

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

Nº34 | julio 2023 Semestral

AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA



SUMARIO:

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA *NON REFORMATIO IN PEIUS*, Y DEL LÍMITE A LAS IMPUGNACIONES POR LA ADMINISTRACIÓN

LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LA COMPARECENCIA DE LAS MUTUAS COMO DEMANDADAS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ACCIÓN SOCIAL CONCERTADA: ¿SON REALMENTE LOS CONCIERTOS SOCIALES “INSTRUMENTOS NO CONTRACTUALES”? EXTREMADURA Y OTRAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS

Nº34 julio 2023. Semestral

CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
José Luis Seoane Spiegelberg

COMITÉ EDITORIAL:

Manuel J. Domingo Zaballos
(Coordinador)
Manuel Alcover Povo
José Pérez Gómez
Francisco Pleite Guadamillas

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A,
Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2076

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA NON REFORMATIO IN PEIUS, Y DEL LÍMITE A LAS IMPUGNACIONES POR LA ADMINISTRACIÓN.

por Germán Orón Moratal. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universitat Jaume I

17

LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

por Juan Antonio Toscano Ortega. Doctor en Derecho. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

40

LA COMPARECENCIA DE LAS MUTUAS COMO DEMANDADAS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

por Jaime Lozano Ibáñez. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

49

ACCIÓN SOCIAL CONCERTADA: ¿SON REALMENTE LOS CONCIERTOS SOCIALES “INSTRUMENTOS NO CONTRACTUALES”? EXTREMADURA Y OTRAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS.

por Álvaro Casas Avilés. Funcionario de Administración local con habilitación nacional. Secretario General de la Diputación de Cáceres

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA *NON REFORMATIO IN PEIUS*, Y DEL LÍMITE A LAS IMPUGNACIONES POR LA ADMINISTRACIÓN¹

LEGAL CERTAINTY AS THE BASIS OF NON REFORMATIO IN PEIUS, AND THE LIMIT TO CHALLENGES BY THE ADMINISTRATION

¹ Este texto se corresponde parcialmente con el que próximamente se publicará en el número 10 de la Colección Diálogos Jurídicos España- México, y que editan las Universidades Autónoma del Estado de México y la Jaume I de Castelló. Aquí se han eliminado las cuestiones suscitadas en el Ordenamiento mexicano.

GERMÁN ORÓN MORATAL

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universitat Jaume I

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Prohibición de *reformatio in peius*.
 - II.1. Reflejo de la prohibición en la Ley General Tributaria.
 - II.2 Vía administrativa y vía jurisdiccional.
 - II.3. Situación inicial y pretensión.
 - II.4. Conclusión.
- III. Recursos de la Administración contra resoluciones de los TEA.
 - III.1. Legitimación en la vía administrativa.
 - III.2. Legitimación en la vía jurisdiccional contenciosa.

Bibliografía citada

RESUMEN

El reconocimiento de una situación de un particular por la Administración, y singularmente la tributaria, no puede verse empeorada como consecuencia de la interposición de recursos del propio administrado, pues la *reformatio in peius* vulnera el principio de seguridad jurídica. Como lo vulnera también la posible interposición de recursos en vía contencioso-administrativa por la Administración sin la necesaria y previa declaración de lesividad, si la resolución de los mismos proyectan efectos sobre la situación particular del administrado y de la que discrepa otra Administración, cuando se debieran limitar a fijar criterio hacia el futuro, algo que la legislación vigente española no contempla y sin embargo sí reconoce legitimación para impugnar en la vía contenciosa actos de otra Administración.

ABSTRACT

The recognition of a situation of an individual by the Administration, and particularly the tax one, cannot be worsened as a consequence of the filing of appeals by the administrated itself, since the reformatio in peius violates the principle of legal certainty. As it is also violated by the possible filing of appeals in contentious-administrative proceedings by the Administration without the necessary and prior declaration of harmfulness, if their resolution projects effects on the particular situation of the administrated and from which another Administration disagrees, when they should limit themselves to setting criteria for the future, something that current Spanish legislation does not contemplate and yet it does recognize legitimacy to challenge acts of another Administration in contentious proceedings.

PALABRAS CLAVE

Reformatio in peius; seguridad jurídica; Tribunal económico-administrativo; legitimación de la Administración para recurrir en vía contenciosa.

KEYWORDS

Reformatio in peius; legal security; economic-administrative court; legitimacy of the Administration to appeal in contentious proceedings.

I. INTRODUCCIÓN

Los actos administrativos gozan de la presunción iuris tantum de legalidad, presunción que puede o debe destruirse con la impugnación del acto por quien está legitimado para ello, por lo que más que de un derecho a recurrir, debe hablarse de la carga del recurso, y si no se recurre deviene firme. En general en el ámbito administrativo, agotar la vía administrativa para poder acudir a los Tribunales de Justicia, requiere pasar por la interposición de recursos ante la misma Administración Pública, que en materia tributaria pueden tener doble instancia según la cuantía del acto que se recurre. En principio, la interposición de un recurso en la vía administrativa contra un acto de aplicación de los tributos, y en algunos casos incluso en la vía judicial, no puede comportar un empeoramiento de la situación del particular recurrente, como consecuencia lógica del principio de seguridad jurídica, pero ello no es siempre sencillo de determinar cuándo se produce.

Por otro lado, el alcance de la prohibición de que la Administración pueda recurrir sus propios actos, o de que pueda revisarlos sólo si concurren determinados vicios (nulidad, revocación, declaración de lesividad y posterior impugnación ante los Tribunales), es menos restrictivo y se van ampliando los supuestos en los que el contribuyente que ve estimadas sus pretensiones en vía administrativa, pueda ver impugnada la resolución del correspondiente recurso, bien por la combinación de Administraciones públicas afectadas (Estado y Comunidades Autónomas,

sobre todo por el régimen de tributos cedidos o compartidos), o por la personificación diferenciada dentro de la Administración del Estado (Ministerio de Hacienda y Agencia Estatal de Administración Tributaria). Si la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 amplió las posibilidades de impugnación de actos administrativos por la Administración en comparación con la de 1956, la Ley General Tributaria (LGT) de 2003, también amplió en alguna medida la posibilidad de que la Administración pueda recurrir actos en la misma vía administrativa, lo cual incide negativamente en la seguridad jurídica de los contribuyentes.

Lógicamente, si el recurso no lo promueve el administrado, no podrá invocarse la prohibición de *reformatio in peius* respecto de la situación inicial, pues esta quedará protegida únicamente si fue el administrado el recurrente, surgiendo problemas de interpretación cuando la Administración recurre contra la resolución de un recurso interpuesto por el administrado. De la seguridad jurídica como justificación de la prohibición de empeorar la situación del recurrente, y cómo cohonstar ese principio con las posibilidades impugnatorias de la propia Administración nos ocupamos seguidamente.

II. PROHIBICIÓN DE *REFORMATIO IN PEIUS*

El Tribunal Constitucional español ha identificado la *reformatio in peius* con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso (entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3), prohibición de la reforma peyorativa que ostenta dimensión constitucional aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE.

Sobre este principio también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, indicando que “la infracción del principio de prohibición de “*reformatio in peius*”, o reforma peyorativa (sentencia, entre otras, de 2 de octubre de 2015 rec. 70/14), tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada por la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución judicial que resuelve el recurso produce un efecto contrario al pretendido por el recurrente que era, precisamente, eliminar o minorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de la impugnación. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, aunque este principio no está positivizado, es un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva” (STS de 11/3/2016, rec. 2442/2014, y más ampliamente la STS de 23/3/2017, rec. 611/2016).

En palabras de la Audiencia Nacional, sentencia de 4 de junio de 2021 (Roj: SAN 2780/2021 - ECLI:ES:AN:2021:2780), conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la prohibición de la “*reformatio in peius*”, mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros, determina que las facultades de la Administración para volver sobre sus propios actos por vía de recurso, sólo deben darse en la medida en que con ello se beneficie al particular interesado, pero nunca para empeorar

su situación inicial antes del recurso, lo que conecta con el principio de congruencia procesal en cuanto a que en el recurso las potestades revocatorias de la Administración se encuentran limitadas al ámbito estricto de las pretensiones de las partes y tiene una clara motivación en la necesidad de sustraer el instrumento coactivo que supondría el temor a que una debatida situación pudiera empeorarse en el ejercicio del derecho a recurrir.

II.1 Reflejo de la prohibición en la Ley General Tributaria

La LGT de 2003 hizo mención expresa a que las consecuencias peyorativas no se produzcan, tanto en la regulación del recurso potestativo de reposición, como de la Reclamación económico-administrativa. Cuando en el recurso de reposición se suscitan cuestiones nuevas o no planteadas por el recurrente, la extensión de la revisión no puede dar lugar a la *reformatio in peius*, cuya prohibición expresa el mismo art. 223.4 LGT. Y para las REA, conforme advierte el art. 237, someter a consideración del Tribunal Económico-Administrativo todas las cuestiones, hayan sido o no planteadas por los interesados, no podrá dar lugar a la *reformatio in peius*, o como dicen ambos preceptos sin que se pueda empeorar la situación inicial del recurrente o reclamante.

Por su lado, el art. 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su apartado 3 dispone que “la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”.

Esta prohibición juega para el recurrente, pero no si hay otros recurrentes con intereses contrapuestos, lo que no es probable en el ámbito administrativo, aunque no imposible. Terceros interesados, o más bien la Administración, pueden recurrir ya no sobre la situación inicial, sino contra la resolución de la reclamación inicial, singularmente en materia tributaria, como se analiza más adelante. Por ello es importante la distinción del ámbito administrativo, o algunos supuestos del laboral (ej., pensiones) y del jurisdiccional, y la identificación de cuál es la situación inicial a preservar, pues tampoco son equiparables los efectos con otras jurisdicciones no revisoras o contradictorias desde el inicio, como la penal y civil (salvo cuestiones de registro civil). Precisamente en el orden penal, el TC tiene declarado que no hay vulneración ni incongruencia cuando una resolución judicial agrava la situación del recurrente en virtud de la estimación del recurso o los recursos principales o adhesivos de otras partes procesales (75/2003, de 23 de abril de 2003, y todas las que cita en su FJ 3º). De hecho, fue en el orden jurisdiccional criminal en el que primero se contempló la *non reformatio in peius* (art. 902 LCrim).

La relevancia de la LGT de 2003, en relación con la prohibición de *reformatio in peius*, también se encuentra en la legitimación que confiere para oponerse a los actos de aplicación de los tributos respecto de lo que existía hasta entonces.

II.2 Vía administrativa y vía jurisdiccional

La prohibición de *reformatio in peius* como proyección del principio de congruencia procesal, y la tutela judicial efectiva, no tiene la misma intensidad en la vía administrativa que en la judicial, pues si se produce en la primera es revisable en la segunda, sin afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, que, sin embargo, quedaría malparado si se produjera en fase judicial (entre otras muchas, SSTC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 143/1988, de 12 de julio, y 45/1993, de 8 de febrero). Sobre esta diferenciación, el Tribunal Económico-administrativo Central, que a pesar de su denominación es un órgano administrativo del Ministerio de Hacienda, en resolución 00/00215/2017/00/00, de 28/01/2020, señala que “La acusación de incongruencia formulada contra la resolución del TEAR por el órgano recurrente basada en la alteración de la causa de pedir, sería aceptable en el ámbito jurisdiccional, en el que los órganos jurisdiccionales deben pronunciar sus sentencias dentro del marco fijado por las pretensiones de las partes, sin que puedan extender su examen a cuestiones que no hayan sido planteadas por ellas, pero no en el económico-administrativo, en el que los órganos revisores son competentes para resolver cuantas cuestiones de hecho o de derecho se ofrezcan en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, con la única prohibición de no empeorar la situación inicial del recurrente”. Pero sí puede afectar a tercero o terceros ajenos y no personados en el procedimiento de revisión que se sustancia (no parece coincidir con el criterio de la sentencia del TS de 11 de octubre de 2013,- Roj: STS 5489/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5489- pero no lo contradice frontalmente al no afectar al recurrente).

II.3. Situación inicial y pretensión.

A estos efectos cabe diferenciar las distintas situaciones en que se puede encontrar el obligado tributario, y el tipo de acto o actuación que se haya podido producir, y que motivan el recurso o reclamación.

-A) Liquidación provisional o definitiva, u otros actos administrativos. Aquí nos encontramos con actos administrativos de liquidación, pero con efectos jurídicos bien distintos, fundamentalmente para la Administración. La primera puede ser modificada como consecuencia de otro procedimiento tributario, si se dan los requisitos para ello, y antes de que prescriba, en cuyo caso no se proyecta la *non reformatio in peius*, pues los nuevos hechos conocidos justifican la modificación de la liquidación por otra posterior, que puede ser definitiva, o también provisional. Ahora bien, la interposición de una reclamación contra una liquidación provisional, definitiva, y otros actos de reconocimiento o denegación, sí pueden modificarse, pero con el límite de interdicción de empeorar la situación previa a la interposición de la reclamación. Aquí tendría cabida cualquier recurso contra un acto administrativo de aplicación de un tributo, como por ejemplo una providencia de apremio, que sería la situación inicial en caso de que se recurriera y el Tribunal Económico-Administrativo Regional la dejara sin efecto.

-B) Rectificación de autoliquidaciones. En estos casos, la autoliquidación se realiza por el obligado, y lo que pretende con su solicitud es la obtención de un pronunciamiento por parte de la Administración, que confirmará la corrección de lo autoliquidado, o la incorrección. En esos casos, es la respuesta a la solicitud y primer pronunciamiento por la Administración, lo que constituirá la situación inicial, como en los casos anteriores, pero por sus características. No habiendo existido actuación comprobadora alguna, en tanto no prescriba, puede iniciarse un procedimiento de aplicación de los tributos, al margen del eventual recurso contra la respuesta a la rectificación, y ese nuevo procedimiento no estará condicionado por la prohibición de *reformatio in peius*, pero sí la resolución del recurso o reclamación que hubiera podido interponerse.

El recurso o reclamación en vía administrativa no es un derecho, sino una carga para destruir la presunción de legalidad del acto contra el que se recurre, aun cuando también es una garantía del recurrente para su defensa, y no para activar vías alternativas a los supuestos de revisión extraordinarios (nulidad, lesividad, revocación). Si el acto no se recurre deviene firme, con lo cual si el obligado, interesado, no recurre no puede haber posteriores recursos que puedan cambiar, a mejor o peor, su situación.

La resolución dictada con ocasión del recurso o reclamación del obligado tributario contra el primer acto, ya no es la situación inicial, y no puede empeorar su situación, pero si la mejora, respecto del acto recurrido, o incluso respecto de las pretensiones del recurrente, las sucesivas revisiones que pueda haber, en vía administrativa o judicial, encontrarán su límite en la *non reformatio in peius* de la situación inicial, no en la prohibición de agravar el resultado de los recursos posteriores. Si un contribuyente recurre contra una liquidación por considerar que procede una reducción o bonificación mayor a la aplicada, y la resolución del recurso declara la aplicación de una exención o no sujeción, sin haber sido solicitada, y la Administración recurre contra ello, no es esa situación la que no puede empeorar, pues la resolución del recurso por el TEAC, o en vía contenciosa, podrá confirmar la improcedencia de la no sujeción o de la exención, y reconocer la corrección del acto inicial impugnado, o de la aplicación de la mayor reducción o bonificación instadas, pero no podrá declarar la improcedencia de la reducción o bonificación (ej., STC 45/1993, de 8 de febrero en relación con modalidades de incapacidad). Del mismo modo, si un contribuyente insta la rectificación de una autoliquidación para obtener una devolución, y se le desestima la rectificación, si el contribuyente recurre, y se estima parcialmente su reclamación, la ejecución de la resolución no puede conllevar que deba ingresar nada, y si recurre en vía contenciosa contra la estimación parcial, y la Administración se opone, la sentencia podrá dejar sin efecto dicha estimación, pero no la confirmación de la corrección de la autoliquidación confirmada por la Administración, sin perjuicio de que mientras tanto y sin haber prescrito el derecho de la Administración hubiera iniciado un procedimiento tributario de aplicación de los tributos para comprobar la situación tributaria. Si contra los actos de aplicación de los tributos sólo pueden recurrir los obligados e interesados que no son la Administración que los dicta, y el recurso es una garantía de defensa del recurrente contra lo que considera nocivo para él causado por el acto, la prevalencia de la legalidad que

puede justificar el empeoramiento de situación, contradiría la seguridad jurídica. Si el acto recurrido tiene otros vicios que permiten la revisión de oficio, o se trata de liquidaciones provisionales que pueden cambiarse como consecuencia de otros procedimientos tributarios si se dan las circunstancias para ello, a esas vías se deberá acudir por la Administración para amparar un cambio a peor de la situación del obligado.

La STS de 18 de julio de 2013 (Roj: STS 5489/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5489) precisa que la apreciación de posible *reformatio in peius* ha de ser pretensión a pretensión, no como resultado global del recurso compensando pronunciamientos favorables y desfavorables de la resolución sobre los distintos aspectos de la liquidación o sobre las varias liquidaciones recurridas (también, SSTS de 26 de mayo y de 23 de junio de 2014). El TEAC, en resolución de 07/05/2015, entiende que la correcta aplicación del principio de *reformatio in peius* exige que esta prohibición sea apreciada respecto de todas las consecuencias (ajustes positivos y negativos) favorables y desfavorables, para el obligado tributario que son objeto de la regularización administrativa y que procedan del mismo fundamento, pretensión o calificación jurídica, aunque las consecuencias surtan efectos en períodos impositivos o de liquidación distintos. Esto es, para el TEAC, matizando al TS, la interdicción de la *reformatio in peius* hay que apreciarla de forma global respecto de los diferentes ejercicios cuando la regularización de todos ellos tiene el mismo fundamento.

En caso de estimación parcial por TEAR, si el TEAC se pronuncia a instancia del mismo recurrente sobre cuestiones no reclamadas, hay incongruencia extra petitum y también *reformatio in peius* si las resuelve en sentido contrario a la resolución favorable del TEAR sobre ellas (STS ya citada de 11 de octubre de 2013).

II.4. Conclusión

Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que la *non reformatio in peius* no está positivizada, y es un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, dada su proyección también en el ámbito de los procedimientos administrativos y tributarios, así como que no es posible su aplicación cuando hay partes o recurrentes con intereses cruzados, entiendo que en el ámbito administrativo y tributario encuentra mejor acomodo como consecuencia lógica y directa del principio de seguridad jurídica del art. 9 CE, e indirectamente del art. 103 CE, de cuya redacción extrae el art. 3 de la LRJSP, que la Administración debe actuar respetando el principio de Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, y por ello pienso que debiera incluirse entre los derechos y garantías del art. 34 LGT, en el que en su día ya no se incluyó el derecho a recurrir, que sí figuraba a pesar de no ser un derecho en la Ley de Derechos y Garantías del contribuyente de 1998, y debiera recogerse la garantía a no ver empeorada la situación propia como consecuencia de una solicitud o recurso presentado por el propio interesado.

III. RECURSOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONTRA RESOLUCIONES DE LOS TEA

Dado que los actos de aplicación de los tributos pueden ser recurridos en vía administrativa, y cuando se agota la vía administrativa cabe el recurso en vía jurisdiccional, debemos diferenciar quienes están legitimados para la interposición de recursos contra las distintas resoluciones administrativas que puedan darse.

III.1. Legitimación en la vía administrativa.

En la vía administrativa cabe diferenciar el recurso potestativo de reposición, de la obligatoria reclamación económico-administrativa para agotar la vía administrativa. Para el recurso de reposición en la LGT preexistente, aunque la misma no establecía los legitimados, además de los obligados y quien tuviera intereses legítimos y directos afectados por el acto administrativo, en el Real Decreto que lo desarrollaba (2244/1979, de 7 de septiembre, art. 6) se le atribuía también legitimación al órgano fiscalizador, el Interventor General de la Administración del Estado y sus delegados, lo que permitía que un órgano de la propia Administración autora del acto pudiera impugnarlo al amparo del ejercicio de su función fiscalizadora. En la actualidad el recurso de reposición no puede interponerse por órgano administrativo alguno. Las reclamaciones económico-administrativas contra los actos de gestión podían interponerse también por los Interventores (art. 166 de la LGT de 1963), lo que en la actualidad no está previsto ya. Para la interposición de recursos de alzada contra las resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Regional, sí están y también estaban legitimados los Directores Generales del Ministerio y los de Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (art. 166 LGT 1963 y 241.3 LGT 2003), pero directamente contra los actos de gestión tributaria no está previsto en la LGT que puedan impugnarlos ante los TEAR.

A los efectos de los recursos contra las resoluciones de los TEAR, cabe diferenciar el recurso de alzada ordinario, que procede contra las resoluciones que no agotan la vía administrativa (aquellas que se refieren a deudas tributarias que excedan de 150.000€, o si se trata de bases o valoraciones, que excedan de 1.800.000€), y del que conocerá el TEAC, que puede modificar la resolución recurrida, con los límites de la *non reformatio in peius* ya analizados. Y por otro lado, cabe el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, que únicamente puede interponerse por Directores Generales del Ministerio de Economía y Hacienda y por los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía respecto a las materias de su competencia, si bien la resolución que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida, fijando la doctrina aplicable para el futuro.

Para el recurso de alzada ordinario, el art. 241.3 LGT, en su primer párrafo dispone que “Estarán legitimados para interponer este recurso los interesados, los Directores Generales del Ministerio de Economía y Hacienda y los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en las materias de su competencia, así como los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de su competencia”.

En consecuencia, un obligado tributario que recurrió un acto de gestión tributaria y obtuvo una resolución favorable, total o parcialmente a sus intereses, si cabe recurso de alzada ordinario ante el TEAC, puede ver que los órganos citados en el art. 241 transcrito, interpongan dicho recurso. Si lo interponen Directores del Ministerio de Hacienda, se trata de órganos de la misma Administración, pues los TEA forman parte de la Administración General del Estado y en concreto del Ministerio de Hacienda. La AEAT tiene personalidad jurídica propia, aunque está adscrita al Ministerio de Hacienda, pero no es en sentido estricto la misma Administración. Y los órganos de las Comunidades Autónomas tendrán la posibilidad de impugnar cuando el TEAR dicte una resolución sobre tributos cedidos por el Estado, que ellas gestionan o incluso sin gestionarlos, que les afecten y que discrepen del resultado de la resolución dictada.

Como quiera que los órganos de la Administración citados sólo pueden recurrir en alzada contra una resolución que fue provocada por el recurso contra el acto de aplicación de los tributos recurrido por el obligado tributario o interesado, cabe concluir que no puede verse perjudicado con la resolución que resuelva el recurso en segunda instancia respecto de su situación inicial fijada por la Administración, como se ha indicado en el punto anterior.

Otros problemas han podido existir en relación con las CCAA y la gestión de tributos cedidos¹, pues la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regularon las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía, su art. 51.2, regulador de la delegación de competencias a las CCAA en materia de revisión, dispuso que las Comunidades Autónomas gozarán de legitimación para recurrir ante los Tribunales Económico-Administrativos los actos de gestión tributaria propios. O dicho de otro modo, se delegó una competencia que el propio Estado no tenía, y que colocaba en peor situación al contribuyente de un tributo cedido gestionado por la Comunidad Autónoma, que si el tributo estaba gestionado por el Estado, pues se podía recurrir un acto de gestión, no la resolución de una reclamación interpuesta por el contribuyente, lo cual sí puede decirse que vulneraba el principio de seguridad jurídica.

En la ley de 2009, afortunadamente, ya no se dice nada de esto, por lo que en la vía administrativa hay que estar a las legitimaciones establecidas en la LGT, y para la vía contenciosa a lo

¹ Con detalle sobre el contenido y problemas que suscitó aquella redacción, sobre todo en la vía contenciosa vid. GARCÍA MARTÍNEZ, A., “La legitimación autonómica para impugnar resoluciones de los TEA estatales respecto a los tributos cedidos”, en *Revista Estudios Financieros*, núm. 217, 2001, pág. 29ss

dispuesto en la LJCA, que a la vista de lo establecido en la Ley de 2009 puede suscitar nuevos problemas a los que nos referimos más adelante.

Ahora bien, la interposición de recursos de alzada ordinarios por la propia Administración tributaria no ha estado exenta de problemas, como consecuencia de la redacción de la LGT de 2003, al diferenciar entre el anuncio de la interposición del recurso, y la formulación de las alegaciones. Si en la sentencia de 6 de julio de 2009 (rec. 2821/2003) (Roj: STS 5521/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5521) se está al régimen anterior, en la de 23 de septiembre de 2013 (rec. 2318/2012), aclara que “la Ley 58/2003 y su RGRVA de 13 de mayo de 2005 han introducido un cambio en la normativa reglamentaria anterior (Real Decreto 1999/1981 y Real Decreto 391/1996) al imponer el procedimiento de interposición con alegaciones sólo cuando el recurrente haya comparecido en la reclamación en primera instancia. Cuando el recurrente en alzada no hubiera comparecido en la reclamación, el procedimiento en alzada se desdobra en dos fases: simple anuncio y posterior formulación de alegaciones, tal como desarrolla el artículo 61 del RGRVA. Y en auto de 24 de marzo de 2014 (Roj: AATS 2604/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2604AA), consecuencia de un incidente de nulidad sobre la citada sentencia, insiste en que “a los efectos de los artículos 241 de la Ley General Tributaria de 2003, y 61 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la misma, en materia de revisión en vía administrativa, no cabe entender que la Administración siempre es parte en un procedimiento de naturaleza administrativa, como lo es la vía económico-administrativa”. Criterio que ya había expresado en sentencias como la de 11 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 1507/2007), al señalar que: «el trámite de alegaciones por el órgano legitimado para el recurso después del anuncio en plazo, sin fundamentación, ha sido considerado por la Sala, en la regulación anterior a la Ley de 2003, como improcedente, por la necesidad de delimitar en el escrito de interposición, las cuestiones a resolver (sentencias, entre otras, de 30 de enero de 2008 (casación para la unificación de doctrina 92/03) y 6 de marzo de 2008 (casación 316/04).» Del mismo modo, la sentencia de 11 de junio de 2012 (rec. 2763/2010) (Roj: STS 4322/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4322).

III.2. Legitimación en la vía jurisdiccional contenciosa.

Los cambios operados en la organización del Estado con la Constitución española de 1978 llevaron a un cambio sustancial en la ordenación de las competencias tras la creación de las Comunidades Autónomas, así como la modernización de la Administración y el incremento de la Administración institucional ha llevado a modificar con mayor o menor fortuna las posibilidades de impugnación que estaban previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, en la que se contemplaba como posibilidad que la Administración autora del acto que no pudiera anularlo o revocarlo, lo podía recurrir ante la jurisdicción contenciosa declarándolo lesivo previamente (art. 28 y 56), como sucede en la actualidad en la Ley de 1998 (art. 19, 45 y 46), disponiendo de hasta 4 años para declararlo lesivo, pero la regulación existente suscita muchas dudas sobre otras posibilidades de impugnación por una Administración de actos de otra Administración, incluso por entes públicos de la propia

Administración, sin declararlos lesivos, como abordamos seguidamente.

Como apuntaba, las relaciones interadministrativas han dado lugar a la previsión expresa en el art. 19.1 de la LJCA de 1998, de la posibilidad de recurrir una administración actos de otra², y si el 19.2 dispone que “La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley”, en el art. 20, que prohíbe la posibilidad de impugnar contra la actividad de la propia Administración pública, incluye a los órganos de la misma Administración (esta previsión también constaba en la Ley de 1956, art. 28), y a las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan, pero exceptúa a las entidades que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración, lo cual no deja de ser un concepto abierto que deben ir acotando los Tribunales, cuando no esté expresamente previsto en la norma.

En relación con la aplicación de los tributos del Estado, y dado que son más los cedidos o compartidos entre el Estado y las CCAA, que no hay que olvidar que actúan por delegación, las hipótesis de discrepancia son numerosas, y si en un principio los Tribunales de Justicia en primera instancia negaban a las CCAA legitimación para recurrir en la vía contenciosa las resoluciones de los Tribunales económico-administrativos, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de septiembre de 2001 (ROJ: STS 7045/2001 ECLI:ES:TS:2001:7045, y núm. de recurso 6629/2000), ya admitió la legitimación, y que confirmó la STC 176/2002, de 9 de octubre. Tanto una como otra sentencia se referían a actos dictados, y por tanto recurridos, antes de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción de 1998³.

² El art. 19.1, entre otros supuestos contempla: 1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

...

c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.

d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.

e) Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.

...

g) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

...

³ De ello se ocupó tempranamente, OLEA GODOY, F, “Legitimación de la Comunidades Autónomas para impugnar las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos en materia de tributos cedidos”, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, 21/2002

Es más, en esa fecha, la ley 21/2001, de 27 de diciembre ya había reconocido a las Comunidades Autónomas la legitimación para recurrir ante los Tribunales Contencioso-Administrativos las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, previsión que no se encuentra expresamente en la ley del sistema financiero de 2009, si bien el art. 19 de la Ley de la Jurisdicción sí atribuye la legitimación al Estado para recurrir actos de las CCAA, y a estas los del Estado. En materia de cesión de tributos, el art. 20 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas prevé que por ley estatal, y para tributos estatales cedidos, la competencia para el ejercicio de la función revisora en vía administrativa de los actos dictados por las Comunidades Autónomas y por las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrá corresponder a las mismas, y así se contempló para algunos de los tributos cedidos en los artículos 54 y 59 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias⁴, por lo que cada Comunidad Autónoma puede optar por asumir las competencias de acuerdo con dos modelos alternativos, contemplados respectivamente en los párrafos primero y segundo del art. 59.1.c), y en ambos casos los órganos autonómicos pueden resolver reclamaciones en única instancia que agotan la vía administrativa, lo cual puede dar lugar a que ahora pueda plantearse que sea la Administración del Estado la que cuestione ante los tribunales de justicia esas resoluciones, a pesar de estar actuando las Comunidades Autónomas por delegación del Estado. Hay Comunidades que no han asumido esas competencias, y otras que no han puesto en marcha sus tribunales, pero lo cierto es que se trata en todos los casos de recursos que afectan a obligados

⁴ El citado art. 59 dispone: “Alcance de la delegación de competencias en relación con la revisión en vía administrativa.

1. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán asumir la competencia para la revisión de los actos por ellas dictados en relación con los Tributos e Impuestos a los que se refiere el artículo 54.1 de esta Ley.

Esta competencia se extiende a los siguientes procedimientos, recursos y reclamaciones:

- a) Procedimientos regulados en el Capítulo II del Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.
- b) Recurso de reposición regulado en el Capítulo III del Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.
- c) Reclamaciones económico-administrativas: procedimiento regulado en la Subsección 1.ª, de la Sección 2.ª y procedimiento regulado en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán optar por asumir la competencia para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en única instancia, a cuyo efecto serán de aplicación los procedimientos citados en el párrafo anterior.

En los supuestos en los que se asuma la competencia en los términos expuestos en el párrafo anterior, el órgano competente de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, conocerá el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes de su Administración tributaria y contra resoluciones firmes de sus propios órganos económico-administrativos.

2. El ejercicio de la función revisora en vía administrativa delegada deberá ajustarse a lo dispuesto en el Título V de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

3. Las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía que no asuman la competencia para la revisión de los actos por ellas dictados en relación con los Tributos e Impuestos a los que se refiere el artículo 54.1 de esta Ley, o que la asuman conforme a lo dispuesto en el primer párrafo de la letra c) del apartado 1, gozarán, en su caso, de legitimación para recurrir en alzada ordinaria las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o locales o de sus órganos Económico-Administrativos, según corresponda, que tengan por objeto actos dictados por ellas.”

tributarios que han obtenido una resolución que no satisface a la Administración recurrente, y cuya situación puede verse afectada como consecuencia de esos recursos por no exigirse, como parece más lógico que solo los puedan cuestionar previa declaración de lesividad, como ya postuló FALCÓN Y TELLA⁵, para quien “en modo alguno debería aceptarse el recurso de una Comunidad Autónoma sin la previa declaración de lesividad, la cual requiere informe del Consejo de Estado, o del órgano consultivo de la Comunidad cuando existe, que además de preceptivo es vinculante. De modo que o bien se deniega la legitimación a las Comunidades autónomas para recurrir en materia de tributos cedidos, que es la solución que se defiende en estas páginas; o al menos se les exige que declaren la resolución del TEAC lesiva a sus propios intereses, y por tanto que la decisión de recurrir se adopte de acuerdo con el Consejo de Estado o su órgano consultivo. No sólo hay que evitar competencias duplicadas entre las distintas Administraciones sino también que la distribución de dichas competencias entre unas Administraciones y otras coloque innecesariamente a los particulares en una situación más precaria de la que tenían”.

Pero los problemas sobre la admisión de recursos de entidades de una Administración contra actos de la misma Administración ya se arrastra desde el siglo XX, pues, por ejemplo, en relación con la Tesorería de la Seguridad Social no se le admitía la legitimación hasta que el TS se pronunció en sentencias de los años noventa del pasado siglo (ej. de 10 y 12 de julio de 1996, entre otras), o del actual (3 de julio de 2000). Y en esa línea se ha venido reconociendo a las Autoridades Portuarias legitimación para recurrir también resoluciones de los TEA, en la medida que se trata de actos administrativos no dictados por el Ministerio de Fomento a través de Puertos del Estado, entre otras, SSTS de 5 de junio de 2014, recurso n.º 3426/2013 y 9 de marzo de 2016, recurso n.º 972/2014, 19 de noviembre de 2020, recurso n.º 5201/2019, 19 de noviembre de 2020, sentencia n.º 1548/2020 y 4 de marzo de 2021, sentencia n.º. 298/2021.

Por tanto, en algún momento puede plantearse no sólo que una Comunidad Autónoma discrepe del resultado de una resolución del TEAC, como ya hemos indicado que ocurre, sino que como la aplicación de sistema tributario se encomienda a la AEAT, con personalidad jurídica propia, pudiera pensarse que al amparo del art. 20.c de la LJCA pudiera recurrir resoluciones de los TEA, no sólo en la vía Administrativa, que sí puede, sino también en la contenciosa.

Dada la vinculación directa de la AEAT con el Ministerio de Hacienda, y los TEA ser parte del citado Ministerio, no debería admitirse la legitimación para recurrir resoluciones de los TEA ante los Tribunales y de hecho no hemos encontrado supuestos en que así se hubiera intentado, pero la indeterminación del art. 20.c) LJCA, y la existencia de previsiones específicas en la ley 40/2015 para la AEAT, pudieran hacer pensar lo contrario, pues hay doctrina que considera que “tal referencia deberá entenderse hecha a las Autoridades independientes, así como a

⁵ En “La falta de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones del TEAC en materia de tributos cedidos: un viejo problema en un nuevo contexto”, Quincena fiscal, 7, 2015.

aquellos entes sui generis con una nota especial de autonomía”⁶. Otra cosa distinta puede ser la legitimación de la AEAT para impugnar actos de otros Ministerios, en términos similares a los indicados, por ejemplo, para impugnar las Autoridades Portuarias actos de órganos no dependientes del Ministerio de Fomento o en la actualidad, de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

Por ello, al margen otras vías extraordinarias de revisión de oficio, el acto se debiera declarar lesivo para después impugnarlo, y sería procedente que la ley estableciera que siendo una Administración distinta de la autora, la que recurre, se produjeran los mismos efectos que en la vía administrativa cuando la resolución de un TEAR no puede ser recurrida en segunda instancia, y se interpone un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio ante el TEAC, o si es del TEAC, el recurso extraordinario para la unificación de doctrina, pero cuyas resoluciones no afectarán a la situación particular generada, si bien su criterio en el futuro sí vinculará a toda la Administración Tributaria.

El incremento de posibilidades de recursos en la vía contenciosa por parte de unas Administraciones contra actos de otras Administraciones, atacan el principio de seguridad jurídica cuando esos actos pueden perjudicar a los administrados a quienes afectaba el acto que se recurre, y que la resolución del recurso los coloca en una situación peor a la que una Administración les ha reconocido previamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOTO ÁLVAREZ, A. “Comentario al artículo 20”, en *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, EZQUERRA HUERVA, A., Y OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.) T. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., “La legitimación autonómica para impugnar resoluciones de los TEA estatales respecto a los tributos cedidos”, en *Revista Estudios Financieros*, núm. 217, 2001, pág. 29ss.
- OLEA GODOY, F., “Legitimación de la Comunidades Autónomas para impugnar las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos en materia de tributos cedidos”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 21/2002
- FALCÓN Y TELLA, R., “La falta de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones del TEAC en materia de tributos cedidos: un viejo problema en un nuevo contexto”, *Quincena fiscal*, 7, 2015.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “El acceso de los organismo autónomos y delas entidades públicas empresariales a la Jurisdicción: Legitimación y prohibición de impugnar actos y disposiciones de la Administración de tutela”, *Administración institucional, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VIII, 2004*, pág. 86ss.

⁶ Como apunta Alejandra BOTO ÁLVAREZ, “Comentario al artículo 20”, en *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, EZQUERRA HUERVA, A., Y OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.) T. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 626, que en nota añade “Y es que el régimen básico del sector institucional, contenido por demás en una Ley ordinaria, admite modulaciones y excepciones por legislación especial o posterior. La propia Ley 40/2015 incluye en sus disposiciones adicionales algunas previsiones especiales relativas a las Autoridades Portuarias y Puertos del estado, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Centro Nacional de Inteligencia, el Banco de España o la Administración de la Seguridad Social”. Sin embargo, en la precedente LOFAGE, cuyas disposiciones adicionales también contenían previsiones específicas sobre distintos entes del sector público, y que estaba en vigor cuando se aprobó la LJCA de 1998, y que también tenía una disposición para la AEAT, R. FERNÁNDEZ MONTALVO, no la citaba entre las que pudieran tener esa legitimación, en “El acceso de los organismo autónomos y delas entidades públicas empresariales a la Jurisdicción: Legitimación y prohibición de impugnar actos y disposiciones de la Administración de tutela”, *Administración institucional, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, VIII, 2004*, pág. 86ss.

LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO Y CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

JUAN ANTONIO TOSCANO ORTEGA

Magistrado del orden contencioso-administrativo (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

Sumario:

I.- Introducción y objeto del trabajo.

II.- La expansión del contenido material de las leyes de presupuestos generales del Estado y las respuestas al problema, en especial, la ofrecida por la jurisprudencia constitucional, a la que se debe la elaboración de la doctrina sobre los límites constitucionales al contenido material de dichas leyes.

III.- Las dificultades que puede acarrear la determinación del contenido posible y algunas cuestiones problemáticas que suscita la aplicación de esa doctrina constitucional. Balance conclusivo, con especial significación del planteamiento en este ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad.

BREVE RESUMEN:

La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre límites al contenido material de las leyes de presupuestos del Estado podría no amparar la constitucionalidad de la incorporación formal en leyes de presupuestos estatales de un número cada vez mayor de normas legales de reconocida relevancia en nuestro Derecho público (leyes tradicionalmente codificadas y leyes generales y sectoriales de considerable importancia), que en particular los Jueces de lo contencioso-administrativo están llamados a interpretar y aplicar, de ahí el escenario que puede ofrecerles el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

PALABRAS CLAVE:

Límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos del Estado (artículo 134.2 de la Constitución); Cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución).

I.- INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO.

Recientemente, el Pleno del Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 145/2022, de 15 de noviembre (BOE del 24 de diciembre; cuestión de inconstitucionalidad 2568-2022, planteada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid), ha declarado la inconstitucionalidad de la “Disposición final vigésima. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social” de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022, del siguiente tenor literal: “Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, se modifica el artículo 3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, de la siguiente forma”: “Uno. Se añade una letra f), nueva, con la siguiente redacción”: “f) Los actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo”). Son conocidas las consecuencias de esa declaración de inconstitucionalidad (formal) por vulneración del artículo 134.2 de la Constitución, de suma relevancia en el control jurisdiccional de la actividad de la Administración pública en materia de empleo público. De hecho, de forma inmediata a la publicación de esa sentencia constitucional, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (artículo 42 de la Ley Orgánica 6/1985) a través de auto número 16/2022, de 30 de diciembre (conflicto de competencia número 9/2022), al que siguen otros (autos números 17/2022, de 30 de diciembre –conflicto de competencia número 16/2022-, y 1, 2 y 3/2023, de 10 de enero –conflictos de competencia números 11, 15 y 17/2022, respectivamente-), se pronuncia sobre la cuestión. En dichas resoluciones, pasa revista de la evolución de su doctrina sobre la competencia para conocer de los recursos deducidos contra actos administrativos dictados en las fases preparatorias de los procesos selectivos para la contratación de personal laboral, desde el criterio tradicional favorable al orden contencioso-administrativo, pasando por el cambio de criterio a favor del orden social, hasta llegar a la situación actual con mantenimiento de este último criterio por mor de aquella declaración de inconstitucionalidad y nulidad contenida en la referida sentencia constitucional número 145/2022.

Sin desconocer la trascendencia práctica de esa controversia competencial (contencioso-administrativo *versus* social), y de la valoración que pueda merecer la solución dada, el objeto del presente trabajo es otro, como viene puesto de manifiesto en su título, con ocasión y a propósito de aquella sentencia constitucional, la reaparición y la reanudación, ahora con mucha intensidad, del debate sobre el alcance de la llamada doctrina sobre límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos del Estado elaborada por el Tribunal Constitucional y su incidencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Modestamente, lo que se pretende aquí es llamar la atención sobre la consideración de que la aplicación de dicha doctrina constitucional (y el conocido test del “grado de conexión material” y la “Justificación de la inclusión”, incluso en su aplicación menos rigurosa) podría no amparar la constitucionalidad de la incorporación formal en leyes de presupuestos estatales de un número cada vez mayor de normas legales de reconocida relevancia en nuestro Derecho público, de leyes tradicionalmente codificadas y leyes generales y sectoriales de considerable

importancia, que en particular los Jueces de lo contencioso-administrativo están llamados a interpretar y aplicar, de ahí el escenario que puede ofrecerles el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. La consideración de que se esté ante una inconstitucionalidad formal, que no material, no habría de ser excusa para no acudir a ese instrumento del artículo 163 de la Constitución. Lo que se quiere aquí es recordar y explicar sucintamente ese escenario constitucional que se le presenta al Juez de lo contencioso-administrativo cuando ha de interpretar y aplicar una norma legal decisiva en el pleito incorporada de forma indebida (según la jurisprudencia constitucional) en una ley de presupuestos generales del Estado¹.

II.- LA EXPANSIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO Y LAS RESPUESTAS AL PROBLEMA, EN ESPECIAL, LA OFRECIDA POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, A LA QUE SE DEBE LA ELABORACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES AL CONTENIDO MATERIAL DE DICHAS LEYES.

1.- La dimensión constitucional del problema.

El artículo 134 de la Constitución contempla expresamente en su apartado 2 el contenido que debe incluirse en la ley de presupuestos generales del Estado: la totalidad de los gastos e ingresos anuales del sector público estatal y (la consignación de) el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. Mientras, en su apartado 7 expresa lo que no puede incluir esta ley: la creación de tributos, aunque sí puede modificarlos cuando así lo prevea una ley tributaria sustantiva. Fácilmente, puede apreciarse que el artículo 134.2 de la Constitución no recoge de forma explícita concepto alguno tendente a determinar de forma excluyente el contenido de las leyes de presupuestos estatales. En la práctica legislativa española, frecuentemente, estas leyes han venido siendo utilizadas, y continúan usándose, como cauce para albergar regulaciones que afectan a materias lejanas de la presupuestaria o tradicionalmente incorporadas a otras normas legales. Esta *praxis*, generadora de lo que se ha dado en llamar fenómeno del “desbordamiento” material o la “desnaturalización” de estas leyes, comprende dos realidades, en ocasiones solapadas: a) la regulación (por lo general, *ex novo*) a través de la ley de presupuestos estatales de materias o institutos ajenos o poco cercanos a la disciplina presupuestaria; b) con independencia de que verse o no sobre la materia presupuestaria, la afectación más o menos sustancial (actualizaciones, añadidos, aplicaciones, derogaciones, desarrollos, modificaciones, prórrogas y suspensiones) por ley de presupuestos estatal de otras leyes, muchas de ellas generales y centradas en la regulación de materias o ámbitos materiales tradicionalmente codificados. Ese problema de la delimitación del ámbito material de las leyes de presupuestos estatales ha sido afrontado por la doctrina (sobre todo, del Derecho financiero, y en menor medida, por constitucionalistas), también por los Tribunales de Justicia ordinarios, y especialmente, por el Tribunal Constitucional, al que como se dijo se debe la muy relevante jurisprudencia sobre los límites constitucionales al contenido

¹ Aunque ya lejano en el tiempo, un tratamiento pormenorizado de buena parte de las cuestiones que aquí se desarrollan puede verse en Toscano Ortega, Juan Antonio, *Límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos del Estado (en especial, la seguridad jurídica)*, Serie IV: Monografías, 60, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, 644 páginas.

material de las leyes de presupuestos.

Algunas analogías, pero también sustanciales diferencias, con el artículo 134.2 de la Constitución española presentan preceptos de otros Ordenamientos constitucionales que han incidido sobre el nuestro, como el alemán, el italiano y el francés, cuyas Constituciones (en el caso francés, el bloque constitucional) reducen el contenido de estas leyes a la materia estrictamente financiera. Estos ejemplos comparados dan soluciones, en los niveles teórico-doctrinal, de práctica legislativa y de jurisprudencia constitucional, al posible “ensanchamiento” material de las leyes de presupuestos. Así, la doctrina alemana de la “*Bepackungsverbot*” (prohibición de “*cargar con paquetes*” o de sobrecarga material)², la italiana del “*contenuto eventuale*” (contenido eventual)³ y la francesa de la interdicción de los “*cavaliers budgétaires*” (“*jinetes o saltadores de presupuestos*”)⁴. Estas construcciones presentan semejanzas y diferencias respecto de nuestra doctrina constitucional

2 En Alemania, el principio constitucional de la “*Bepackungsverbot*” ha sido observado sin vacilación alguna por el legislador presupuestario alemán. La doctrina de este país al tratar la fundamentación constitucional y la funcionalidad de la “*Bepackungsverbot*” trae tres argumentos, interrelacionados, que, con variados matices, presentan concomitancias con los expuestos por la doctrina española (y también por nuestra jurisprudencia constitucional) para sostener un contenido constitucional máximo de este tipo de ley. En primer lugar, el riguroso respeto de la función presupuestaria. Así, la prohibición sirve para la salvaguardia de las competencias presupuestarias del Parlamento frente al Gobierno, al garantizarle un ejercicio de la función presupuestaria plena, normal, libre de ataduras y presiones (sobre todo, políticas y temporales) cuando afronta el proyecto de ley de presupuestos. En segundo lugar, íntimamente ligada a aquella función de protección del Parlamento frente al Gobierno, la “*Bepackungsverbot*” cumple otro cometido: otorgar “pureza”, “limpieza” al procedimiento legislativo presupuestario. De esta forma, la prohibición garantiza que el Parlamento cuando examina el Presupuesto a través del procedimiento legislativo presupuestario lo haga centrándose en exclusiva sobre la materia presupuestaria, no en otras materias. De no ser así, se desvirtuaría la corrección constitucional del trámite parlamentario empleado (el presupuestario). En tercer lugar, la “*Bepackungsverbot*” asegura una depurada técnica legislativa en la construcción de las leyes de presupuestos, y, por tanto, la homogeneidad material y una mayor dosis de seguridad jurídica en las mismas. Desde esta perspectiva, la prohibición impide la transformación de la ley de presupuestos en una ley ómnibus, y, consiguientemente, las conocidas patologías que para el sistema de fuentes comporta esta forma de legislar.

3 En Italia, la doctrina coincide en que el principal fundamento de aquella prohibición constitucional descansa en la concepción tradicional de la *legge di bilancio* como ley formal, de manera que se evita la actuación de ésta como vehículo ordinario de legislación. A su vez, la mayoría de esta doctrina fundamenta la concepción formal y la consiguiente restricción material del contenido de estas leyes en el peculiar equilibrio constitucional de poderes en la materia financiera. Pues bien, como consecuencia de la introducción de la *legge finanziaria*, la doctrina también convino en afirmar que esta nueva modalidad legislativa se configuraba como una ley anual acompañante de los Presupuestos que realizase precisamente ese cometido prohibido al Parlamento por la Constitución, es decir, la conciliación entre los ingresos y los gastos presupuestarios a través de innovaciones legales con imbricación directa en la materia financiera. En este ámbito se produjo un debate similar, si bien con sustanciales diferencias, al que se viene produciendo en España como consecuencia de las leyes de acompañamiento presupuestarias. La práctica legislativa revela que también en Italia se han regulado en *legge finanziaria* materias de dudosa incidencia en los Presupuestos, lo que ha provocado una fuerte crítica doctrinal. En este sentido, incluso más atrevidos y expresivos que los españoles han sido los italianos a la hora de referirse al ensanchamiento material de la *legge finanziaria*: “*assalto alla diligenza dell'erario*”, “*attrezzo tuttofare*”, “*corsia preferenziale in un traffico congestionato*”, “*decreto sacco di patate*”, “*legge attaccapanni*”, “*legge salsiccia*”, etc. Esa generalizada insatisfacción ha llevado a una reforma legislativa destinada a una delimitación material menguante del contenido de la *legge finanziaria*, de alcance similar a la prohibición material de la *legge di bilancio*.

4 En Francia, la prohibición constitucional de “*cavaliers budgétaires*” viene fundamentada por buena parte de la doctrina francesa sobre dos pilares. En primer lugar, el principio de unidad presupuestaria, que exige la homogeneidad material del documento legal presupuestario. En segundo lugar, la tramitación parlamentaria de la materia financiera exige un escrupuloso respeto del procedimiento legislativo presupuestario, que presenta particularidades frente al común u ordinario (como consecuencia del especial reparto constitucional de poderes en la materia financiera). Por ello, la inclusión en *loi de finance* de materias extrañas a su objeto propio comporta una vulneración del principio constitucional de unidad presupuestaria y/o la utilización de un procedimiento constitucionalmente irregular.

sobre límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos, sobre todo en lo que afecta a los resortes constitucionales en que descansan tales edificaciones doctrinales.

Sin duda, la ley de presupuestos generales del Estado es una ley de extraordinaria importancia, sobre todo por su carácter de instrumento fundamental de dirección y orientación de la política económica. Esta ley plasma los objetivos que fija el Gobierno para el sector público estatal, en el marco de unos escenarios presupuestarios previstos para un período plurianual concreto. A esas previsiones, se añaden otros factores de tipo coyuntural, pero también estructural, que informan la política macroeconómica del Gobierno y a los que sirve anualmente la ley de presupuestos. Por ello, no resulta extraño que las leyes de presupuestos reúnan un conjunto amplio de medidas de distinto alcance y naturaleza, que afectan a los diversos ámbitos sectoriales en que se proyecta aquella omnipresente política. De un análisis de las normas contenidas en las leyes de presupuestos estatales, aprobadas antes y después de la vigente Constitución española, inequívocamente se constata un dato: la tradicional incorporación en estas leyes de regulaciones materiales heterogéneas, de naturaleza diversa. Las denominadas “partes dispositivas” de estas normas legales (que, en principio, parece lógico que debieran tener como misión aclarar, complementar, desarrollar o explicar el contenido estrictamente presupuestario -genuino, necesario o propio-), a través de su articulado o del conjunto de disposiciones de su parte final (especialmente, las adicionales y las finales), acogen regulaciones de materias no presupuestarias. También, muchas veces, los preceptos contenidos en estas muy generosas partes dispositivas acometen innovaciones del ordenamiento jurídico público en distintos ámbitos parcelados, sobre todo el financiero (tributario y presupuestario), el administrativo y el social. Estas prácticas legislativas se deben principalmente a la ausencia de una normativa constitucional que haya disciplinado de forma expresa y clara un contenido máximo de estas leyes⁵. Pero también es cierto, como se ha expuesto, que el legislador español, desde

5 En nuestra historia constitucional no se encuentran preceptos delimitadores de un contenido eventual de estas leyes, con la sola excepción de la Constitución de 1931. Ésta, en su artículo 116, delimitaba de forma expresa el contenido máximo de estas leyes: “La Ley de Presupuestos, cuando se considere necesaria, contendrá solamente las normas aplicables a la ejecución del presupuesto a que se refiera. Sus preceptos sólo regirán durante la vigencia del presupuesto mismo”. Si bien carente de rango constitucional, precisamente con la finalidad de evitar las referidas prácticas legislativas (especialmente, en el ámbito de las reformas tributarias), se pronunciaba de forma explícita y contundente el tantas veces aplaudido y venerado artículo 37 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911: “Los preceptos que contenga el articulado de las Leyes de Presupuestos sólo estarán en vigor durante el ejercicio de cada Presupuesto, y el de prórroga en su caso, y comprenderán únicamente las disposiciones que determinen las cantidades a que hayan de ascender los ingresos y los gastos y las que sean necesarias para la administración de los presupuestos respectivos. En ningún caso se podrán dictar Leyes nuevas ni modificar las vigentes por medio de preceptos contenidos en su articulado”. Por lo que se refiere a la vigente Constitución española, es cierto que ni en su artículo 134 ni en ningún otro precepto hace mención expresa al contenido máximo y a las limitaciones a la parte dispositiva de las leyes de presupuestos del Estado. Tampoco se encuentran esas referencias explícitas en la vigente Ley General Presupuestaria, si bien se formularon sin éxito propuestas de reforma de ésta dirigidas a erradicar la tendencia expansiva del contenido material de estas leyes. La actual Ley 47/2003, General Presupuestaria, disciplina el contenido y principios de ordenación de los presupuestos del Estado en sus artículos 32 y siguientes, los cuales se refieren al contenido normativo estrictamente presupuestario. Estando vigente el anterior Real Decreto Legislativo 1081/1988, Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en el nivel de propuestas legislativas, ha habido intentos de eliminar desde la Ley General Presupuestaria esa tendencia expansiva del contenido de las leyes presupuestarias. Así, la presentación en el Congreso de los Diputados de una proposición de ley de reforma, entre otros aspectos, del entonces vigente artículo 51, con el objeto de añadirle un párrafo final: “El articulado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado contendrá exclusivamente las innovaciones normativas que sean consecuencia indispensable de la política económica y presupuestaria plasmada en el estado de ingresos y gastos contenido en los propios presupuestos”. Pero tal propuesta no se tomó en consideración (véase *BOCG, Congreso de los Diputados*, de 30 de julio de 1993, serie B, núm. 13-1).

la entrada en vigor de la actual Constitución, las ha utilizado de forma indiscriminada para operar innovaciones en el Ordenamiento jurídico, en muchas ocasiones más allá del ámbito estrictamente presupuestario. Desde 1993, como reacción a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1992, la que marca un hito en su doctrina, esta práctica consistente en la incorporación en las leyes de presupuestos estatales de tan amplias regulaciones y modificaciones del Ordenamiento jurídico, comienza a sustituirse por las todavía más generosas y no menos criticadas leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social, las llamadas leyes de acompañamiento presupuestarias, que, con el fin de complementar a aquéllas, afectan a las más diversas parcelas del Derecho público español. Aunque en realidad, como se verá, en los últimos años el legislador presupuestario del artículo 134 de la Constitución “ha vuelto a las andadas” con la aprobación de leyes de presupuestos estatales manifiestamente expansivas y desbocadas en lo material.

En el plano estrictamente dogmático, el problema que se plantea de forma general es bien conocido: si las referidas prácticas legislativas atentan contra la Constitución, o constituyen un problema de (deficiente, incorrecta o mala) técnica legislativa. Con otras palabras: si con estricto respeto de los límites impuestos por la Constitución al contenido material de las leyes en general y de estas leyes en particular (contenido esencial *ex* artículo 134.2; y contenido tributario *ex* artículo 134.7 de la Constitución), el legislador es libre o no al configurar el contenido normativo de éstas. Desde luego, la construcción de una doctrina sobre la naturaleza jurídica y el contenido material de las leyes de presupuestos en el sistema constitucional español de fuentes traen consigo hacer frente a cuestiones de densa carga dogmática. Entre otras, pueden destacarse: el significado y alcance de la función presupuestaria y su relación con la función legislativa; la naturaleza jurídica de la ley de presupuestos (ley “formal” y/o “material”) y su fuerza; los principios que informan las relaciones entre leyes, en especial, la viabilidad de novedosos criterios de ordenación normativa en los últimos años planteados por nuestra doctrina, como la “función” o “fin” constitucionales y la “especialidad procedimental”; la virtualidad del principio de seguridad jurídica como freno desde la Constitución ante los efectivos negativos de la descodificación o de la poco depurada técnica de hacer leyes que degenera en proliferación, degradación e inestabilidad legislativas; o, finalmente, la cuestión de si ha de ser el Tribunal Constitucional o el legislador (y junto a éste otros órganos participantes en la producción legislativa) quienes ofrezcan una solución desde el Ordenamiento constitucional a esa práctica unánimemente denunciada de regular desordenadamente en las leyes anuales de presupuestos materias de la más diversa índole, o de utilizarlas como vehículo de reforma sustancial del Ordenamiento jurídico público (esto es, si tales prácticas legislativas en sí mismas constituyen un problema que debe obtener respuesta desde el juicio de constitucionalidad; o si la solución ha de buscarse principalmente en la mejora de la calidad técnica de las leyes en general y de las de presupuestos en particular). También las leyes de “acompañamiento” presupuestarias plantean problemas, aunque de otro género.

En la doctrina española pueden identificarse tres posturas acerca de la delimitación del contenido material de las leyes de presupuestos, que vienen a alinearse con las principales tendencias presentes en la literatura comparada sobre la naturaleza jurídica de estas leyes. Algunas de esas posturas, más allá de su configuración como planteamientos teóricos, constituyen concepciones asumidas por diferentes Ordenamientos jurídicos, de conformidad con su Derecho positivo. Se trata de las siguientes soluciones (se opta por denominarlas de la forma que sigue): a) La

concepción “estricta”; según ésta, las leyes de presupuestos sólo deben regular la materia estrictamente presupuestaria, sin que puedan contener materias extrañas a ese ámbito material que les es propio⁶; b) La concepción “amplia”; conforme a esta posición, tales leyes deben incluir la materia presupuestaria, pero pueden cobijar cualquier otra materia, salvo prohibición constitucional clara e inequívoca⁷; y c) La concepción “intermedia”; de acuerdo con ésta, las

6 Un sector doctrinal defiende que estas leyes sólo deben y pueden acoger la materia rigurosamente presupuestaria (los estados de ingresos y gastos, y la parte articulada que les da sentido -que los aclara, complementa, desarrolla o explica-). De ahí la rotunda negativa a la admisión en su cuerpo normativo de otros contenidos intrusos (posibles o eventuales). Esta concepción parte de dos datos, de clara conexión. En primer lugar, la competencia de aprobación de los Presupuestos no implica ejercicio de la función legislativa, extremo que se deduce de la cita singularizada del artículo 66.2 CE, que distingue y trata como diferentes las potestades legislativa y presupuestaria (de aprobación de los Presupuestos del Estado). En segundo lugar, la ley de presupuestos no es propiamente una ley en sentido material. Se trata de una norma administrativa de aprobación de un documento contable, que tan sólo posee carácter formal de ley. Por consiguiente, se encuentra vinculada a la legislación material previa, sin que pueda innovar el Ordenamiento legal. A favor de esta posición, se traen argumentos de Derecho comparado. Así, determinados Ordenamientos constitucionales que han influido decididamente sobre el español (como el alemán, el italiano o el francés) limitan de forma expresa el contenido de tales leyes a lo estrictamente presupuestario. En resumen, esta concepción estricta es defendida por aquellos autores que postulan las tesis de que la ley de presupuestos es una norma que sólo contiene un mero documento contable (los Presupuestos), fruto de una función no legislativa, condicionada por la legislación material previa, y carente de fuerza de ley. La consecuencia que se extrae de la misma es que la ley de presupuestos debe restringir su contenido a lo estrictamente presupuestario, de forma que la inclusión de cualquier norma extravagante de ese núcleo esencial debe reputarse en todo caso inconstitucional. Tal postura, hoy minoritaria en la doctrina española (y relegada al ámbito de la disciplina del Derecho financiero), es rechazada por el Tribunal Constitucional español. Una concepción estricta acerca del contenido de las leyes de presupuestos puede consultarse en Ferreiro Lapatz, J.J., “Derecho presupuestario y técnica legislativa”, *Revista Española de Derecho Financiero*, número 87, 1995, páginas 481-500.

7 Desde la perspectiva constitucional, esta concepción es favorable a la libre inclusión en la ley de presupuestos de toda regulación material que el legislador considere oportuno. Los únicos límites a la libre disponibilidad del legislador presupuestario son los que la Constitución impone al contenido de las leyes en general, a los que deben agregarse los límites materiales previstos en el artículo 134 CE. Éstos se contraen a las materias expresamente reservadas y prohibidas (apartados 2 y 7 del artículo 134 CE, respectivamente). La premisa de la que parte esta posición es la consideración de la ley de presupuestos como una ley en sentido material. Como tal, participa de las siguientes notas: a) es fruto de la potestad legislativa; b) no se encuentra limitada o condicionada por la legislación material previa; y c) goza de la fuerza de ley, por lo que es apta para la innovación del Ordenamiento legal. Sobre estas bases, el razonamiento es el siguiente. La ley de presupuestos debe abordar el contenido que le reserva expresamente la Constitución (artículo 134.2); pero, como ley que es, puede emprender la regulación de cualquier materia, incluso la distanciada de la presupuestaria, salvo que la Constitución lo prohíba de forma clara, manifiesta y terminante. Esta postura se justifica sobre la base del respeto al texto constitucional, por tanto de su viabilidad constitucional, aunque no ponga remedio, o de respuesta, desde la Constitución al ensanchamiento material de las leyes de presupuestos, que se considera un problema propio de la técnica legislativa. Por ello: la fijación (o si se quiere, la creación) de límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos no especificados de forma directa en el texto constitucional comporta una restricción injustificada de la potestad legislativa que al Parlamento reconoce el artículo 66.2 CE. En suma, la tradicional práctica de incluir en leyes de presupuestos materias extrapresupuestarias e innovaciones legales varias no constituye *per se* un problema de inconstitucionalidad, sino de deficiente técnica legislativa, y como tal a resolver por aquellos órganos con responsabilidad en la calidad de las leyes. A favor de esta posición, curiosamente, también se aportan argumentos de Derecho Comparado. Así, cuando determinadas experiencias constitucionales muy próximas a la nuestra (como la alemana, la italiana o la francesa) han pretendido que la ley de presupuestos se limitase a regular la materia presupuestaria, así lo han hecho constar de forma expresa, clara y terminante en sus textos constitucionales, a diferencia de lo que sucede en el caso español. En definitiva, esta postura supera la concepción de la ley de presupuestos como una norma legal meramente formal, de suerte que la concibe como una ley material, emanada de la potestad legislativa de las Cortes, con la fuerza propia de estas normas, esto es, no vinculada a la legislación previa y capaz (aunque no idónea, desde la perspectiva de la técnica legislativa) de emprender modificaciones del Ordenamiento legislativo. Por tanto, los límites materiales al contenido de estas leyes sólo son aquéllos que inequívocamente vienen fijados por el texto constitucional para las leyes, en general, y para las leyes de presupuestos, en particular. Esta posición doctrinal va ganando adeptos principalmente entre algún constitucionalista y se encuentra en la línea (si bien, con matices) de los votos particulares disidentes con la doctrina del Tribunal Constitucional español. Una concepción amplia del ámbito material de estas leyes puede verse en el “Voto particular que formula el Magistrado don Luis López Guerra a la Sentencia de fecha de 14 de mayo de 1992, en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas números 625/1988, 756/1990 y

leyes de presupuestos han de abarcar la materia presupuestaria y pueden albergar otras materias, siempre y cuando éstas se encuentren directamente relacionadas con la función constitucional que deben cumplir estas leyes⁸.

2.- El desbordamiento material de las leyes presupuestarias estatales y el tratamiento dispensado por la doctrina.

La tendencia expansiva del contenido material de las leyes de presupuestos ha sido denunciada con fuerza por la doctrina, antes y tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978. Efectivamente, muchísimos autores aportan su contribución al respecto, con opiniones en la mayoría de ocasiones coincidentes en orden a la denuncia del contenido expansivo y desbocado de estas leyes en la práctica legislativa. Recién aprobada la Constitución y en la década de los años ochenta, sobre todo en su segunda mitad cuando estas leyes se convierten en los principales canales de reforma del Ordenamiento jurídico público, la reacción doctrinal es manifiesta, rotunda y amplia. Ahora bien, la mayoría de aportaciones doctrinales sobre el tema aparecen sobre todo a raíz de dos aspectos, de estrecha relación entre ellos y con la práctica legislativa aquí tratada: la consolidación de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de los límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos estatales a partir de la sentencia constitucional 76/1992 y la posterior aparición de las leyes de acompañamiento presupuestarias. Los autores, por lo general, han explicado las causas que generan esos excesos materiales de las leyes de presupuestos. Además del silencio que guarda la Constitución acerca del reconocimiento expreso de un contenido máximo tasado de estas leyes, esas razones que

766/1990” (sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo; BOE de 16 de junio de 1992).

8 Una tercera posición puede calificarse de intermedia de las anteriores, pues acepta un contenido mínimo (obligatorio) y un contenido máximo (eventual) de estas leyes. El primero de esos contenidos está expreso en la letra de la Constitución (confirmado por la materia estrictamente presupuestaria), mientras al segundo se llega implícitamente del texto constitucional (integrado por las materias directamente relacionadas con la función que según la Constitución este tipo concreto de ley debe cumplir). Esta posición también supera la concepción de la ley de presupuestos como ley meramente formal. También la configura como una ley material, producto de la función legislativa del Parlamento y con la fuerza de obligar propia de las leyes, si bien con un ámbito material acotado que deriva de las previsiones expresas e implícitas de la Constitución. Con otras palabras, la ley de presupuestos, además del contenido necesario que expresamente reconoce la Constitución, puede albergar otras materias siempre que respeten la función constitucional que estas leyes están llamadas a servir. De esta forma, se configura constitucionalmente un contenido posible, eventual o máximo de estas leyes: las materias que guarden una relación directa y justificada con la materia estrictamente presupuestaria o con la política económica del Gobierno. El resto de materias que no cumplan esas condiciones están constitucionalmente vedadas a las leyes de presupuestos. Ésta es la postura acogida por el Tribunal Constitucional español, que ha sido aplaudida por buena parte de la doctrina española (primordialmente, del Derecho financiero, pero también del Derecho constitucional y otras disciplinas), sobre todo por las consecuencias positivas que “aparentemente” se derivan de la misma. Ahora bien, no por ello algunos autores han dejado de expresar algunas disidencias respecto a la fundamentación y parámetros interpretativos empleados por el alto Tribunal. Una postura intermedia acerca de la configuración material de estas normas presupuestarias se advierte en Rodríguez Bereijo, A., “Jurisprudencia constitucional y Derecho Presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes”, *REDC*, número 44, 1997, páginas 10-13. Se ha dicho más arriba “aparentemente”, por dos razones. En primer lugar, porque la llamada doctrina constitucional sobre los límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos estatales puede plantear serios problemas cuando se trata de determinar si una concreta regulación material cumple las condiciones impuestas por el Tribunal para integrar el contenido eventual. Y en segundo lugar, dado que esa doctrina constitucional se encuentra en el origen de las leyes de acompañamiento presupuestarias, que generan también patologías, aunque diversas, en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

identifica la doctrina son esencialmente dos, vistas desde la perspectiva del Gobierno, el órgano constitucional competente para la elaboración del proyecto de ley de presupuestos. Por un lado, motivos de economía procedimental, esto es, la tentación natural de todo Gobierno de adosar al proyecto de ley de presupuestos materias e innovaciones normativas de lo más diverso, a sabiendas de que la utilización del procedimiento parlamentario presupuestario puede resultarle más ventajoso o menos gravoso que el trámite legislativo ordinario. Por otro lado, móviles de eficacia y agilidad de la política económica gubernamental, que aconsejan la inclusión en estas leyes de todo aquello que coadyuve de forma más o menos directa a la efectividad de esa política anualmente expresada en el documento presupuestario. Una buena, y expresiva, muestra de esas críticas doctrinales es que tales prácticas legislativas han sido bautizadas de la forma más variopinta, en ocasiones con aguzado ingenio. Por ejemplo, las siguientes expresiones utilizadas por nuestra doctrina (algunas de ellas, las que se citan en primer lugar, revelan que el problema no es patrimonio nacional): “*Bepackungsverbot*”, “*cavaliers budgétaires*”, “*riders*”, “*tacking*”, “leyes *omnibus*”, “*totum revolutum*”, “anual edicto del pretor”, “avalancha anual de normas heterogéneas”, “carro de supermercado”, “cauce ordinario para la revisión del ordenamiento jurídico”, “cómodo cajón de sastre”, “cocktail legislativo”, “dinamitadores del ordenamiento, esparciendo sus trozos de metralla por los más recónditos lugares del mismo”, “empanada anual, llamada a ser condimentada con las sobras legislativas de todos los Ministerios durante el año”, “furgón de los residuos legislativos del año”, “la pluriforme Ley, auténtico furgón de cola de la producción legislativa anual”, “legislación de aluvión”, “legislación de coyuntura”, “legislación escoba”, “legislación hipertrofiada y motorizada”, “ley variopinta”, “leyes abrigo”, “leyes atrapa todo”, “leyes cajón de sastre”, “leyes con fines espurios”, “leyes emboscadas”, “leyes miscelánea”, “leyes mosaico”, “leyes paquete”, “leyes polifacéticas”, “leyes saco”, “mole del presupuesto”, “Muchos huéspedes de segunda del ordenamiento jurídico”, “puro pabellón formal que puede cobijar cualquier mercancía”, “transportes colectivos legislativos”, “verdaderas cajas de sorpresa”, entre otras. Se está pues ante un problema vivo y real, al que la doctrina no siempre ha otorgado el mismo diagnóstico. La coincidencia doctrinal es unánime a la hora de considerar que las citadas prácticas constituyen el paradigma de una incorrecta forma de hacer las leyes, de una pésima técnica legislativa. Pero también una buena parte de la doctrina detecta en los excesos materiales de las leyes de presupuestos algunos problemas de constitucionalidad. De forma muy resumida, pueden reconocerse tales problemas. En primer lugar, la desnaturalización y desbordamiento material de la ley de presupuestos, derivada de la inclusión en su seno de regulaciones de materias que no le son propias, comporta una contravención de la función que según la Constitución está llamada a cumplir (artículo 134.2 de la Constitución). En segundo lugar, la tramitación a través del procedimiento presupuestario de materias extrapresupuestarias (genuinas de otras leyes) implica la utilización de un procedimiento legislativo constitucionalmente incorrecto, a la vez que una restricción de las actuaciones de los parlamentarios (dadas las especialidades del procedimiento presupuestario; artículos 134.1, 3, 5 y 6 de la Constitución). Y en último lugar, por albergar en su cuerpo materias heterogéneas y extrapresupuestarias y por servir de cauce de continua y coyuntural revisión del Ordenamiento jurídico, las leyes de presupuestos contribuyen a la proliferación, degradación e inestabilidad legislativas, atentando contra la certeza del Derecho que entraña la seguridad jurídica, habida

cuenta del evidente e injustificado efecto descodificador de éstas (artículo 9.3 de la Constitución).

3.- Los límites constitucionales al contenido material de las leyes de presupuestos estatales en la jurisprudencia constitucional.

3.1.- Exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional.

A) Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, las materias impugnadas y las declaraciones de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina acerca del contenido de las leyes de presupuestos del Estado, con la que afronta el problema del desbocamiento material de estas leyes. Tal doctrina se encuentra recogida principalmente en sus sentencias 27/1981, 84/1982, 63/1986, 65 y 134/1987, 188/1988, 65, 66, 67 y 96/1990, 76 y 237/1992, 83/1993, 178 y 195/1994, 16/1996, 61/1997, 203/1998, 131 y 234/1999, 32/2000, 109/2001, 9, 206 y 217/2013, 152/2014, 123/2016, 122/2018 y 145/2022⁹. Una vez que el Tribunal, en sus primeras sentencias, ha manifestado su posición acerca de la naturaleza jurídica de las leyes de presupuestos en nuestro sistema constitucional de fuentes, afronta el problema apuntado.

Primero. Sin pronunciamiento de inconstitucionalidad, sobre la posible contravención del artículo 134.2 de la Constitución se han impugnado ante el Tribunal las siguientes regulaciones materiales, por este orden: una reforma del mutualismo administrativo (sentencia 27/1981); determinadas transferencias de servicios del Estado a las Corporaciones Locales (sentencia 84/1982); la fijación de un límite máximo de las retribuciones del personal al servicio de las Comunidades Autónomas y de los organismos dependientes de las mismas (sentencia 63/1986); la incompatibilidad de pensiones y haberes activos (sentencias 65/1987, 188/1988, 65, 66 y 67/1990); la integración del

⁹ Con la doctrina que se recoge en esas sentencias, el Tribunal Constitucional afronta el problema del contenido que pueden albergar las leyes de presupuestos estatales. Ahora bien, resulta difícil desvincular los límites materiales (no todos ellos expresos en la norma constitucional) de los límites también de carácter material del contenido tributario (artículo 134.7) y temporales (artículo 134.2) de estas leyes que la Constitución sí parece precisar y fijar. De ahí que algunos estudiosos bajo el denominador común de límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos incluyan el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los dos apartados de ese mismo precepto. En el listado incorporado en el texto no se recogen los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del contenido tributario y los límites temporales al contenido de las leyes de presupuestos del Estado. Tampoco se han referido en el elenco del texto: a) las sentencias que versan sobre el contenido de las leyes de presupuestos autonómicas; b) otras resoluciones en que el Tribunal se pronuncia sobre regulaciones materiales en leyes de presupuestos que pudieran vulnerar preceptos constitucionales diferentes al artículo 134 de la Constitución; c) las sentencias relativas a la posible violación del artículo 134 de la Constitución por preceptos de leyes presupuestarias diferentes a la de Presupuestos Generales del Estado. Se expone seguidamente un breve balance de esa conflictividad. Sobre la posible vulneración del contenido de las leyes de presupuestos estatales (artículos 134.2 y 7 CE), se ha pronunciado el Tribunal en unas treinta sentencias, resolviendo recursos de inconstitucionalidad (sentencias 27/1981, 84/1982, 63/1986, 65/1987, 96/1990, 237/1992, 178/1994, 16/96, 61/1997, 9, 206 y 217/2013 y 122/2018) y cuestiones de inconstitucionalidad (sentencias 134/1987, 188/1988, 65/1990, 66/1990, 67/1990, 76/1992, 197/1992, 83/1993, 179/1994, 195/1994, 203/1998, 131/1999, 234/1999, 32/2000 y 109/2001, 123/2016 y 145/2022). Las declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos de esas leyes lo han sido a través de unas trece sentencias. Una, por vulneración del artículo 134.7 de la Constitución (sentencia 27/1981) y las otras doce, por vulneración del artículo 134.2 de la Constitución (sentencias 76/1992, 178/1994, 195/1994, 16/1998, 203/1998, 234/1999, 9 y 206/2013, 152/2014, 123/2016, 122/2018 y 145/2022). Como se dijo, no se incluyen las declaraciones de inconstitucionalidad de regulaciones materiales acometidas a través de leyes de presupuestos autonómicas.

personal de diferentes Administraciones y Organismos en diversos regímenes del Sistema de la Seguridad Social (sentencia 65/1987); la fijación de un límite máximo al importe de las pensiones (sentencia 134/1987); nuevamente, el establecimiento de un tope máximo al incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, así como de los organismos de ellas dependientes (sentencia 96/1990); la atribución al Gobierno de la facultad de determinar los criterios objetivos que han de servir de base para la distribución territorial de fondos procedentes de subvenciones y de establecer reservas generales de créditos presupuestarios no distribuibles en origen con el fin de cubrir demandas imprevistas a lo largo de la ejecución del Presupuesto (sentencia 96/1990); la prórroga y ampliación del ámbito material de la autorización al Gobierno para la elaboración de un Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (sentencia 13/1992); la fijación de un incremento global de las retribuciones del personal en todo el sector público (sentencia 237/1992); la prohibición, con carácter permanente, de financiar con dinero público las mutualidades no integradas en la Seguridad Social (sentencia 237/1992); el límite de la cuantía del reconocimiento, actualización y concurrencia de pensiones públicas, en concreto la fijación de un tope máximo mensual de las pensiones públicas (sentencia 83/1993); la fijación de un nuevo plazo de delegación legislativa al Gobierno, una vez caducado el inicialmente concedido, para elaborar un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana (sentencia 61/1997); un plan de recuperación de espacios en edificios judiciales (sentencia 131/1999); la creación de un complemento retributivo para funcionarios de carrera que desempeñen o hayan desempeñado con determinados requisitos temporales puestos de altos cargos (sentencia 32/2000); el orden de prelación de créditos, en concreto la preferencia de la Seguridad Social en el cobro de sus créditos vencidos y no satisfechos en concurrencia con otros acreedores del mismo deudor (sentencia 109/2001); la extensión del régimen de incompatibilidades del personal en régimen de clases pasivas del Estado a los supuestos de ejercicio de otra actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social (sentencia 206/2013); los proyectos concertados de investigación de los programas nacionales científico-tecnológicos (sentencia 206/2013); la declaración de interés general de determinadas obras de infraestructuras hidráulicas con destino a riego y otras infraestructuras (sentencia 206/2013); las infraestructuras penitenciarias (sentencia 206/2013); la armonización de regímenes de funcionarios públicos (sentencia 206/2013); la creación de Agencias Estatales (sentencia 206/2013); el régimen de incompatibilidades aplicable a los derechohabientes de pensiones de orfandad de clases pasivas (sentencia 206/2013); de nuevo, los proyectos concertados de investigación de los programas nacionales científicos-tecnológicos y la creación de Agencias Estatales (sentencia 217/2013); el Fondo de reserva de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado y comercialización de los juegos que gestiona Loterías y Apuestas del Estado (sentencia 217/2013); la refundición de los Organismos Autónomos Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas y Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (sentencia 217/2013); otra vez, la creación de Agencias Estatales (sentencia 152/2014); la declaración de interés general de determinadas obras de infraestructura (sentencia 152/2014); los requisitos de inscripción de las empresas navieras y de los buques (sentencia 152/2014); los gastos subvencionables y el procedimiento de control financiero (sentencia 152/2014).

Segundo. A esas regulaciones materiales hay que añadir otras que el Tribunal ha declarado inconstitucionales por vulneración del artículo 134.2 de la Constitución. Por este orden, las referidas a: la ejecución forzosa de las deudas tributarias que implica la entrada en el domicilio del deudor (sentencia 76/1992); la supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana como corporaciones de Derecho público (sentencia 178/1994); determinadas facultades de comprobación e investigación tributarias relativas a cuentas bancarias (sentencia 195/1994); el régimen de atribuciones y facultades de los Consorcios de Zonas Francas (sentencia 16/1996); una reforma del sistema sanitario de atención primaria, en concreto las fórmulas para la provisión de los puestos de trabajo del personal sanitario (sentencia 203/1998); la fijación de la edad determinante del pase a la situación administrativa de segunda actividad de funcionarios (escalas superior y ejecutiva) del Cuerpo Nacional de Policía (sentencia 234/1999); la titulación de acceso al Cuerpo Superior de Auditores de Cuentas del Tribunal de Cuentas (sentencia 9/2013); la modificación de la tipificación administrativa de las infracciones graves en el orden social y el añadido sobre sanciones aplicables (sentencia 206/2013); el régimen de selección de las entidades colaboradoras en la gestión de las subvenciones contenido en la Ley General de Subvenciones (sentencia 206/2013); la reordenación de la actividad de Loterías y Apuestas del Estado (sentencia 152/2014); el régimen de prohibiciones para obtener condición de beneficiario de subvenciones (sentencia 152/2014); los requisitos generales para el ingreso en centros militares de formación (sentencia 152/2014); la protección por desempleo de los liberados de prisión (sentencia 123/2016); las limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público (sentencia 122/2018); la exigencia de responsabilidades en las Administraciones públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral (sentencia 122/2018) y, finalmente, como se dijo, la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo del conocimiento de los actos administrativos dictados en las fases preparatorias de los procesos selectivos para la contratación de personal laboral por la Administración pública (sentencia 145/2022).

B) Una descripción de esa doctrina constitucional y sus fundamentos.

La jurisprudencia constitucional sobre límites materiales al contenido de estas leyes puede sintetizarse como sigue. La ley de presupuestos no es sólo un conjunto de previsiones contables sino también un vehículo de dirección y orientación de la política económica, que corresponde constitucionalmente al Gobierno. Según recoge expresamente el apartado 2 del artículo 134 de la Constitución, esta ley debe tener un contenido “mínimo”, “necesario”, “indisponible”, “esencial”, o “propio”, distinto del resto de leyes. Tal contenido se concreta en la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, así como en las normas de naturaleza financiera que aclaran y desarrollan esos estados cifrados. Pero ese ámbito material necesario no es excluyente. La ley de presupuestos puede contener la regulación de materias distintas de aquel núcleo esencial, que integran un contenido “posible”, “eventual”, “disponible”, “no necesario”, “no imprescindible”, “facultativo” o “máximo”. En todo caso, se excluye del contenido de estas leyes la materia tributaria en los términos del artículo 134.7 de la Constitución. Ese ámbito material eventual se justifica por el carácter funcional de la

Ley de presupuestos como vehículo director de la política económica del Gobierno. Por ello, ese contenido posible resulta limitado a aquellas regulaciones materiales que, no siendo estrictamente presupuestarias, cumplan dos condiciones. En primer lugar, que guarden una relación “directa” con los gastos e ingresos que integran el Presupuesto o con los criterios de política económica general de los que ese Presupuesto es instrumento (no cualquier relación, pues la adopción de un concepto desmesurado de tal conexión desbordaría y haría inoperante la función constitucional que el artículo 134.2 de la Constitución reserva a las leyes de presupuestos). Y en segundo lugar, que su inclusión en estas leyes ha de resultar justificada, en el sentido de que constituyan un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno. En este contexto, matiza el Tribunal Constitucional, las leyes de presupuestos, si bien pueden abarcar una “mera adaptación circunstancial de las distintas normas”, no pueden acometer “una modificación sustantiva o la inclusión de disposiciones de carácter general” si no cumplen esas regulaciones las dos referidas condiciones, que ha definido con los términos conexión “económica” y “presupuestaria”, respectivamente.

En el ámbito de la aplicación de su doctrina al caso concreto, el Tribunal ha excluido del contenido de las leyes presupuestarias estatales: las “normas típicas del Derecho codificado”, las disposiciones reguladoras “aunque sea en clave negativa, de la naturaleza y régimen jurídico de un instituto”, los preceptos del “llamado Derecho de organización”, “una modificación del régimen sustantivo de determinada parcela del ordenamiento jurídico”, las normas propias del régimen estatutario de la función pública y las que afectan a derechos fundamentales. A ello agrega el Tribunal que su doctrina no tiene virtualidad para incidir en las normas carentes de contenido material o sustantivo.

La regulación de materias situadas fuera de ese contenido mínimo y eventual está constitucionalmente prohibida a la ley de presupuestos. Esta limitación material deriva de tres criterios, con los que fundamenta su doctrina. En primer lugar, la específica función constitucional asignada a las leyes de presupuestos (artículo 134.2 de la Constitución), esto es: la de aprobar anualmente los Presupuestos del Estado, con inclusión de la totalidad de los ingresos y gastos del sector público estatal y consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado; y la de ser un instrumento de dirección de la política económica del Gobierno. En segundo lugar, las peculiaridades de su tramitación parlamentaria (artículo 134.1, 6 y 7 de la Constitución), que comportan ciertas limitaciones de las facultades de propuesta, examen y enmienda de las Cortes Generales. Y por último, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), o sea, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la de presupuestos generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional. Una de sus manifestaciones, dada la incertidumbre que acarrea, es la prohibición de incorporar normas típicas del Derecho codificado. Por todo ello, la inclusión en leyes de presupuestos de materias no susceptibles de integrar ese contenido constitucionalmente definido puede ser contraria a la Constitución (artículo 134.2): por faltar a la función específica que la Constitución asigna a las leyes de presupuestos estatales; por suponer una restricción

ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional alguna; por atentar contra el principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que tal regulación ocasiona.

3.2.- Las dificultades con las que se enfrenta el Tribunal Constitucional.

Desde luego, el Tribunal Constitucional no lo ha tenido fácil, ni lo está teniendo. Ha debido afrontar y afronta el problema de la (arraigada) práctica de dar a la ley de presupuestos un contenido material amplísimo, casi omnicomprendivo. Por consiguiente, se ha visto obligado a asumir una postura acerca de la naturaleza jurídica de estas leyes y de la posición que ocupan en el sistema de fuentes, así como a elaborar una doctrina sobre el contenido constitucionalmente lícito de estas normas. Para ello, ha debido identificar los límites que al contenido material de las leyes de presupuestos impone el texto constitucional. Al acometer esta tarea, además de los límites evidentes por su carácter expreso que se contienen en los artículos 134.2 (exigibilidad de un contenido mínimo, que se traduce en la previsión de ingresos y la habilitación de gastos presupuestarios y en aquellas normas financieras que desarrollan y aclaran tales estados) y 134.7 (prohibición de crear tributos o de modificarlos, salvo en este último caso que una ley tributaria sustantiva así lo prevea), el Tribunal ha visto en el texto constitucional otros límites (de carácter implícito), a partir de los cuales sustenta su doctrina acerca de los límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos del Estado. El resultado es conocido: la concepción de la ley de presupuestos como una ley de contenido constitucionalmente definido, limitada materialmente en un doble ámbito, necesario y eventual. El primero, que da existencia a esta ley, viene definido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y la parte articulada que les da sentido. El segundo, de carácter accesorio, referido a la inclusión justificada de otras materias que tengan una relación directa con ese contenido necesario o la política económica del Gobierno. De esta forma, cualquier precepto de la ley de presupuestos que caiga fuera de ese contenido doble puede representar una vulneración de la función constitucional de estas leyes, una restricción ilegítima de las competencias legislativas de las Cortes Generales y/o un atentado contra el principio de seguridad jurídica. Doctrina que puede calificarse de tributaria de la configuración en las leyes de presupuestos del Estado de una reserva material positiva, por cuanto aparecen expresamente delimitadas en la Constitución las materias que deben contener estas normas; esto es, el contenido mínimo o esencial. Reserva que también puede tildarse de negativa, en tanto que los límites a la libre disponibilidad del legislador derivan expresa (por ejemplo, la materia tributaria en los términos constitucionalmente previstos) o implícitamente del texto constitucional (las materias no susceptibles de integrar el contenido eventual, o, si se permite, las materias “no conexas”). Se trata de una doctrina constitucional que ha generado algunas disidencias doctrinales internas. Pero, sobre todo es en el campo de la aplicación de esta doctrina al caso concreto, en donde se han experimentando desacuerdos y divisiones dentro del Tribunal Constitucional, como demuestra inequívocamente el elevado número de votos particulares disidentes con la tarea aplicativa del Pleno del Tribunal. Con esta jurisprudencia constitucional, desde 1993, se dice, esa práctica ha sido parcialmente rectificada por el legislador estatal (así lo expresa éste reiteradamente en las exposiciones de motivos de las leyes de

presupuestos estatales anuales), acudiendo a las leyes de acompañamiento presupuestarias, si bien como se verá las declaraciones de inconstitucionalidad (formal) de preceptos ubicados las leyes de presupuestos estatales se siguen produciendo.

4.- El ensanchamiento material de estas leyes y la incidencia de la referida doctrina constitucional en diferentes operadores jurídicos.

El legislador presupuestario estatal en varias ocasiones ha hecho referencia expresa al problema de la expansión del contenido material de las leyes de presupuestos, así como a la jurisprudencia constitucional sobre tal aspecto. El legislador inaugura con la Ley 22/1993, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, la práctica consistente en la aprobación anual de una ley de acompañamiento a la de presupuestos del Estado. Esta nueva forma de proceder del legislador surge tras la doctrina vertida en la sentencia 76/1992, resolución con la cual la jurisprudencia constitucional sobre la materia comienza a consolidarse. De forma expresa, la Ley 41/1994, de presupuestos generales del Estado para 1995, sobre la base de esa más depurada y estricta doctrina constitucional, apuesta por una reducción considerable del ámbito material de la ley de presupuestos, de suerte que decide trasladar a la ley de acompañamiento “la regulación de materias, que aun siendo instrumento eficaz para el cumplimiento de los objetivos de la política del Gobierno, su inclusión en la Ley anual de Presupuestos pudiera ser discutida”. De esta forma, el peligro o el riesgo que detecta, o la duda que mantiene, el legislador acerca de un eventual pronunciamiento de inconstitucionalidad desaparece o se desvanece al incorporar esas regulaciones materiales “discutidas” en otra ley. Pero ese peligro, riesgo o duda, que manifiesta el legislador, puede interpretarse como síntoma de que la jurisprudencia constitucional, paradójicamente cuando comienza a experimentar un cierto grado de consolidación, presenta problemas respecto de su claridad, sobre todo en lo que atañe a los criterios para la delimitación de las materias susceptibles de integrar el contenido eventual. También los Tribunales de Justicia han tenido ocasión de afrontar el problema del contenido material que pueden acoger las leyes presupuestarias estatales. No debe olvidarse que una parte importante de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el artículo 134.2 de la Constitución tienen su origen en las dudas de constitucionalidad planteadas por órganos judiciales. Otras veces, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, han decidido no elevar la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que las regulaciones materiales cuestionadas encuentran acomodo en el contenido constitucionalmente lícito de estas leyes. El mayor número de resoluciones se circunscriben al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, donde se han cuestionado leyes de presupuestos que han incorporado en su seno la regulación de materias de lo más diverso y heterogéneo; entre otros, los ámbitos materiales relativos a los gastos del personal al servicio de las Administraciones públicas, las pensiones públicas, la Seguridad Social, la organización (sobre todo, la creación, supresión y reordenación de organismos autónomos, sociedades y entidades) del sector público, la materia general tributaria, algunos tributos en particular; pero también otros preceptos, que se consideran sin contenido material o sustantivo. En general, el fenómeno de la utilización

de las leyes de presupuestos del Estado como instrumento y ocasión propicios para introducir en éstas materias no presupuestarias y reformas sustanciales de otras leyes también ha sido analizado críticamente por el Consejo de Estado. Así, advierte de las “serias distorsiones” que para el Ordenamiento jurídico comporta la penetración de la ley de presupuestos sobre regímenes jurídicos sustantivos. En este sentido, afirma la inconveniencia de utilizar estas leyes como vehículo para regular materias de lo más diverso o para incorporar innovaciones legales, pues tal cometido “merecería el sosiego y el debate del trámite parlamentario ordinario”. La mayoría de las veces la solución propuesta se traduce en una recomendación de técnica legislativa: la utilización del procedimiento legislativo ordinario para la tramitación de materias extrapresupuestarias. En concreto, sobre la ordenación general presupuestaria y tributaria insiste en la “inconveniencia” de proceder a modificaciones de la Ley General Presupuestaria y de la Ley General Tributaria por leyes de presupuestos. Asimismo, el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de si determinadas regulaciones sustantivas presentes en leyes de presupuestos presentan un grado de vinculación suficiente con el contenido constitucionalmente definido de estas normas (por ejemplo, entre otros, ha dictaminado sobre regulaciones concernientes a la función pública, la Seguridad Social y la ordenación general de los tributos)

III.- LAS DIFICULTADES QUE PUEDE ACARREAR LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO POSIBLE Y ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS QUE SUSCITA LA APLICACIÓN DE ESA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. BALANCE CONCLUSIVO, CON ESPECIAL SIGNIFICACIÓN DEL PLANTEAMIENTO EN ESTE ÁMBITO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1.- Las dificultades que puede acarrear la determinación del contenido posible.

El Tribunal Constitucional elabora una doctrina conforme a la cual una regulación material sólo tiene cabida dentro del contenido posible de la ley de presupuestos estatal si cumple dos condiciones (“conexión material” y “justificación de la inclusión”), que actúan a modo de pautas de constitucionalidad. Esos criterios definidos por Tribunal presentan dificultades para la identificación de materias cuya inclusión en las leyes de presupuestos puedan justificarse. Ello se debe a que esa doctrina constitucional, en este aspecto, se nutre de conceptos jurídicos faltos de determinación, tanto al definir esos requisitos (sobre todo, “los criterios de política económica general”), como al apostar por la exclusión con alcance general de determinadas categorías normativas. Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la aplicación de la misma al caso concreto han sufrido una evolución. Su jurisprudencia primera era muy permisiva, pues prácticamente posibilitaba la inclusión de cualquier precepto (con incidencia económica) en la ley de presupuestos. Tras la sentencia 76/1992, es más estricta, no sólo por exigir la “relación directa” sino sobre todo por la necesidad de justificar la inclusión en esta ley. Algunos jueces constitucionales han expresado su disidencia frente a esta doctrina constitucional y a su aplicación al caso. El contenido y el considerable número de votos particulares que se acompañan por ejemplo a las sentencias números 76/1992, 178

y 195/1994, 61/1997, 32/2000 y 109/2001, evidencia una confrontación dentro del propio Tribunal respecto de las dimensiones teórica y aplicativa de los criterios configuradores de esta doctrina constitucional. También las alegaciones de las partes en los procesos constitucionales (especialmente, del Abogado del Estado) sirven de muestra de esos problemas de imprecisión. Asimismo, como se dijo, esa doctrina constitucional plantea contrariedades al legislador, los Tribunales de Justicia y los órganos consultivos, sobre todo al identificar materias en condiciones de integrar el contenido posible. Y sobre todo, es la doctrina la que plantea con mayor beligerancia objeciones a los criterios definidos para efectuar el deslinde entre el contenido permitido y prohibido; especialmente, en relación con el primero de esos criterios (“conexión material”; aunque los autores prescinden por lo general del análisis del segundo criterio, la “justificación de la inclusión”).

2.- Algunas cuestiones problemáticas que suscita la aplicación de esa doctrina constitucional.

A juicio del propio Tribunal Constitucional, su doctrina sobre límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos del Estado no puede incidir en las normas que carecen de contenido material. Además, con esta doctrina: por un lado, deben excluirse de las leyes de presupuestos determinados ámbitos materiales; por otro, y aquí debe hacerse especial hincapié, se considera que se plantean fundadas dudas sobre la constitucionalidad de muchas regulaciones materiales incorporadas en leyes de presupuestos estatales, sobre las cuales el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse hasta la fecha. Lo que se desarrolla seguidamente.

A) La inaplicabilidad de la doctrina constitucional a las normas carentes de contenido material o sustantivo. A partir de la sentencia 61/1997 (prórroga de la habilitación para dictar el texto refundido en materia urbanística) debe entenderse que las limitaciones al contenido de la ley de presupuestos no afectan a técnicas legislativas aunque sean ajenas a la materia presupuestaria, o que nada tienen que ver con la disciplina presupuestaria, lo que puede resultar muy discutible incluso si se atiende a los propios fundamentos de esta doctrina constitucional.

B) Las dudas acerca de la constitucionalidad de muchas otras regulaciones materiales (lo que puede denominarse como “zonas de sombra” de esta jurisprudencia). Hay regulaciones materiales incorporadas en leyes de presupuestos cuya constitucionalidad parece indiscutida. Así, aquéllas de contenido financiero y otras que han recibido el beneplácito expreso del Tribunal. Esto último ocurre con los estados presupuestarios y la parte dispositiva que atañen a la Seguridad Social, los gastos del personal al servicio de las Administraciones Públicas y las pensiones públicas. Ahora bien, que se trate de ámbitos materiales tradicionalmente incorporados en leyes de presupuestos no es obstáculo para que puedan plantearse dudas sobre la constitucionalidad (según los criterios definidos por la jurisprudencia constitucional) de la incorporación de la reforma sustancial de leyes generales que disciplinan tales ámbitos (así, las leyes generales sobre Seguridad Social y Clases Pasivas del Estado). Pero sobre todo plantea serias dudas la licitud constitucional de muchas regulaciones materiales (las “zonas de sombra” de esta jurisprudencia). A este respecto, conviene

hacer la siguiente observación: como se ha dicho, a partir de 1993 algunas de las regulaciones materiales que seguidamente pasan a referirse se incorporan a las leyes de acompañamiento presupuestarias, precisamente por las dudas de constitucionalidad que tras la sentencia 76/1992 expresamente manifiesta el legislador, sin embargo, como se desarrolla después, en los últimos años el legislador presupuestario estatal está retomando con intensidad esa práctica de regular buena parte de parcelas del Derecho público a través de las muy generosas partes finales de estas leyes.

Primero.- En primer lugar, las disposiciones pertenecientes a los ámbitos materiales expresamente vedados por el Tribunal Constitucional. Se trata de las siguientes. a) Las normas típicas del Derecho codificado, en donde al menos intuitivamente se incluyen las leyes generales y otras de considerable importancia en nuestro ordenamiento jurídico público¹⁰. b) Las normas sobre la organización del sector público, principalmente las que conciernen a la creación y la supresión de organismos autónomos, sociedades y otras entidades públicas, así como la reordenación de los mismos (modificación, refundición o transformación); también los sistemas de gestión económico-financiera del sector público (esencialmente, las disposiciones sobre el régimen jurídico de los patrimonios públicos)¹¹. c) Las normas relativas al régimen estatutario de la función pública, de manera que las leyes de presupuestos han acogido la reforma esencial de

10 Así, las leyes de presupuestos estatales han procedido a la innovación de leyes reguladoras de los siguientes ámbitos, entre otros muchos: Auditoría de Cuentas; Bases de Contratos del Estado; Bases del Régimen Local; Cesión de bienes del Patrimonio Sindical Acumulado; Clases Pasivas del Estado; Cooperativas; Creación del Consejo Económico y Social; Deporte; Derecho a la Educación; Expropiación Forzosa; Financiación de las Comunidades Autónomas; Fondo de Compensación Interterritorial; Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; Funcionarios Civiles del Estado; Haciendas Locales; Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; Infracciones y sanciones en el orden social; Inspección y Recaudación de la Seguridad Social; Instituciones de Inversión Colectiva; Inversiones Extranjeras en España; Medidas para la Reforma de la Función Pública; Mercado de Valores; Nacionalización y Reorganización del Banco de España; Ordenación del Seguro Privado; Organización y régimen de Crédito Oficial; Patrimonio del Estado; Patrimonio Histórico; Patrimonio Nacional; Pensiones; Procedimiento económico-administrativo; Proceso Autonómico; Protección por Desempleo; Reforma Universitaria; Régimen Local; Seguridad Social. Y, sobre todo, las innovaciones acometidas por leyes de presupuestos de los grandes cuerpos de la codificación financiera, esto es, la legislación general tributaria y presupuestaria, en relación con las cuales la doctrina ha expresado con fuerza sus dudas acerca de la constitucionalidad de dichas prácticas.

11 Solo a título de ejemplo, las que afectan a los siguientes entes públicos, entre otros: Administración Turística de España; Biblioteca Nacional; Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana; Centro de Arte Reina Sofía; Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas; Centro de Investigaciones Sociológicas; Centro Español de Metrología; Centro Nacional de Información Geográfica; Consejo Superior de Deportes; Consorcios de las Zonas Francas; Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea; Escuela de Hacienda Pública; Escuela de Organización Industrial; Escuela Nacional de Sanidad; Escuela Oficial de Turismo; Instituto de Cinematografía y Artes Audiovisuales; Instituto de Crédito Oficial; Instituto de Promoción del Turismo de España; Instituto de Tecnología de Obras Públicas y Edificación; Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social; Instituto Nacional de Industria; Instituto para Diversificación y Ahorro de Energía; Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas; Museo Nacional del Prado; Organismo Autónomo Correos y Telégrafos; Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado; Red Técnica Española de Televisión; Sociedad Estatal de Paradores de Turismo de España; Tribunales Económico-administrativos Regionales, Provinciales y Locales. De entre estas regulaciones, la doctrina ha destacado que muchas dudas o sospechas de constitucionalidad plantearon la creación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la autorización a la Presidencia del Gobierno para las reestructuraciones administrativas. Además de la incorporación de esas materias de difícil conciliación con el contenido propio y posible de estas leyes, no debe olvidarse que han acometido la innovación sustantiva de leyes reguladoras de diferentes ámbitos relacionados con la organización y sistemas de gestión del sector público. Así, entre otros: Bases de Contratos del Estado; Cesión de bienes del Patrimonio Sindical Acumulado; Creación de la Sociedad Estatal Minas de Almadén y Arrayanes; Creación del Instituto Nacional de Industria; Nacionalización y reorganización del Banco de España; Ordenación y defensa de la Industria Nacional; Patrimonio del Estado; Patrimonio Nacional; Patrimonio Histórico Español; Plantilla de Fuerzas Armadas; Plantillas en el Ejército de Tierra.

leyes generales de la función pública, como Funcionarios Civiles del Estado, Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Segundo.- En segundo lugar, los preceptos ajenos a los ámbitos expresamente vedados, que tienen por finalidad la regulación de materias heterogéneas (extravagantes a la disciplina presupuestaria) y la innovación de otras leyes con objetos de lo más variado. Sin olvidar las regulaciones con incidencia en los derechos fundamentales. Así, con base en la jurisprudencia constitucional, puede sospecharse sobre la constitucionalidad de otras muchas regulaciones materiales variopintas¹². Por último, la doctrina viene reivindicando con fuerza que las regulaciones materiales incluidas en leyes de presupuestos con incidencia en derechos fundamentales requieren de una especial justificación y un examen muy cuidadoso. De hecho, algunas sentencias declaratorias de inconstitucionalidad más arriba referidas lo son de regulaciones sustantivas que inciden en derechos fundamentales.

3.- Balance conclusivo, con especial significación del planteamiento en este ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, tradicionalmente, muchos preceptos incorporados de forma indiscriminada y desmesurada en leyes de presupuestos (a los que se ha hecho referencia) podrían no superar el conocido test del Tribunal Constitucional (“grado de conexión material” y “justificación de la inclusión”), incluso en su aplicación menos rigurosa o más favorable a la constitucionalidad de la ley. Por consiguiente, si ello fuera cierto, desde la perspectiva aplicativa de la jurisprudencia constitucional sobre límites al contenido material de las leyes de presupuestos estatales, se llegaría a que nuestro Ordenamiento jurídico se ha nutrido y se nutre de un número importante de normas potencialmente inconstitucionales, desde un punto de vista formal, por la inclusión indebida de las mismas en leyes de presupuestos.

12 Tales regulaciones pueden clasificarse como sigue. a) Las regulaciones de materias heterogéneas, ajenas o escasamente cercanas a la disciplina presupuestaria, entre otras: actas extendidas o promovidas por controladores laborales; competencia para la aceptación de donaciones, legados y herencias a favor del Estado; concesiones de autopistas; creación de Tribunales Económico Administrativos Regionales y Locales, con supresión de los Provinciales; creación del Cuerpo de Traductores e Intérpretes del Ministerio de Asuntos Exteriores; declaración de utilidad pública de las obras de construcción de centros penitenciarios, a los efectos de expropiación forzosa; depósitos y garantías para la explotación, investigación y explotación de hidrocarburos; intervención por muestreo; jubilación de vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia; previsión de un nuevo sistema de financiación del Consejo Superior de Deportes. b) La innovación por leyes de presupuestos de otras leyes con objetos de lo más diverso. Así, por ejemplo: Aspectos penales, administrativos y fiscales de los juegos de azar y apuestas; Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; Coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros; Concesión de ayudas a empresas periodísticas y agencias informativas; Conservación de energía; Fomento de la Minería; Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada de Actividades de Interés Cultural; “Gratuidad de los estudios de Bachillerato, Formación Profesional y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos en Centros Públicos y autonomía de gestión económica de los centros docentes no universitarios”; Instituciones de Inversión Colectiva; Integración Social de los Minusválidos; Inversiones Extranjeras en España; Investigación y explotación de hidrocarburos; Organización y Régimen del Crédito Oficial; Medidas adicionales de carácter social; Participación del Estado en el reaseguro de los riesgos comerciales del Seguro de Crédito a la Exportación; Protección a las familias numerosas; “Reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes formaron parte de Fuerzas Armadas y de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República”; Régimen fiscal de las Cooperativas; Régimen Económico y Fiscal de Canarias; Reorganización del parque móvil de Ministerios Civiles.

Como se dijo al inicio de este estudio, es éste el amplio escenario abierto a los Jueces, y singularmente del orden contencioso-administrativo, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, ya se ha anotado que la cuestión de inconstitucionalidad está en el origen procedimental de muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el artículo 134.2 de la Constitución (así las sentencias 134/1987, 188/1988, 65/1990, 66/1990, 67/1990, 76/1992, 197/1992, 83/1993, 179/1994, 195/1994, 203/1998, 131/1999, 234/1999, 32/2000 y 109/2001, 123/2016 y 145/2022), algunas de ellas con declaración de inconstitucionalidad, como la referida al inicio de este trabajo.

Enlazando con esa última declaración de inconstitucionalidad, y para poner en contexto sobre la magnitud del problema, resulta oportuno enunciar algunos ejemplos, sin ir más lejos, de las dos últimas leyes de presupuestos generales del Estado, la 22/2021, de 28 de diciembre, y la 31/2022, de 23 de diciembre, que acogen en sus partes finales amplias y numerosas reformas sustanciales de nuestro Derecho público, algunas de las cuales la doctrina ya se ha aventurado a sostener que acabarán siendo declaradas inconstitucionales por vulneración del artículo 134.2 de la Constitución. Efectivamente, también se sostiene aquí, tales leyes albergarían en su seno la regulación de materias que ni de lejos superarían aquel test constitucional. La primera, la de presupuestos generales del Estado para 2022, como se dijo, incorpora la “Disposición final vigésima. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”, declarada inconstitucional por sentencia 145/2022. Pero es que además del ingente número de disposiciones adicionales, un total de 130, que afectan en buen número a materias distintas de las estrictamente presupuestarias, sobre todo interesa destacar que a través de sus disposiciones finales, un total de 32, incorpora la reforma sustantiva y con vocación de permanencia de leyes típicas del Derecho codificado, leyes generales y sectoriales de extraordinaria importancia. De hecho, su “Disposición final primera. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local” ya está recurrida ante el Tribunal Constitucional (recursos de inconstitucionalidad números 2059/2022 y 2192/2022). Incorpora por este orden (solo se relacionan seguidamente aquéllas que afectan a leyes codificadas, generales y sectoriales relevantes de Derecho Público): “Disposición final segunda. Modificación del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril”; “Disposición final tercera. Modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”; “Disposición final cuarta. Adaptación normativa de la legislación del Régimen de Clases Pasivas”; “Disposición final sexta. Modificación del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas”; “Disposición final séptima. Modificación del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia”; “Disposición final octava. Modificación del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado”; “Disposición final octava. Modificación del Real Decreto Legislativo 4/2000,

de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado”; “Disposición final novena. Modificación del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre”; “Disposición final décima primera. Modificación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”; “Disposición final décima segunda. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones”; “Disposición final décima tercera. Modificación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”; “Disposición final décima cuarta. Modificación del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo”; “Disposición final décima quinta. Modificación de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal”; “Disposición final décima séptima. Modificación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”; “Disposición final décima octava. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre”; “Disposición final décima novena. Modificación de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo”; “Disposición final vigésima primera. Modificación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad”; “Disposición final vigésima segunda. Modificación del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”; “Disposición final vigésima tercera. Salvaguardia del rango de disposiciones reglamentarias”; “Disposición final vigésima cuarta. Modificación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”; “Disposición final vigésima quinta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”; “Disposición final vigésima sexta. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre”; “Disposición final vigésima séptima. Modificación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”; “Disposición final vigésima octava. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”; “Disposición final vigésima novena. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”; “Disposición final trigésima. Modificación de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital”; “Disposición final trigésima segunda. Modificación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”.

Idéntica forma de proceder puede apreciarse en la última ley de presupuestos, la de 2023. Sus

disposiciones adicionales, muchas de ellas sobre materias varias alejadas de la estrictamente presupuestaria, ascienden a un total 125. Las disposiciones finales, un total 38, versan sobre (de nuevo, seguidamente sólo se mencionan las que afectan a leyes sustantivas relevantes):

”Disposición final primera. Modificación de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión”; “Disposición final segunda. Modificación de la Ley 10/1975, de 12 de marzo, sobre Regulación de la Moneda Metálica”; “Disposición final cuarta. Modificación del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril”; “Disposición final quinta. Modificación de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas”; “Disposición final octava. Modificación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”; “Disposición final novena. Modificación de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público”; “Disposición final décima primera. Modificación del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre”; “Disposición final décima segunda. Modificación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”; “Disposición final décima tercera. Modificación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones”; “Disposición final décima cuarta. Modificación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”; “Disposición final décima quinta. Modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”; “Disposición final décima novena. Modificación de Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad”; “Disposición final vigésima. Modificación del texto refundido de la de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre”; “Disposición final vigésima segunda. Modificación del artículo 40.1 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas”; “Disposición final vigésima tercera. Modificación de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”; “Disposición final vigésima cuarta. Modificación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”; “Disposición final vigésima quinta. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”; “Disposición final vigésima séptima. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014”; “Disposición final vigésima novena. Modificación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”; “Disposición final trigésima. Modificación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales”; “Disposición final trigésima primera. Modificación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y

para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”; “Disposición final trigésima segunda. Modificación de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital”; “Disposición final trigésima tercera. Modificación de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)”.

A tenor de esas regulaciones legales, sin duda, se ha vuelto a aquella tendencia expansiva del contenido material de las leyes de presupuestos del Estado, tan acentuada y acusada como la acontecida durante los años 1985-1992, a la que parecía haberse puesto coto (al menos, intentado) a partir de la sentencia constitucional 76/1992. Pese a la mención expresa al inicio de los preámbulos de estas dos últimas leyes sobre la doctrina constitucional del artículo 134.2 de la Constitución (mención que viene reiterándose en leyes de presupuestos anteriores), en realidad, el legislador parece haberse “olvidado” de dicha jurisprudencia constitucional sobre límites al contenido material de las leyes de presupuestos del Estado, lo que seguramente generará una importante conflictividad ante el Tribunal Constitucional, en la que los órganos judiciales, y muy particularmente del contencioso-administrativo en todas las instancias, están llamados a cumplir un importante protagonismo.

LA COMPARECENCIA DE LAS MUTUAS COMO DEMANDADAS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

APPEARANCE BEFORE COURT OF THE “MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL”

JAIME LOZANO IBÁÑEZ.

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. Planteamiento
- II. Posibilidad de la mutua de comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa como demandada por responsabilidad patrimonial
- III. La imposibilidad de comparecencia autónoma de la mutua ante el contencioso.
- IV. La solución que se propone al problema planteado
- V. Ante qué administración debe realizarse la petición
- VI. Consecuencias en el recurso contencioso-administrativo

RESUMEN

El Tribunal Supremo ha establecido que el régimen de responsabilidad patrimonial propio de las Administraciones Públicas resulta de aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social por los daños causados cuando realizan la asistencia sanitaria que les es propia. Esto ha dado lugar a que no sea infrecuente que dichas mutuas sean demandadas autónomamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, compareciendo como demandadas principales y únicas. Esta situación no es aceptable, pues las mutuas no son Administraciones Públicas, ni sus actos, actos administrativos, de modo que los Tribunales contencioso-administrativo no pueden enjuiciarlas directamente. Por tal razón, es preciso hallar la forma en que la responsabilidad que les es exigible pueda reclamarse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa de una manera coherente con las normas procesales que la regulan.

ABSTRACT

The Supreme Court has ruled that the “mutuas colaboradoras con la Seguridad Social” can be held accountable for damages caused during sanitary assistance according to the rules applicable to Public Administrations. But these “mutuas” can’t appear before court by themselves, because they are not public administrations, nor their acts are administrative acts. So it is necessary to find a way to make consistent the substantive regulation about their responsibility with the procedural regulation of the administrative Courts.

I. PLANTEAMIENTO

No resulta infrecuente en la actualidad el hecho de que el particular que se considera dañado a consecuencia de la atención sanitaria recibida en los servicios de una mutua colaboradora con la Seguridad Social se dirija a la propia mutua reclamando una indemnización; y que dicha mutua, realizadas ciertas comprobaciones internas, dirija al solicitante un *email* en el que le comunica que la asistencia sanitaria ha sido correcta, informándole de que puede acudir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa si no está conforme. También es habitual que si el particular interpone el recurso contencioso, el mismo se tramite teniendo a la mutua como única demandada y el mencionado *email* como “acto administrativo recurrido”, hasta llegar a la condena o absolución de la mutua, previa “anulación” del *email* indicado. A mi juicio, hay algo que no termina de cuadrar en este panorama.

II. POSIBILIDAD DE LA MUTUA DE COMPARECER ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO DEMANDADA POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Según el art. 80 de la Ley General de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social son *asociaciones privadas de empresarios*. Pese a esta forma de personificación, es lo cierto que asumen funciones públicas, señaladamente la asistencia sanitaria en casos de accidente de trabajo o enfermedad laboral, y, por ello, las mutuas pueden ser declaradas responsables patrimonialmente, por razón de la asistencia sanitaria prestada, responsabilidad que se rige por el régimen previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Así lo dice claramente el Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de su Sala 3ª de 10 diciembre 2009, ECLI:ES:TS:2009:7958.

Por consiguiente, las mutuas pueden comparecer ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa como demandadas y ser declaradas responsables por ella. De ninguna forma es competente la Jurisdicción Social, tal como deriva del art. 3.g de la Ley 36/2011 de la Jurisdicción Social, y tal como señala el Auto de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo 22/2017, de 26 de septiembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:8527A.

De acuerdo con el mismo precepto de la LGSS, las mutuas forman parte del denominado “sector público estatal de carácter administrativo”, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan. Pero eso, según dice expresamente el mismo precepto, lo es “*sin perjuicio de su naturaleza de entidades privadas*”. Por consiguiente, es evidente que las mutuas, aunque se integren en el sector público estatal de carácter administrativo, no son Administraciones Públicas, porque su naturaleza es la de entidades privadas. A la misma conclusión llegamos si examinamos la definición y enumeración de las Administraciones Públicas que se contiene en el art. 2.2 de la Ley 39/2015: tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración

General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. Evidentemente, cualquiera que sea la dependencia de las mutuas respecto de las Administraciones Públicas, es claro que no son “organismos públicos” ni “entidades de derecho público” pues, como hemos visto, son asociaciones privadas de empresarios que aunque cumplen algunas funciones públicas lo hacen siempre sin perjuicio de su naturaleza de entidades privadas. Y la misma conclusión se alcanza también si se analizan las definiciones de Administración Pública contenidas en el art. 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Por consiguiente, aunque el régimen de responsabilidad patrimonial que se les aplica es el de las Administraciones Públicas, las mutuas no son, de ningún modo, Administraciones Públicas.

III. LA IMPOSIBILIDAD DE COMPARECENCIA AUTÓNOMA DE LA MUTUA ANTE EL CONTENCIOSO.

El hecho de que un particular pueda comparecer como parte pasiva, y ser condenado, ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no es ninguna novedad, pues ya la Ley jurisdiccional de 1956 reconoció la figura del coadyuvante de la Administración, denominado codemandado en la ley vigente.

Mucho más sorprendente es el panorama actual en el que las mutuas están compareciendo por sí solas, como demandadas únicas, ante la Jurisdicción.

En efecto, el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa determina que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo. Si esto es así, no se comprende cómo es posible que un tribunal del orden contencioso-administrativo pueda conocer de una pretensión que se deduzca exclusivamente en relación con la actuación de un ente que no es una Administración pública. Y, en efecto, tal cosa no es posible de acuerdo con el art. 1 LJCA.

La comparecencia como demandada única de la mutua no solo contradice el art. 1 LJCA y, con ello, los principios más básicos y elementales del funcionamiento de la Jurisdicción, sino que, además, plantea problemas prácticos insolubles, tales como los siguientes:

a) Resulta imposible determinar, al amparo de los criterios de los arts. 8 y siguientes de la LJCA, cuál sea el órgano jurisdiccional competente territorialmente para el enjuiciamiento de los actos de las mutuas, que, desde un domicilio único, actúan en todo el territorio nacional. Basta con examinar la STS de 16 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6637, para

comprobar las dificultades insalvables que supone pretender aplicar un precepto pensado para las Administraciones Públicas a una entidad privada. El Tribunal Supremo ha de terminar aplicando criterios que no aparecen en la norma, porque la norma nunca pensó que se pudiera enjuiciar autónomamente a quien no fuese una Administración Pública.

b) La mutua no tiene capacidad para tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial como el previsto por las Leyes, con dictamen del Consejo Consultivo incluido.

c) Tampoco puede dictar actos administrativos en la materia, pues no es una Administración Pública, ni puede ofrecer recurso de reposición, alzada o contencioso-administrativo, como sin embargo se está haciendo en la práctica.

d) Mucho menos es de aplicación al funcionamiento de una mutua la institución del silencio administrativo, pues dicha institución está regulada en la Ley 39/2015 y por consiguiente es aplicable solamente a las Administraciones Públicas.

IV. LA SOLUCIÓN QUE SE PROPONE AL PROBLEMA PLANTEADO

De lo razonado hasta aquí resulta evidente que tenemos un problema relevante: las mutuas pueden ser demandadas ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa para la exigencia de la responsabilidad patrimonial “administrativa”, pero, según las normas procesales, no pueden ser demandadas por sí solas, al no ser Administraciones Públicas, ni aquella jurisdicción puede enjuiciar sus actos, pues solo puede enjuiciar actos administrativos o actuaciones u omisiones de las Administraciones Públicas.

Pues bien, la única solución al problema, *de lege data*, está en traer a la mutua a juicio de la única forma en que puede ser traída según la LJCA, esto es: como codemandada junto con la Administración, en un proceso en el que se recurra contra un verdadero acto administrativo.

Para que tal cosa sea posible es evidente que será necesario que antes exista una vía previa ante la Administración -ya veremos luego *ante qué Administración*-, de forma que la Administración habrá de emitir un acto administrativo que constituya la materia apta para un recurso contencioso-administrativo.

Así pues, la responsabilidad de la mutua debe ser reclamada por el particular, en vía administrativa, ante la Administración. Dicha Administración debe tramitar el procedimiento administrativo correspondiente con intervención de la propia mutua como interesada, solicitando el dictamen del Consejo Consultivo correspondiente, para, finalmente, declarar la Administración si la mutua es o no responsable, y en qué cuantía. El acto administrativo dictado podrá ser impugnado en vía contencioso-administrativa tanto por la mutua como el reclamante. Se trataría, en suma, de un régimen parecido, salvando las distancias, al que recoge el art. 196.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. La parte que no impugne la resolución

podrá comparecer como coadyuvante de la Administración en defensa de la decisión.

Este régimen parece que derivaba de la antigua DA 12ª de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RRJJAAPP y PAC, que decía: *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.* Las mutuas están aquí incluidas, al formar parte del Sistema Nacional de Salud. Pues bien, cuando la norma decía que la reclamación seguiría “la tramitación administrativa prevista en esta ley”, remitía claramente a la tramitación del procedimiento administrativo allí previsto. Pero ese procedimiento en ningún caso puede ser tramitado por la mutua misma, dada su naturaleza, de modo que habrá de ser tramitado por la Administración.

Ciertamente la DA 12ª de la Ley 30/1992 ha sido derogada y no ha sido sustituida por otra norma equivalente. Ahora bien, a mi juicio, el diseño institucional de la Jurisdicción y de las propias mutuas abocan a idéntica conclusión.

De forma clara está expresada esta postura en la sentencia de la Audiencia Nacional 60/2017, de 25 de enero de 2017, ECLI:ES:AN:2017:155, cuando dice: *“Que aunque la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria por ella prestada, pudiera corresponder a la Mutua, la competencia para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de esa actuación correspondería, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma correspondiente...En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2010 (recurso nº 90/2009), sostiene que “el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (...) no era el competente para resolver la reclamación patrimonial que ahora nos ocupa al haberse formulado la reclamación el 13 de junio de 2006 con posterioridad al Real Decreto 1480/2001 por el que se traspasaron a la Comunidad de Castilla y León las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud”. En esta línea la SAN (4ª) 7 de marzo de 2012 (Rec. 35/2011)”.*

Las anteriores conclusiones no deben verse empañadas por algunas declaraciones jurisprudenciales que, sacadas de contexto, pudieran hacer pensar otra cosa.

Así, es cierto que en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7958, se dice: *“El hecho de que las Mutuas Patronales sean sujetos privados no es obstáculo para que las mismas puedan ser objeto de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ya que aquellas realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud. Por ello, debe insistirse que en cuanto las mismas tienen atribuida, en virtud de*

las disposiciones legales y reglamentarias más arriba enumeradas, la colaboración con la administración pública sanitaria en la gestión de la Seguridad Social de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se encuentran sometidas al mismo régimen que las administraciones públicas. Recordemos que la jurisprudencia (por todas la STS de 27 de junio de 2006, 18 de septiembre de 2007, recurso casación 1962/2002 con cita de otras sentencias anteriores) a los fines del art. 106.2 de la Constitución, ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo. En consecuencia, los particulares podrán reclamar por las lesiones que sufran en sus derechos a consecuencia del funcionamiento de la asistencia sanitaria (art. 106.2 CE) prestada por las Mutuas Patronales como entidades colaboradoras de la Seguridad Social". Ahora bien, estas consideraciones no deben entenderse en ningún caso, a mi juicio, como una autorización para que las mutuas patronales comparezcan por sí solas ante la Jurisdicción. Se trata de reconocer que les es aplicable el régimen de responsabilidad propio de las Administraciones Públicas, pero desde luego ello no las transforma en una Administración Pública, y recuérdese que solo éstas pueden comparecer como demandados principales ante la Jurisdicción (art. 1 LJCA). Repárese en que, en el asunto tratado por el TS en la anterior sentencia, en cualquier caso, se recurría contra una resolución dictada por la Consejería correspondiente, sin que hubiera comparecido la mutua por sí sola.

Así se confirma lo anterior en sentencias posteriores del TS, como la de 25 de mayo de 2011, ECLI:ES:TS:2011:3545, donde llega a declararse incluso que es la Administración la que ha de responder de los daños causados por la mutua; postura que, desde luego, no mantenemos aquí.

La posterior sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 ECLI:ES:TS:2011:7717, corrige la afirmación de que la Administración haya de asumir los daños causados por la mutua y admite, en su FJ 7º, la posibilidad de condenar a la mutua; pero sus afirmaciones tampoco deben ser entendidas fuera de su sentido puramente material (determinar quién es el responsable) sin que el TS esté estableciendo que sea procesalmente posible demandar solamente a la mutua; repárese en que, también en ese caso, aparecía demandada, de nuevo, una Administración pública con carácter principal.

V. ANTE QUÉ ADMINISTRACIÓN DEBE REALIZARSE LA PETICIÓN

Una vez determinado lo anterior, un problema subsiguiente es el de cuál sea la Administración que ha de tramitar el procedimiento mencionado.

Cabría plantear razonablemente que la competencia corresponda al Instituto Nacional de la Seguridad Social, del cual, en definitiva, las mutuas son entidades colaboradoras. La asistencia sanitaria prestada por la mutua lo es por la condición de trabajador del afectado, y no por razón de las previsiones de cobertura sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. De

modo que la mutua es una entidad colaboradora de la Seguridad Social, ajena e independiente de la ordenación sanitaria cuya gestión y dirección corresponde a la Administración sanitaria. Esta postura podría encontrar cierto acomodo en la previsión del art. 82 LGSS cuando señala que *“Las prestaciones y los servicios atribuidos a la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte de la acción protectora del sistema”* de Seguridad Social.

Ahora bien, esta cuestión fue aclarada en otro sentido, esto es, a favor de la competencia de la Administración autonómica, por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:7958. Dicha sentencia entiende que la Administración autonómica a la que ha sido transferida la sanidad pública es también la Administración que debe tutelar el desarrollo de la atención sanitaria efectuada por las mutuas. El alto tribunal pone de manifiesto cómo la Ley General de la Seguridad Social distinguió dos entidades gestoras diferentes: por un lado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, tutelado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y, por otro, el Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de los servicios sanitarios, tutelado por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Además, se regularon las mutuas colaboradoras, cuyas funciones colaboradoras comprenden tanto la gestión de prestaciones económicas, es decir las realizadas habitualmente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como la colaboración en la gestión sanitaria en caso de contingencias de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, es decir, la materia propia del Instituto Nacional de la Salud, luego transformado en el Sistema Nacional de Salud. La prestación sanitaria que ofrecen las mutuas forma parte de los servicios integrados en el Sistema Nacional de Salud, y, además, en coherencia con lo anterior, la normativa reglamentaria de aplicación atribuye al organismo que en cada caso tenga atribuida la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad social las funciones de la inspección, informe y control de adecuación de las instalaciones y servicios sanitarios de dichas mutuas. Cuando se produce el traspaso de funciones del INSALUD a las Comunidades Autónomas, se traspasa también el control sobre las actividades sanitarias de las mutualidades al formar parte del Sistema Nacional de Salud.

Por todo ello, es la Administración sanitaria correspondiente al territorio en que se haya prestado la asistencia sanitaria supuestamente defectuosa, esto es, la Comunidad Autónoma, y no el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la que debe resolver en vía administrativa cualquier cuestión que se refiera a la asistencia sanitaria prestada por las mutuas.

Ante una prestación sanitaria de la mutua que el enfermo considere defectuosa, debe dirigirse a la Consejería de Sanidad autonómica correspondiente exponiendo su reclamación contra la mutua, debiendo proceder la Administración en la forma que hemos indicado. Contra el acto expreso o presunto donde se declare o deniegue la responsabilidad, y, en el primer caso, se cuantifique, cualquiera de los interesados podrá interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo, pudiendo comparecer el otro interesado como codemandado.

Esto no quiere decir que la Administración deba asumir ninguna parte en la reparación económica del daño, a no ser, naturalmente, que haya coadyuvado con actos concretos, junto a la mutua, a su causación.

VI. CONSECUENCIAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A mi juicio, todo particular que interponga un recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la mutua rechazando su derecho a ser indemnizado por la inadecuada prestación de asistencia sanitaria, debe recibir, *a limine litis*, un auto de inadmisión del recurso contencioso-administrativo por haberse interpuesto contra actividad no susceptible de impugnación (art. 51.1.c LJCA), para que reclamen previamente ante la Administración y recurra después contra la decisión expresa o presunta de esta.

Es de capital importancia que la decisión se tome en esta primera fase del recurso. Si no se ha tomado en esa fase inicial y se ha dado lugar a que el recurso contencioso-administrativo se tramite íntegramente, normalmente durante varios años, puede darse una situación en la que la inadmisión por la razón indicada suponga una verdadera denegación del derecho de tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

En efecto, debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos el interesado habrá seguido el cauce que se ha descrito en el primer apartado del presente trabajo guiado por una intensísima confianza legítima en que era el cauce adecuado, confianza que han contribuido a generar tanto las mutuas colaboradoras, como las Administraciones autonómicas, como, incluso, los propios Tribunales contencioso-administrativos.

Las mutuas, porque aceptan habitualmente a trámite las reclamaciones presentadas por los particulares, emitiendo una decisión al respecto y ofreciendo al interesado el recurso contencioso-administrativo.

Las Administraciones autonómicas, porque no es infrecuente que los interesados se dirijan a ellas, como titulares del servicio sanitario, pidiendo que se declare la responsabilidad de la mutua, y que dichas Administraciones se nieguen a tramitar el procedimiento, remitiendo al solicitante a una reclamación ante la mutua.

Y los Tribunales contencioso-administrativos, porque, como ya dijimos más arriba, no es infrecuente que llegue a tramitarse el recurso y a dictarse sentencia sobre el fondo con la mutua como única demandada, generándose la apariencia de que tal forma de actuar es correcta.

Como hemos dicho, pues, cabe plantear que, en estas condiciones, la inadmisión del recurso en sentencia, una vez tramitado, podría resultar vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. El incorrecto actuar de una parte no debe poder ser aprovechado por ella misma en perjuicio de la otra, de acuerdo con el clásico brocardo *nemo audiatur turpitudinem suam allegans*. Como dice la STC 165/2020, de 16 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TC:2020:165, “*tales obstáculos y dificultades, debidos solo a*

deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (allegans propriam turpitudinem non liquet)". La inadmisión, una vez tramitado el procedimiento contencioso en su integridad, en estas circunstancias, supondría negar la tutela judicial a una de las partes parte sobre la base de la actitud incorrecta de la otra. Es frecuente que se rechace el alegato de la falta de agotamiento de la vía administrativa previa, o de la extemporaneidad del recurso, cuando resulta que la vía previa no se agotó porque la Administración incumplió su obligación de informar sobre la obligatoriedad de la misma o sobre el plazo del recurso. En el mismo sentido, tal vez no debiera inadmitirse el recurso por falta de agotamiento de al vía administrativa previa, al menos cuando el recurso contencioso ya ha sido completamente tramitado, por no ser imputable al interesado el no haber ejercido correctamente la acción en vía administrativa, según ya se ha explicado.

Por otro lado, aunque probablemente la posible prescripción habría quedado interrumpida por los distintos actos realizados, nunca es descartable el surgimiento posible de problemas temporales que comprometan la viabilidad de la nueva reclamación. Además, el paso del tiempo puede fácilmente dificultar la probanza de algunos de los hechos.

Así pues, entiendo que, si el recurso está ya pendiente de sentencia, no debe inadmitirse para que el interesado, como Sísifo, reinicie el procedimiento ahora ante la Administración, debiendo por tanto, excepcionalmente, dictarse sentencia sobre el fondo.

Es preciso reconocer que se trata de una propuesta problemática, dado que las causas de inadmisibilidad del recurso son de orden público; pero creo que la primacía del art. 24 CE debe regir aquí.

Todos estos problemas se solucionan si la inadmisión es *a limine litis*. Por ello, hay que reafirmar que el momento idóneo para la inadmisión será el de la interposición del recurso contencioso-administrativo, tratando así de reconducir una situación -la de la demanda de las mutuas ante los Tribunales contencioso-administrativos- que está reclamando urgentemente una actitud coherente y firme por parte de tales Tribunales para reconducir una situación que no parece admisible ni coherente con los principios procesales básicos que regulan esta jurisdicción.

ACCIÓN SOCIAL CONCERTADA: ¿SON REALMENTE LOS CONCIERTOS SOCIALES “INSTRUMENTOS NO CONTRACTUALES”? EXTREMADURA Y OTRAS NORMATIVAS AUTONÓMICAS.

CONCERTED SOCIAL ACTION: ARE SOCIAL CONCERTS REALLY “NON-CONTRACTUAL INSTRUMENTS”? EXTREMADURA AND OTHER REGIONAL REGULATIONS

ÁLVARO CASAS AVILÉS.

Funcionario de Administración local con habilitación nacional.
Secretario General de la Diputación de Cáceres.

SUMARIO:

- I. La prestación de los servicios sociales en el contexto de la Unión Europea.
- II. La acción social concertada tras la LCSP de 2017.
- III. La diferencia entre “los servicios a las personas y “los servicios en favor de la ciudadanía”.
- IV. Los conciertos sociales están excluidos de la aplicación directa de la LCSP/2017.
- V. La verdadera naturaleza jurídica de la acción concertada. Los conciertos sociales son contratos, como declara la STJUE de 22 de julio de 2022.
- VI. No es libérrima la elección de la acción concertada como forma de gestión de los servicios sociales.
- VII. La adjudicación directa “excepcional” en la acción concertada: el caso de Extremadura, nuevamente.
- VIII. Dos conclusiones y una reflexión final: ¿pueden las CCAA regular instrumentos contractuales?

RESUMEN:

la LCSP de 2017 ha transpuesto la Directiva 2014/24/UE, estableciendo un régimen particular para la adjudicación de contratos de servicios sociales a las personas; régimen particular que, a su vez, es distinto del que, a nivel español, se ha previsto para la adjudicación de los servicios a la ciudadanía. Tras la STJUE de 22 de julio de 2022 queda claro que los servicios a las personas (a través de los conciertos sociales) constituyen contratos públicos, pero están excluidos de la aplicación directa de la LCSP/2017. No obstante, ello no supone: (i) ni que sea libre la opción de la Administración por un gestor sus servicios sociales mediante acción concertada; (ii) ni que puedan adjudicarse dichos conciertos sociales directamente (salvo emergencia); (iii) ni que no requieran publicidad comunitaria cuando, como es habitual, su valor estimado supere

el umbral de los 750.000 euros. Dado que prácticamente todas las normas de las CCAA al respecto son muy similares, utilizaremos la normativa extremeña como ejemplo de lo que, a nuestro juicio, supone un incumplimiento de la normativa comunitaria.

PALABRAS CLAVE:

acción concertada, concierto social, contrato público, contrato excluido, adjudicación directa, cuestión prejudicial, cuestión de inconstitucionalidad.

ABSTRACT:

the LCSP of 2017 has transposed Directive 2014/24/EU establishing a particular regime for the award of social service contracts to people, which in turn is different from the regime that, at the spanish level, has been established for the award of services to citizens. After the STJUE of July 22, 2022, it is clear that services to individuals (through concerted action) generally constitute public contracts, but are excluded from the direct application of the LCSP/2017. However, this does not imply: (i) nor that the Administration's option to manage its social services through concerted action is free; (ii) nor that said concerts can be awarded directly (except in an emergency); (iii) or that do not require community advertising when, as usual, their estimated value exceeds the threshold of 750,000 euros. Given that practically all the regulations of the Autonomous Communities in this regard are very similar, we will use the regulations of Extremadura as an example of what, in our opinion, constitutes a breach of community regulations.

KEYWORDS:

concerted action, social agreement, public contract, excluded contract, direct award, preliminary ruling, question of unconstitutionality.

I. LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Ya el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE, de adjudicación de contratos de concesión, dispone que las autoridades nacionales, regionales y locales tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la prestación de servicios”. Así, en la Unión Europea, los servicios de interés general no económicos (S.I.G.N.E.), entre los que se hallan los servicios sociales, sanitarios y de atención socio-sanitaria, “forman parte de los pilares del modelo europeo de sociedad, dada la trascendencia que para la calidad de vida de la ciudadanía europea posee la existencia de unos servicios de interés general eficientes, accesibles y de calidad,

que refuerzan la cohesión social y territorial.../... De este modo, los servicios de interés general no económicos tienen como eje central a la persona” (preámbulo de la Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura, en adelante LCSEX 13/2018).

De esta forma, el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, prevé la posibilidad de que determinados “servicios a las personas” (como son, entre otros, los servicios sociales) queden: (i) bien excluidos de la aplicación de la citada Directiva (prestándose los mismos mediante fórmulas de colaboración público-privada); o (ii) bien con una regulación particular, pues se trata de servicios tan sensibles como son los educativos o los socio-sanitarios. Por ello, los artículos 74 a 77 de la citada Directiva 2014/24/UE regulan un régimen particular de contratación para los “servicios sociales y otros servicios específicos” (los denominados servicios especiales del anexo IV de la LCSP de 2017, que son los mismos que los del anexo XIV de la dicha Directiva 2014/24/UE).

En este sentido, el apartado 75º de la STJUE de 14 de julio de 2022 (asunto C-436/2020) declara que “el régimen simplificado de adjudicación de contratos públicos previsto en dichos artículos 74 a 77 está justificado, como indica el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, tanto por la dimensión transfronteriza limitada de los servicios contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, como por el hecho de que esos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales.”

Nos encontramos, en definitiva, ante servicios de una especial trascendencia, pues no en vano la Comisión Europea considera los servicios sociales como servicios de interés general, en su *Libro verde sobre los servicios de interés general*, de 21 de mayo de 2003. Como explica Gimeno Feliú¹, al no organizarse prioritariamente estos servicios sociales como actividades económicas, “no les son de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce, al respecto, una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social”.

En este sentido, los servicios sociales constituyen, junto con la sanidad y la educación, tres de los pilares fundamentales de nuestro estado del bienestar (“Estado social”, según el artículo 1.1 de la Constitución). Y dentro de los servicios sociales, la atención a nuestros mayores se ha demostrado como una de las políticas públicas con mayor necesidad de mejora prestacional. Especialmente, si tenemos en cuenta las previsiones del Instituto Nacional de Estadística, que

¹ GIMENO FELIÚ, J.M., «Los contratos de servicios a las personas y su exclusión de la Ley de Contratos. La colaboración del tercer sector social en la prestación de servicios locales», en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (Dir.), *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2019, págs. 689 a 710.

calculan que (con la tendencia actual) para 2033 uno de cada cuatro españoles tendrá más de 65 años. Las políticas públicas en favor de nuestros mayores (todos los seremos algún día) suponen, sin duda, uno de los mayores retos de nuestro país, por las deficiencias asistenciales que la reciente pandemia ha mostrado con toda su crudeza.

Pero los servicios sociales, como servicio público, no acaban ni mucho menos ahí, pues basta contemplar el amplísimo catálogo de prestaciones (tanto de atención social básica como de atención especializada) garantizadas por los sistemas públicos de servicios sociales que regulan las respectivas leyes autonómicas (v. gr., arts. 30 y 31 de la Ley 14/2015, de Servicios Sociales de Extremadura²). Y en un contexto casi permanente de crisis económica como el que vivimos desde la crisis financiera de 2008, muchas Administraciones han apostado por potenciar la externalización de los “servicios a las personas” y también de los “servicios a la ciudadanía” (cuya diferencia, en términos jurídicos, analizaremos en el epígrafe III de este trabajo).

Dicha externalización (que es lo que supone toda acción concertada social) es una opción posible, pero no es una opción política libérrima, como ha declarado la jurisprudencia que, a este respecto, veremos en el epígrafe VI. Ciertamente, se trata de una de las opciones a adoptar por la Administración en uso del principio de autonomía consagrado en el art. 137 de la Constitución. Ahora bien, dicha opción requiere valorar las circunstancias y características del supuesto concreto. Es más, en el ámbito de la Administración local, la forma de prestación del servicio (por mandato expreso del artículo 85 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL) debe ser “la más sostenible y eficiente posible” entre la gestión directa o indirecta, ya sea ésta última mediante un contrato administrativo típico o mediante un contrato administrativo especial, como es el concierto social. Ídem si el servicio público local se presta mediante un contrato *in house* (encargo a medios propios del artículo 32 de la LCSP/2017), pero esta consideración merece un ensayo aparte, por lo que lo dejaremos para otra ocasión.

II. LA ACCIÓN SOCIAL CONCERTADA TRAS LA LCSP DE 2017.

Como es sobradamente conocido, es tradicional la distinción entre las formas directa e indirecta de gestión de los servicios públicos. Aunque las modalidades de prestación siempre han tenido muchas alternativas organizativas y gestoras, tras la LCSP de 2017 se han ampliado (y complicado) esas posibilidades. Con la Ley 9/2017, la categorización entre formas de gestión directa e indirecta se mantiene, aunque con importantes cambios en las modalidades de gestión contractual (por la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos); pero la gestión indirecta se completa con novedades en las formas de prestación colaborativa, por la participación de entidades privadas sin ánimo de lucro, como tratamos de explicar en este

² En desarrollo de tales preceptos puede consultarse el Decreto 35/2023, de 19 de abril, por el que se aprueba el Catálogo del Sistema Público de Servicios Sociales de Extremadura (DOE de 11 de mayo de 2023).

trabajo. Es la denominada acción concertada.

De esta forma, hasta la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la gestión de los servicios a las personas era: o bien directa (con los propios medios personales y materiales de la Administración competente), o bien indirecta, a través de un contrato público. Pero tras la entrada en vigor de la LCSP se ha fortalecido una “tercera vía” (el concierto social o acción concertada). Este supuesto *tertium genus* sigue siendo, no obstante, una forma de gestión indirecta³.

Y ello es así porque este concierto social no es sino un contrato (en el epígrafe V nos detendremos en este punto), como han afirmado ya tanto los tribunales nacionales (sentencia del TSJ de Aragón de 5/12/2022⁴) como los comunitarios (sentencia del TJUE de 22 de julio de 2022, asunto C-436/20; y auto del TJUE de 31 de marzo de 2023, asunto C-676/2020). Más concretamente, en nuestra opinión, el concierto social debería regularse como *contrato administrativo especial*⁵ (de servicios), que se regula por sus normas administrativas especiales (que serán dictadas por las CCAA, como Administraciones competentes, según la D.A. 49ª de la LCSP), y se sujeta únicamente a los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, como contratos excluidos que son los conciertos sociales, según el artículo 11.6 LCSP. Esta tesis del concierto social como contrato administrativo especial la explica, con detalle, el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía nº 58/2018, de 7 de febrero.

En esencia, con esta acción concertada estamos ante una colaboración público-privada con las entidades del tercer sector de acción social (definidas en el artículo 2 de la Ley estatal 43/2015, del Tercer Sector de Acción Social, así como en las respectivas leyes autonómicas en materia de asistencia social, como la Ley 10/2018, del Tercer Sector Social de Extremadura, entre otras). Este modelo colaborativo tiene una importante implantación social en toda España, con contrastados resultados económicos (pues, hasta tiempos recientes, era un modelo principalmente de iniciativa e impulso privado, sin ayudas públicas).

3 Así lo refrenda la normativa autonómica. Entre otras, el artículo 2.3 de la LCSEX 13/2018 dispone que: “además del régimen de *gestión indirecta* mediante la modalidad de concertación previsto en esta ley, las Administraciones públicas podrán gestionar los servicios referidos a través de cualquiera de estas fórmulas: a) Gestión directa o a través de medios propios. b) Gestión indirecta a través de las modalidades de contratación previstas en la normativa sobre contratos del sector público.”

4 Esta contundente STSJ de Aragón nº 414/2022, de 5 de diciembre, declara (sic) “que tratándose de un *contrato oneroso*, según se ha expuesto, es preciso la justificación de la opción por la acción concertada.”

5 Así lo califica también (como contrato administrativo especial) por ejemplo, el Dictamen nº 58/2018, de 7 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía, que informa que dicha configuración del concierto social como contrato administrativo especial permite la aplicación supletoria de la legislación de contratos públicos para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico. En este sentido, el artículo 1.2 del Decreto 57/2020, que regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía, dispone que este concierto social es un contrato especial de servicios, que constituye “la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados” (preámbulo del citado Decreto 57/2020).

En desarrollo de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (considerando 114 y artículos 74 a 77), prácticamente todos los parlamentos autonómicos, aunque con distintos modelos y matices, han intentado paliar la mercantilización de los servicios públicos de carácter social, tratando de evitar negocios lucrativos, con una evidente intención de huir del derecho de la contratación pública⁶.

El considerando 114 de la citada Directiva 2014/24/UE declara que los poderes públicos tienen “libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

Pues bien, sobre esto, como mayor o menor fortuna, se han lanzado a regular ya todas las Comunidades Autónomas (CCAA). Así, entre otras, Extremadura ha aprobado (en desarrollo del artículo 19 de la Ley 14/2015, de Servicios Sociales de Extremadura) su Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura (LCSEX 13/2018), a su vez completada por el Decreto 122/2022, de 28 de septiembre, que desarrolla la citada Ley 13/2018. Similar estructura normativa mantienen prácticamente todas las CCAA. Por ejemplo, la Comunidad Valenciana aprobó su Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, que desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social. Esta normativa valenciana ha sido parcialmente confirmada por la sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 14 de julio 2022 (nº C-436/20), como explicaremos más adelante⁷.

De esta forma, y dada la irrelevancia del *nomen iuris* que ha utilizado cada CCAA, esta figura (validada por la STJUE de 14 de julio de 2022) es denominada principalmente de dos formas: acción concertada o concierto social. Así, se conoce como *acción concertada* por la normativa aragonesa, valenciana y asturiana⁸. Y se conoce como *concierto social* por la normativa de

6 En este sentido, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., “Reflexión crítica sobre el «outsourcing» de los servicios sociales dirigidos a nuestros mayores en tiempos de COVID”, *Revista El Consultor de los Ayuntamientos* (2020). De esta forma, Carrodegua Méndez **considera que** “en no pocas ocasiones ha girado alrededor de la precarización de los mismos; disminuyendo notablemente su calidad, con la consiguiente reducción y empeoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores y de las prestaciones dispensadas. En ocasiones... el afán de lucro de las mercantiles encargadas de la gestión de estos servicios sociales ha podido conducir al deterioro, degradación y empeoramiento de las condiciones de vida de sus usuarios; reabriéndose con fuerza el candente debate sobre la oportunidad de la externalización de los servicios públicos de nuestra Administración.”

7 Un detallado resumen de esta extensa sentencia puede leerse en este enlace: https://derecholocal.es/noticia/posibilidad-de-reserva-de-contrato-de-servicios-sociales-mediante-accion-concertada-a-entidades-privadas-sin-animo-de-lucro?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20220914_Nwl&utm_id=635

8 Ley (aragonesa) 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de

Andalucía, Extremadura, Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Murcia, Cataluña y País Vasco⁹. *Cantabria* es la única CCAA que, a día de hoy, no ha dictado normativa sobre esta acción concertada para la prestación de servicios sociales. Pero, en definitiva, estamos ante la misma figura. La definición que en derecho positivo da la ley extremeña es bastante completa, y la idea es la misma para todas las CCAA. Así, según el art. 2 de la LCSEX 13/2018, “el *concierto social* constituye el instrumento de *gestión indirecta* a través del cual los servicios sociales de atención social especializada, sanitarios y socio-sanitarios de responsabilidad pública dirigidos a la atención directa a las personas cuya financiación, acceso y control corresponde a las Administraciones públicas en el territorio extremeño, pueden organizarse en régimen de homologación y autorización para la consecución de objetivos sociales de interés público.”

En España, la norma pionera fue la aragonesa (la valenciana y la extremeña siguen en la práctica su misma sistemática) y ha servido de inspiración a otras CCAA para articular el procedimiento alternativo a la aplicación de la LCSP de 2017. Este procedimiento alternativo (como veremos en el epígrafe IV) no se opone a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, (¡previo examen competitivo de sus ofertas, ojo!), acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan.

III. LA DIFERENCIA ENTRE “LOS SERVICIOS A LAS PERSONAS Y “LOS SERVICIOS EN FAVOR DE LA CIUDADANÍA”.

La LCSP distingue entre los “servicios a las personas” (artículo 11.6 y Anexo IV de la LCSP) de los “servicios a la ciudadanía” (regulados en el artículo 312 de la LCSP como “Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía”), como explica Martínez Fernández¹⁰. Debemos diferenciar ambos tipos de

carácter social y sanitario; y Decreto (valenciano) 181/2017, de 17 de noviembre, que desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la C. Valenciana por entidades de iniciativa social; y Ley (asturiana) 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.

9 Ley Foral (navarra) 13/2017, de 16 de noviembre, de conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales; Decreto (andaluz) 41/2018, de 20 de febrero, que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales; Ley (extremeña) 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura; Decreto (murciano) 10/2018, de 14 de febrero, que establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad; Decreto (catalán) 3/2020, de 14 de julio, de acreditación, concierto social y gestión delegada en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública; Decreto (castellano-manchego) 52/2021, de 4 de mayo, que regula el concierto social para la gestión de servicios sociales y atención a las personas en situación de dependencia en Castilla-La Mancha; Decreto (canario) 144/2021, de 29 de diciembre, que aprueba el reglamento del concierto social en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Canarias; y Decreto (castellano-leonés) 3/2022, de 17 de febrero, que establece el régimen jurídico del concierto social en determinados ámbitos del Sistema de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública de Castilla y León.

10 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. y CASAS AVILÉS, A., “La gestión de los servicios sociales tras la LCSP de 2017:

servicios, pues los “servicios sociales” son siempre *servicios a las personas* (se gestionen directa o indirectamente), mientras que los *servicios a la ciudadanía* (fórmula contractual de gestión indirecta) son siempre servicios públicos que pueden ser “servicios sociales”, pero también otro tipo de servicios que no tengan tal carácter (por ejemplo, el servicio de abastecimiento de agua potable, servicio público con repercusiones ciudadanas, pero no incluido en el catálogo de prestaciones de servicios sociales)¹¹.

De esta forma, las figuras de *servicios a las personas* y *servicios a la ciudadanía* son categorías distintas:

A) Por una parte, el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE alude a los *servicios a las personas* para hacer referencia a los «Servicios sociales y otros servicios específicos» del anexo XIV (de la Directiva 2014/24/UE). Y dicho anexo XIV, comunitario, equivale al anexo IV de nuestra LCSP, relativo a una serie de «Servicios Especiales» (entre otros: servicios sociales y de la salud y servicios conexos; servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales; servicios de hostelería y restaurante; servicios de seguridad pública y servicios de salvamento, etc.).

De esta forma, los servicios a las personas constituyen un tipo especial de prestaciones cuya contratación puede articularse: (i) bien a través de un contrato de servicios (con algunas especialidades, por ejemplo, en relación con las cuantías para que puedan considerarse S.A.R.A., según art. 22.1.c/ de la LCSP); (ii) bien a través de un contrato de concesión de servicios (igualmente con especialidades). (iii) Además, la legislación autonómica puede articular instrumentos contractuales especiales (conciertos sociales/acción concertada) para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social (según la D.A. de la 49ª de la LCSP).

B) Por otra parte, los llamados *servicios a la ciudadanía* son una clase de contratos de servicios que se caracterizan por conllevar prestaciones directas a favor de los ciudadanos (son servicios públicos, del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, pero se aplican en los casos

servicios a las personas y servicios a la ciudadanía”, en PINTOS SANTIAGO, J. (Dir.), *Cinco años de la Ley de Contratos del sector público. Estudio de situación y soluciones para su regulación*, Aranzadi, 2023.

11 El artículo 312.a) de la LCSP crea una nueva figura jurídica (los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía), a caballo entre los contratos de servicios y la concesión de servicios públicos del artículo 284.2, aunque tampoco precisa de qué servicios en concreto se trata. Sin embargo, el citado artículo 312 impone, para realizar estos contratos, el mismo régimen preparatorio que prevé el art. 284.2 de la LCSP para las concesiones de servicios públicos. Sin embargo, nada ayuda precisar qué tipo de prestaciones de servicio pueden ser objeto de uno u otro tipo de contrato la categorización de «servicios especiales», relacionados en el anexo IV de la LCSP, servicios aludidos en diferentes preceptos de la misma (por ejemplo, en su D.A. 47ª) como «contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV», con unas exigencias singulares derivadas del régimen simplificado (y excepcional) que para los contratos de servicios sociales a las personas permiten los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE. El anexo XIV de la citada Directiva incluye los mismos servicios que transpone el anexo IV de la LCSP, pero la heterogeneidad de prestaciones que relaciona es enorme y sin un vínculo común claro, pues además de todo tipo de servicios de prestaciones sociales, también incluye: servicios religiosos, herrería, de recauchutado, de cantina, etc.

en que no hay transferencia del riesgo operacional). Su régimen jurídico se encuentra en el art. 312 LCSP. Con esta categoría, la Ley pretende identificar los contratos que, con arreglo a la legislación anterior, eran licitados como contratos de gestión de servicios públicos y que (al no transmitirse el riesgo operacional al adjudicatario) han de calificarse, de acuerdo a la Ley 9/2017, como contratos de servicios. De esta forma, entre otras garantías, se establece la necesidad de que la Administración competente asuma la actividad como propia y la obligación del adjudicatario de prestar el servicio con la continuidad (propia de los servicios públicos) convenida.

EN DEFINITIVA:

determinados *contratos de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía* (C.S.P.D.C. del artículo 312 LCSP) no constituirán «servicios a las personas» (por ejemplo, un contrato de servicios de transporte urbano, de alumbrado público o de recogida de residuos); mientras que la prestación de determinados *servicios a las personas* (del art. 11.6 LCSP) podrá articularse a través de fórmulas distintas a un contrato de servicios (por ejemplo, a través de una concesión de servicios), e incluso mediante fórmulas distintas de las de un contrato típico (así, la “acción concertada” como técnica excluida de la aplicación directa de la LCSP).¹²

De esta forma, podemos observar cómo el régimen jurídico de los «antiguos contratos de gestión de servicios públicos» no sólo se ha trasladado (*mutatis mutandi*) a las «concesiones de servicios», sino también (en algunos aspectos) a una parte de los contratos de servicios: en concreto, a los contratos de S.P.D.C. del artículo 312. ¿Pero en qué consisten dichos «servicios a las personas» del anexo IV de la Ley? ¿Son únicamente los servicios sociales, sanitarios y educativos?

Debemos comenzar apuntando que aunque los servicios sociales, sanitarios y educativos son los que más ríos de tinta doctrinal están provocando (por el gran volumen de recursos públicos que consumen, sobre todo a nivel autonómico), sin embargo el interés (al menos, en la Entidades locales) no es sólo ese. En las EELL sí se prestan algunos «servicios a las personas» (mediante contratos de S.P.D.C.), sobre todo asistenciales: ayuda a domicilio, residencias de ancianos, centros de día, guarderías, etc. Pero también son frecuentes otro tipo de servicios «directos a la ciudadanía» (que pueden tener su encaje como contratos de servicios, si no hay transferencia del citado riesgo operacional). Así, caben también en el ámbito local los siguientes contratos de S.P.D.C.: servicios de socorrismo y salvamento, actividades deportivas, monitores para alumnos con dificultades, servicios de comedor escolar, de transporte urbano

¹² Varias veces a lo largo de este trabajo señalamos que la acción concertada/conciertos sociales están excluidos de la aplicación directa de la LCSP. Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar los principios de la LCSP son aplicables a los contratos excluidos, toda vez según el artículo 4 de la LCSP: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

de viajeros, gestión de tanatorios, servicios de prevención de incendios, teatros municipales, centros de recepción de turistas, etc.¹³

En definitiva, los servicios que conllevan el régimen especial que estamos analizando en el presente epígrafe no son sólo los «servicios sociales». Y es que el anexo IV de la LCSP obliga a que estén sujetos a regulación armonizada (con las obligaciones adicionales de publicidad en el DOUE que ello conlleva) aquellos contratos que, además de alcanzar los 750.000 €, también reúnan el requisito de ser contratos de S.P.D.C. tipificados en el listado de dicho anexo, a saber: servicios sociales y de salud; servicios administrativos, educativos y culturales (como eventos, fiestas, etc.); servicios de correos, así como otros servicios administrativos y gubernamentales; servicios de hostelería y restauración; servicios de seguridad pública y salvamento; y otros servicios comunitarios, incluidos los prestados por sindicatos, asociaciones juveniles, etc.

Así, el establecimiento de un régimen particular para estos “servicios a las personas” en la Directiva de contratos, con un umbral más elevado del que se aplica al resto de contratos de servicios, reside en que “se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales”, lo que determina su “dimensión transfronteriza limitada”, puesto que normalmente no revisten intereses para los operadores económicos de otros Estados miembros. En consecuencia, la Directiva solo diseña las líneas generales de cómo adjudicar estos contratos, en la medida estima que se le debe otorgar un amplio margen de elección de sus operadores económicos para prestar estos servicios, con el único límite de que respeten los principios de igualdad de trato y transparencia.

La doctrina reclamaba el uso de la posibilidad que permite la Directiva de contratos de establecer una regulación simplificada y de reservas de contratos. Por un lado, se postulaba que se pudiese reservar este tipo de contratos, por el carácter estratégico de la prestación de estos servicios de carácter sanitario y asistencial y, por otro, que se articulase un procedimiento simplificado que atienda a las necesidades y peculiaridades de estos servicios, donde debe primar la cualificación del personal que presta los servicios. Dicho objetivo se ha conseguido, parcialmente, con la LCSP¹⁴ y con el “batiburrillo” de la normativa autonómica de acción

¹³ Debemos señalar que los servicios sociales constituyen (según la mayoría de Estatutos de Autonomía) una competencia esencialmente autonómica, pese a que los ayuntamientos los prestan en función de la demanda ciudadana, y del cumplimiento de los requisitos del artículo 7.4 LRBRL (que implica la necesidad de petición de informes de sostenibilidad financiera y de ausencia de duplicidad competencial). Los ayuntamientos están condicionados al cumplimiento del artículo 7.4 LRBRL, porque su marco competencial en materia de servicios sociales se limita a lo previsto por el artículo 25.2.e) LRBRL: «e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

¹⁴ La regulación en la LCSP de estos *servicios a las personas* ha quedado así. En primer lugar, estos contratos se identifican con los establecidos en el anexo IV de la ley. En segundo lugar, no se opta por establecer un régimen específico y propio, sino por aplicarle el régimen de los contratos de servicios comunes, con determinadas peculiaridades. En este sentido, permanece una enorme rigidez al procedimiento de adjudicación de estos contratos. Además, en estos contratos, al menos el 51 % de la puntuación asignable tienen que ser criterios relacionados con la calidad (artículo 145.4 LCSP). En la D.A. 47ª se contemplan una serie de principios, aplicables a estos servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV de la LCSP. Realmente lo que se establecen son unos principios genéricos que deben ser observados, así

concertada para la adjudicación de conciertos sociales (la tramitación no queda sujeta al laborioso procedimiento de adjudicación de la Ley 9/2017).

En definitiva, que las “nuevas” categorías de *servicios a las personas* (artículo 11.6) y *servicios a la ciudadanía* (del art. 312 LCSP) operan en planos distintos, como acabamos de ver.

IV. LOS CONCIERTOS SOCIALES ESTÁN EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA LCSP/2017.

Entre las diversas exclusiones que contiene la ley de contratos, aquí nos interesa la regulada en el artículo 11 apartado 6º de la LCSP, que establece que: «6. Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que ésta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas; y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Merece la pena resaltar varios aspectos de esta exclusión (de la Ley de Contratos de 2017). El primero, y más importante, es que no se trata de una exclusión de todos los “servicios a la ciudadanía” del artículo 312 y del anexo IV de la LCSP. No. Únicamente se trata de una exclusión de los “servicios sociales”, pero no de otros servicios directos a las personas, como son los servicios educativos.

Además, es importante destacar que la competencia para la regulación de los servicios sociales (tanto para su prestación directa, como para su prestación a través de entidades privadas) corresponde a las CCAA, por lo que la dispersión normativa está servida. Así, la falta de un régimen jurídico unitario para todo el país es ya una realidad.

De esta forma, y con fundamento en la citada exclusión (art. 11.6 LCSP), nos encontramos con que la prestación de servicios sociales de competencia autonómica (aunque también los prestan las EELL, por delegación, *ex* artículo 27.3.c) de la LRBRL) se realiza de distintas formas, según la CCAA de que se trate: (i) gestión *directa*; (ii) gestión *indirecta* tradicional (de acuerdo con las figuras que se prevén en la legislación contractual: concesiones de servicios y contratos de servicios); y (iii) «*concierto social*» (acuerdos de acción concertada), respecto de los que todos los legisladores (y/o reglamentadores) autonómicos, salvo el andaluz, están declarando expresamente su no sometimiento a la normativa de contratación pública.

como una serie de criterios de adjudicación, como son, entre otros: los relativos a la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; o el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

De conformidad con el marco expuesto, ciertos servicios sobre las personas se consideran excluidos de la aplicación directa de la LCSP/2017. En concreto, y *por poner un ejemplo real*, recomendamos la lectura de la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) nº 796/2019, de 11 de julio (recurso 644/2019), que inadmite el recurso especial contra las “bases reguladoras del acuerdo de acción concertada para el centro de personas discapacitadas en situación de dependencia”, convocado por el ayuntamiento de Sueca (Valencia). En este recurso la Asociación Empresarial de Residencias y Servicios a Personas Dependientes (AERTE) de la Comunidad Valenciana impugnó las citadas bases reguladoras, denunciando que las mismas infringen el artículo 11.6 de la LCSP, por prever la participación únicamente de las entidades privadas de iniciativa social que cumplan una serie de requisitos, con discriminación de las demás entidades privadas con finalidad lucrativa. Pues bien, el art. 11.6 LCSP es claro al excluir de su ámbito de aplicación la prestación de determinados servicios sociales cuando se cumplan una serie de requisitos que (en el caso de las bases reguladoras de la acción concertada citada) sí se cumplan, a juicio del TACRC.

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que *los acuerdos de acción social concertada son contratos, pero no contratos públicos* de los tipificados por la Ley 9/2017, razón por la cual se encuentran fuera del ámbito de aplicación directa de la citada LCSP. Por ello, y como el recurso especial en materia de contratación (REMC), de conformidad con el art. 44.1 LCSP, sólo rige para contratos públicos incluidos en su ámbito de aplicación, el TACRC inadmitió el recurso presentado contra la acción concertada convocada por el Ayuntamiento de Sueca¹⁵.

Sobre este particular, la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 14 de julio de 2022, relativa a la normativa autonómica española de desarrollo de la D.A. 49ª de la LCSP) considera que no se vulnera ni la libertad de establecimiento ni la libre prestación de servicios (arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE) mediante una normativa y sus actos de aplicación posterior, siempre que, como señala el TJUE, “la prestación de servicios contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria”.

¹⁵ En este sentido, la citada RTACRC nº 796/2019, de 11 de julio, declaró que: << (...) Las bases impugnadas son susceptibles de recurso en vía administrativa, considerándose efectuada la convocatoria a los efectos del artículo 13.3 del Decreto 181/2017, que establece que “las convocatorias serán publicadas en el DOGV y contendrán, como mínimo, los siguientes aspectos: a) Definición del objeto: servicios susceptibles de concierto, que vendrán delimitados en cada convocatoria. b) Financiación. c) Requisitos generales y específicos que, en su caso, deberán cumplir las entidades de iniciativa social para participar en el procedimiento de selección. d) Plazo y lugar de presentación de solicitudes (...)”>>. En consecuencia, se procedió a devolver el recurso interpuesto al órgano de contratación (Ayuntamiento de Sueca) para su tramitación como recurso administrativo ordinario (recurso de reposición), y no como recurso especial en materia de contratación (REMC), al amparo del artículo 115.2 de la Ley 39/2015 (según el cual: “el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”). Por ello, el TACRC inadmitió el recurso especial interpuesto por la Asociación Empresarial de Residencias y Servicios a Personas Dependientes de la C. Valenciana contra las “bases reguladoras del acuerdo de acción concertada para el centro de personas discapacitadas en situación de dependencia”.

Explicaremos con más detalle (en el epígrafe V) dicha jurisprudencia comunitaria (sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-436/20, ASADE). En ella, el TJUE resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de la C. Valenciana, en relación con el Decreto autonómico 181/2017, que desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social. Pero como anticipo de la misma, diremos aquí que no es contrario a la normativa comunitaria que, para la prestación de servicios sociales de asistencia a las personas, se llegue a acuerdos de acción concertada con entidades privadas de iniciativa, excluyendo de la licitación operadores con ánimo de lucro, siempre y cuando se cumplan determinados condicionantes. Así, la citada sentencia de 14 de julio de 2022 llega a estas *conclusiones*:

1) Los arts. 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando: (i) por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, (ii) se respete el principio de transparencia y publicidad, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

2) El art. 76 de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva (que son los mismos que los del anexo IV de la LCSP), la implantación del operador económico *en la localidad* (arraigo territorial discriminatorio) en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas¹⁶.

En resumen, la acción concertada sería así un sistema excluido de la LCSP para adquirir o financiar servicios sociales mediante un procedimiento en el que únicamente se admiten entidades sin ánimo de lucro, las cuales sólo perciben el reembolso de los costes. No obstante, debemos destacar que, según la citada sentencia ASADE “I”, cuando superen el umbral de 750.000 € de valor estimado, *los conciertos sociales son contratos públicos sujetos a la*

¹⁶ En relación a esta cuestión prejudicial, el TJUE exige que “ese criterio de implantación sea compatible con el principio de igualdad de trato de los operadores económicos; de manera que, al exigirse que los licitadores estén implantados, desde el momento de la presentación de sus ofertas, en el territorio de la localidad donde vayan a prestarse los servicios sociales es manifiestamente desproporcionado con respecto a la consecución de tal objetivo (véase, en este sentido, la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse* y otros, C-234/03)”. En efecto, aun suponiendo que la implantación del operador económico en el territorio de la localidad sea necesaria para garantizar la proximidad y la accesibilidad de esos servicios, tal objetivo podría alcanzarse de manera igualmente eficaz obligando a dicho operador económico a cumplir este requisito únicamente en la fase de ejecución (no de adjudicación) del contrato de que se trate, mediante un criterio especial de ejecución (y no mediante un criterio de adjudicación).

Directiva 2014/24/UE (¡aunque no a la LCSP!), porque se cumplen las notas típicas de esta figura, en especial la onerosidad, entendida como intercambio de prestaciones entre las partes (precio por servicios). Así, según el apartado 67 de la citada STJUE:

“67. *El carácter oneroso de un contrato público* supone que cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación, sin excluir, no obstante, que la contrapartida del poder adjudicador consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véase, en este sentido, la sentencia de 10 septiembre 2020, Tax-Fin-Lex, C 367/19, apartados 25º y 26º). Por tanto, *un contrato no puede quedar excluido del concepto de «contrato público de servicios» por el solo hecho de que, como parece ocurrir en el caso de autos, la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio* (sentencia de 28 enero 2016, CASTA y otros, C 50/14, apartado 52º).”

Consecuente con su jurisprudencia anterior, el TJUE en su sentencia de 14 de julio de 2022 (ASADE “I”) considera que, una vez cumplidas dichas notas típicas, es irrelevante el nombre o la calificación que la legislación nacional le dé a la figura correspondiente (en este caso, la normativa valenciana habla expresamente de naturaleza “no contractual”). También es irrelevante que el prestador del servicio sea una entidad sin ánimo de lucro, que la finalidad del contrato sea social o que el precio sea un reembolso de los costes sin beneficio mercantil alguno, pues cuando cumplen las notas típicas una *relación sinalagmática*, en especial la onerosidad, entendida como intercambio de prestaciones entre las partes (precio por servicios), *estamos ante un contrato*.

Pero el TJUE concluye que la Directiva 2014/24/UE no se opone a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, *previo examen competitivo de sus ofertas*¹⁷, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE.

¹⁷ Esta cursiva (“*previo examen competitivo de sus ofertas*”) hace que nos suscite dudas, por no ajustarse a la Directiva, la redacción del artículo 8 de la LCSEX 13/2018, que permite un buen número de supuestos de adjudicación directa de conciertos sociales en Extremadura. Es más, en desarrollo del citado artículo 8 de la LCSEX, el Decreto 122/2022, de 28 de septiembre, que desarrolla la Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en Extremadura, prevé en sus artículos 14 y 15 unos generosísimos supuestos de adjudicación directa que, cuando superen el valor estimado de 750.000 €, creemos que vulneran derechamente lo previsto en los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE.

V. LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN CONCERTADA. LOS CONCIERTOS SOCIALES SON CONTRATOS, COMO DECLARA LA STJUE DE 22 DE JULIO DE 2022.

La sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE “I”, para nosotros) parte de esta idea-fuerza: para el legislador europeo, el régimen jurídico de la contratación de los servicios sociales es un régimen excepcional al régimen general de contratación pública, según se deduce de los arts. 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Asimismo, es necesario tener en cuenta las siguientes precisiones de dicha sentencia ASADE “I” (apartados 55, 56, 62 y 63):

“55. Al ser el *concepto de «contrato público»* un concepto del derecho de la Unión Europea, *la calificación que el derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia* [véanse, en este sentido, la sentencia de 22 de abril de 2021, Comisión/Austria, asunto C-537/19, apartado 43º].

56. Por tanto, la precisión que figura en el art. 62, apartado 1º, de la Ley valenciana, según la cual tales acuerdos constituyen «instrumentos organizativos de naturaleza no contractual», no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación Directiva 2014/24/UE.

62. La circunstancia de que el contrato se celebre con una *entidad sin ánimo de lucro* no excluye que dicha entidad pueda ejercer una actividad económica, en el sentido Directiva 2014/24/UE, de modo que *tal circunstancia carece de pertinencia* a efectos de la aplicación de las normas del *derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos* (véanse, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2014, SUCH, C-574/12, apartado 33º).

63. Asimismo, pueden considerarse *actividades económicas* los servicios prestados a cambio de una retribución que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo (véase, por analogía, la sentencia de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, C-108/10, apartado 44º y jurisprudencia citada).”

Así, la normativa valenciana¹⁸ (enjuiciada en la sentencia ASADE “I”) no esconde su firme intención de favorecer a las entidades de iniciativa social, frente a las de iniciativa mercantil, para la prestación de servicios sociales, pretendiendo incluso reservarles en exclusiva la gestión indirecta de tales servicios. Y para ello ha regulado un instrumento de colaboración público-privada, los denominados acuerdos de acción concertada. Pero debemos preguntarnos cuál es la verdadera naturaleza jurídica de tales acuerdos de acción concertada, pues en realidad

¹⁸ La norma sometida por el TSJ de la Comunidad Valenciana a cuestión prejudicial comunitaria fue el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la C. Valenciana por entidades de iniciativa social.

no suponen una *actividad de fomento* de la Administración pública, sino una *actividad prestacional*, en la medida en que a través de dichos contratos o conciertos sociales las Administraciones públicas valencianas prestan servicios públicos de su competencia. Y ello, como sabemos, es bien distinto del fomento (mediante subvenciones) de iniciativas privadas de interés general.

La normativa valenciana (así como la extremeña y la aragonesa, entre otras muchas) reserva a las entidades sin ánimo de lucro el uso de sus respectivos instrumentos de actuación concertada, a los que califican como modalidades no contractuales. Sin embargo, como acertadamente expone la profesora Darnaculleta Gardella¹⁹, “en esta aventura colectiva, los legisladores *autonómicos no han tomado en consideración que, a los efectos de la aplicación de las directivas europeas de contratos públicos, la caracterización de un instrumento jurídico como contrato público o como modalidad no contractual no depende de su nomenclatura o definición a nivel interno, sino de su adecuación al concepto manejado por el derecho de la Unión*”.

En este sentido, la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 declara que:

<<al ser el concepto de ‘contrato público’ un concepto de derecho de la Unión, *la calificación que el derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia*. En este punto, además de la *condición respectiva de poder adjudicador y de sujeto económico de las partes, del objeto del negocio y de su carácter oneroso, debe tenerse en cuenta que el concepto de contrato público desde la perspectiva de la Unión Europea está estrechamente vinculado a la elección de una oferta, basada en criterios de adjudicación, que implica la competencia entre operadores*. En sentido opuesto, lo determinante del régimen no contractual es que todos los operadores puedan concurrir en condiciones de transparencia (publicidad) e igualdad de trato y, además, que la admisión o selección se base en la apreciación de la aptitud de los operadores y no en criterios de adjudicación. Es decir, las modalidades no incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratos son aquellas basadas en “procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar ofertas admisibles y designar el operador o los operadores a los que otorga la exclusividad del contrato>>.

Por tanto, es rotundo el Tribunal de Justicia (en esta sentencia ASADE “I”) cuando afirma que << al ser el concepto de ‘contrato público’ un concepto de Derecho de la Unión, la calificación que el derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia>>. Por consiguiente, y dado que la normativa valenciana sobre acción concertada prevé mecanismos de selección entre los hipotéticos prestadores de servicios, es evidente que dicha norma autonómica no puede calificar como de “no contractual” un negocio jurídico

19 DARNACULLETA GARDELLA, M. «Las nuevas modalidades de gestión de los servicios a las personas en la legislación autonómica de servicios sociales: especial referencia a la acción concertada», *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 62, marzo de 2021, pp. 37-52.

entre la Administración titular del servicio público y la entidad prestadora del mismo que, de acuerdo con la citada sentencia ASADE “I”, sí tiene la naturaleza jurídica de contrato público.

Basta con acudir al artículo 2.1.5 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, para comprobar la *vis atractiva* de la noción europea de contrato público, pues dicha directiva define como contratos públicos a “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios” (servicios sociales a las personas, en el caso enjuiciado). Así, la enorme amplitud del concepto europeo de contrato público atrae al campo de la contratación pública (regulada por Directivas comunitarias a partir de los umbrales previstos en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE) cuestiones que, en la tradición jurídica española se entienden como propias de la potestad de auto-organización.

En la doctrina, la idea de la acción concertada como contrato público es también compartida por el profesor Pizarro Moreno²⁰, al establecer que “la diferenciación del concierto social no es razón para negar que es un auténtico contrato público, porque estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinadas prestaciones (servicios sociales, en este caso) a los usuarios. *Esta estructura sinalagmática es la propia de un contrato*”.

La consecuencia de todo ello es clara: toda acción concertada (terminología valenciano-aragonesa) o concierto social (terminología extremeño-andaluza), cuyo valor estimado plurianual supere el umbral comunitario de los 750.000 €, será un contrato (de servicios sociales, en este caso) sujeto a regulación armonizada. Por tanto, dichos acuerdos de acción concertada deberán seguir el régimen jurídico marcado por los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE, con la consiguiente publicidad comunitaria. En este sentido, no bastarán los anuncios en boletines oficiales autonómicos, sino que la publicación de los anuncios que convoquen las licitaciones correspondientes a las respectivas acciones concertadas de servicios sociales (que son contratos públicos de servicios “especiales” o excepcionales contemplados en el artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE) deberá seguir el régimen de publicidad previsto en el artículo 75 de la citada Directiva europea sobre contratación pública. En este sentido, es tajante el auto²¹ del TJUE de 31 de marzo de 2023 (asunto C-676/20), en sus apartados 57 y 58, cuando declara que:

20 PIZARRO NEVADO, R. «El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14, octubre de 2020, pp. 88-103.

21 Auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 en el asunto C-676/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ-Aragón, mediante auto de 23 noviembre 2020, en el procedimiento entre la Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE) y el Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón, en relación con la legalidad de su Decreto 62/2017, de 11 abril, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro (BOA de 21 de abril).

“57. En el presente caso, del artículo 4.d) de la Ley 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de Aragón y del art. 7.6 del Decreto 62/2017, de 11 de abril, parece desprenderse que la publicidad de los anuncios de licitación de que se trata se garantiza únicamente mediante la publicación en el BOA y en el Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón.

58. Por consiguiente, de ser así, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, *tal publicación no constituiría una medida de publicidad conforme con el art. 75 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública.*”

De esta forma, y con independencia del *nomen iuris* que se le quiera dar por la normativa autonómica a los acuerdos de acción concertada (*nomen iuris* que, insistimos, es irrelevante cuando su valor estimado supere los 750.000 €, según la sentencia ASADE “I”), dichos acuerdos son contratos especiales de servicios (especiales o atípicos, con un régimen particular distinto al contrato de servicios del art. 17 LCSP) a los efectos de la normativa comunitaria. Por tanto, a estos contratos especiales (cuando superen los 750.000 euros), les será de aplicación la normativa europea de contratación pública en todo lo relativo a la selección de contratistas y adjudicación de contratos, sin perjuicio de que dicha normativa comunitaria permita la reserva de dichos contratos a entidades sin ánimo de lucro (con exclusión de las entidades mercantiles), en los términos previstos tanto en la citada sentencia del TJUE de 22 de julio de 2022 (ASADE “I”), como en el auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (ASADE “II”). Este último fallo también declara que es posible dicha reserva (sic) “con observancia de los principios de publicidad, de competencia y de transparencia... principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el art. 75 de la mencionada Directiva 2014/24/UE.”

Y es precisamente derivado de lo anterior por lo que está permitida la exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro de los procedimientos de adjudicación de los acuerdos de acción concertada regulados en la normativa valenciana, a los que la sentencia ASADE “I” califica como contratos públicos.

De esta forma, la polémica doctrinal sobre la atribución de carácter contractual a la acción concertada ya ha sido despejada por las decisiones ASADE “I” (sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022) y ASADE “II” (auto del TJUE de 31 de marzo de 2023). Y es que el Tribunal de Justicia ha concluido que en la acción concertada (tanto la valenciana como la aragonesa) se dan los rasgos esenciales del concepto europeo de contrato público (especialmente en lo relativo a la selección del operador económico), confirmando así la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE cuando se supere el umbral de los 750.000 € (previsto en el artículo 4, letra d), de la citada Directiva) en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en su anexo XIV.

Y no solamente está la jurisprudencia comunitaria ASADE “I” y “II”, sino que también las sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-111/13, *Spezzino*) y de 28 de

enero de 2016 (asunto C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio, CASTA*) constataron que tales prestaciones de servicios especiales o atípicos caen bajo el concepto europeo de contrato público. Por todo ello, lo previsto en la D.A. 49ª de la LCSP (y, en su desarrollo, la normativa autonómica sobre conciertos sociales que califican dicha acción concertada como “no contractual”) no tendrá ninguna eficacia por sí misma, pues habrá de estarse al contenido concreto de la regulación autonómica correspondiente.

En definitiva, y como ha señalado oportunamente el Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen nº 58/2018, de 7 de febrero), “la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permite la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico, que también son habituales en la normativa de otras Comunidades Autónomas que optaron por su configuración como un instrumento no contractual y en la que no resulta tan clara esa solución. En particular, habrá que prestar atención a las reglas del contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, regulado en el art. 312 de la Ley 9/2017.”

VI. NO ES LIBÉRRIMA LA ELECCIÓN DE LA ACCIÓN CONCERTADA COMO FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES.

El artículo 7.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) exige el cumplimiento del principio de eficiencia y la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera para celebrar cualquier tipo de contrato, convenio o concierto administrativo por una Administración pública²². En este sentido, y en el ámbito local, la LRSAL (Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), introdujo en el artículo 85.2 de la LRBRL una nueva exigencia, la cual ha de tenerse en cuenta para gestionar de manera indirecta un servicio público mediante un contrato de gestión de servicios públicos (hoy día, concesión de servicios o contrato de servicios, en función de la transferencia del riesgo operacional): acreditar que la forma elegida es la «más sostenible y eficiente», de entre las formas de gestión que relaciona el precepto, directas o indirectas.

De esta forma, el artículo 85.2 de la LRBRL deja claro que la elección de la forma de gestionar un servicio público local ha de realizarse en función del mejor cumplimiento de los principios de sostenibilidad financiera y eficiencia, tanto si se opta por una forma de gestión directa, como indirecta o contractual.

²² El artículo 7 de la LOEPSF se titula, precisamente, “Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”. En concreto, el apartado 3º de dicho artículo 7 establece este mandato: “3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.”

Todo ello supone que la potestad de autoorganización de las Administraciones públicas en general, y las Entidades locales en particular, para prestar sus servicios (art. 4.1.a) LRBRL), está altamente condicionada. Por eso, se ha de motivar adecuadamente la elección de la forma de gestión de un servicio en términos de eficiencia y sostenibilidad, mediante una memoria elaborada al efecto analizando (de forma comparativa las diferentes opciones, *ex art. 85.2 LRBRL*), la necesidad de celebrar un contrato (o, en su caso, un concierto social) y el tipo de contrato o concierto adecuado al servicio de que se trate²³.

Por tanto, en el ámbito de la Administración local, la forma de prestación del servicio (por mandato expreso del artículo 85.2 LRBRL) debe ser “la más sostenible y eficiente posible” entre la gestión directa o indirecta, ya sea ésta última mediante un contrato administrativo típico o mediante un contrato administrativo especial, como es el concierto social.

Es decir, estamos ante una decisión que debe adoptarse, por el órgano político competente, de forma motivada y sobre la base de la eficiencia y la sostenibilidad (en los términos del artículo 7.3 LOEPSF), como didácticamente aclara la sentencia del TSJ de Aragón nº 414/2022, de 5 de diciembre (recurso 100/2021). En concreto, en esta última sentencia, el TSJ de Aragón confirmó en apelación la anulación del decreto del Ayuntamiento de Calamocha (Teruel) que convocó un procedimiento para la explotación de la residencia municipal de mayores, conforme a la forma de gestión prevista por la Ley aragonesa 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. La anulación del decreto municipal se debió: (i) a que no constaba en el expediente administrativo el preceptivo (artículo 5.2 de la citada Ley 11/2016) informe justificativo del uso de la acción concertada, que declare la insuficiencia de medios o la idoneidad de esta forma de gestión (indirecta, como veremos más adelante), y (ii) a que la memoria económica era insuficiente.

Así, esta contundente sentencia del TSJ de Aragón (de la que es ponente el magistrado Zapata Hajar) declara en su F.J. 1º lo siguiente:

<<...Que *tratándose de un contrato oneroso*, según se ha expuesto, es preciso la justificación de la opción por la acción concertada... por exigencia legal expresa de los arts. 4 y 5 de la Ley 11/2016, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, valoración que no existe en este caso... En definitiva, no ha sido justificada la conveniencia de prestar el servicio de residencia mediante acuerdo de acción concertada...

Pues bien, la sentencia de instancia no puede ser más clara en su razonamiento y conclusión.

²³ Sin perjuicio de ello, la STSJ de Castilla y León nº 773/2019, de 21 de mayo (recurso 339/2018) afirma que “la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos corresponde al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.1.f de la LRBRL); y constituye una decisión de carácter discrecional, que tiene un contenido político, no predeterminado por el Derecho, de modo que la Administración decide entre las formas de gestión legalmente previstas con un margen de libertad, condicionado por la sujeción de su actuación a la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE), que no puede ser arbitraria (art. 9.3 CE) y al cumplimiento de los requisitos materiales y formales establecidos en el art. 85.2 de la Ley de Bases del Régimen Local”.

Ante la obligación establecida en la norma de que debe existir una justificación para acudir a este procedimiento de acción concertada, ni en el expediente ni en el decreto municipal recurrido, existe el más mínimo atisbo de esta justificación. La memoria económica no es la justificación que precisa este procedimiento para garantizar el cumplimiento de la norma. Al menos la mera memoria económica. Los datos de actividad económica pueden servir para ello, pero es preciso que se detallen las circunstancias que hagan necesario acudir a la acción concertada y si no hay expresión escrita de ello difícilmente podemos entender que se ha cumplido lo establecido en el art. 3.2 de la Ley 11/2016. El cumplimiento de esta justificación no es baladí, ni desde luego se puede dar por sobreentendido, como parece darse a entender en el recurso de apelación. Sin esta justificación expresada en un informe o en la orden de la convocatoria, no podemos conocer los motivos o circunstancias que han llevado a la corporación a tomar esta decisión. Esta justificación no puede ser la mera carencia de medios propios. Si acaso esto justificaría que no se puede prestar el servicio por los medios propios, pero no se justifica la posibilidad de gestión indirecta que igualmente prevé la norma. Pero reiteramos sería necesario, conocer las circunstancias que han llevado a que la corporación elija la acción concertada y eso no se puede presuponer, ni subsanar en fase judicial.>>

VII. LA ADJUDICACIÓN DIRECTA “EXCEPCIONAL” EN LA ACCIÓN CONCERTADA: EL CASO DE EXTREMADURA, NUEVAMENTE.

Los conciertos sociales, como cualquier otro contrato público, deben ser adjudicados por regla general mediante concurrencia competitiva, sin perjuicio de que dicha concurrencia pública esté reservada a entidades sin ánimo de lucro cuando se cumplan los requisitos previstos por los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE. Asimismo, y en determinadas circunstancias (sentencias del TJUE, *Spezzino* y *CASTA*), puede haber una adjudicación directa a entidades de voluntariado.

Derivado de esta jurisprudencia comunitaria, la normativa autonómica también ha previsto la adjudicación de conciertos sociales (o acuerdos de acción concertada), bien directamente o bien mediante licitaciones públicas, que *deberían* ser la regla general (art. 6.1 de la LCSEX 13/2018). No obstante, ese *deberían* queda en una cándida obligación cuando se establecen supuestos tan amplios de adjudicación directa como los previstos en el artículo 8 de la Ley 13/2018, de Conciertos Sociales de Extremadura (LCSEX 13/2018). Por si fueran pocos los supuestos²⁴ que ha previsto el citado artículo 8 de la LCSEX 13/2018, los mismos se han relajado

²⁴ En este sentido, el artículo 8 de la Ley 13/2018, de conciertos sociales de Extremadura, prevé una serie de supuestos excepcionales de adjudicación directa. Así: “1. Se podrán adjudicar los conciertos de forma directa cuando sea preciso para garantizar la continuidad asistencial de las personas beneficiarias de servicios residenciales y de centros de día u otros, objeto del ámbito de aplicación de la presente ley. 2. Con carácter excepcional, cuando concurren circunstancias urgentes debidamente acreditadas de interés público que imposibiliten o retrasen la formalización o el mantenimiento de un concierto para la prestación de un servicio sometido al régimen de concertación, y por el tiempo estrictamente necesario hasta la formalización del concierto o normalización del servicio, se podrá prorrogar el concierto que venía desarrollándose con la entidad que venía prestando el servicio o formalizar una concertación directa con la que reúna los requisitos para

aún más en la práctica, gracias al artículo 14 del Decreto 122/2022, de 28 de septiembre, que desarrolla la Ley 13/2018, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en el ámbito social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura²⁵.

De esta forma, y puesto que la publicidad es obligada²⁶ (sentencia ASADE “I”) si constatamos el DOE (Diario Oficial de Extremadura), prácticamente no veremos ningún procedimiento de concurrencia pública para realizar conciertos sociales en las Administraciones públicas extremeñas (ni autonómica ni locales). Sin embargo, lo que sí veremos es la proliferación de conciertos sociales de adjudicación directa.

Y para muestra un botón: en el DOE de 8 de noviembre de 2022 se publica la Resolución del SEPAD (Servicio Extremeño de Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia) de 31 de octubre de 2022, del procedimiento de *concertación directa* para la prestación del servicio de centro ocupacional incluido en el Marco de Atención a la Discapacidad en Extremadura, de conformidad con lo establecido en el Decreto 122/2022, por el que se desarrolla la LCSE 13/2018. El anterior es, nada más y nada menos, que una adjudicación directa para un concierto social con un valor estimado (anualidades 2022 y 2023) de ¡más de 13 millones de euros, casi nada!

Y, si seguimos buscando, encontraremos más adjudicaciones directas, pero pocas (o ninguna) adjudicaciones de conciertos sociales mediante concurrencia competitiva (aunque dicha concurrencia competitiva esté reservada a entidades sin ánimo de lucro, excluyendo así a las entidades mercantiles). Así, por ejemplo, también en el DOE de 8 de noviembre

ello, aun cuando no estuviera acreditada autorizada, valorando las circunstancias presentes en cada caso que determinen la idoneidad de la entidad en función del tipo de servicio a prestar. **3.** Asimismo, se podrán utilizar procedimientos de adjudicación directa sin publicidad ni concurrencia en los mismos supuestos que los previstos por la normativa de contratación pública en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de los conciertos. (...)”

25 Artículo 14 del Decreto 122/2022. Adjudicación directa: “**1.** Excepcionalmente, cuando sea preciso para garantizar la continuidad asistencial de las personas usuarias se podrá adjudicar directamente el servicio objeto de concertación siempre que concurren algunas de las siguientes circunstancias: **a)** Cuando se extinga el concierto de manera anticipada por causa no imputable a la Administración o bien cuando la entidad concertada se oponga a la renovación del concierto suscrito, por el tiempo indispensable hasta formalizar el nuevo concierto y por un plazo no superior a doce meses. **b)** Cuando concurren circunstancias urgentes debidamente acreditadas de interés público que imposibiliten o retrasen la formalización o el mantenimiento de un concierto para la prestación de un servicio sometido al régimen de concertación (...) **2.** Asimismo, podrán adjudicarse de forma directa a una entidad capacitada para ello: **a)** Cuando no se hubieran presentado solicitudes o no hubieran concurrido entidades que cumplieran los requisitos exigidos en la convocatoria (...) **b)** Cuando por razones técnicas solo pueda ser realizado por una única entidad y siempre que el órgano concertante acredite la exclusividad por razones técnicas (...) **c)** Con motivo de la implementación de un servicio especializado de carácter innovador o experimental que sea preciso para dar una respuesta ajustada y adaptada al ciclo vital y las necesidades de apoyo de las personas destinatarias. **d)** Los conciertos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia cuyo importe no superen los 30.000 €. (...)”

26 El artículo 9.1 del Decreto 122/2022, de 28 de septiembre, que desarrolla la LCSEX 13/2018 dispone publicidad únicamente a través del DOE y del Portal de Transparencia de la correspondiente Administración licitadora, al prever que: “**1.** La convocatoria será publicada en el Diario Oficial de Extremadura y en el Portal de Transparencia e irá acompañada del pliego o bases del concierto. El acto de convocatoria podrá fin a la vía administrativa.”

de 2022 encontramos otras cinco resoluciones del SEPAD (todas ellas, de 31 de octubre de 2022) que adjudican directamente otros cinco conciertos sociales, para la cobertura de todo tipo de servicios sociales de competencia autonómica, a saber: (i) concertación directa para la prestación del servicio de atención temprana incluido en el Marco de Atención a la Discapacidad en Extremadura (MADEX); (ii) concertación directa para la prestación del servicio de centro ocupacional, (iii) concertación directa para la prestación del servicio de habilitación funcional; (iv) concertación directa para la prestación del servicio de residencia de apoyo extenso o generalizado; y (v) concertación directa para la prestación del servicio de residencia de apoyo intermitente o limitado.

Sin embargo, a nuestro juicio, lo anterior sólo es posible si la adjudicación no es (en genérico) a entidades sin ánimo de lucro, sino únicamente si lo es a favor de entidades de voluntariado. Así, las sentencias del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-111/13, *Spezzino*) y de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14, *CASTA*) constataron que tales prestaciones de servicios especiales o atípicos (recogidos, hoy día, en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, relativo precisamente a los servicios sociales y otros servicios especiales) caían, ciertamente, bajo el concepto europeo de contrato público. No obstante, el TJUE consideró en esas sentencias que era posible la adjudicación directa de estos servicios a organizaciones de voluntariado (es decir, compuestas por voluntarios no empleados laborales, al contrario de lo que sucede en la mayoría de los casos con otro tipo de entidades de ánimo de lucro, que prestan sus servicios no a través de voluntarios, sino a través de personal sujeto a una relación laboral, con el consiguiente incremento del coste económico), pero únicamente porque respondía a los principios de solidaridad y eficiencia presupuestaria. En esa medida, y dada además su limitada dimensión transfronteriza, en aquellas sentencias sí se justificaba la adjudicación directa y la excepción del principio de igualdad y no discriminación respecto de los demás operadores económicos que podrían prestar esos servicios (apartado 57º de la sentencia *Spezzino* y apartado 61º de la sentencia *CASTA*).

Sin embargo, estos requisitos no se producen en los enjuiciamientos que de la normativa valenciana y aragonesa hacen, respectivamente, la sentencia de 14 de julio de 2022 (ASADE “I”) y el auto de 31 de marzo de 2023 (ASADE “II”). Esto se aprecia claramente en los apartados 53 a 54 del citado auto del TJUE de 31 de marzo de 2023 (C-676/20), referidos al objetivo de eficiencia presupuestaria, a cuyo tenor:

“53. De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los operadores económicos, tal como se consagra actualmente en el art. 76 de la Directiva 2014/24/UE, autoriza a los Estados miembros a reservar el derecho a participar en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios de salud y de servicios sociales, enumerados en el anexo XIV de esta Directiva, a las entidades privadas sin ánimo de lucro, incluidas las que no son estrictamente entidades de voluntariado, siempre que, por una parte, los eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de dichos contratos sean reinvertidos por dichas entidades con el fin de alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen y, por otra

parte, se cumplan todos los requisitos recordados en los apartados 50º y 51º del presente auto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2022, en su apartado 95º).

54. En cambio, el art. 76 Directiva 2014/24/UE se opone a que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado. En efecto, este precepto exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades sin ánimo de lucro que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté limitado a la cobertura de los costes de prestación del servicio (véase la sentencia del TJUE de 22 de julio de 2022, apartado 96º y jurisprudencia citada)”.

En el mismo sentido, es rotunda la STJUE de 14 de julio de 2022 (ASADE “I”) al establecer en su apartado 68º que: “68. Como queda confirmado por el considerando 4 y el considerando 114, último párrafo, de la Directiva 2014/24/UE, los procedimientos mediante los cuales el poder adjudicador renuncia a comparar y clasificar las ofertas admisibles y a designar el operador o los operadores a los que se otorga la exclusividad del contrato no están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de junio de 2016, Falk Pharma, C410/14, apartados 37º a 42º, y sentencia de 1 de marzo de 2018, Tirkkonen, C9/17, apartados 29º a 35º).

Por tanto, y al contrario de lo que pretende el legislador extremeño (artículo 9 de la LCSEX 13/2018, que permite la adjudicación directa a entidades sin ánimo de lucro en un gran número de supuestos), sí se podrá concertar, efectivamente, pero mediante una licitación de concurrencia competitiva, y no mediante una acción concertada directa, como pretende también la normativa valenciana y aragonesa en supuestos excepcionales.

Por ello, el “contrato menor” (o técnica de adjudicación directa) en la acción concertada será contrario a la normativa comunitaria si el valor estimado del contrato (o concierto social) supera los 750.000 euros, salvo que se contrate con una entidad de voluntariado que, insistimos, jurídicamente es un concepto mucho menos amplio que una entidad sin ánimo de lucro. El voluntariado implica inexistencia de beneficio a favor de quienes realizan el servicio, que lo hacen altruistamente, y esto excluye la existencia misma de una relación laboral o patrimonial entre el voluntario y la organización (respondiendo, por tanto, a los principios de solidaridad y eficiencia exigidos por la sentencia ASADE “I”). Sin embargo, y como explica el profesor Castillo Abella²⁷, “una asociación española que preste servicios sociales normalmente lo hará a través de sus propios empleados” (personal laboral que cobra un salario y, por tanto, no trabaja de forma altruista). Por ello, la “ecuación autonómica” (de comunidades como la valenciana, la aragonesa o la extremeña) de equiparar a entidades sin

27 FUENTE: <https://www.idluam.org/blog/las-decisiones-asade-del-tjue-como-punto-de-inflexion-en-la-prestacion-de-servicios-sociales-en-espana-cuando-la-accion-concertada-casi-siempre-es-un-contrato-publico/>

ánimo de lucro y a organizaciones de voluntariado (a favor de las cuales sí era admisible la reserva y adjudicación directa, según las sentencias *Spezzino* y *CASTA*) no es correcta, a la luz de la STJUE de 22 de julio de 2022 (ASADE “I”).

Es cierto que los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE permiten un régimen excepcional para la adjudicación de la prestación por operadores jurídicos de determinados servicios sociales públicos a particulares. Así, la citada doctrina del TJUE (sentencia de 22 de julio de 2022 y auto de 31 de marzo de 2023) permite la reserva (¡que no adjudicación directa!) a entidades sin ánimo de lucro que cumplan ciertos requisitos. Por ello, la normativa autonómica (cuando la acción concertada supere el umbral de los 750.000 euros) ha de ajustarse a los requisitos previstos por el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, algunos de estos requisitos no los cumplen ni la normativa extremeña de conciertos sociales, ni la aragonesa o valenciana de acción concertada, puesto que dicho artículo 77 permite la reserva siempre y cuando, entre otras condiciones acumulativas:

Se cumpla que “el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los 3 años precedentes” (letra d/ del apartado 2º del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE); y

se cumpla también que la duración máxima total de la acción concertada con reserva (es decir, la que no permite la concurrencia de entidades mercantiles con ánimo de lucro) no supere los 3 años. Esto lo contraviene la normativa aragonesa²⁸, por ejemplo, que prevé acuerdos de acción de 4 años de duración, con sucesivas prórrogas hasta un máximo de 10 años.

En definitiva, podemos concluir que en muchas CCAA se están adjudicando directamente acuerdos de acción concertada que superan los 750.000 € de valor estimado y que, por tanto, violan la normativa comunitaria. En este sentido, el apartado 96 de la STJUE de 22 de julio de 2022 (ASADE “I”) dispone:

“96. El art. 76 de la Directiva 2014/24/UE se opone, en cambio, a que tales contratos públicos puedan adjudicarse directamente, sin un proceso competitivo, a una entidad sin ánimo de lucro que no sea una entidad de voluntariado (véase, a este último respecto, la sentencia de 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, C 50/14, apartado 70º). Por el contrario, este artículo exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades sin ánimo de lucro que hayan manifestado su

²⁸ El artículo 12 del Decreto 62/2017, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades sin Ánimo de Lucro, prevé: “1. Los conciertos y convenios de vinculación tendrán una duración no superior a 4 años, si bien cabrá recoger en los mismos la posibilidad de prórrogas sucesivas hasta una duración máxima de 10 años. 2. Con carácter excepcional, la duración máxima de los convenios de vinculación podrá ampliarse cuando para la prestación de los servicios concertados sea necesaria la realización de inversiones extraordinarias por parte de la entidad titular del hospital que justifiquen dicha ampliación, pudiéndose prever un periodo de carencia no superior a 4 años.”

interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté constituido, como en el caso de autos, por el total de los costes cuyo reembolso deberá garantizar el poder adjudicador.”

VIII. DOS CONCLUSIONES Y UNA REFLEXIÓN FINAL: ¿PUEDEN LAS CCAA REGULAR INSTRUMENTOS CONTRACTUALES?

Los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE han supuesto la primera norma comunitaria que ha regulado el régimen especial de los servicios sociales a las personas. Como explica la profesora Domínguez Martín²⁹, <<tanto el derecho de la UE como el derecho español (con la LCSP) reconocen las singularidades de los contratos de servicios a las personas, así como de las asociaciones u organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en este ámbito. El derecho español acepta la construcción de un régimen peculiar de contratación en este ámbito. Pero, para configurarlo, el legislador español (al igual que hizo la Directiva) ha optado no por establecer una regulación específica y diferenciada, sino que, simplemente, establece ciertas peculiaridades a lo largo del articulado de la LCSP. En este sentido, el informe de la JCCA estatal nº 52/2018, de 21 de octubre de 2019, concluye que no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato de la LCSP/2017 para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como, por ejemplo, las enumeradas (sin ánimo exhaustivo) en el art. 11.6 de la Ley 9/2017, siempre que se cumplan los requisitos que este precepto prevé. Por ello, se han aprobado diversas leyes autonómicas que regulan las acciones concertadas para la gestión de los servicios socio-sanitarios. Pero esta regulación autonómica no puede ser idéntica a las de los contratos, porque la acción concertada ha de ser algo distinto: lo contrario haría que la figura perdiera su utilidad. Al tiempo, tampoco puede utilizarse la acción concertada como huida del derecho de la contratación pública; esto es, como una manera de escapar de la normativa y del procedimiento de contratación y de sus principios (igualdad, no discriminación, competencia, transparencia) si ocultan una auténtica relación contractual; ya que, *además de no tener las Comunidades Autónomas competencia para regular formas contractuales*³⁰, ello supone una conculcación de las reglas de la libre competencia que impone la UE, por privilegiar (o excluir) a determinados sujetos en la contratación pública.>>

De esta forma, *estamos ante una reserva de contratos* (contratos “excluidos” o distintos de los contratos públicos de la LCSP) *en favor de entidades sin ánimo de lucro*. En este sentido,

29 DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *La acción socio-sanitaria concertada (de la Comunidad Valenciana) ante el TJUE*. Última consulta, 28 de junio de 2023: http://www.idluam.org/blog/la-accion-socio-sanitaria-concertada-de-la-comunidad-valenciana-ante-el-tjue/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=la-accion-socio-sanitaria-concertada-de-la-comunidad-valenciana-ante-el-tjue

30 En este sentido, en la reflexión final de este trabajo (último párrafo del epígrafe VIII) apuntamos que siendo cierta la competencia exclusiva estatal (art. 149.1.18º) para la regulación sustantiva o material de la “legislación básica de contratos y concesiones administrativas”, las CCAA que así lo tengan reconocido en sus Estatutos de Autonomía, tienen competencia de desarrollo al respecto.

la sentencia del TSJ de la C. Valenciana nº 560/2018, de 12 de junio (recurso 560/2018), ha afirmado que este mecanismo, por sí mismo, no vulnera el derecho de la UE, aunque remite a cada convocatoria concreta de acción concertada para verificar que no se vulneren los principios de solidaridad y eficacia presupuestaria. Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha nº 152/2022, de 10 de junio (recurso 467/2021), también ha validado el Decreto 52/2021, de 4 de mayo, que regula el concierto social para la gestión de servicios sociales y atención a las personas en situación de dependencia.

A la espera de la *sentencia que*, tras la STJUE de 22 de julio de 2022, *debe dictarse* por la sección 4ª de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, el último hito en el cuestionamiento de la normativa autonómica española de acción concertada (valenciana, también, en ese caso) lo constituye la citada sentencia ASADE “I”, que validó estos conciertos sociales, pero con importantes condicionamientos.

Así, el TJUE confirmó que para la gestión de los servicios públicos a las personas basta con limitar la retribución del prestador del servicio al reembolso de los costes. La citada sentencia ASADE “I” afirma también que, si se cumplen los principios enumerados por el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, no vulnera la normativa comunitaria una norma nacional (autonómica, en el caso de España) que restringe (con exclusividad o simplemente con preferencia) la participación en los conciertos sociales a entidades sin ánimo de lucro, para la efectiva concurrencia entre las mismas (no cabe la adjudicación directa, salvo supuestos de emergencia³¹). Además, el TJUE declara en dicha sentencia que no se puede incluir en las convocatorias de acción concertada como criterio de adjudicación la implantación del licitador en la localidad donde vaya a prestarse el servicio.

Sin embargo, y pese a los anteriores límites (impuestos por la STJUE de 22 de julio de 2022), todas las CCAA se han lanzado a regular figuras típicamente contractuales que nos generan no pocas dudas.

En primer lugar, debemos admitir que es cierto que el artículo 11.6 de la LCSP permite fórmulas no contractuales para la prestación pública de los servicios sociales a las personas. Sin embargo, dichas fórmulas no contractuales deben basarse (como señala precisamente el considerando 114 de Directiva 2014/24/UE) en fórmulas que promuevan la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas,

31 Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, *previo examen competitivo de sus ofertas*, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77. Por tanto, se exige que, antes de proceder a tal adjudicación, el poder adjudicador compare y clasifique las ofertas respectivas de las diferentes entidades que hayan manifestado su interés, teniendo en cuenta, en particular, el precio de esas ofertas, aun cuando dicho precio esté constituido por el total de los costes cuyo reembolso deberá garantizar el poder adjudicador.

siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. Por tanto, a nuestro juicio, la normativa autonómica al respecto debe aún afinar más el tiro, pues la jurisprudencia del TJUE (de 22/7/2022 y de 31/3/2023) “supone una llamada de atención a las CCAA, para que revisen y afinen las formas de gestión que, para sus servicios sociales, tienen actualmente reguladas”³².

Y en segundo lugar, los preámbulos y exposiciones de motivos de todas las normativas autonómicas sobre conciertos sociales y acción concertada se basan en dos sentencias del TJUE (de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, *Spezzino*; y de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, *Casta*) que se dictaron enjuiciándose una normativa distinta de la prevista en los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, las sentencias *Spezzino* y *Casta* tienen su fundamento en las anteriores directivas comunitarias. Como afirma Matilla Vázquez³³, “es inadecuado pretender (como han hecho los legisladores autonómicos) utilizar ambivalentemente esta jurisprudencia que obedece a un período regulatorio donde los contratos que aborda (servicios de transporte sanitario) se incardinaban en el Anexo II.B como servicios prioritarios. Además, la Directiva 2014/24/UE ha reconocido expresamente que los «servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro» están excluidos de su ámbito de aplicación, sin que se haya extendido a otros ámbitos esta exclusión. Asimismo, tienen su basamento no sólo en el objeto, sino en el sujeto que los presta, en particular, entidades sin ánimo de lucro. Pese a ello, la Directiva 2014/24/UE no ha excluido la celebración de contratos por el sujeto que los presta, sino por su objeto y por la existencia o no de onerosidad (onerosidad que se ha entendido como existente cuando hay prestación a cambio de precio, con independencia a que quien percibe, simplemente, obtenga la satisfacción del coste efectivo del servicio)”.

Como reflexión final, cabría preguntarse si prosperaría una *cuestión de constitucionalidad*, dada la competencia exclusiva del Estado para establecer la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, a tenor del artículo 149.1.18ª de la Constitución. No obstante, la realidad, es que el contenido del apartado 6º del artículo 11 de la LCSP es una base legislativa de los negocios o contratos excluidos, que es lo que son los conciertos sociales. Podría considerarse que estamos ante una base legislativa escueta o rúcana... ¡pero estamos ante una base, al fin y al cabo! Asimismo, a efectos de la (por algunos cuestionada) constitucionalidad de esta previsión, es importante destacar que esta exclusión del ámbito de la LCSP (prevista por el citado artículo 11.6) copia prácticamente el tenor literal del último párrafo del considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE. ¿Debate zanjado? Parece que sí...

32 En este sentido, recomendamos la lectura, en este enlace, del ensayo del profesor Castillo Abella: <https://www.idluam.org/blog/las-decisiones-asade-del-tjue-como-punto-de-inflexion-en-la-prestacion-de-servicios-sociales-en-espana-cuando-la-accion-concertada-casi-siempre-es-un-contrato-publico/>

33 VAZQUEZ MATILLA, J. « La regulación de las prestaciones a las personas en las directivas sobre contratación pública », *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 158, diciembre de 2018, Wolters Kluwer.