expediente de presupuestos de los proveedores, se orientaron siempre a la necesidad de informarse sobre los precios de plaza.

El caso de compulsas para la Licitación Fracasada parece un contrasentido, pero de ello nos hemos ocupado en otras oportunidades. Sí vale la pena señalar, que el artículo 24 del Decreto Reglamentario del 2012 intentaba con mucho esfuerzo deslindar el territorio confuso y superpuesto de la emergencia y la urgencia.

Tomando una "enunciación abierta" de casos con los que pretendía realizar una definición para la emergencia: *"los accidentes, fenómenos meteorológicos u otros sucesos que creen una situación de peligro o desastre que requiera una acción inmediata y que comprometan la vida, la integridad física, la salud, la seguridad de la población o funciones esenciales del Estado Nacional"* , y concediéndole valor residual a la urgencia, o sea , aquellos supuestos apremiantes y diferentes a estos. Debo decir que, el cierre de este artículo contenía una noción feliz de técnica de control de la responsabilidad administrativa de los funcionarios. La sola invocación de una o ambas causales, no eximía de las sanciones disciplinarias que correspondiesen por la falta de previsión.

En 2016 se reemplazó el DR 893/2012 por el actualmente vigente 1030/2016. Para unificar nuestro comentario corresponde indicar que los supuestos de excepciones al principio general de licitar , se resumen en un articulado distinto, en el que el artículo 14¹³⁸

¹³⁸ DR 1030/2016. ARTÍCULO 14.- PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. El procedimiento de contratación



encierra los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 a los que presupone calificados como para solucionarse desde una adjudicación simple; con la utilización de una compulsa abreviada cuando haya más de un potencial oferente para los supuestos encuadrados en los

directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones directas podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple. Las contrataciones por compulsa abreviada serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4, 5 -para los casos de urgencia- del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia-, y en los apartados 6 y 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, podrán ser por compulsa abreviada o por adjudicación simple, según el caso. Las contrataciones que se encuadren en el apartado 10 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado Nº 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios deberán sustanciarse por compulsa abreviada, con la excepción de aquellos procedimientos que bajo esta causal tramite el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, los cuales podrán efectuarse por adjudicación simple.

apartados 1, 4, 5 -para los casos de urgencia- del mismo inciso y artículo; y finalmente, deja abierta una opción de compulsa abreviada o adjudicación simple “ según el caso “ en las situaciones descritas en las contrataciones que se encuadren en el apartado 5 -para los casos de emergencia-, y en los apartados 6 y 10, aún cuando para este último prevé la compulsa abreviada salvo que se trate de los efectos del Ministerio de Desarrollo Social que podrán realizarse por adjudicación simple.

Corresponde señalar que el DR 1030/2016, utiliza una armónica referencia a las excepciones, numerando correlativamente sus artículos con los supuestos en el orden del artículo 25¹³⁹ inciso d) del Decreto Delegado

¹³⁹ DD 1023/2001. Artículo 25, inciso d):CONTRATACION DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:

1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación.
2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo. Se deberá fundar la necesidad de requerir específicamente los servicios de la persona física o jurídica respectiva. Estas contrataciones deberán establecer la responsabilidad propia y exclusiva del contratante, quien actuará inexcusablemente sin relación de dependencia con el Estado Nacional.
3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal



1023/2001. De allí que al apartado 1 de la norma

exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

4. Cuando una licitación haya resultado desierta o fracasada y se efectúe un nuevo llamado, deberán modificarse los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si esta licitación también resultare desierta o fracasare, podrá realizarse la contratación directa, utilizando el Pliego de Bases y Condiciones Particulares del segundo llamado.

5. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

6. Cuando el PODER EJECUTIVO NACIONAL haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

8. Las contrataciones entre reparticiones públicas o en las que tenga participación mayoritaria el ESTADO NACIONAL. En estos casos quedará prohibida la subcontratación del objeto.

En las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar.

sustantiva, le corresponde la reglamentaria del artículo 15, al apartado 2 las del 16 y así sucesivamente has llegar al inciso 10 en el artículo 24 del reglamento.

9. Normas indicativas internacionales sobre Contrataciones Directas.

Las excepciones en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (documento de las Naciones Unidas, A/66/17, anexo I) (aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 1 de julio de 2011) Artículo 30.

" 5. La entidad adjudicadora podrá contratar con un solo proveedor o contratista, conforme a lo previsto en el artículo 52 de la presente Ley, cuando se den las siguientes circunstancias excepcionales:

a) Si el objeto del contrato adjudicable solo puede obtenerse de determinado proveedor o contratista, o si determinado proveedor o contratista goza de un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato, por lo que, a falta de otras opciones razonables, no es posible valerse de ningún otro método de contratación;

b) Si, debido a una situación de catástrofe, la necesidad del objeto del contrato es tan urgente que no resulte viable entablar algún otro método de contratación pública por el tiempo necesario para el empleo de esos métodos;

c) Si, habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de determinado proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decide adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, y teniendo además en cuenta la eficacia con la que el contrato original haya respondido a las necesidades de



la entidad adjudicadora, el volumen relativamente bajo del contrato propuesto en comparación con el del contrato original, el carácter razonable del precio y la inexistencia de otra fuente de suministro que resulte adecuada;

d) Si la entidad adjudicadora determina que cualquier otro método de contratación resultaría inadecuado para la protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado; o” .”

e) Si, [a reserva de la aprobación del [nombre del órgano competente designado por el Estado promulgante para dar esa aprobación], y] tras haberse publicado un aviso y dado la oportunidad debida para hacer observaciones, es necesario recurrir a un proveedor o contratista determinado para promover alguna política socioeconómica de este Estado, siempre que no sea posible promover esa política contratando a algún otro proveedor o contratista.” (este supuesto podría incluirse, también entre los referidos en el caso de Único Oferente o, por la excepcionalidad del procedimiento en algún tipo similar al que titulamos como Ofertas frustradas)

Nótese finalmente que en la Ley Modelo no aparece, como era de esperar, la excepción que calificamos como Oferente Estatal, obvia ausencia en el esquema de un modelo inspirado y trabajado en los límites y objetivos del juego del desarrollo mercantil.

Las excepciones en el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR. **MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 23/06**

"Artículo 12 – EXCEPCIONES GENERALES.

- 1. Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Parte la adopción de medidas que*

considere necesarias para proteger sus intereses esenciales en materia de contrataciones relativas a la seguridad y defensa nacional.”

"Artículo 18 – REGLAS PARA LA CONTRATACIÓN DIRECTA

1. *Una entidad de un Estado Parte podrá utilizar los procedimientos de contratación directa en los casos previstos en el párrafo 2 de este artículo, a condición de que no se utilicen aquellos procedimientos para evitar la competencia máxima posible o de forma que constituya un medio de discriminación entre proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras de los otros Estados Partes o de protección a los proveedores de bienes y prestadores de servicios u obras nacionales.*

2. *Una entidad podrá adoptar procedimientos de contratación directa en las siguientes circunstancias:*

a) *en ausencia de ofertas en respuesta a una convocatoria de licitación pública o cuando las ofertas presentadas hayan resultado inadmisibles y/o no se ajusten a los requisitos esenciales del pliego de licitación, cuando justificadamente la licitación no pueda ser repetida sin perjuicio para la entidad contratante y siempre que en el contrato adjudicado no se modifiquen las condiciones preestablecidas;*

b) *cuando, por tratarse de obras de arte, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, o cuando por razones técnicas no haya competencia, los bienes, servicios u obras sólo puedan suministrarse por un proveedor de bienes o un prestador de servicios u obras determinado sin que existan otras alternativas o sustitutos razonables;*

c) *hasta donde sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia o emergencia*



debidas a acontecimientos que la entidad no pueda prever o evitar, no fuera posible obtener los bienes o servicios u obras a tiempo mediante licitaciones públicas o su realización perjudicara seriamente las actividades de la entidad contratante y solamente para los bienes necesarios a atender la situación urgente y fracciones de obras y servicios que puedan ser concluidos en el plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días seguidos e ininterrumpidos, contados a partir del acto administrativo a través del cual se declare la necesidad de realizar una contratación directa, siendo vedada la prórroga de los respectivos contratos;

d) para la adquisición de componentes o piezas de origen nacional o extranjero, necesarios para el mantenimiento de equipos durante el período de garantía técnica, al proveedor original de esos equipos cuando tal condición de exclusividad fuese indispensable para la vigencia de la garantía;

e) cuando se trate de contrataciones adicionales del proveedor inicial de bienes o del prestador inicial de servicios ya sea como partes de repuesto o servicios continuos para materiales, servicios o instalaciones existentes, o como ampliación de materiales, servicios o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor de bienes o prestador de servicios obligaría a la entidad a adquirir equipo o servicios que no se ajustaran al requisito de ser intercambiables con el equipo o los servicios ya existentes;

f) cuando en el curso y para la ejecución de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o fabricación original, surja la necesidad de adquirir un prototipo o un primer bien o servicio. Una vez que se hayan cumplido los contratos de esa clase, la compra de bienes o servicios que se efectúen como consecuencia de ellos se ajustarán a los procedimientos de licitación;

g) en contratos con profesionales o entidades considerados, en su campo de actuación, de notoria especialización, derivada del desempeño previo, estudios, experiencia, publicaciones, organización, equipos, personal técnico o de otros requisitos relacionados con sus actividades, que permitan inferir que su trabajo es esencial e indiscutiblemente el más adecuado para la plena satisfacción del contrato;

h) cuando una entidad requiera servicios de consultoría relacionados con aspectos de naturaleza confidencial, cuya difusión pudiera razonablemente esperarse que comprometa información confidencial del sector público, cause perturbaciones económicas serias o, de forma similar, sea contraria al interés público, y

i) en los casos en que la legislación del Estado Parte prevea la contratación directa de entidades integrantes o controladas por la Administración, de instituciones sin fines lucrativos dedicadas a la asistencia social, a la enseñanza, a la investigación y al desarrollo institucional, y para contratación con recursos de dichas instituciones siempre que sean utilizados exclusivamente para la investigación científica y tecnológica.

Con referencia al caso de los oferentes estatales y además de la inclusión en su lógica de los efectores sociales, podría incorporarse al "rubro" y considerar que quede ampliado a partir de la consolidación de las estructuras supranacionales integradas que comprendan la necesidad de compartir los mismos fines y objetivos que sus pares en cada estado parte y las posibilidades que brinda, por ejemplo, la idea de compras estacionales en salud que mantenemos de 2010¹⁴⁰.

¹⁴⁰ "los refuerzos de vacunación y sanitarios ante brotes epidémicos reconocen mapas migratorios de las distintas



10. Conclusión.

En el mismo sentido que he alertado sobre el agotamiento de la discusión binaria entre la existencia o presencia del derecho indicativo en el marco de las relaciones de la contractualidad pública, presencia en la que incluyo la enorme masa de compromisos internacionales no internalizados por los estados comprometidos, creo que es posible realizar un esfuerzo menos ampuloso y mediático que las grandilocuentes cumbres internacionales para dictar y suscribir cada vez más instrumentos y compromisos de difícil realización, y empezar a incluir en la cláusula del orden normativo de las interpretaciones de los Pliegos Licitatorios a la Ley Modelo de la UN sobre Contrataciones Públicas, a los Tratados anticorrupción y a el Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, al menos en los renglones finales. Un simple y humilde aporte a la regulación, limitante de la discrecionalidad y respetuosa de la recepción de los principios generales que vamos desarrollando con tanto esfuerzo y tantos recursos, que además redundará en una demostración de una actitud respetuosa al Tratado de los Tratados, en especial desde los países con sistemas federales que se ven obligados a internalizar tantas veces como jurisdicciones convivan en su estructura territorial

enfermedades, especialmente diseñados dentro del subcontinente dejando saldos sobrantes de dosis donde ya se haya reducido el brote inicial que se podría transferir a la región que se encuentra en el pico de la crisis” en BIGLIERI, Alberto. Estudios de derecho de la Integración. Op. Cit. Pag. 134. Vale la pena agregar que los caos de Gripe A o Zika, permiten ampliar esta lógica y extenderla a la cuestión de la evolución e ineficacia de las cepas, a su vencimiento, a los químicos utilizados en fumigación, etc.

soberana los TI a los que su organización federal adhirió, como el caso que desarrollamos sobre Argentina y el Protocolo de Contrataciones Públicas del MERCOSUR.



BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA Del GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.



Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM.** Todo ello sin perjuicio de la

obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en



orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.

- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es



La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán

aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana¹⁴¹. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

¹⁴¹ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y un abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.



Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-
A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso