

# BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

Nº35 | febrero 2024 Semestral

**AJFV**  
ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA



## SUMARIO:

La revisión de precios de los contratos del sector público en el actual contexto inflacionista: un mecanismo legal insuficiente.

Asistencia jurídica gratuita: configuración constitucional, regulación actual con especial análisis de su ámbito subjetivo y jurisprudencia constitucional en la materia.

Avanzando hacia la unión europea: desafíos y progresos en el sistema judicial de Albania

Análisis crítico de la STC 149/2023, de 7 de noviembre, que avala el impuesto temporalde solidaridad de las grandes fortunas

Nº35 febrero 2024. Semestral

## CONSEJO ASESOR

Lourdes Arastey Sahún  
Blanca Lozano Cutanda  
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 REVISIÓN DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL ACTUAL CONTEXTO INFLACIONISTA: UN MECANISMO LEGAL INSUFICIENTE.**

por Juan Antonio Carrillo Donaire. Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

16

## **ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL, REGULACIÓN ACTUAL CON ESPECIAL ANÁLISIS DE SU ÁMBITO SUBJETIVO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA.**

por Rocío Trillo Varela. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia Instrucción número 2 de Castuera.

28

## **AVANZANDO HACIA LA UNIÓN EUROPEA: DESAFÍOS Y PROGRESOS EN EL SISTEMA JUDICIAL DE ALBANIA**

por Arturo Valdés Trapote. Magistrado Key Expert EU4Justice

36

## **ANÁLISIS CRÍTICO DEL ATC 149/2023, DE 7 DE NOVIEMBRE, QUE AVALA EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS**

por Fernando Hernández Guijarro. Profesor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València. Magistrado suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

# LA REVISIÓN DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL ACTUAL CONTEXTO INFLACIONISTA: UN MECANISMO LEGAL INSUFICIENTE.

## *PRICE REVISION IN PUBLIC PROCUREMENT DURING AN INFLATIONARY ERA: AN INADEQUATE LEGAL TOOL*

Juan Antonio Carrillo Donaire

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

### SUMARIO

1. Introducción.
2. La revisión de precios de los contratos del sector público .
  - 2.1. Régimen general de la revisión de precios: un mecanismo insuficiente e inadecuado para los incrementos extraordinarios del contexto inflacionista actual.
  - 2.2. La modificación del artículo 103 de la LCSP para ampliar su ámbito de aplicación.
  - 2.3. El régimen de revisión excepcional de precios del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo.
  - 2.4. La aplicación autonómica del régimen excepcional de revisión de precios.
3. Breve reflexión final.

### RESUMEN

La revisión de precios ha sido el mecanismo legal identificado por el legislador para afrontar el reequilibrio de los contratos públicos en el actual contexto inflacionista de subida de precios. Pese a la regulación excepcional y extraordinaria de un régimen específico y ad hoc de revisión de precios antes tales circunstancias, y la posterior reforma del artículo 103 de la Ley de contratos del sector público, la revisión de precios ha demostrado ser un mecanismo muy limitado que no alcanza ni todos los contratos ni todos los efectos de la escalada de precios, siendo preciso complementarlo con otras técnicas de reequilibrio inspiradas en el principio del riesgo imprevisible.

### ABSTRACT

*The price review has been the legal mechanism to address the rebalancing of public contracts in the current inflationary context of rising prices. Despite the exceptional and extraordinary regulation of a specific price revision regime, and the reform of Article 103 of the Public Procurement Law, price review has proven to be a highly limited mechanism that does not encompass all contracts or all effects of the price escalation. Therefore, It is necessary to complement it with other rebalancing techniques inspired by the principle of unforeseeable risk.*

## PALABRAS CLAVE

*contatación pública, revisión de precios, riesgo imprevisible. Reequilibrio del contrato.*

## KEYWORDS

*public procurement, price review, unforeseeable risk, contract rebalancing.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El incremento descontrolado de los precios desde la segunda mitad del año 2021 hasta la actualidad, en el contexto económico inflacionista que vivimos, es consecuencia de la conjunción de factores bien conocidos: la contracción de la oferta y el aumento de la demanda de materias primas por la lenta recuperación de la capacidad productiva a nivel mundial tras la inactividad durante la pandemia, el incremento en los precios del transporte de mercancías y los recortes de suministro por las asimetrías en las rutas comerciales, la reducción de contenedores disponibles, el encarecimiento de la energía, e, incluso, las propias estrategias comerciales de los países productores de materias primas. Esta realidad se complicó tras la invasión de Ucrania por Rusia en marzo de 2022, y se disparó aún más por el conflicto de Israel y Gaza de 2023.

La situación descrita ha abocado a una dramática posición a los contratistas del sector público que no pudieron prever la repercusión de estas circunstancias cuando formularon sus ofertas para contratos que están actualmente en ejecución. Y es también la causa principal de que se queden desiertas más licitaciones que nunca, que los contratistas se opongan a las prórrogas o que se resuelvan contratos por haber devenido completamente insostenibles.

La principal respuesta del legislador estatal ante esta situación fue el establecimiento de un régimen excepcional de revisión precios que tenía vocación de extenderse al conjunto de Administraciones públicas, si bien limitado a los contratos de obra. De un modo un tanto incomprensible y contradictorio, el Real Decreto–Ley 3/2022, de 1 de marzo, pese a reconocer abiertamente en su Exposición de Motivos que el alza extraordinaria de los precios y su impacto en los contratos públicos es un riesgo imprevisible que sobrepasa del principio de riesgo y ventura que el contratista ha de soportar «en todo contrato público» y que afecta al conjunto de ellos, limita sus efectos a los contratos de obras adjudicados por cualquier entidad del sector público, que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022) o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en el periodo de 1 año desde la entrada en vigor de la norma (hasta el 2 de marzo de 2023, tras la modificación puntual operada por el Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo).

Además de la limitación que la norma establecía en la lista de materias primas que podían ser objeto de revisión (parcialmente paliada por la Orden HFP/1070/2022, de 8 de noviembre, que la amplió considerablemente), esta autocontención del ámbito objetivo de aplicación

del mecanismo de revisión extraordinaria de precios a los contratos de obra dejaba fuera de cobertura los contratos de servicio y de suministro, que también están sufriendo el encarecimiento de los materiales. Y, aún a más, los intentos autonómicos de ampliar este mecanismo a determinados contratos de servicio que se consideraban necesarios para la ejecución de las obras públicas (servicios de conservación y mantenimiento de carreteras y conservación y mantenimiento de edificios públicos) que establecieron el legislador andaluz (Decreto-ley 4/2022, de 12 de abril) y el aragonés (que incluyó en el Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, además de los anteriores, determinados contratos de suministros de materiales), presentaron problemas de constitucionalidad que animaron al Gobierno a acordar su impugnación ante el Tribunal Constitucional por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2022 (posteriormente, el recurso solo fue interpuesto frente al Decreto ley aragonés, y admitido a trámite en enero de 2023, dado el acuerdo de última hora que se alcanzó con el Gobierno andaluz para modificar la norma), al considerar que los mencionados Decretos-leyes autonómicos invadían las competencias estatales y vulneraban el carácter básico del Real Decreto-ley 3/2022, ya que la normativa estatal solo autorizaba la revisión excepcional de los precios «únicamente en los supuestos que se contemplan en este Real Decreto-ley», con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales aplicaran la medida sí así lo acordaban.

En estas circunstancias, se promovió una modificación puntual del régimen de la revisión de precios para acoger a ciertos contratos de servicios y anticipar el plazo de ejercicio de la medida mediante la reforma del artículo 103 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), lo que también ha resultado insuficiente. Por ello, el análisis de la actual regulación de la figura de la revisión de precios es algo decepcionante, lo que anima a preguntarse si sería posible el reequilibrio del precio de los contratos, singularmente los de servicios y suministros, acudiendo a los supuestos en los que puede exceptuarse el principio general de riesgo y ventura<sup>1</sup> del contratista por aplicación de las figuras del *ius variandi*, *factum principii*, fuerza mayor y/o riesgo imprevisible<sup>2</sup>, en la medida en que pudieran representar alguna vía de reequilibrio de los contratos que están en ejecución en el contexto de subida excepcional de costes que estamos viviendo<sup>3</sup>.

---

1 En relación con el principio de riesgo y ventura, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (Rec. 763/2007) declara lo siguiente: «Es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica, que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen, el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización».

2 Sobre estas alternativas de reequilibrio distintas a la revisión de precios puede ser de interés nuestro trabajo Carrillo Donaire, J. A.; Álvarez Medina, L.; Tarancón Babío, J. y Borja Carmona, F. (2023), «Técnicas para preservar el equilibrio económico-financiero en los contratos del sector público a raíz del incremento generalizado de los precios de las materias primas», Cuadernos de Derecho Regulatorio, enero-junio 2023, Madrid, Marcial Pons (en prensa).

3 Sobre estas cuestiones de especial relevancia, el trabajo de Fernández Farreres, G., «La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos», Revista de Administración Pública, núm. 216, 2021.

## 2. LA REVISIÓN DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

2.1. Régimen general de la revisión de precios: un mecanismo insuficiente e inadecuado para los incrementos extraordinarios del contexto inflacionista actual.

Con carácter previo a analizar la normativa excepcional en materia de revisión de precios aprobada tanto por el Estado como por diversas Comunidades Autónomas, conviene realizar una sucinta referencia al régimen general de revisión de precios establecido en la LCSP; régimen que no parece regularse en el RDL 3/2020, de 4 de febrero, de contratación pública en determinados sectores (llamados “excluidos” o especiales), sin perjuicio de que, en aquellos contratos tramitados al amparo de esta última norma, pueda preverse en los Pliegos su aplicación en función de las particularidades del supuesto.

La revisión de precios nace como una excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura del contratista y se concibe como una cláusula de estabilidad o equilibrio financiero del contrato que implica una garantía frente a la inestabilidad económica.

Su finalidad, tal y como afirmó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 7/2019, de 29 de octubre, «no es otra que adaptar el precio del contrato a la evolución de los costes del mismo y, en definitiva, pretende evitar desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato que lo puedan hacer inviable —por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987 y Sentencia núm. 874/2005 de 24 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid—».

El régimen jurídico de la revisión de precios en los contratos del sector público se encuentra previsto en el Capítulo II «Revisión de precios en los contratos de las entidades del Sector Público» del Título III «Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión», del Libro Primero de la LCSP, concretamente en los arts. 103 a 105.

En virtud de los referidos preceptos, los precios podrán ser revisados de manera periódica y predeterminada, previa justificación en el expediente, para los siguientes contratos: (i) contratos de obra, (ii) contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, (iii) contratos de suministro de energía y (iv) en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco (5) años.

Asimismo, se exige que, en tales casos, el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres (3) meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres (3) meses si la formalización se produce con posterioridad (art. 103.4 LCSP).

Salvo en los contratos de suministro de energía, la revisión tendrá lugar, si procede, cuando concurren dos condiciones: (i) cuando se hubiese ejecutado ya el contrato en, al menos, el veinte por ciento (20 por 100) de su importe (no exigible a la concesión de servicios); y

(ii) si hubiesen pasado dos (2) años desde la formalización del mismo. El primer veinte por ciento (20 por 100) del contrato ejecutado y los dos (2) primeros años quedan excluidos de la revisión (art. 103.5 LCSP).

En relación con los costes revisables, el art. 103.2 de la LCSP excluye los costes asociados a las amortizaciones; los costes financieros; los gastos generales o de estructura; y el beneficio industrial, por lo que las prestaciones revisables son —en esencia— los costes directos de materiales. Por su parte, los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas, se revisarán solo si el período de recuperación de la inversión es igual o superior a cinco (5) años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (art. 103.2 LCSP).

Finalmente, no procede la revisión de precios a causa de eventuales incrementos sobrevenidos de los costes salariales del contratista, al no poder clasificarse dicha alteración como periódica y predeterminada<sup>4</sup>.

## 2.2. La modificación del artículo 103 de la LCSP para ampliar su ámbito de aplicación

Las consideraciones expuestas recogen los principales aspectos del régimen general de la revisión de precios, que resulta notoriamente insuficiente como mecanismo de respuesta frente a los incrementos extraordinarios de los costes de los materiales y de la energía que estamos viviendo, tanto por su limitado alcance como por el periodo de cadencia que requiere su adecuación y la necesidad de su previsión en los Pliegos.

Estas limitaciones explican la aprobación por medio de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de seis Directivas de la Unión Europea<sup>5</sup>, de una modificación de los apdos. 2º y 5º del art. 103 que amplía, por un lado, la procedencia de la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público; y, de otro, reduce el plazo habilitante para la revisión de dos a un año.

Esta reforma parcial introduce la posibilidad de que los Pliegos contemplen la revisión de precios en contratos de suministro y servicio no contemplados con anterioridad (es decir, distintos de los suministros de fabricación de armamento y equipamiento para las Administraciones públicas, suministro de energía y contratos de suministro o de servicios en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años, que eran

4 Vid. Recomendación núm. 32, de 10 de diciembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCE); Informe núm. 10/2019 de la JCCA Estado, de 9 de mayo; y el Informe núm. 1/2019 de la Abogacía del Estado, de 24 de febrero.

5 Disposición Final Séptima de la Ley de transposición de las Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos. La modificación, introducida a iniciativa de varios Grupos parlamentarios en el trámite de enmiendas del Senado se publicó en el Boletín de las Cortes Generales de 26 de mayo (Boletín del Congreso de los Diputados, serie A, núm. 126-5).

los únicos inicialmente contemplados). En concreto, al texto del apartado 2º del art. 103 se le añade este inciso final:

“No obstante, previa justificación en el expediente, podrá admitirse la revisión de precios en los contratos que no sean de obras, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas o de suministro de energía, aunque su período de recuperación de la inversión sea inferior a cinco años siempre que la suma de la participación en el presupuesto base de licitación del contrato de las materias primas, bienes intermedios y energía que se hayan de emplear supere el 20 por ciento de dicho presupuesto. En estos casos la revisión solo podrá afectar a la fracción del precio del contrato que representa dicha participación. El pliego deberá indicar el peso de cada materia prima, bien intermedio o suministro energético con participación superior al 1 por ciento y su respectivo índice oficial de revisión de precios. No será exigible para la inclusión en los pliegos de la fórmula de revisión a aplicar al precio del contrato la emisión de informe por el Comité Superior de Precios de Contratos del Estado”.

Se amplía por tanto la posibilidad de revisión de precios, siempre que el Pliego lo recoja, a contratos de suministro y de servicios en los que el coste de las materias primas, de los bienes intermedios o de la energía es significativo (en su conjunto, al menos un 20 por 100 del presupuesto base de licitación y el 1 por 100 de forma individualizada), limitándose a dicha fracción —que ha de indicarse en el Pliego para cada materia prima y, en su caso para el suministro eléctrico— el precio revisable.

Por su parte, se le da esta nueva redacción al apdo. 5º del art. 103 (se subraya el texto introducido por la reforma):

“Salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda, la revisión periódica y pre-terminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar en los términos establecidos en este Capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiese transcurrido un año desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por ciento ejecutado y el importe ejecutado en el primer año transcurrido desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, la condición relativa al porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios”.

En esencia, lo que habilita esta previsión es a anticipar un año la revisión de precios (frente a los dos años desde la formalización previstos anteriormente), pero se sigue exigiendo, cumulativamente, que se haya ejecutado el 20 por 100 del contrato.

La medida, aunque muy esperada por el sector, parece sin embargo bastante limitada en su alcance, pues se limita a las materias primas, bienes intermedios y energía que se determinen en el modo previsto en los índices oficiales y la legislación de desindexación, pero siempre

que aquellas tengan un gran impacto en los costes de ejecución del contrato. Asimismo, sigue existiendo un periodo de carencia considerable. Además, la medida obliga a realizar un análisis de costes en la delimitación del presupuesto base de licitación que no parece fácil en la práctica, y que a los órganos de contratación de entidades pequeñas les costará calcular si se tiene en cuenta, además, la opacidad que en determinados sectores existe con los costes, cuya previsión en ciertos contratos es la forma de introducir beneficio por la vía de la previsión de ahorros en los costes reales de ejecución.

### 2.3. El régimen de revisión excepcional de precios del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo.

El 2 de marzo de 2022 entró en vigor el Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (RDL 3/2022).

La finalidad y el contexto de la aprobación del RDL 3/2022 se recoge en su preámbulo, que pone de manifiesto: (i) el fuerte incremento de los precios de determinadas materias primas, que ha repercutido de manera intensa en la ejecución de muchos contratos de obras; (ii) tal incremento de costes «era imprevisible en el momento de la licitación» y además «excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público»; (iii) la magnitud y el carácter imprevisible del alza de precios hace que los mecanismos ordinarios de revisión de precios del art. 103 de la LCSP no sirvan para afrontar adecuadamente la situación; y (iv) el escenario descrito es notablemente perjudicial para el interés público, y también afecta severamente a los operadores económicos del sector de la obra civil<sup>6</sup>.

El ámbito objetivo de la revisión excepcional de precios del RDL 3/2022 se encuentra limitado a los contratos de obras, lo que ha provocado críticas generalizadas por la exclusión del resto de tipologías contractuales igualmente afectadas por las subidas de precios, como pueden ser los contratos de servicios y / o de suministros<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> La normativa excepcional de revisión de precios ha sido analizada con acierto por Bouso Darriba, G. (2022), «Incremento extraordinario de precios y contratos públicos (2021–2022): un intento de recapitulación y algunas reflexiones», Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, núm. 23, diciembre de 2022, pp. 23–88.

<sup>7</sup> El Gobierno, en respuesta a la pregunta 184/091696 planteada por el grupo parlamentario de VOX en el Congreso de los Diputados (publicada en el BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie D, núm. 519, de 25 de octubre de 2022), indica que: «el alcance de esta regulación (contratos de obras) se ha determinado teniendo en cuenta, en primer término, lo señalado en cuanto al ámbito objetivo del régimen de revisión de precios del art. 103 de la LCSP, y, en particular, teniendo en cuenta que los incrementos de costes más significativos se dan en el caso de determinados materiales (los relacionados en el art. 7 del Real Decreto–Ley) que, por su propia naturaleza tiene incidencia muy especialmente en los contratos de obras. Es decir, el Gobierno consideró que en el momento de aprobación de los señalados Reales Decretos–leyes, la urgencia y necesidad de regular el régimen excepcional de revisión de precios afectaba fundamentalmente a la contratación pública de obras».

El régimen jurídico de la revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras se contempla en los arts. 6 a 10 del RDL 3/2022, modificados por el Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo<sup>8</sup>, y por el Real Decreto–ley 14/2022, de 1 de agosto<sup>9</sup>. A continuación, nos referimos a los aspectos más destacables del referido régimen.

**i) Casos susceptibles de revisión excepcional de precios en los contratos de obras (art. 6).**

Serán susceptibles de revisión excepcional de precios los contratos de obras, ya sean administrativos o privados (incluidos los contratos de los sectores excluidos a los que se refiere el RDL 3/2020), adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal que se encuentren en ejecución, licitación, adjudicación o formalización a la entrada en vigor de la norma (2 de marzo de 2022), o cuyo anuncio de adjudicación o formalización se publique en la plataforma de contratación del sector público en el periodo de un (1) año desde dicha entrada en vigor.

Igualmente será aplicable a los contratos cuyo anuncio de licitación se publique en el plazo de un (1) año desde la entrada en vigor del RDL 3/2022 y cuyo pliego de cláusulas administrativas particulares establezca una fórmula de revisión de precios.

Según se establece en el art. 6.3 del RDL 3/2022, la posibilidad de revisión excepcional de precios también resulta aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden.

En relación con el carácter básico del referido precepto se ha pronunciado el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) emitido en el Expediente 27/2022, que considera que «si una Comunidad o Ciudad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios para el caso descrito en el Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo, habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado establecidas en aquel, sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada» en el referido Informe<sup>10</sup>. Adicionalmente, la JCCPE establece que «La decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia».

Sobre la aplicación del régimen del RDL 3/2022 al sector público institucional dependiente de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (municipios, provincias, mancomunidades, etc.) nos referiremos más adelante.

**ii) Reconocimiento de la revisión excepcional de precios (art. 7).**

El derecho del contratista a la revisión excepcional de precios en los contratos de obras tendrá lugar cuando el incremento del coste de los materiales empleados en la ejecución del contrato

<sup>8</sup> Real Decreto–ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

<sup>9</sup> Real Decreto–ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo de 2021 (Recurso de inconstitucionalidad 4261–2018).

haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final.

Se considera que existe un impacto directo y relevante cuando “el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, calculado aplicando a los importes del contrato certificados en el periodo, siempre posterior al 1 de enero de 2021, que determine el contratista en su solicitud y que no podrá ser inferior a doce ni superior a veinticuatro meses, su fórmula de revisión de precios si la tuviera, y, en su defecto, aplicando la que por la naturaleza de las obras le corresponda de entre las fijadas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre<sup>11</sup>, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período”<sup>12</sup>.

En caso de que el contrato tuviese una duración inferior a doce (12) meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. El periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de cuatro (4) meses, por debajo del cual no existirá este derecho.

### iii) Criterios de cálculo (art. 8).

a) Supuesto en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato establece una fórmula de revisión de precios: la cuantía será el incremento que resulte de la aplicación de dicha fórmula modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad, a las certificaciones de lo ejecutado durante el periodo desde el 1 de enero de 2021 (o desde la primera certificación si ésta fuera posterior) hasta el momento en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del art. 103 de la LCSP, pueda ser efectiva la revisión prevista en la cláusula. Transcurrido este periodo, el contrato se regirá por lo establecido en el pliego.

b) Supuesto en el que el pliego de cláusulas administrativas particulares no establece la fórmula de revisión de precios: en este caso, la cuantía se determinará como la diferencia entre el importe certificado por la ejecución de la obra cada año desde 1 de enero de 2021 (o desde la primera certificación si ésta fuera posterior) hasta la conclusión del contrato y el que se habría certificado si dicha ejecución hubiera tenido derecho a revisión de precios, aplicando la fórmula que aparezca en el proyecto de construcción que sirvió de base para la licitación del mismo o, en su defecto, la que hubiera correspondido al contrato de entre las mencionadas

<sup>11</sup> Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones públicas (RD 1359/2011).

<sup>12</sup> La Orden HFP/1070/2022 del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 8 de noviembre, estableció otros materiales cuyo incremento de coste se tienen en cuenta a los efectos del RDL 3/2022 (cemento, materiales cerámicos, madera, plásticos, productos químicos y vidrio). La Orden no prevé carácter retroactivo desde su entrada en vigor (3 de noviembre de 2022), pero no parece impedir que puedan «completarse» las reclamaciones ya presentadas en el marco de contratos que se ajusten a los requisitos temporales (contratos no liquidados) establecidos en el RDL 3/2022.

en el RD 1359/2011, modificada suprimiendo el término que represente el elemento de coste correspondiente a energía, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor del coeficiente del término suprimido, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad<sup>13</sup>.

En ambos casos, la fecha a considerar como referencia para los índices de precios representados con subíndice 0 en las fórmulas de revisión será la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca en el plazo de tres (3) meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres (3) meses si la formalización se produce con posterioridad. En todo caso, si la fecha de formalización es anterior al 1 de enero de 2021, se tomará como referencia el 31 de diciembre de 2020.

#### iv) Procedimiento para la revisión de precios y pago de la cuantía (arts. 9 y 10).

El procedimiento para la revisión de precios establecido en el art. 9 del RDL 3/2022 se compone de los siguientes trámites y fases:

- 1º. Solicitud del contratista que deberá presentarla durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la aprobación de la certificación final de obras. Deberá ir acompañada de la documentación justificativa.
- 2º. Propuesta provisional por parte del órgano de contratación.
- 3º. Audiencia al contratista para que, en su caso, formule alegaciones en el plazo de diez (10) días hábiles.
- 4º. Resolución definitiva del órgano de contratación. Plazo máximo de resolución: un (1) mes desde la recepción de las alegaciones o desde la finalización del plazo para su presentación<sup>14</sup>.

La cuantía resultante de la revisión de precios se aplicará en la certificación final de la obra como partida adicional. El pago quedará condicionado a que el contratista acredite fehacientemente que se ha desistido de las reclamaciones o recursos que, en su caso, hubiera presentado o inter- puesto en vía administrativa.

Por su relevancia, debe resaltarse que el RDL 3/2022 no ha sido prorrogado transcurrido el plazo de un (1) año al que se refiere el art. 6 de dicha norma, por lo que el sistema de revisión excepcional de precios ha dejado de ser aplicable a los contratos de obras publicados a partir del 2 de marzo de 2023. Sin embargo, el referido mecanismo de revisión de precios continuará aplicando a todos los contratos que tuvieran derecho a su aplicación, aun cuando se ejecuten o certifiquen más allá de la citada fecha del 2 de marzo de 2023.

#### 2.4. La aplicación autonómica del régimen excepcional de revisión de precios

<sup>13</sup> Esta regla se aplicará aunque todavía no se hubiera ejecutado el veinte por ciento (20 por 100) del importe del contrato o no hubiesen transcurrido dos (2) años desde su formalización.

<sup>14</sup> La finalización del plazo máximo para resolver sin haber tenido resolución expresa, faculta al solicitante para entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

Con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2022, las Comunidades Autónomas han aplicado la figura de la revisión excepcional de precios en contratos de obras, ya sea declarando de aplicación el mecanismo contemplado en la norma estatal (v. gr. Castilla y León<sup>15</sup> o Canarias<sup>16</sup>), o aprobando normativa específica al respecto, como es el caso de Andalucía o Aragón<sup>17</sup>.

En Andalucía, el Gobierno andaluz aprobó el Decreto–ley 4/2022, de 12 de abril, por el que se aprueban medidas extraordinarias y urgentes en materia de revisión excepcional de precios en los contratos públicos de obras en desarrollo de las medidas previstas en el Título II del Real Decreto–ley 3/2022, de 1 de marzo (Decreto–ley 4/2022).

Según se dispone en los arts. 2 y 3 del Decreto–ley 4/2022, el RDL 3/2022 será de aplicación al sector público autonómico. Igualmente se declara que la norma esta- tal es aplicable a las Entidades Locales del ámbito territorial de Andalucía, así como a las Universidades Públicas de Andalucía, «siempre que así lo acuerde el órgano competente de dichas entidades conforme a lo establecido en la legislación que en cada caso les sea de aplicación».

Los arts. 2 y 3 del Decreto–ley 4/2022 no se refieren a la aplicación del régimen excepcional de revisión de precios que contempla el RDL 3/2022 respecto del con- junto de entidades y organismos que dependen de las Entidades Locales andaluzas de carácter territorial (Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Mancomunidades, Entidades Autonómicas Autónomas —ELAs—) y que conforman su sector público institucional (agencias públicas locales —de carácter administrativo o empresarial—, sociedades interlocales, sociedades mercantiles y fundaciones). Por el contrario, y como ha quedado señalado, la norma se limita a señalar que la aplicación del régimen excepcional de precios podrá ser acordada por el «órgano competente» que establezca la legislación que en cada caso sea de aplicación.

Concretamente, en el caso de las entidades que conforman el sector público local, se debe considerar que la aplicación del régimen excepcional de revisión de precios establecido en el RDL 3/2022 y en el Decreto–ley 4/2022 deberá ser acordada por los órganos competentes de sus correspondientes entidades territoriales matrices, y no por los órganos de gobierno de las entidades instrumentales. A tal efecto, las declaraciones del Pleno correspondiente que proclamen la aplicación del régimen excepcional de precios contenido en la normativa estatal y autonómica, deben incluir expresamente a las entidades integrantes de su sector público institucional en su ámbito de aplicación<sup>18</sup>.

---

15 Acuerdo de 22/03/2022, del Consejo de Gobierno, por el que se dispone la aplicación en el ámbito de la comunidad autónoma de Castilla–La Mancha de las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el título II del Real Decreto–Ley 3/2022, de 1 de marzo (DOCM de 25 de marzo).

16 Acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias en sesión celebrada el 13 de abril de 2022, por el que se dispone la aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público contenidas en el Título II del RDL 3/2022, [...], que figura como anexo (BOC núm. 074 de 18 de abril de 2022).

17 Decreto–ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón.

18 En la práctica, gran parte de los municipios y entidades locales del ámbito territorial andaluz han incluido al conjunto de su sector público institucional en los acuerdos de aplicación del RDL 3/2022 y su desarrollo por el

Además de acordar la aplicación de las medidas de revisión excepcional de precios establecidas en el RDL 3/2022, el Decreto–ley 4/2022 va más allá, señalando que también será de aplicación a los contratos de servicios necesarios para la ejecución de obras públicas, siendo estos contratos, de acuerdo con lo que se indica en el Decreto– ley 4/2022, los contratos de conservación y mantenimiento de carreteras, y conservación y mantenimiento de edificios públicos. Asimismo, también se declara de aplicación a los contratos con certificación en 2021, aun cuando no estuvieren en ejecución a la fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2022 (2 de marzo de 2022) siempre que no se encuentren liquidados en dicha fecha (art. 4).

En la práctica, gran parte de los municipios y entidades locales del ámbito territorial andaluz han incluido al conjunto de su sector público institucional en los acuerdos de aplicación del RDL 3/2022 y su desarrollo por el Capítulo I del Decreto–Ley 4/2022.

### 3. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

Como ha podido verse, el mecanismo de la revisión de precios de los contratos del sector público es insuficiente como técnica de reequilibrio contractual en el actual contexto económico de encarecimiento de los costes. En primer lugar, porque sigue siendo un mecanismo enormemente apegado al incremento del coste de las materias primas, que al margen del contrato de obra y de algunos contratos de suministro, no siempre es un elemento relevante en los contratos, particularmente en los contratos de servicios o en las concesiones de servicio. En segundo lugar, porque el legislador ha limitado dichos incrementos a ciertas materias primas (las que tienen especial relevancia en los contratos de obras), dejando otros costes directos fuera (como la mano de obra o el combustible). En tercer lugar, porque el régimen de revisión excepcional establecido por el legislador con carácter excepcional ha sido muy limitado en el tiempo, y ha dado paso a un régimen sustitutivo, el derivado de la reforma normativa del artículo 103 de la LCSP, que tampoco es del todo satisfactorio, porque pese a extenderse a determinados contratos distintos de los de obra y suministro, particularmente los de servicio, sigue siendo muy tributario de la relevancia que en esos contratos puedan tener los materiales y el coste de amortización de determinadas inversiones (como los bienes intermedios). Junto a ello, en cuarto lugar, se ha suavizado algo la carencia en la aplicación de la revisión de previos (20% de ejecución o un año desde la formalización del contrato), pero sigue existiendo un periodo de carencia inicial en el que no opera. Y todo sin olvidar, en quinto y último lugar, que sigue siendo preciso (salvo para el régimen transitorio excepcional previsto en el Estado y en algunas Comunidades Autónomas) que el Pliego prevea una fórmula de revisión de precios.

Un régimen insuficiente, por tanto, porque además de las razones apuntadas el incremento de los costes de las materias primas, aun siendo importante, no es más que un reflejo de los costes directos de ciertos contratos, que no considera ni tiene en cuenta los costes indirectos asociados al incremento salarial de la mano de obra o al coste energético, por citar dos de las partidas que más han aumentado en los últimos meses para las empresas en el contexto altamente inflacionista que vivimos.

En consecuencia, el camino del reequilibrio de los contratos se encauza por caminos diferentes, como es el de los modificados no previstos en los Pliegos (art. 205 de la LCSP), las reclamaciones de sobrecoste por riesgo imprevisible (de escaso recorrido jurisprudencial) o, incluso, el limitado principio del *factum principiis*, cuya aplicación requiere una conexión causal directa a una decisión administrativa (que ni se da comúnmente ni es fácil de trazar); todos ellos supuestos que están fuera del aleas contractual y, por tanto, ajenos a la relación jurídica bilateral pactada, lo que hace su aplicación y alcance real mucho más incierto y potencialmente litigioso.

# **ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL, REGULACIÓN ACTUAL CON ESPECIAL ANÁLISIS DE SU ÁMBITO SUBJETIVO Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA.**

## ***FREE LEGAL AID: CONSTITUTIONAL CONFIGURATION, CURRENT REGULATION WITH SPECIAL ANALYSIS OF ITS SUBJECTIVE SCOPE AND CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE ON THE MATTER.***

Rocío Trillo Varela.

Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Castuera.

### **SUMARIO**

1. Introducción
2. Configuración constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita: el artículo 119 de la Constitución Española y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
3. Regulación actual del derecho a la asistencia jurídica gratuita: Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
4. Ámbito personal de aplicación y requisitos básicos de la asistencia jurídica gratuita: delimitación legal.
5. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

### **RESUMEN**

El derecho a la asistencia jurídica gratuita se recoge en el artículo 119 de la Constitución Española y se encuentra desarrollado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Tiene naturaleza instrumental respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación con el derecho de acceso a la jurisdicción y con el derecho a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada. Su núcleo indisponible exige que, en todo caso, sea reconocido a aquellas personas que carezcan de recursos suficientes para litigar. Las decisiones administrativas y judiciales que afecten a su reconocimiento deben en todo caso tener en cuenta el principio de interpretación más favorable a la eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el principio *pro actione*.

## **ABSTRACT**

*The right to legal aid is enshrined in the Article 119 of the Spanish Constitution, and it is developed by Law 1/1996 of January 10<sup>th</sup>, 1996, on free legal aid. It is, in its nature, instrumental with respect to the fundamental right to effective judicial protection under article 24 of the Constitution, in relation to the right of access to jurisdiction and the right to equality of arms and legal assistance. Its unavailable core requires that, in any case, those people who lack sufficient resources to litigate be recognized this right. Administrative and judicial decisions affecting its recognition must in any case take into account the principle of interpretation most favourable to the effectiveness of the fundamental right to effective judicial protection and the pro actione principle.*

## **PALABRAS CLAVE.**

Asistencia jurídica gratuita; tutela judicial efectiva; Tribunal Constitucional; ámbito subjetivo; Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

## **KEY WORDS.**

Legal aid; effective judicial protection; Constitutional Court; subjective scope; Legal Aid Commission.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El derecho a la asistencia jurídica gratuita, regulado en el artículo 119 de la Constitución Española y desarrollado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, constituye un derecho instrumental del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, garantizando que todas las personas, independientemente de sus circunstancias económicas, puedan disfrutar del acceso a la jurisdicción, la igualdad de armas procesales y la defensa jurídica.

En este artículo vamos a examinar, en primer lugar, la configuración constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita y su relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A continuación presentaremos la Ley 1/1996, de 10 enero, y expondremos sus principales características. Nos detendremos especialmente en examinar cuáles son los sujetos a los que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita y cuáles son los requisitos económicos con base en los cuales se reconoce. Finalmente, expondremos la jurisprudencia constitucional en la materia, centrándonos especialmente en cómo ha concretado el ámbito subjetivo y material de este derecho, y qué criterios se han señalado como ineludibles a la hora de resolver sobre el reconocimiento del mismo.

## 2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: EL ARTÍCULO 119 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

La asistencia jurídica gratuita se encuentra reconocida en el artículo 119 de la Constitución Española, según el cual *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*.

Si bien este artículo, por su posición dentro del texto constitucional, no parece reconocer un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha insistido en numerosas ocasiones en que el artículo 119 CE, en cuanto reconoce la asistencia jurídica gratuita para las personas que carecen de recursos económicos, está vinculado de manera estrecha con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Así, se ha definido como *“un derecho constitucional de carácter instrumental”* respecto del derecho de acceso a la jurisdicción que reconoce el artículo 24.1 CE, así como de los derechos a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada que reconoce el apartado 2 del mismo artículo<sup>1</sup>. Este derecho de acceso a la jurisdicción vendría garantizado por el derecho a la asistencia jurídica gratuita al remover los obstáculos económicos que las personas sin recursos tendrían para litigar, mientras que el derecho a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada vendrían garantizados al cubrirse su coste a través del beneficio de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto a esta segunda vertiente, de igualdad de armas procesales, que permite garantizar la igualdad y contradicción entre las partes, el Tribunal Constitucional ha expresado que el derecho a la asistencia jurídica gratuita no sólo garantiza intereses de los particulares, sino también los intereses generales de la justicia, ya que facilita al órgano judicial *“la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho”*<sup>2</sup>.

Una vez establecida la vinculación entre el artículo 119 CE y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, debemos indicar que este derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto, sino que *“es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio (...) corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias”*<sup>3</sup>. Sin embargo, sí que se aclara por el Tribunal Constitucional que el derecho a la asistencia jurídica gratuita tiene un núcleo esencial e indisponible por el legislador, que es el que recoge en su segundo inciso el artículo 119 CE: *“y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Por lo tanto, cualquier regulación que realice el legislador deberá garantizar que el derecho se extienda en todo caso a aquellas personas que carecen de recursos económicos o, dicho con otras palabras, *“a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de*

1 STC 85/2020, de 20 de julio de 2020, FJ 3, ECLI:ES:TC:2020:85, con referencia a SSTC 10/2008, de 21 de enero, FJ 2; 128/2014, de 21 de julio, FJ 3; 124/2015, de 8 de junio; FJ 3, y 101/2019, de 16 de septiembre, FJ 3.

2 STC 16/1994, de 20 de enero de 1994, FJ 3, ECLI:ES:TC:1994:16

3 STC 16/1994, de 20 de enero de 1994, FJ 3, ECLI:ES:TC:1994:16

*litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar*<sup>4</sup>. Respetando este contenido esencial, el legislador puede optar entre los diversos sistemas posibles para concretar qué personas integran ese colectivo de potenciales beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

La regulación actual del derecho a la asistencia jurídica gratuita viene dada por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, cuyas principales características pasamos a examinar.

### **3. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: LEY 1/1996, DE 10 DE ENERO, DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.**

La regulación actual de este derecho se recoge en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Según la Exposición de Motivos de esta norma, su objetivo es *“garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos”*. Para ello, amplía la asistencia jurídica gratuita para que incluya no sólo la intervención gratuita de profesionales para defensa y representación del beneficiario, sino también asesoramiento y orientación previos, así como para que permita cubrir el coste de los eventuales informes periciales, escrituras y documentos notariales, o documentos provenientes de Registros Públicos. Este contenido, que se recoge en el artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, exige que por el beneficiario se indique, en el momento de efectuar su solicitud, cuáles de estas prestaciones pide, conforme al artículo 12 de la misma ley.

La Ley de asistencia jurídica gratuita reconoce este derecho basándose, como criterio principal, en la situación económica del beneficiario, si bien incluye algunas excepciones que permiten moderar su aplicación. El ámbito personal de aplicación, los requisitos básicos para el reconocimiento y sus excepciones se regulan en sus artículos 2 a 5, que deben ser completados con la Disposición Adicional Segunda, por la cual se amplía su ámbito subjetivo.

La Ley 1/1996 introdujo como novedad que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se desjudicializase para convertirse en una actividad administrativa, que recae en las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, si bien se mantiene la intervención judicial en vía de recurso contra las resoluciones de estas Comisiones. La composición y funcionamiento de estas comisiones se regula en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de asistencia jurídica gratuita. Los artículos siguientes regulan la solicitud del derecho, sus efectos en el proceso, la resolución de la solicitud, la revocación del derecho y la impugnación de la resolución.

Bajo la rúbrica *“Designación de abogado y procurador de oficio”*, la Ley 1/1996 incluye disposiciones de especial relevancia que establecen que el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita conllevará la designación de abogado y, en su caso, procurador de oficio. Se recoge la posibilidad de que el beneficiario renuncie expresamente a la designación

<sup>4</sup> STC 16/1994, de 20 de enero de 1994, FJ 3, ECLI:ES:TC:1994:16

nombrando libremente profesionales de su confianza. Los abogados y procuradores designados deberán desempeñar esta función hasta que termine el proceso en cualquier instancia o en la ejecución, si ésta tiene lugar en los dos años siguientes al dictado de la resolución ejecutada. Se prevé una excepción para el orden penal, permitiéndose a los abogados excusarse por un motivo “*personal y justo*” que debe apreciarse por los Decanos de los Colegios.

Además, los artículos 32 a 35 LAJG prevén la posibilidad de que el abogado renuncie a la defensa basándose en la “*insostenibilidad de la pretensión*”, lo cual deberá hacer en el plazo de 15 días desde que haya sido designado, exponiendo los motivos por los que alega la insostenibilidad. En estos casos se recabará, por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, un dictamen del Colegio de Abogados que, si coincide con las alegaciones del abogado designado, requerirá un informe del Ministerio Fiscal. Sólo si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal defiende la sostenibilidad de la pretensión se nombrará un segundo abogado, mientras que en caso contrario la Comisión desestimaré la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

Esta posibilidad de renuncia con base en la insostenibilidad de la pretensión viene fundamentada en el hecho de que los gastos que genera la asistencia jurídica gratuita suponen un esfuerzo social colectivo y solidario, en beneficio de las personas que no tienen suficientes recursos, por lo que es necesario garantizar que ese esfuerzo no se dirija a defender pretensiones que no merezcan ser sufragadas con dinero público por ser “*absurdas o descabelladas*”<sup>5</sup>.

Por último, la Ley de asistencia jurídica gratuita también recoge la regulación de materias como la “*Organización de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas*”, la “*Subvención y supervisión de los servicios de asistencia jurídica gratuita*”, la “*Aplicación en España de tratados y convenios internacionales sobre asistencia jurídica gratuita*” y la “*Asistencia jurídica en los litigios transfronterizos de la Unión Europea*”.

#### **4. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN Y REQUISITOS BÁSICOS DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: DELIMITACIÓN LEGAL.**

El artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita recoge el ámbito personal de aplicación de este derecho. A lo largo de la enumeración que expone se diferencia entre aquellos sujetos que serán beneficiarios de asistencia jurídica gratuita si acreditan insuficiencia de recursos para litigar y aquellos que lo serán en todo caso, si bien en cada supuesto concreto pueden recogerse limitaciones en la extensión del beneficio o exigirse algunos requisitos específicos.

El primer grupo, que incluye los beneficiarios a los que se requiere acreditar la insuficiencia de recursos para litigar, está integrado por: los ciudadanos españoles, nacionales de otros estados miembros de la Unión Europea y extranjeros que se encuentren en España; las asociaciones de utilidad pública previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002 y las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente; los extranjeros en los procedimientos que, en el orden contencioso o la vía administrativa previa, puedan conllevar su devolución o expulsión del territorio español, así como en los procedimientos de asilo; los deudores persona

<sup>5</sup> STC 12/1998, de 15 de enero de 1998, FJ 4, ECLI:ES:TC:1998:12

natural que tengan la consideración de microempresa, en el ámbito concursal; y las personas que comuniquen infracciones, en los términos de la Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, a la Autoridad Independiente de Protección del Informante.

El segundo grupo, que incluye a los beneficiarios a los que se reconoce el derecho en todo caso, está integrado por: las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social<sup>6</sup>, en el orden social y contencioso; los sindicatos que ejerciten un interés colectivo en defensa de personas trabajadoras y beneficiarias de la Seguridad Social; las víctimas de violencia de género, terrorismo y trata de seres humanos en los procesos relacionados con su condición de víctimas; las personas menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de determinados delitos; las personas a quienes, a causa de un accidente, acrediten secuelas de carácter permanente que les impidan totalmente realizar las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual, y requieran la ayuda de otras personas para las tareas esenciales de la vida diaria, cuando el proceso se dirija a reclamar la indemnización por los daños personales y morales derivados del accidente; y las asociaciones que tengan por fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas de terrorismo.

Además, la Disposición Adicional segunda de la ley prevé que se reconozca este beneficio, también en todo caso, a la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 3 de la Ley de asistencia jurídica gratuita recoge los requisitos básicos para poder acceder a su reconocimiento. En su apartado 1 establece que se reconocerá a las personas físicas que, careciendo de patrimonio suficiente, tengan unos ingresos brutos, anuales y por unidad familiar, no superiores a la cantidad que resulte de multiplicar el indicador público de renta de efectos múltiples por una cantidad que varía según la composición de la unidad familiar. En el caso de las personas jurídicas a las que se incluye en el ámbito subjetivo de la asistencia jurídica gratuita, se requiere que, careciendo de patrimonio suficiente, su resultado contable anual sea inferior al triple del indicador público de la renta de efectos múltiples.

El artículo 4 prevé la posibilidad de excluir el beneficio, incluso en el caso de cumplirse los requisitos del artículo 3, cuando existan signos externos de capacidad económica. En el sentido contrario, el artículo 5 prevé la posibilidad de reconocer el derecho a personar que superen los límites previstos en el artículo 3 pero no superen el resultado de multiplicar por cinco el indicador público de la renta de efectos múltiples, mediante resolución motivada de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que valore las circunstancias concurrentes.

---

<sup>6</sup> Es llamativo que, mientras que en el caso de las personas extranjeras se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita no sólo en el orden contencioso-administrativo sino también en la vía administrativa previa, en aquellos casos en los que el procedimiento pueda conllevar su devolución o expulsión del territorio nacional, y en los procedimientos de asilo, las personas beneficiarias de la Seguridad Social sólo tienen reconocido este derecho para actuar en el orden social o contencioso, y no en la vía administrativa previa, pese a que lo que se impugne en ésta vía puede ser determinante y limitativo del proceso judicial posterior.

En el mismo sentido prevé que pueda reconocerse, valorando las circunstancias de salud del solicitante, a las personas con discapacidad y personas que las tengan a su cargo y actúen en su nombre e interés, si se trata de procedimientos relacionados con su situación de salud o discapacidad.

La interpretación de estas disposiciones por las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita ha desembocado en diversos recursos de amparo, que han permitido que el Tribunal Constitucional exponga los criterios a tener en cuenta a la hora de interpretar el ámbito subjetivo y objetivo del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Vamos a proceder a examinar algunas de las sentencias recaídas, y a exponer los argumentos que fueron empleados en su resolución.

## 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA.

### a. Las personas jurídicas.

Como ya hemos adelantado, el artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, al fijar el ámbito subjetivo de este beneficio, incluye únicamente a algunas personas jurídicas, concretamente a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones inscritas. Este ámbito se extiende, por la Disposición Adicional Segunda de la misma ley, a la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta limitación del ámbito subjetivo respecto de las personas jurídicas<sup>7</sup> con motivo de un recurso de amparo interpuesto contra el auto que desestimó la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por no ser el solicitante una de las personas jurídicas reconocidas en la Ley 1/1996. La recurrente en amparo alegaba que no se había tenido en cuenta su verdadera situación económica, vulnerándose así el contenido indisponible del artículo 119 CE.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional reconoció que el artículo 119 CE no concreta en su inciso segundo si se refiere a las personas físicas o jurídicas. Sin embargo, tuvo en cuenta que, mientras que las personas físicas existen por sí mismas, las personas jurídicas son una creación legislativa, y *“tanto su existencia como su capacidad jurídica vienen supeditadas al cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establezca en cada caso”*<sup>8</sup>. Partiendo de esta distinción, recordó lo establecido por la STC 16/1994, según la cual el núcleo indisponible del artículo 119 CE exigía la protección de las personas que no pudieran acceder a la jurisdicción sin renunciar a *“un nivel mínimo de subsistencia personal o familiar”*<sup>9</sup>, entendiendo que estos conceptos hacían evidente la referencia exclusiva a las personas físicas.

Por todo ello, concluyó que el contenido indisponible del derecho recogido en el artículo 119

<sup>7</sup> STC 117/1998, de 2 de junio de 1998, FJ 4, ECLI:ES:TC:1998:117

<sup>8</sup> STC 117/1998, de 2 de junio de 1998, FJ4, ECLI:ES:TC:1998:117

<sup>9</sup> STC 16/1994, de 20 de enero de 1994, FJ3, ECLI:ES:TC:1994:16

CE no incluía la protección de toda persona jurídica que acreditara insuficiencia de recursos para litigar, procediendo a desestimar el recurso de amparo.

En el sentido contrario se pronunció la misma Sala con ocasión de un recurso de amparo interpuesto contra el auto que desestimó la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por la que se denegó la solicitud del beneficio por una asociación de consumidores y usuarios, al entenderse que ésta asociación no entraba en el ámbito de aplicación de la norma, por haberse solicitado el beneficio para interponer una demanda en nombre de un solo asociado, y no en defensa de la generalidad de los consumidores y usuarios<sup>10</sup>.

La exigencia de que, para serle reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la asociación actuara en defensa de una pluralidad de asociados fue considerada por el Tribunal Constitucional como una restricción injustificada. La Disposición Adicional segunda, que extiende el beneficio de la asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores y usuarios, únicamente concreta que lo hace en los términos previstos en el artículo 2,2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que se refiere a que los derechos de éstos *“guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”*. Por lo tanto, más que encontrarse una limitación a los casos de ejercicio colectivo de acciones, parece entenderse por el legislador que *“la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados trasciende el mero interés particular”*<sup>11</sup>, por lo que el texto no permite una interpretación restrictiva como la recurrida. Todo ello dio lugar a la estimación del recurso de amparo.

#### b. Personas extranjeras.

El artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita incluye, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, a *“los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Sin embargo, no fue esta la redacción original del artículo, ya que en un primer momento se exigía que las personas extranjeras, para poder acceder al derecho a la asistencia jurídica gratuita, residieran legalmente en España.

La redacción actual deriva del recurso de inconstitucional que fue promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso *“que residan legalmente en España”*, y fue objeto de estimación parcial por el Pleno del Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

Al resolver sobre esta cuestión, el citado Tribunal indicó que el hecho de privar del derecho de justicia gratuita a un grupo de personas físicas que reunían las condiciones económicas generalmente previstas suponía una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que era instrumental el artículo 119 CE<sup>13</sup>.

Recordaba el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva se reconocía a todas las personas extranjeras, con independencia de su situación, regular o no, en España, por entenderse

<sup>10</sup> STC 217/2007, de 8 de octubre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:217

<sup>11</sup> STC 217/2007, de 8 de octubre de 2007, FJ4, ECLI:ES:TC:2007:217

<sup>12</sup> STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003, ECLI:ES:TC:2003:95

<sup>13</sup> STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003, FJ4, ECLI:ES:TC:2003:95,

que el artículo 24 CE reconoce un derecho fundamental que pertenece *“a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”*, siendo uno de los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana<sup>14</sup>.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso, declarando inconstitucional la expresión “legalmente”, y delimitando la interpretación conforme a la Constitución de la expresión “que residan”.

### c. La acusación particular.

El artículo 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, al establecer el contenido material del derecho, prevé en su apartado 3 que éste incluirá la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva y cuando, no siéndolo, se requiera expresamente por el órgano judicial mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes, o se acuerde por el órgano judicial en el marco de un juicio por delito leve en que así lo solicite el denunciado.

Si bien este artículo se refiere a que el reconocimiento del derecho incluirá este contenido, como regla general, cuando la intervención de los profesionales sea legalmente preceptiva, por parte de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita se llegó a interpretar que lo preceptivo debía ser la intervención del beneficiario. Sobre esta cuestión se pronunció la Sala Primera del Tribunal Constitucional con ocasión de un recurso de amparo que fue interpuesto contra el auto que desestimó la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por la que se denegó la solicitud de la recurrente basándose en que, por su condición de acusación particular, su intervención en el proceso no era obligatoria<sup>15</sup>.

El Tribunal Constitucional argumentó que, si bien el artículo 24 CE no imponía que la acusación particular tuviera intervención en el proceso penal, el legislador había elegido reconocer el derecho de acción penal, además de al Ministerio Fiscal, a los particulares que fueran víctimas del delito, a través del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez reconocido este derecho por el legislador, la acusación particular tenía derecho a intervenir en el procedimiento, habiendo sido su derecho vulnerado por una interpretación sin base legal y constitucionalmente inaceptable del artículo 6.3 de la Ley de asistencia jurídica gratuita<sup>16</sup>, por todo lo cual estimó el recurso de amparo.

### d. Personas que a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes y reclamen la indemnización de los daños personales y morales sufridos.

El artículo 2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita prevé, en su apartado i), que tendrán derecho a la misma, con independencia de la existencia de recursos para litigar, *“quienes a causa de accidentes que ocasionen secuelas permanentes que les impida totalmente la*

14 STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003, FJ5, ECLI:ES:TC:2003:95, con referencia a STC 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, ECLI:ES:TC:1985:99.

15 STC 9/2008, de 21 de enero de 2008, ECLI:ES:TC:2008:9

16 STC 9/2008, de 21 de enero de 2008, FJ 3, ECLI:ES:TC:2008:9

*realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de la indemnización por los daños personales y morales sufridos”.*

Sobre la interpretación de este supuesto entró a resolver la Sala Primera del Tribunal Constitucional con ocasión de un recurso de amparo que fue interpuesto contra el auto que desestimó la impugnación de la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por la que se denegó este derecho al interpretarse que los accidentes a los que se refiere el artículo 2 i) son exclusivamente los accidentes de tráfico<sup>17</sup>.

El Tribunal Constitucional recordó el principio “pro actione”, que obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas reguladoras de los requisitos y presupuestos procesales teniendo en cuenta qué fin es el perseguido por el legislador, para evitar que una interpretación excesivamente formalista pueda obstaculizar el acceso a la justicia<sup>18</sup>.

Aplicando dicho principio al caso concreto, entendió que en la resolución recurrida no se razonaba el por qué de la limitada interpretación del concepto “accidente”, y no se examinaba cuál era la finalidad de la norma interpretada, y por qué el legislador habría podido pretender limitar los casos de accidente a los accidentes de tráfico<sup>19</sup>. De todo ello se derivaba un obstáculo en el acceso a la justicia, todo lo cual dio lugar a la estimación del recurso de amparo.

**e. Acceso al beneficio de justicia gratuita en la segunda instancia por sujetos que no la solicitaron en la primera instancia.**

El artículo 8 de la Ley de asistencia jurídica gratuita prevé que, *“Cuando el actor o el demandado pretendan el reconocimiento del derecho en la segunda instancia sin haberlo solicitado en la primera, deberán acreditar ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de la primera instancia o con posterioridad a ella”.*

Sobre la interpretación de este apartado se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, con ocasión de recursos de amparo contra los autos que desestimaban la impugnación de la resolución de la Comisión de asistencia jurídica gratuita que denegaba la solicitud por no acreditar la solicitante que las circunstancias económicas en que basaba su petición hubieran sobrevenido con posterioridad al comienzo de la primera instancia<sup>20</sup>.

Conforme a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, el tenor de este artículo puede ser entendido en dos sentidos. Por una parte, puede entenderse que la insuficiencia de medios para litigar debe ser necesariamente sobrevenida a lo largo de la primera instancia. Sin embargo, también puede entenderse, y esta es *“una interpretación más*

17 STC 86/2022, de 27 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:86

18 STC 86/2022, de 27 de junio de 2022, FJ3, ECLI:ES:TC:2022:86

19 STC 86/2022, de 27 de junio de 2022, FJ 4, ECLI:ES:TC:2022:86

20 STC 90/2015, de 11 de mayo de 2015, ECLI:ES:TC:2015:90, STC 101/2019, de 16 de septiembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:101 y STC 43/2022, de 21 de marzo de 2022, ECLI:ES:TC:2022:43.

*acorde con el derecho fundamental en juego*”, que lo que se exige es que hayan variado sobrevenidamente las circunstancias por las que no se necesitó la asistencia jurídica gratuita en la primera instancia<sup>21</sup>. Y si bien lo más habitual será que estas circunstancias varíen en forma de disminución sobrevenida de la capacidad económica, puede haber otros motivos que justifiquen la necesidad del beneficio para actuar en la segunda instancia<sup>22</sup> (como haber sido ayudada por amigos que han realizado aportes económicos a su defensa o la han defendido desinteresadamente en la primera instancia). En el caso de no valorarse estos otros motivos, se produce una interpretación restrictiva del derecho fundamental en juego, afectando al núcleo indisponible del artículo 119 CE, que exige una valoración de las circunstancias económicas de la solicitante. Por todo ello, el Tribunal estimó los recursos de amparo.

## 6. CONCLUSIONES

El artículo 119 CE, al reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita, constituye un instrumento esencial para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello exige que, a la hora de interpretar los requisitos que se exigen para su reconocimiento, se tengan en cuenta el principio *pro actione* y el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental en juego. Asimismo, deberá ser tenida en cuenta la finalidad buscada por el legislador y el contenido indisponible del artículo 119 CE, que conducirán a que sea reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en todo caso, a aquellas personas físicas que, por sus circunstancias económicas, puedan en caso contrario ver obstaculizado su acceso a la jurisdicción y su derecho a la defensa y a la igualdad de armas procesales.

---

<sup>21</sup> STC 90/2015, de 11 de mayo de 2015, ECLI:ES:TC:2015:90, FJ 4

<sup>22</sup> Ídem

## **7. BIBLIOGRAFÍA.**

- Constitución Española
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita
- STC 85/2020, de 20 de julio de 2020, ECLI:ES:TC:2020:85, FJ 3
- STC 16/1994, de 20 de enero de 1994, ECLI:ES:TC:1994:16, FJ 3.
- STC 12/1998, de 15 de enero de 1998, ECLI:ES:TC:1998:12, FJ4
- STC 117/1998, de 2 de junio de 1998, ECLI:ES:TC:1998:117, FJ 4.
- STC 217/2007, de 8 de octubre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:217
- STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003, ECLI:ES:TC:2003:95
- STC 9/2008, de 21 de enero de 2008, ECLI:ES:TC:2008:9
- STC 86/2022, de 27 de junio de 2022, ECLI:ES:TC:2022:86
- STC 90/2015, de 11 de mayo de 2015, ECLI:ES:TC:2015:90
- STC 101/2019, de 16 de septiembre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:101
- STC 43/2022, de 21 de marzo de 2022, ECLI:ES:TC:2022:43.

# AVANZANDO HACIA LA UNIÓN EUROPEA: DESAFÍOS Y PROGRESOS EN EL SISTEMA JUDICIAL DE ALBANIA

## *A JOURNEY TOWARDS THE EUROPEAN UNION: CHALLENGES AND PROGRESS IN THE ALBANIAN JUDICIAL SYSTEM*

Arturo Valdés Trapote  
Magistrado. Key Expert EU4Justice

### SUMARIO

1. Introducción.
2. Albania y su rumbo a la UE.
3. Instituciones judiciales más importantes de Albania.
4. Desafíos y logros en el sistema judicial de Albania: Un análisis detallado.
5. Mirada hacia el futuro.

### RESUMEN

En el análisis de Albania en su camino hacia la Unión Europea, se explora la travesía con sus desafíos jurídicos y sociales, reformas judiciales y la esperanza de transformación. El enfoque se centra en la lucha contra la despoblación, los desafíos judiciales y las oportunidades relacionadas con la adhesión a la UE. Se examinan tanto los progresos como los desafíos, proporcionando una visión integral del avance albanés hacia la integración europea, respaldada por el análisis detallado de la Comisión Europea en su informe de 2023.

### ABSTRACT

*In the analysis of Albania on its journey to the European Union, the narrative explores the country's path with its legal and social challenges, judicial reforms, and the hope for transformation. The focus is on tackling depopulation, judicial challenges, and the opportunities inherent in EU accession. Both progress and challenges are examined, providing a comprehensive insight into Albania's advancement toward European integration, supported by the detailed analysis of the European Commission in its 2023 report.*

### PALABRAS CLAVE

Albania; Unión Europea; reformas judiciales; integración europea; desafíos judiciales;

Comisión Europea; adhesión.

## KEYWORDS

*Albania; European Union; judicial reforms; European integration; judicial challenges; European Commission; accession.*

## 1. INTRODUCCIÓN

“Nunca reflexioné sobre el verdadero significado de la libertad hasta el día en que abracé a Stalin”.

Esta impactante declaración marca el comienzo de “Libre”, las cautivadoras memorias de Lea Ypi, que relatan la caída del comunismo en Albania en 1990. Ypi presenta esta crónica con la perspectiva de una niña y adolescente que va desentrañando la realidad de su país y su familia desde aquel día de diciembre en el que abrazó una estatua de Stalin en un jardín, mientras los manifestantes clamaban por “libertad” y “democracia”.

Y es que para cualquier apasionado de la política y la historia, los Balcanes se presentan como un fascinante crisol de diversidad cultural y jurídica, donde la riqueza de las tradiciones y las influencias se manifiesta en toda su plenitud.

En el corazón de esta región compleja y llena de matices se encuentra Albania, un país europeo de dimensiones modestas que tiene una historia rica y variada, sobre la que hay una tendencia a simplificar su historia al ubicarla en la órbita de la extinta Yugoslavia o simplemente a identificarla con las “mafias albanokosovares”. Fue provincia griega y romana, siendo parte de la antigua Iliria; también estuvo bajo dominio otomano, formó parte de Italia y sufrió durante años una de las dictaduras más férreas del siglo XX en Europa, solo comparable con la actual Corea del Norte. En este contexto tan particular, la intersección de factores culturales, políticos y jurídicos conforma un escenario intrigante que merece una exploración detallada. La complejidad de Albania va más allá de las simplificaciones superficiales, ofreciendo una narrativa fascinante que refleja la amalgama de influencias históricas y culturales que ha dado forma a su identidad única en el panorama europeo.

Este año 2024 marca dos décadas desde que Albania inició su camino hacia la Unión Europea (UE), un viaje definido por desafíos y oportunidades transformadoras. Este artículo profundiza en el progreso y los desafíos que enfrenta Albania en su camino hacia la UE, con un enfoque especial en las iniciativas y resultados del proyecto de cooperación judicial de la Unión Europea EU4Justice, del cual España forma parte.

## 2. ALBANIA Y SU RUMBO A LA UE

El desafío social más acuciante que enfrenta Albania se manifiesta en la despoblación de sus zonas rurales y la consiguiente fuga de profesionales altamente cualificados. Este fenómeno afecta especialmente a los jóvenes albaneses, cuya preparación académica es notable, y la

mayoría de ellos dominan con fluidez al menos dos o tres idiomas. Esta problemática, lejos de ser exclusiva de Albania, encuentra eco en naciones del sur del Mediterráneo, incluyendo a España y otros países europeos.

La diáspora de talento albanés hacia el extranjero plantea un dilema crucial para el desarrollo sostenible del país. La pérdida de recursos humanos capacitados impacta negativamente en la economía y la infraestructura local, dejando a las comunidades rurales en un estado de declive. La situación se agrava al considerar la inversión en la educación y formación de estos profesionales, que luego contribuyen al crecimiento de otras naciones en lugar de a su patria de origen.

La perspectiva de la adhesión a la UE representa para Albania un impulso hacia el fortalecimiento institucional y mejoras sustanciales en la calidad de vida de sus ciudadanos. Más allá de ser un camino hacia el desarrollo económico mediante los fondos estructurales de cohesión, la adhesión implica mejoras en la estabilidad política, seguridad y defensa, así como el fortalecimiento de los estándares democráticos y de derechos humanos. En definitiva, representa la esperanza de un país que se siente profundamente europeo y busca formar parte de la Unión Europea.

La despoblación y la falta de ciudadanos con estudios cualificados suponen un riesgo evidente para el Estado de Derecho. La lucha contra la corrupción y la implementación de medidas para combatir el crimen son aspectos clave. En este contexto, la complejidad de la corrupción se aborda desde diversas perspectivas, resaltando la necesidad de medidas específicas en el sistema judicial albanés. La más importante, desde luego, es el mantenimiento de una sociedad formada, crítica con sus gobernantes, que exija la consolidación de un Poder Judicial efectivo.

### **3. INSTITUCIONES JUDICIALES MÁS IMPORTANTES DE ALBANIA**

En el sistema judicial de Albania, tres instituciones desempeñan roles fundamentales: el Alto Consejo Judicial, el Alto Consejo Fiscal y la Alta Inspección de Justicia.

El Alto Consejo Judicial tiene la responsabilidad de garantizar la independencia del poder judicial. Compuesto por once miembros, seis de los cuales son elegidos por voto directo y secreto de los jueces de carrera, y los cinco restantes seleccionados por el Parlamento, incluyendo representantes de la abogacía y la sociedad civil, este consejo juega un papel vital en la designación, promoción, evaluación y destitución de jueces y fiscales. En otras palabras, desempeña funciones equiparables al Consejo General del Poder Judicial español. Esta composición diversa busca asegurar una representación equitativa y contribuir a la independencia y transparencia en la toma de decisiones judiciales.

El Alto Consejo Fiscal es una institución clave en el sistema judicial albanés en relación con el Ministerio Fiscal. Su composición se establece para incluir tanto a fiscales como a representantes de la sociedad civil, y su elección es similar a la del Alto Consejo Judicial. La independencia y la integridad de los fiscales son fundamentales para un sistema judicial sólido, y el Alto Consejo Fiscal desempeña un papel crucial en la supervisión y toma de decisiones

relacionadas con la fiscalía. Los fiscales son independientes en sus investigaciones, y aunque el fiscal general del Estado puede dar instrucciones sobre la investigación, carece de facultades directas sobre asuntos concretos o de medidas coactivas para ejecutar sus instrucciones.

La Alta Inspección de Justicia es quizás la pieza más importante para fomentar la transparencia y responsabilidad en el panorama judicial albanés. Se compone del Alto Inspector de Justicia, elegido por nueve años mediante una mayoría cualificada, y de inspectores propios de la institución, así como jueces y fiscales. Esta institución tiene la responsabilidad de realizar inspecciones en juzgados y tribunales para garantizar la transparencia y eficiencia, así como la tramitación de todos los procedimientos disciplinarios. Funciona como una combinación de Inspección y Promotor de la Acción Disciplinaria. Su papel es crucial para mantener altos estándares éticos y profesionales en la judicatura.

Estas instituciones trabajan en conjunto para fortalecer el sistema judicial albanés, manteniendo la independencia, la imparcialidad y la integridad como principios fundamentales. La diversidad en sus composiciones busca reflejar diferentes perspectivas y asegurar que el sistema judicial cumpla con los más altos estándares de justicia y ética.

#### **4. DESAFÍOS Y LOGROS EN EL SISTEMA JUDICIAL DE ALBANIA: UN ANÁLISIS DETALLADO**

A pesar de los avances, Albania enfrenta desafíos cruciales en su proceso hacia la UE. La lucha contra la corrupción, la mejora de la independencia judicial y la eficiencia del sistema judicial son áreas prioritarias. El respeto al Estado de derecho y los derechos fundamentales es esencial para cumplir con los rigurosos estándares de la UE.

La Comisión Europea ha adoptado su Paquete de Ampliación para 2023, que ofrece una evaluación detallada de la situación actual y los avances realizados por Albania en su camino hacia la Unión Europea. El informe se centra particularmente en la implementación de reformas fundamentales y proporciona orientación clara sobre las prioridades de reforma futuras.

Albania se enfrenta a una encrucijada decisiva en su viaje hacia la alineación con los estándares europeos en materia judicial y de derechos fundamentales, según revela el informe de la Unión Europea de 2023 sobre el Estado de la Justicia en Albania en el Capítulo 23.

El Informe de 2023 sobre Albania destaca la necesidad de fortalecer aún más el papel de la sociedad civil, especialmente en el proceso de negociación de adhesión a la UE. Se enfatiza la importancia de consolidar y poner en pleno funcionamiento las estructuras destinadas a consultar a la sociedad civil. Además, se señala la falta de progreso en la implementación de la hoja de ruta para un entorno propicio para la sociedad civil.

Este artículo tiene como objetivo proporcionar un breve resumen de los aspectos clave del informe, resaltando los desafíos y oportunidades que enfrenta Albania en su camino hacia la adhesión a la Unión Europea. En este contexto, se presta especial atención a la implementación de reformas judiciales, la eficacia del sistema judicial y la crucial cuestión de fortalecer el papel de la sociedad civil en el proceso de adhesión a la UE. La lectura del Informe de la

Comisión resulta esencial para comprender cómo estos aspectos influyen en la trayectoria de Albania hacia la UE, especialmente en las áreas que requieren atención y mejora.

1. Funcionamiento del Poder Judicial: Albania, en su búsqueda de alinearse con los estándares europeos, presenta una preparación moderada en el funcionamiento de su poder judicial. El informe de la Unión Europea destaca avances significativos durante el período de evaluación, especialmente en la implementación continua de la reforma judicial. A pesar de este progreso, persisten desafíos, como la eficiencia del sistema judicial, afectada por procedimientos prolongados, un aumento en la carga de trabajo y un número sustancial de casos pendientes.

2. Proceso de evaluación: En Albania, el proceso de evaluación judicial, conocido como “*vetting*”, se inició en 2016 como parte de una reforma judicial integral. Este proceso se basa en la premisa de que no corresponde a la comisión de evaluación demostrar irregularidades, sino al juez o fiscal justificar el origen de su riqueza. Este proceso traumático para los jueces albaneses que invierte la carga de la prueba, ha servido para eliminar parte de la corrupción, y ha sido respaldado por la Unión Europea y Estados Unidos.

Sin embargo, la historia del juez Artur Malaj destaca las limitaciones del sistema. A pesar de las dudas sobre su riqueza, el proceso de *vetting* inicial lo confirmó en el cargo. Solo después de una revisión liderada por expertos internacionales se revelaron irregularidades en sus ingresos, lo que llevó a su despido. Este caso destaca la necesidad de revisar los vínculos con el crimen y propiedades sospechosas durante el proceso de *vetting*.

A diferencia de Albania, otros países de los Balcanes no han adoptado un enfoque riguroso para evaluar jueces y fiscales. En Bosnia y Herzegovina, las declaraciones de bienes solo se publican con el consentimiento del juez o fiscal, y solo el 10% ha dado su consentimiento. En Serbia, Montenegro y Macedonia del Norte, las declaraciones son públicas, pero no hay verificaciones oficiales de su precisión.

Las declaraciones de bienes en estos países solo se investigan si hay sospechas de irregularidades o según informes mediáticos. En Macedonia del Norte, un informe reveló que varios jueces no presentaron declaraciones de bienes, pero no se tomaron medidas disciplinarias.

La falta de transparencia y la percepción de corrupción han erosionado la confianza en los tribunales en toda la región. Encuestas indican que el nivel de confianza en los tribunales es extremadamente bajo, oscilando entre el 1,7% y el 2,6%.

A pesar de algunos esfuerzos para mejorar la transparencia, como acuerdos de cooperación para intercambiar información sobre funcionarios públicos, aún persisten deficiencias. La necesidad de una mayor transparencia y controles más estrictos de las declaraciones de bienes es evidente para fortalecer la confianza pública en el sistema judicial en la región de los Balcanes.

El proceso de evaluación integral de jueces y fiscales en Albania ha avanzado de manera constante, con el 84% de los casos completados en primera instancia para octubre de 2023. Este es un hito destacado que refleja el compromiso de Albania con la transparencia y la rendición de cuentas en el sistema judicial. Sin embargo, el informe subraya la necesidad de un seguimiento judicial sistemático de los casos de evaluación que puedan indicar posibles delitos y, sobre todo, continuar con un proceso de evaluación eficiente para la Carrera Judicial. Se alienta activamente a los servicios de persecución a iniciar procedimientos penales contra aquellos cuyo proceso de evaluación revele elementos criminales, asegurando así la integridad del sistema judicial.

3. Documentos estratégicos: Aunque el Ministerio de Justicia informa regularmente sobre la implementación de la estrategia de justicia transversal 2021-2025 y su plan de acción, el informe destaca la necesidad de una cooperación efectiva entre las instituciones de justicia. La transparencia y colaboración son cruciales para garantizar el funcionamiento eficiente del sector. La efectividad de cualquier estrategia legal depende en gran medida de la coordinación y cooperación entre las instituciones judiciales.

4. Órganos especializados: A pesar de la plena operación de la Oficina de Fiscalía Especial (SPO) y la Oficina Nacional de Investigación (NBI), especializados en la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada, el informe señala la necesidad de fortalecer la capacidad de los organismos de reclutamiento. La calidad y eficacia de estos órganos son fundamentales para el éxito del sistema judicial.

5. Órganos de gestión: El informe resalta la necesidad de mayor transparencia en la comunicación y acceso a la información por parte de los órganos de autogestión judicial. La transparencia no solo fortalece la confianza en el sistema, sino que también contribuye a una administración de justicia más efectiva. Se insta al Alto Consejo Judicial a finalizar las promociones de jueces al Tribunal Supremo y a establecer reglas claras para la evaluación, promoción y transferencia de jueces y fiscales, contribuyendo así a la mejora de la administración de justicia.

Adicionalmente, cabe destacar que en el marco del proyecto EU4Justice, se ha elaborado un reglamento específico que aborda los procedimientos de nombramiento de presidentes de todos los tribunales de Albania. Este reglamento tiene como objetivo asegurar la transparencia y la imparcialidad en el proceso de selección de los líderes judiciales, fortaleciendo así la integridad y eficiencia del sistema judicial.

6. Independencia e imparcialidad: El informe expone preocupaciones sobre intentos alegados de interferencia en el sistema judicial. Se subraya la importancia de las disposiciones legales que garantizan procedimientos independientes para la designación, promoción, evaluación y destitución de jueces y fiscales. La independencia judicial es la columna vertebral de cualquier sistema legal robusto y garantiza la confianza pública en la administración de justicia. Además, se destaca la preocupación por posibles interferencias y presiones en el sistema judicial, enfatizando la importancia de la formación continua de magistrados en integridad y ética judicial. Hace unas semanas,

tuve el privilegio de mantener una conversación con dos magistrados a quienes admiro profundamente. Durante nuestro diálogo, reflexionábamos sobre su optimismo respecto al futuro de la ética judicial y cómo este compromiso se asemeja a una lluvia fina que impregna cada rincón. En este contexto, la voluntad de mantenerse independiente, imparcial e íntegro por parte de los jueces no solo se erige como un pilar esencial para fortalecer el Poder Judicial, sino que también influye directamente en la percepción que la sociedad tiene sobre esta institución vital para la democracia.

7. Rendición de cuentas: Aunque el Inspector de Justicia Superior continúa operando, el informe destaca la necesidad de fortalecer la cooperación entre las instituciones encargadas de supervisar el sistema judicial. La rendición de cuentas es fundamental para mantener la integridad y eficiencia del sistema judicial. La transparencia en las disposiciones legales relacionadas con la promoción y transferencia de jueces y fiscales, junto con la implementación de un sistema integrado y moderno de gestión de casos, resulta crucial para asegurar la rendición de cuentas. En respuesta a la solicitud de la Unión Europea, el proyecto EU4Justice ha desarrollado un reglamento destinado a unificar los procedimientos disciplinarios cuando un mismo juez y fiscal se ven implicados en una infracción disciplinaria. El desafío residía en establecer una regulación transparente que asegurara la independencia de las decisiones tomadas por el Consejo.

8. Profesionalismo y competencia: El informe destaca los esfuerzos para reducir la influencia política en el proceso de nombramiento, contribuyendo a un sistema basado en el mérito. En Albania, a diferencia de España, el escalafón apenas tiene importancia. Lo relevante es la formación y el sistema de evaluación al desempeño que puntúa el cumplimiento de deberes éticos y profesionales. Aunque es un sistema interesante, los riesgos de subjetividad en la valoración son evidentes. En consecuencia, se resalta la necesidad de mayor transparencia en el proceso de evaluación y clasificación de candidatos, junto con la urgencia de incorporar más jueces y asesores legales para reducir la acumulación de casos. La profesionalización y competencia del personal judicial son esenciales para garantizar la calidad y eficiencia del sistema.

9. Calidad de la Justicia: Aunque se reconocen acciones positivas para mejorar el programa de formación continua en la Escuela de Magistrados (SoM), el informe subraya la necesidad de mejoras adicionales en la calidad de la formación inicial y continua. Se insta a la SoM a intensificar esfuerzos para mejorar la calidad del personal académico y garantizar un proceso de reclutamiento transparente y competitivo. La calidad de la formación es fundamental para el desarrollo y la eficiencia a largo plazo del sistema judicial.

10. Eficiencia: Se identifican desafíos en la eficiencia judicial, incluyendo vacantes sin cubrir, procedimientos prolongados y un alto número de casos no resueltos. La implementación de un mapa judicial y un plan robusto para su ejecución son cruciales para optimizar recursos y mejorar la eficiencia judicial. La eficiencia no solo impulsa la rapidez en la resolución de casos, sino que también contribuye a la confianza pública en el sistema judicial.

11. Recomendaciones para el próximo año: El informe enfatiza la necesidad de avanzar en el proceso de reevaluación de jueces y fiscales, acelerando los procedimientos, especialmente en apelación. Se insta a consolidar esfuerzos para mejorar la eficiencia de los tribunales y servicios de persecución, reduciendo la acumulación de casos. Es esencial continuar fortaleciendo la capacidad e independencia del sistema judicial y sus instituciones de autogestión. Priorizar mejoras en la calidad y eficiencia de la formación en la SoM, mejorar las capacidades de informe en todas las instituciones y garantizar una cooperación efectiva entre las instituciones de justicia, asignando recursos suficientes para un funcionamiento eficiente del sector judicial. La implementación efectiva de estas recomendaciones allnará el camino hacia un sistema judicial más fuerte y confiable en Albania.

## 5. MIRADA HACIA EL FUTURO

El compromiso con la adhesión a la UE impulsa el cambio en Albania. La modernización a través de reformas políticas, económicas y sociales es clave para un futuro próspero y alineado con los estándares europeos.

Albania enfrenta desafíos, pero también abraza oportunidades en su búsqueda de la adhesión a la UE. La experiencia albanesa, en su cooperación integral, contribuye significativamente al fortalecimiento de las instituciones judiciales albanesas, allanando el camino hacia un sistema judicial más transparente, independiente y eficiente, garantía esencial para cualquier democracia. En la cooperación judicial al desarrollo, el intercambio de experiencias, la voluntad de cambio, las transformaciones sustanciales para generar una sólida regulación que fomente la transparencia, la sostenibilidad de las iniciativas y la necesidad de consolidar un independiente y fuerte sistema judicial conllevará un evidente progreso al país.

Aunque en España gozamos de una situación más favorable, la experiencia albanesa sirve como recordatorio de la importancia de ser conscientes de las debilidades y riesgos presentes en la Justicia. La falta de confianza en el sistema judicial, los retrasos en la administración de justicia, la necesidad de mayor transparencia y evaluación, son factores que obstaculizan el camino hacia una democracia plena. Debemos ser conscientes de la necesidad de fortalecer constantemente los pilares fundamentales de un sistema judicial sólido y transparente, esencial para el funcionamiento efectivo de una sociedad democrática.

# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA STC 149/2023, DE 7 DE NOVIEMBRE, QUE AVALA EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS<sup>1</sup>

## *CRITICAL ANALYSIS OF STC 149/2023, OF NOVEMBER 7, WHICH ENDORSES THE TEMPORAL SOLIDARITY TAX OF THE GREAT FORTUNES*

Fernando Hernández Guijarro

Profesor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València

Magistrado suplente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS.
  - 2.1. Naturaleza y objeto.
  - 2.2. Hecho Imponible.
  - 2.3. Sujeto Pasivo.
  - 2.4. Base Imponible.
3. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.-
4. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA STC 149/2023 PARA DESESTIMAR EL RECURSO, Y SU COMENTARIO.
  - 4.1. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración del art. 23.2 CE, y su comentario.
  - 4.2. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración de los arts. 156.1 y 157.3 CE, y su comentario.
  - 4.3. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegación de vulneración del art. 31.1 CE, y su comentario.
5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL VOTO PARTICULAR.
6. CONCLUSIONES.
  1. Sobre la creación del ITSGF en el sistema tributario estatal y las CCAA.
  2. Sobre la tramitación parlamentaria del ITSGF.
  3. Sobre la vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española.
  4. Por último, sobre los atributos del ITSGF: ni es solidario, ni es temporal.
7. BIBLIOGRAFIA

<sup>1</sup> Este texto se corresponde parcialmente con el que se publicará en febrero, en el número 20 de la Revista *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, y que edita Tirant lo Blanch y el Instituto de Derecho Iberoamericano.

## **RESUMEN:**

La STC 149/2023, de 7 de noviembre, viene a dar respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que creó el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Las cuestiones jurídico-constitucionales que se plantearon en dicha sentencia son de una relevancia capital para el Derecho Tributario, a saber: vulneración del *ius in officium* de los diputados (art. 23.2 CE), al haberse introducido el impuesto por vía de enmienda; vulneración la autonomía financiera y la reserva de ley orgánica en materia de cesión de tributos; infracción de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad; y, por último, ir en contra del principio de seguridad jurídica por el grado de retroactividad. La sentencia cuenta con un extenso voto particular de cuatro Magistrados.

## **ABSTRACT:**

*STC 149/2023, of November 7, responds to the unconstitutionality appeal filed by the Governing Council of the Community of Madrid against art. 3 of Law 38/2022, of December 27, which created the Temporary Solidarity Tax of Great Fortunes. The legal-constitutional issues that were raised in said ruling are of capital relevance for Tax Law, namely: violation of the *ius in officium* of the deputies (art. 23.2 CE), as the tax was introduced by way of amendment; violation of financial autonomy and the reserve of organic law regarding the transfer of taxes; violation of the principles of economic capacity and non-confiscatoriness; and, finally, go against the principle of legal certainty due to the degree of retroactivity. The sentence has an extensive dissenting vote of four Judges.*

## **PALABRAS CLAVE:**

Impuesto a las grandes fortunas; inconstitucionalidad; enmienda legislativa; fraude de ley; lealtad institucional; seguridad jurídica.

## **KEYWORDS:**

*Tax on large fortunes; unconstitutionality; legislative amendment; fraud of law; institutional loyalty; legal security.*

## **1. INTRODUCCIÓN.**

La reciente STC 149/2023, de 7 de noviembre, publicada en el BOE de 18 de diciembre, ha desestimado íntegramente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (en adelante, ITSGF), y se modifican determinadas normas tributarias.

Esta sentencia cuenta con cuatro votos particulares y, antes de su pronunciamiento, solvente doctrina y entidades del sistema económico y jurídico formularon reparaos al impuesto sobre la base de varios vicios de inconstitucionalidad<sup>2</sup>; a saber, en la tramitación parlamentaria, armonización en fraude de ley, falta de seguridad jurídica, los principio capacidad económica y no confiscatoriedad, y falta de respeto de competencias autonómicas.

El planteamiento del Gobierno de la Comunidad de Madrid para sostener la no adecuación del tributo a la Constitución se fundamentó en: (i) vulneración del art. 23.2 CE, por la falta de homogeneidad, respecto de la proposición de ley original, de la enmienda por la que se introdujo; (ii) infracción de los arts. 156.1 (y, en conexión con este, del art. 137) y 157.3 CE, porque, en lugar de modificar el régimen de cesión del impuesto sobre el patrimonio, se crea el nuevo tributo para armonizar de manera impropia dicho impuesto cedido; (iii) vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, por establecer un impuesto con carácter retroactivo; (iv) infracción del art. 31.1 CE, por violar los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad; y, por último, (v) quebrantamiento de los principios de corresponsabilidad fiscal, coordinación y lealtad institucional del art. 156.1 CE. Finalmente, y tras los tramites y personaciones legalmente establecidas, el Tribunal Constitucional terminó desestimando el recurso.

Para hacer un cabal análisis de la sentencia referenciada comenzaremos con una sucinta exposición de la Ley Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (en adelante, LITSGF) y, a partir de éste, analizaremos los fundamentos de la STC, expondremos su voto particular y formularemos nuestras conclusiones.

## 2. EL IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS.

Como reza el Preámbulo de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, esta norma crea “el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas<sup>3</sup>, que se configura como un impuesto complementario del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), de carácter estatal, no susceptible de cesión a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), para gravar con una cuota adicional los patrimonios de las personas físicas de cuantía superior a 3.000.000 de euros”.

Para comprender lo que supone en el sistema tributario español la aparición de este impuesto y su encaje en el sistema de cesión de tributos a las CCAA, conviene exponer los elementos

2 Sobre la creación del impuesto, Hay Derecho: <https://www.hayderecho.com/2022/11/28/descubriendo-al-impuesto-de-las-grandes-fortunas/>. Sobre los fraudes de ley en que incurre la LITSGF, Instituto de Estudios Económicos (en adelante, IIE): <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12119318/01/23/El-IEE-detecta-5-fraudes-de-ley-al-impuesto-a-las-Grandes-Fortunas-y-4-castigos-para-la-economia.html>. Sobre la vulneración al principio de representación, improcedente armonización y vulneración de la seguridad jurídica, Asociación Española de Asesores Fiscales (en adelante, AEDAF): [https://www.aedaf.es/Plataforma/Paper\\_21\\_13\\_07\\_23.pdf](https://www.aedaf.es/Plataforma/Paper_21_13_07_23.pdf). Sobre la motivación política del impuesto, Ernst & Young: [https://www.ey.com/es\\_es/the-cfo-agenda/impuesto-temporal-solidaridad-grandes-fortunas-chronica-nueva-controversia-tributaria-anunciada](https://www.ey.com/es_es/the-cfo-agenda/impuesto-temporal-solidaridad-grandes-fortunas-chronica-nueva-controversia-tributaria-anunciada). (Consultados todos el 3/01/2024).

3 Publicado en el «BOE» núm. 311, de 28/12/2022, con entrada en vigor según DF 8ª el día 29/12/2022.

determinantes del mismo y su confluencia e identidad con el IP, aprobado por la Ley 19/1991, de 6 de junio.

### 1. Naturaleza y objeto.

Según el art. 3.Uno de la ley, el ITSGF es un tributo de “carácter directo, naturaleza personal y complementario del Impuesto sobre el Patrimonio que grava el patrimonio neto de las personas físicas” de cuantía superior a la citada con anterioridad. El IP establece en su art. 1 que es un tributo de “carácter directo y naturaleza personal que grava el patrimonio neto de las personas físicas”. Por lo que ambos impuestos comparten la misma naturaleza y objeto de gravamen (patrimonio neto). Quedando como única diferencia la cuantía sobre la que se aplica la escala de gravamen.

### 2.Hecho Imponible.

El art. 3. Tres del ITSGF constituye el Hecho Imponible del impuesto en la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo de un patrimonio neto superior a 3.000.000 de euros. A estos efectos, el art. 3 del IP lo fija en la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo, del patrimonio neto. De nuevo, nos vemos ante una identidad en el hecho imponible configurador de ambos tributos con la única diferencia, como ya se ha dicho, en la cuantía desde que se aplica la tarifa.

### 3. Sujeto Pasivo.

En el caso del sujeto pasivo, el art. 3.Cinco del ITSGF nos ahorra disquisiciones acerca del parecido entre ambos impuestos al señalar, directamente y sin tapujos, que son sujetos pasivos de este impuesto, y en los mismos términos, los que lo sean del IP conforme a su ley. Es decir, el ITSGF señala al mismo sujeto pasivo llamado a contribuir que el IP.

### 4. Base Imponible.

Por último, y en relación con la Base Imponible, el art. 3.Ocho del ITSGF dispondrá que constituye la base imponible de este impuesto el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo. Siendo determinado éste por diferencia entre el valor de los bienes y derechos de que sea titular el sujeto pasivo y las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas u obligaciones personales de las que deba responder el sujeto pasivo. Para la determinación de la base imponible de este impuesto resultarán aplicables las reglas contenidas en la ley del IP.

De nuevo, la LITSGF define con idénticos términos que la LIP la base imponible del impuesto y se remite a las reglas de éste para su determinación.

En definitiva, nos encontramos ante la existencia de dos impuestos estatales (IP e ITSGF) que gozan de la misma naturaleza y objeto, gravan el mismo hecho imponible y sujeto pasivo, y determinan la base imponible con las mismas reglas. Dicho de otra forma, nos hallamos ante un supuesto en el que el Estado está ejerciendo doblemente su poder tributario sobre un mismo hecho imponible, obligando en consecuencia a pagar dos veces el mismo Impuesto por

la realización de un mismo hecho imponible<sup>4</sup>. Es cierto que el rendimiento de uno de ellos, el IP, está cedido a las CCAA en los términos de la LOFCA y la Ley 22/2009, pero dicha cesión es una decisión política que podría deshacerse en cualquier momento. Lo más relevante para el análisis de la STC es que partimos de una la ley, la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, que creó un impuesto idéntico en su naturaleza y elementos tributarios a otro preexistente. Dando lugar con ello una doble imposición interna cuyo objetivo, a la luz de su efectiva recaudación<sup>5</sup>, no parece participar de un cabal fin político y una correcta adecuación a los principios tributarios de orden constitucional; a saber, la generalidad e igualdad en la aplicación de los tributos.

### **3. PLANTEAMIENTO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID.**

Como se ha dicho, la demanda impugna el art. 3 de la Ley 38/2022 por incurrir en diversos motivos de inconstitucionalidad; tanto formales, como materiales. Tal y como detalla la sentencia, la impugnación por razones formales se anuda a la tramitación parlamentaria seguida por el precepto, que fue introducido en el Congreso de los Diputados mediante una enmienda a propuesta de los grupos parlamentarios que sustentan al Gobierno eludiendo, por lo tanto, los trámites que debería haber seguido la norma de haberse introducido ab initio en la proposición de ley, como la posibilidad de debate parlamentario y enmienda por los restantes grupos.

También se denuncia que la disposición impugnada incurre en fraude de ley pues pretende evitar los trámites para la modificación de las condiciones de la cesión a las comunidades autónomas del Impuesto sobre el Patrimonio. El impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas no sólo se ha introducido mediante una enmienda desconectada del resto del articulado, sino que se ha creado para armonizar la tributación del patrimonio entre comunidades autónomas, eludiendo los trámites para modificar la cesión del impuesto sobre el patrimonio. Se afirma que, si el Estado quería modificar los términos de la cesión del impuesto sobre el patrimonio, debería haberse sometido al procedimiento previsto, que requiere la previa convocatoria y acuerdo de la Comisión Mixta entre el Estado y la Comunidad de Madrid y la modificación de las leyes por las que se cede el impuesto. En resumen, el nuevo tributo se ha creado con el exclusivo objeto de armonizar la tributación del patrimonio de las personas físicas, eludiendo, en fraude de ley, el procedimiento previsto en normas integrantes del bloque de constitucionalidad, como son el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y la Ley 22/2009.

---

4 Calvo Vérguez, J.: Sombras de inconstitucionalidad sobre el nuevo Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas, Quincena Fiscal, nº4, 2023.

5 Según los datos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, casi el 90% de la recaudación ha sido aportada por los contribuyentes de la Comunidad de Madrid. Y si incluimos a Andalucía y Galicia, el coeficiente de recaudación sobre el total de España asciende a más del 95% entre las tres comunidades autónomas. Ver: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2023/S.E.HACIENDA/20-09-23-NP-Impuesto-Grandes-Fortunas.pdf> (Consultado el 2/01/2024).

La demanda aborda también la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por establecerse el tributo con carácter retroactivo. Hay que recordar que el impuesto controvertido se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará al patrimonio neto del titular a dicha fecha. Dado que la Ley 38/2022 se publicó en el “BOE” de 28 de diciembre y entró en vigor al día siguiente, grava los grandes patrimonios, no ya en 2023, sino en el mismo 2022, con una retroactividad en grado medio que incide sobre situaciones preexistentes.

El recurso alega, en cuarto lugar, la infracción de los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad reconocidos en el art. 31.1 CE. Para ello, se parte de admitir que el patrimonio puede ser expresivo de capacidad económica. Sin embargo, una cosa es gravar una renta potencial y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal, dado que el referido principio quiebra en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia. La demanda sostiene que el desajuste entre el rendimiento que la norma exige obtener a los patrimonios de los contribuyentes y el rendimiento real que estos pueden lograr atendiendo a la realidad del mercado es de todo punto irreal y resulta prácticamente inalcanzable. Para argumentar esto, compara la escala de gravamen del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas con los datos de rentabilidad de productos como los depósitos, los fondos de inversión garantizados, la deuda pública, los planes de pensiones y los índices de renta variable más importantes del mundo.

La última cuestión que se reprocha al impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas es que vulnera la autonomía política y financiera de las comunidades autónomas, así como los principios de corresponsabilidad fiscal, coordinación y lealtad institucional. En este sentido, y de conformidad con su objetivo declarado, el impuesto armoniza de forma impropia la tributación entre comunidades autónomas, afectando fundamentalmente a los contribuyentes de Madrid y Andalucía, pero también a los de otras comunidades que, con diferentes medidas legislativas, han ejercido sus potestades normativas en el marco del bloque de la constitucionalidad.

Expuestos los argumentos de la parte que interpuso el recurso tal y como los presenta la STC, en el siguiente punto se analizan los fundamentos del Tribunal Constitucional para desestimar el mismo. La sentencia abordará las objeciones planteadas conforme han sido planteadas. El Tribunal comienza haciendo una referencia al objeto del recurso y posiciones de las partes y, establecido el tema de debate, pasará a ir desestimando las pretensiones de la actora uno a uno tal y como exponemos en el siguiente apartado.

#### 4. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA STC 149/2023 PARA DESESTIMAR EL RECURSO, Y SU COMENTARIO.

##### 1. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración del art. 23.2 CE, y su comentario.

El tribunal argumenta básicamente que “los requisitos procedimentales de los proyectos de ley no hubieran sido exigibles en ningún caso, ya que el artículo impugnado se introdujo por vía de enmienda en la tramitación en el Congreso y la presentación de enmiendas no está sujeta a ninguna exigencia documental ni informe preceptivo”. Y con relación al uso indebido de la enmienda para introducir un impuesto *ex novo*, se afirma que “la proposición creaba dos nuevas prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias cuyo objetivo era aumentar la contribución a las arcas públicas de determinadas empresas del sector energético (art. 1) y financiero (art. 2). Por tanto, la incorporación a dicho texto de una enmienda para establecer el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, con una finalidad recaudatoria (junto a la de armonización de la imposición patrimonial), sí presenta homogeneidad suficiente con el resto de las medidas de la proposición de ley, dado que también se encamina a incrementar los ingresos públicos en un contexto de crisis energética y de precios”.

De los razonamientos ofrecidos por el Tribunal debemos destacar el reconocimiento expreso de la intencionalidad de armonizar la imposición patrimonial pues, dicha armonización mediante ley ordinaria tiene un difícil acomodo con la normativa que debe respetar toda armonización legislativa de esta naturaleza; a saber, la Constitución arts. 156.1, 157.1.a) y 157.3<sup>6</sup>, y la LOFCA arts. 1 a 4, 10, 11 y 19 in fine, entre otros. Además, y respecto a la justificación de incrementar los ingresos públicos “en un contexto de crisis”, con el debido respeto, resulta difícil de asumir dicha causa por cuanto el propio Gobierno de España afirmaba sobre la evolución de la economía española en 2022 (año de aprobación del ITSGF), que “la economía española mantiene un ritmo de fuerte crecimiento en el primer semestre del año en curso, impulsada por la creación de empleo, la inversión y el tono positivo del sector exterior”<sup>7</sup>; lo que supone, en consecuencia, un fuerte incremento de la recaudación por IRPF (empleo), el IVA (inversión) y el IS (tono positivo del sector exterior). Además, también afirmaba el Ejecutivo que “el PIB de la economía española registró elevados ritmos de avance en el segundo semestre de 2021, promediando en el conjunto del año un crecimiento del 5,1%”<sup>8</sup>. Es decir, según el Gobierno de España, el crecimiento del PIB en 2021 era elevado y en 2022 manteníamos un fuerte crecimiento económico. Y a su vez, “a partir de abril (2022), las

6 Siendo muy aleccionadora en este sentido la STC 65/2020, de 18 de julio, cuando afirmó que “una lectura conjunta del art. 156.1 CE sobre autonomía financiera autonómica, del art. 157.3 CE sobre delimitación de competencias financieras autonómicas mediante ley orgánica, y del art. 149.3 CE (al ser una materia no expresamente atribuida al Estado y, por tanto, asumible estatutariamente por las comunidades autónomas), se desprende que la hacienda privativa autonómica es no tanto una competencia que se reconoce a las comunidades autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autonómica”.

7 GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe de situación de la Economía Española 2022”, *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2022, p. 6.

8 Ídem.

medidas adoptadas por el Gobierno consiguen frenar la aceleración de los precios energéticos y la electricidad”<sup>9</sup>. En consecuencia, la justificación económica dada para la creación del ITSGF, a nuestro juicio, está lejos de los argumentos mostrados por los partidos políticos que presentaron la proposición de Ley núm. 271-1, de 30 de agosto (número de expediente 122/000247), la enmienda 99 y que, a la sazón, formaban el Gobierno de España.

Junto al desajuste entre los motivos económicos alegados por los partidos que forman el Gobierno (y asumidos por el TC) para crear el ITSGF y los alegados en el informe del propio Gobierno, resulta también difícil asumir la necesidad de aumentar los ingresos públicos cuando, en paralelo, nos encontramos en un escenario en el que: “se estima que España podría reducir su gasto público en un 14% y seguir ofreciendo el mismo nivel de servicios públicos si lograra mejorar su eficiencia hasta alcanzar niveles similares a los de la media de la OCDE. Ello supondría un ahorro de recursos del orden de unos 60.000 millones de euros”<sup>10</sup>. Es por todo ello que la razón mostrada para el establecimiento del ITSGF no encaja con un argumento coherente económicamente y lógico presupuestariamente<sup>11</sup>. Con el ITSGF “se trata no tanto de compensar la reducción de la recaudación impositiva originada por la crisis, reducción que no se ha producido, sino, más bien, de abrir cauces para transmitir mensajes netamente políticos de imposición sobre los ciudadanos de patrimonio elevado y para financiar un gasto público desordenado”<sup>12</sup>.

El Tribunal también avala la creación de un impuesto por enmienda porque “el objeto del proyecto era una serie de medidas tributarias, de forma que cabía apreciar la vinculación entre una enmienda que establece un tributo nuevo y un texto que modifica otros existentes”. Es decir, le basta al Tribunal de garantías que la temática del texto legislativo en trámite sea de carácter tributario para que, mediante enmienda, se introduzca un nuevo tributo que nada tiene que ver con los previstos en el proyecto o proposición. Este criterio jurídico es tan amplio y abierto que, de consolidarse, dejaría un amplio espacio de arbitrariedad en materia de regulación fiscal por el que bastaría la simple reforma de un tributo para ir aprobando sistemáticamente, y mediante enmiendas, impuestos distintos sin consultas o estudios sobre éstos, participación ciudadana, ni la memoria del análisis de impacto normativo del impuesto<sup>13</sup>. Todo ello amén de cercenar la opción de solicitar informes a los órganos constitucionales previstos para ello. Me refiero al Consejo de Estado y al Consejo General del Poder Judicial.

9 GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe de situación de la Economía Española 2022”, cit., p. 14.

10 INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, “Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2022, p. 16.

11 Hay que añadir también que carece de sentido justificar el impuesto por necesidad de recaudar más en tiempo de crisis, cuando los niveles de ingresos tributarios se han ido incrementando de manera considerable como consecuencia de la alta tasa de inflación (o crisis de precios como dice la STC) Ver: <https://elpais.com/economia/2023-05-29/el-gobierno-recaudara-casi-12000-millones-este-ano-por-la-inflacion.html> (Consultado el 4/01/2024). Es precisamente la causa que se alega para crear el impuesto (incremento de los precios) la que hizo que la recaudación tributaria se incrementase, y no tanto al revés.

12 RUÍZ GALLUD, S.: “El nuevo impuesto sobre el patrimonio: los pies de barro de una figura política sin fundamento jurídico ni económico”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 109.

13 Esta memoria, establecida por el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, debe acompañar a los anteproyectos de ley y obedece a los principios de buena regulación del art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Instituciones con funciones consultivas que velan por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 107 CE, art.2 LOCE y 561.1 LOPJ).

Además de lo anterior, no hay que dejar pasar la crítica al procedimiento por el que “el Ejecutivo, al optar por encauzar su iniciativa legislativa por la vía de las proposiciones, se procura una tramitación acelerada de los mismos, eludiendo deliberadamente determinados trámites obligatorios que, sin embargo, afectan necesariamente a los proyectos de ley, como la posibilidad de enmienda y debate parlamentario por los restantes grupos sobre dicho texto”<sup>14</sup>. Y junto a lo anterior, “la canalización del ITSGF, mediante enmienda a una proposición de ley, se caracteriza por abreviar tanto su tramitación que las posibilidades de entablar el debate político se recortan drásticamente y redundan, al final, en que, al impedirse a los parlamentarios debatir en libertad, se vulnera el art. 23.2 de la Constitución, en el bien entendido de que, en puridad, lo que realmente se termina vulnerando es el derecho de los ciudadanos a verse representados y a participar indirectamente en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)”<sup>15</sup>.

En definitiva, sostener que la creación de un impuesto puede hacerse con su incorporación súbita e inaudita<sup>16</sup> en una enmienda en la tramitación de un texto legislativo, porque dicho texto contiene “medidas tributarias”, a nuestro juicio, no tiene fácil acomodo en un Estado de Derecho que respete adecuadamente las garantías parlamentarias y ciudadanas. Este proceder “elude deliberadamente el conjunto de mecanismos de garantía de la calidad normativa anteriormente referidos, al tiempo que socava indebidamente las facultades de enmienda de los restantes grupos parlamentarios, propiciando un déficit democrático en el proceso de elaboración y aprobación de una norma tributaria con rango legal, mediante el que se desvirtúa la garantía de autoimposición consagrada en el artículo 31.3 de la Constitución”<sup>17</sup>.

A la luz de todo lo expuesto, y pese al aval dado por el TC, entendemos que el procedimiento seguido para aprobar el ITSGF vulnera principios y garantías elementales del trámite y procedimiento legislativo, debilita la seguridad jurídica y la buena fe que debe operar en la actuación de todos los Poderes Públicos. Por último, y no menos importante, el respaldo a dicho actuar supone el debilitamiento de las funciones de otros órganos de relevancia constitucional, como el Consejo de Estado, que coadyuvan en la formación de las normas jurídicas<sup>18</sup>.

14 ALMUDÍ CID, J. M., “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea”, *AEDAF*, Paper 21, 2023, p. 18.

15 ALONSO GONZÁLEZ, L.M., “Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 33.

16 GARCÍA NOVOA, C., “Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 50.

17 ALMUDÍ CID, J. M., “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit. p. 19.

18 Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, establece en su art. 2.1 que “el Consejo de Estado ha de velar por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico”, y su función y participación en la elaboración de disposiciones de carácter general no debe quedar en mero formalismo, sino en una muestra más de respeto a su función profiláctica o preventiva en el proceso de producción normativa. Siendo más relevante si cabe su actuación consultiva cuando, como en el caso analizado en el STC comentada, se debate la creación *ex novo* de un impuesto y el posible conflicto de competencias entre entes públicos territoriales.

## 2. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegada vulneración de los arts. 156.1 y 157.3 CE, y su comentario.

Para responder de forma negativa a la alegación del demandante sobre la alteración unilateralmente de los términos de la cesión del impuesto sobre el patrimonio, el Tribunal argumenta y concluye que: “(i) el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas persigue mantener (para los patrimonios superiores a 3000000 €) el nivel de tributación derivado de la normativa estatal del impuesto sobre el patrimonio; (ii) el importe del nuevo tributo será cero, salvo si las competencias autonómicas en el impuesto sobre el patrimonio se han ejercido a la baja; y (iii) el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas no afecta a la cuantificación del impuesto sobre el patrimonio resultante de dichas competencias ni, por tanto, a los ingresos que las comunidades autónomas obtienen con este”.

Para sostener esto argumenta que “la autonomía financiera reconocida por el art. 156.1 CE y su concreción en la normativa reguladora del vigente sistema de financiación permiten a las comunidades autónomas reducir a cero la tributación en el impuesto sobre el patrimonio de los residentes en su territorio, introduciendo una bonificación del 100 por 100 de la cuota; pero no les ampara para impedir que las Cortes Generales, en el ejercicio de sus competencias, establezcan un impuesto como el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, con un objetivo recaudatorio y armonizador”. Esta exposición, si consideramos la LOFCA -ley orgánica que habilita la asunción por las comunidades autónomas de la competencia normativa del IP en la determinación de mínimo exento y tarifa, deducciones y bonificaciones-, puede inducir a la conclusión de que la autonomía financiera de éstas y su competencia normativa tributaria sólo cabe, o es constitucionalmente adecuada, para mantener o subir los tributos cedidos. Porque, en el caso de establecer una comunidad autónoma cualquier medida tendente a mitigar el esfuerzo fiscal de los contribuyentes de su territorio, el TC admite que el Estado pueda, por ley ordinaria, suplantar dicha competencia por la vía de crear otro impuesto con idéntico objeto para anular los efectos de la cesión y la ley autonómica dictada en su ejercicio. Es por ello que la aprobación del ITSGF “implica una intromisión en las competencias normativas de las CCAA de régimen común en el IP, reguladas en los arts. 19.2 b) de la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y 47 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 (Ley de cesión), que les otorga la determinación sobre mínimo exento, tarifa, deducciones y bonificaciones”<sup>19</sup>.

En definitiva, la conclusión de la STC analizada parece amparar una autonomía financiera autonómica tutelada en el caso de reducir o bonificar ésta los tributos. De esta forma, cuando el Parlamento español no participe de las decisiones tributarias del Parlamento autonómico tendentes a moderar la fiscalidad de sus ciudadanos, podrá solapar dichas decisiones creando otro impuesto sobre el mismo hecho imponible y hacerse acreedor de dicha recaudación.

<sup>19</sup> GOROSPE OVIEDO, J. I.: “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 78.

Justificación ésta que deja sembrado el campo de la arbitrariedad política y anulación, de facto, de las decisiones de las Asambleas legislativas autonómicas en materia de cesión de tributos cuando no sea para mantener o incrementar la carga tributaria a sus residentes. Todo ello amén de la injerencia al principio de jerarquía normativa al puentearse la cesión tributaria de la LOFCA mediante una ley ordinaria.

Por último, concluye el fundamento de la sentencia afirmando que “baste reiterar, una vez más, que los ingresos del impuesto sobre el patrimonio para cada comunidad —en concreto, para la Comunidad de Madrid— dependerán de las opciones legislativas que esta adopte sobre dicho tributo, sin que la creación del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas suponga cambio alguno al respecto” y que por ello “tal conflicto no existe, ya que no se ha cuestionado la competencia de las comunidades autónomas para bonificar íntegramente el impuesto sobre el patrimonio”. Este razonamiento pone de manifiesto el grave error en que incurre la sentencia. Es evidente que la creación del impuesto a las grandes fortunas afecta a las CCAA. De hecho, el propio fundamento pone de manifiesto que viene a sustituir la decisión legislativa de la comunidad de dejar bonificado el Impuesto sobre Patrimonio porque, con el nuevo impuesto, dicho gravamen se exige íntegramente en dicho territorio. Esta conclusión no resulta difícil de asumir si tenemos en cuenta que ambos impuestos (IP y ITGF) tienen el mismo objeto (gravar el patrimonio neto de las personas físicas) y hecho imponible (la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo de un patrimonio neto). Y si esto no fuera suficiente, para determinar la Base Imponible del ITSGF, su ley de creación se remite al IP.

En consecuencia, la finalidad del nuevo tributo es reestablecer el impuesto cedido por otro solapado con idéntica naturaleza y objeto, y lo único que cambia es el sujeto activo que pasa a ser la AEAT, en lugar de la CCAA que recibió la cesión del IP por ley orgánica y decidió bonificar el mismo. Por ello, “el establecimiento del ITSGF supone desvirtuar las deducciones y bonificaciones establecidas por las CCAA. En definitiva, una especie de fraude de ley frente a la LOFCA”<sup>20</sup>.

### 3. Fundamentación del Tribunal Constitucional sobre la alegación de vulneración del art. 31.1 CE, y su comentario.

Sobre este motivo de impugnación el tribunal hace una exposición de las sentencias de dicho órgano sobre la capacidad económica. A tal efecto, pone de manifiesto la doctrina que la presenta “como ‘fundamento’ de la imposición, este principio exige gravar un presupuesto de hecho revelador de capacidad económica”<sup>21</sup>, “bastando con que ‘dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquel principio constitucional quede a salvo”<sup>22</sup>. Por otra parte, también hace referencia a que dicho principio tiene una vertiente “de ‘criterio,

20 MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 70.

21 SSTC 276/2020, de 16 de noviembre, y 62/2015, de 13 de abril.

22 SSTC 26/2017, de 16 de febrero, 59/2017, de 11 de mayo, y 126/2019, de 31 de octubre.

parámetro o medida' de la imposición”, por ello, debe considerarse “la capacidad económica no solo en la elección de los hechos imposables, sino también en la de los métodos impositivos o medidas técnicas que, partiendo de la realización de esa manifestación de capacidad económica tipificada, conduzcan a la determinación de la cuantía del tributo”<sup>23</sup>.

Tras esta exposición que compartimos íntegramente, el Tribunal Constitucional concluye que “el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas es un impuesto sobre el patrimonio, que tendría efecto confiscatorio solo en caso de agotar el valor del mismo” (sic), es decir, en los impuestos sobre la riqueza el tribunal entiende que, en tanto no se grave el 100% del valor del patrimonio neto, no puede darse la confiscatoriedad. Esta conclusión recogida en la sentencia viene a consagrar una habilitación al legislador para exigir el pago de casi todo el patrimonio de los ciudadanos bajo la excusa de que no lo agota del todo. Ante esta premisa cabe preguntarse si con este fundamento podría establecerse un tipo del 50% en el IP o ITSGF. De entrada, y según la justificación dada por el TC, parece que sí. Tras dicha imposición, no se ha agotado el valor del patrimonio del sujeto pasivo. De hecho, tras pagar el impuesto, aún le quedaría al sujeto pasivo el otro 50% de su patrimonio. Vamos entonces un poco más lejos: ¿y si fuera el tipo impositivo del 75%? ¿o del 99%?, no podría, en función de la doctrina establecida, hablarse de confiscación. En ambos casos seguiría disponiendo el contribuyente de un 25% o 1% de su riqueza respectivamente. Por lo que no se habría agotado ésta. Vaya por delante que este planteamiento asumido por el Tribunal nos parece del todo desproporcionado e incompatible con un sistema económico que respete la propiedad privada y la libertad de empresa<sup>24</sup>.

Es cierto que la sentencia analizada parte de la poco acertada STC 150/1990, de 4 de octubre, la cual, haciendo referencia a la posible infracción del principio de no confiscatoriedad estableció que “el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades”. Esta sentencia pone como ejemplo de infracción de este principio un sistema tributario donde el IRPF “alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta”. Supuesto este que, como ya denunciarnos, “para darse esa situación -tipo medio 100%- , supondría la existencia de tipos marginales superiores al cien por cien, y ello se traduciría en un sistema tributario más que confiscatorio, pues a determinados niveles de renta se sancionaría la obtención de la misma al exigir una cuota tributaria superior a la base imponible”<sup>25</sup>. Opinión distinta nos merece la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de junio de 1995, que entendió que “la imposición, para no incurrir en la prohibición de confiscatoriedad, no puede superar un límite aproximado del 50% de los rendimientos”<sup>26</sup>.

23 STC 182/2021, de 26 de octubre.

24 Principios y derechos que, además de su protección constitucional, son recogidos en el art. 1 del Protocolo Número Uno del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para evitar tributaciones desproporcionadas o contrarias a los principios generales del derecho internacional.

25 HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, *Francis Lefebvre*, 2015, p. 60.

26 MENÉNDEZ MORENO, A.: “El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004, p. 489.

Entrando ya al análisis de la posible infracción de la capacidad económica en relación con la prohibición de confiscación en la tributación por los dos impuestos, aunque la exposición de motivos de la Ley 38/2022 se afirma que se evita la doble imposición, ya que los sujetos pasivos del ITSGF sólo tributarán por la parte de su patrimonio que no haya sido gravado por su Comunidad Autónoma, lo bien cierto es que, en este caso, “el contribuyente poseedor de un patrimonio ya tributó por el IRPF, como manifestación directa de aquella cuando obtuvo la renta con la que lo adquirió, o por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) cuando lo obtuvo gratuitamente. Es cierto que el objeto económico del ITSGF es el patrimonio y no la renta, pero si para pagarlo hay que utilizar la renta gravada en los otros impuestos puede haber un exceso de imposición, como se deduce del límite de la cuota íntegra fijado en su art. 12. Además, una gran parte del patrimonio, constituida por bienes inmuebles, ya tributa mayoritariamente en la imposición local a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y como renta imputada en el IRPF, lo que implica una doble o hasta triple tributación”<sup>27</sup>.

Como reconoce la doctrina, el IP (y ahora el ITSGF) supone de entrada una doble imposición<sup>28</sup> puesto que todo activo patrimonial titularidad de una persona física lo es, por su trabajo laboral o profesional (gravado por el IRPF), como consecuencia de un rendimiento o ganancia patrimonial (sujeto también al IRPF), o como consecuencia de una donación o sucesión (sujeta al ISD). A su vez, “conceptualmente se está tributando por hechos que ya están gravados, a través del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) o del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, o de los rendimientos presuntos en renta, por ejemplo. Todos ellos son, en realidad, impuestos sobre el patrimonio. La propuesta de un Impuesto sobre Grandes Fortunas supone, en la práctica, una triple imposición, conculcando todo planteamiento de justicia tributaria”<sup>29</sup>.

Para terminar este apartado sobre capacidad económica y posible confiscatoriedad del ITSGF deberemos tener en cuenta, tal y como denunció la doctrina en cuanto se conoció su texto, que “el doble impuesto mínimo sumado a la cuota del IRPF puede superar el 60% de la base imponible de este impuesto, sin una justificación objetiva y razonable, gravando una capacidad económica ficticia”<sup>30</sup>. Y aunque resultan aplicables las reglas sobre el límite de la cuota íntegra del IP, como establece el art.3.Doce, “si bien, en el supuesto de que la suma de las cuotas de los tres impuestos supere el límite anterior, se reducirá la cuota de este impuesto hasta alcanzar el límite indicado, sin que la reducción pueda exceder del 80 por 100”, de aquí que, “si el tributo se aplica con carácter definitivo, sin limitación únicamente a dos ejercicios, puede llegar a ser confiscatorio”<sup>31</sup>.

27 GOROSPE OVIEDO, J. I.: “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit., p. 81.

28 MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit., p. 68.

29 CORONA RAMÓN, J. E.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Una visión desde los principios impositivos y la competitividad fiscal”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023, p. 103.

30 GOROSPE OVIEDO, J. I.: “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit., p. 82.

31 MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit., p. 73.

## 5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL VOTO PARTICULAR.

Vaya por delante nuestra coincidencia con los fundamentos del voto particular; tanto desde un punto de vista formal, como material. En efecto, tras el actual pronunciamiento del TC que aborda sucintamente, y en algunos casos en contra de su propia doctrina, cuestiones tan relevantes como las analizadas en el recurso planteado, surge con vigor una visión constitucional que defiende el respeto al procedimiento parlamentario, a las garantías jurídicas y a una armonización entre los poderes del estado en materia tributaria. En definitiva, una firme defensa del principio limitativo de poder como principio esencial del constitucionalismo<sup>32</sup> y a una visión de la democracia liberal frente a la democracia dogmática<sup>33</sup>. Por dicho motivo, nuestra posición jurídica participa del fallo y razonamientos jurídicos que propone la minoría frente al de la mayoría.

La primera cuestión que queremos destacar del voto particular es su extensión; más del doble que la dedicada en los fundamentos de la sentencia de la mayoría. Una extensión formal que va acompañada también de un profundo y extenso razonamiento jurídico. En efecto, llama poderosamente la atención que los argumentos constitucionales del voto particular son, en calidad y cantidad<sup>34</sup>, muy superiores a los vertidos en la sentencia analizada. Es de advertir que la importancia y trascendencia de las cuestiones analizadas bien merecen dicha labor. Por ello, hay que valorar la importancia de los cimientos constitucionales que deja el citado voto particular. Pudiendo ser la semilla que hoy queda sembrada para florecer cuando el TC, conociendo de nuevo situaciones análogas, pueda matizar o corregir los criterios de la STC 149/2023, de 7 de noviembre, y recuperar las posiciones que, a nuestro juicio, no debió dejar atrás.

A la hora de hacer un comentario sobre los fundamentos jurídicos del voto particular referenciado, nada mejor que transcribir el propio resumen que hacen sus autores en los votos particulares emitidos en las SSTC 170/2023 y 171/2023, de 22 de noviembre, dictadas frente a los recursos interpuesto contra el mismo ITSGF por los Gobiernos de la Junta de Andalucía y la Xunta de Galicia. Ciertamente, la magnitud y profundidad de los razonamientos jurídicos quedan expuestos íntegramente en la sentencia que ahora comentamos, y que recomendamos abiertamente su lectura. No obstante, el siguiente resumen extracta la posición de los cuatro Magistrados autores de éste:

“Las razones de nuestra discrepancia son las expuestas en el voto particular conjunto que

---

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, *Aranzadi*, 2006, p. 52.

33 HAYEK, F.: Los Fundamentos de la Libertad, *Alianza Editorial*, Madrid, 2020, p. 171. Para este autor, “los demócratas dogmáticos, en particular, creen que cualquier mayoría corriente debería tener derecho a determinar cuáles son sus poderes y cómo ejercerlos, mientras que los liberales consideran muy importante que los poderes de cualquier mayoría temporal se hallen limitados por principios”.

34 Los fundamentos jurídicos de la STC 149/2023, de 7 de noviembre (BOE de 18/12/23), se recogen entre las páginas 167071 y 167083, por lo tanto, se extienden sobre 12 páginas. Sin embargo, los fundamentos del voto particular comienzan en la 167084 y llegan a la 167115, es decir, 31 páginas. Como afirma el propio voto discrepante “la extensión del presente voto particular es directamente proporcional a la gravedad de la situación que se analizaba y al preocupante contenido de la sentencia que la ha validado”, porque “lo que se ha ventilado en el presente asunto ha sido la vigencia misma del Estado democrático de Derecho”.

formulamos a la STC 149/2023, de 7 de noviembre, a la que la presente sentencia se remite en cuanto procede. En consecuencia, no consideramos necesario reiterar en detalle los argumentos que en dicho voto particular se contienen (cuya extensión resultaba justificada por la gravedad del problema constitucional planteado), siendo suficiente con remitirnos a aquel, resumiendo los motivos por los que entendemos que este tribunal debió declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del precepto legal impugnado.

En primer lugar, porque el precepto legal impugnado vulnera la autonomía financiera y política de las comunidades autónomas, garantizada por los arts. 2, 137, 156.1 y 157.3 CE, al neutralizar la defensa de los intereses respectivos en el ejercicio de las competencias propias. El art. 19.2 b) de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas, que forma parte del bloque de la constitucionalidad, prevé que las comunidades autónomas puedan asumir las bonificaciones del impuesto sobre el patrimonio, y la Ley 22/2009 determina que se ceden a aquellas las competencias normativas en materia de bonificaciones de la cuota en el impuesto sobre el patrimonio. La «armonización» pretendida por la Ley 38/2022 con la creación del impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas pretende neutralizar las bonificaciones en el impuesto sobre el patrimonio establecidas por algunas comunidades autónomas, sin seguir el procedimiento establecido para la modificación de las condiciones de cesión del impuesto sobre el patrimonio, que es un impuesto cedido, vulnerando así la autonomía política y financiera de estas, que comprende la opción de bonificar los tributos cedidos.

En segundo lugar, porque la forma de aprobación de la iniciativa legislativa controvertida que ha dado lugar a la Ley 38/2022 supone un neto menosprecio al principio democrático, a los derechos de representación política de las minorías y al principio de legalidad tributaria. El precepto legal impugnado incurre en vulneración de los arts. 1.1, 23.2, 66.2 y 87.1 CE, al haberse introducido la regulación impugnada mediante enmienda que no guarda la conexión mínima de homogeneidad exigible con la proposición de ley que dio lugar a la Ley 38/2022, de 27 de diciembre. Es cierto que en las SSTC 209/2012, de 14 de noviembre, y 59/2015, de 18 de marzo, se desestimaron tachas similares, pero fue porque en aquellos casos las enmiendas creaban tributos y los proyectos de ley versaban sobre medidas tributarias. Por el contrario, en el presente caso, pese a lo afirmado en la sentencia de la que disentimos, no existe la conexión de objeto y materia constitucionalmente exigible (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 8) entre la enmienda que introdujo el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas y los gravámenes previstos en la iniciativa legislativa, que no tenían carácter tributario.

Por último, porque el precepto impugnado vulnera el principio de seguridad jurídica, reconocido por el art. 9.3 CE, y la protección de la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de los poderes públicos que de él se derivan, por la sorpresiva aplicación del impuesto impugnado. Frente a lo afirmado por la sentencia de la que disentimos, resulta que, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas se aplica a todo el ejercicio 2022, casi agotado cuando entra en vigor dicha ley (el 29 de diciembre de 2022, día siguiente a su publicación en

el «Boletín Oficial del Estado»), lo que ha impedido a los sujetos pasivos del impuesto ordenar sus relaciones económicas con tiempo suficiente. Además, la creación del nuevo impuesto no era previsible, ya que no se pudo conocer realmente como pronto hasta la publicación de la enmienda en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 18 de noviembre de 2022, lo que abunda en la infracción del principio constitucional de seguridad jurídica (por todas, STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3).

En definitiva, ni toda razón política puede vestirse, sin más, de una legitimación constitucional, ni el poder financiero del Estado puede desconocer, so pretexto de ser soberano, el ámbito competencial propio de las comunidades autónomas, socavando de forma ilegítima su autonomía política constitucionalmente consagrada, ni, en fin, el poder público puede traicionar abiertamente las expectativas generadas en los ciudadanos de cara al cumplimiento de las obligaciones impuestas”. Dicho está.

## 6. CONCLUSIONES.

### 1. Sobre la creación del ITSGF en el sistema tributario estatal y las CCAA.

La creación del ITSGF como impuesto estatal duplicado<sup>35</sup> del IP crea una disfunción tributaria nunca vista en nuestro ordenamiento fiscal. Como se ha demostrado con los datos de recaudación proporcionados por Ministerio de Hacienda y Función Pública, la inmensa mayoría de los ingresos han provenido de las CCAA que, libre y democráticamente, aprobaron por Ley las bonificaciones en el IP autorizadas por la propia normativa estatal. Sin embargo, ejercida las competencias por estas CCAA, ha sido el Parlamento de la nación el que ha exigido a los ciudadanos de esos territorios el tributo con la argucia legislativa de crear un gemelo impositivo del IP denominado ITSGF. Este artificio normativo ha tenido como resultado que la capacidad recaudatoria de este último impuesto despliegue efectos, básicamente, en los territorios en los que se aprobaron los beneficios fiscales o tarifarios que permitía la LOFCA y la Ley 22/2009<sup>36</sup>. Y con ello, además de poner de manifiesto las verdaderas intenciones del impuesto, se orillaba el art. 31 de la Ley 22/2009 que establecía expresamente la cesión a cada CCAA del rendimiento del IP producido en su territorio<sup>37</sup>. De esta forma, el rendimiento del impuesto sobre el patrimonio de los residentes de los territorios que aprobaron menor carga tributaria por el IP fue exigido y cobrado por el Estado con otro impuesto idéntico llamado ITSGF.

Esta maniobra tributaria, avalada por el TC, ha abierto la posibilidad de que cualquier tributo cedido a las CCAA pueda ser replicado por el Estado con otro gravamen creado con una sutil justificación, engalanada denominación y con la finalidad de cobrar lo que una comunidad

35 GARCÍA NOVOA, C., “Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)”, cit., p. 56.

36 Concretamente los arts. 11.b) y 19.b) de la LOFCA, y arts. 25. B) y 26.A).a) de la Ley 22/2009.

37 El art. 31.2 de la Ley 22/2009, considera “producido en el territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Patrimonio que corresponda a aquellos sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en dicho territorio”.

autónoma, en el ejercicio de sus competencias, decida incentivar o beneficiar fiscalmente a sus residentes. Y todo ello, además, sin el menor aprecio al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y a la Junta Arbitral previstos en los arts. 3 y 24 de la LOFCA.

## 2. Sobre la tramitación parlamentaria del ITSGF.

Tal y como lo ha definido parte de la doctrina, lo visto y vivido en la tramitación y aprobación del ITSGF es un claro ejemplo de filibusterismo parlamentario<sup>38</sup>. Un procedimiento de creación normativa que se podría exponer y analizar en la Academia como ejemplo de producción legislativa en fraude de ley monumental<sup>39</sup>. Sin embargo, la mala noticia para el Derecho -con mayúsculas-, es que la práctica llevada a cabo por los grupos parlamentarios proponentes de la ley, y la enmienda correspondiente, ha sido convalidada por el Tribunal Constitucional. Por ello, los que no compartimos el fallo respetamos y acatamos la sentencia. Lo que no impide, obviamente, discrepar de ésta con rigor y sobre la base de fundamentos y razonamientos jurídicos. Como dice el autor, “corren tiempos de legisladores ignorantes e insensatos que ponen a los profesores y jueces en aprietos muy delicados”<sup>40</sup>. En este sentido, los juristas tenemos un papel que jugar en este caso; “hoy las leyes, todas las leyes, las buenas y las malas, pertenecen a los legisladores hasta que se publican en el Boletín Oficial. A partir de ese momento pasan a ser nuestras, de todos los operadores jurídicos, y quedan por ello a expensas de nuestro trabajo, que unas veces contribuye a moldearlas y otras incluso termina por destruirlas”<sup>41</sup>.

Como afirma una de las voces más autorizadas de la doctrina en el ámbito del Derecho Administrativo: “hoy repugna a la razón pasar por alto la eventual violación de las leyes de la lógica, que están más allá, como es obvio, del poder de disposición de Legislador alguno o aceptar como buenas medidas legales que “desnudan un Santo para vestir otro”, sacrificando valores que la Constitución protege en beneficio de otros del mismo o superior rango sin más razón que la que resulta de una determinada coyuntura de la aritmética parlamentaria”<sup>42</sup>. Lo que no imaginaba el autor referenciado era que dicha violación de la lógica fuese bendecida, precisamente, por la mayoría de los miembros del máximo órgano encargado de interpretar la Constitución tal y como entendemos que ha sido. Porque “si la prohibición constitucional de arbitrariedad que formula el artículo 9.3, *in fine*, de la Norma Fundamental tiene algún significado, y es innegable que lo tiene, ese significado no es otro que el de expulsar de nuestro sistema jurídico-político cualquier expresión del poder público que no cuente con el fundamento adicional de la razón, esto es, cuyo único apoyo sea la mera voluntad y la fuerza

38 ALMUDÍ CID, J. M., “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit. p. 20.

39 ALONSO GONZÁLEZ, L.M., “Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, cit., p. 28.

40 NIETO, A. Y FERNÁNDEZ, T-R.: El Derecho y el Revés, Ariel, Barcelona, 2010, p. 70.

41 NIETO, A. Y FERNÁNDEZ, T-R.: El Derecho y el Revés, cit., p. 106.

42 FERNÁNDEZ, T-R.: De la Arbitrariedad del Legislador, Civitas, 1998, p. 38.

o la autoridad formal de quien lo ejercita”<sup>43</sup>. Y ésta última causa ha sido la verdadera impronta que ha llevado la enmienda que introdujo el ITSGF.

Por todo lo expuesto, confiemos en que los postulados de la doctrina que unánimemente criticó la forma en que se tramitaba el ITSGF y el fondo de éste, los razonamientos jurídicos del voto particular de la STC 149/2023, de 7 de noviembre, y los operadores jurídicos contrarios al pronunciamiento de la citada sentencia, contribuyamos eficazmente al cambio de criterio del Tribunal.

### 3. Sobre la vulneración del art. 9.3 de la Constitución Española.

La Constitución Española es un texto eminentemente principial, y por ello podemos citar gran cantidad de referencias a principios jurídicos en su articulado; entre otros, los previstos en el art. 9.3 CE que fueron objeto de aplicación en la sentencia comentada. La importancia de estos ha sido constantemente destacada porque “es literalmente imposible la existencia de un sistema jurídico sin la concurrencia de ese acervo principial, pues ninguno podría funcionar al margen o en contra de principios”<sup>44</sup>. Por ello, “los principios son prescripciones jurídicas que imponen el deber de fundamentar e interpretar las normas conforme exige el valor expresado en el mismo”<sup>45</sup>.

De conformidad con el párrafo anterior, la aplicación de los principios jurídicos en el proceso interpretativo del Juez o Magistrado es del todo procedente y necesario, pero “siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo”<sup>46</sup>. Por supuesto no dudamos de la competencia de los Magistrados que formularon la posición mayoritaria en la STC 149/2023, de 7 de noviembre. Sin embargo, pensamos que la interpretación de los principios jurídicos que fueron evaluados en su resolución sí ha dado con un fallo que ha terminado con una excepción o ruptura del sistema de producción legislativa de carácter tributaria y la regulación de cesión de tributos a las CCAA. Por ello entendemos, junto a los Magistrados del voto particular, que “lo que este tribunal tenía ante sí era la correcta aplicación de las reglas del juego de la democracia, concretamente, el respeto a los instrumentos y procedimientos relativos a la injerencia del Estado en la autonomía financiera y política de las comunidades autónomas, al pleno ejercicio de la función representativa inherente al estatuto de los parlamentarios en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras legislativas, y, en fin, a la confianza legítima de los ciudadanos en la que debe ser la esperable actuación de sus poderes públicos”. En cuestión de aplicación e interpretación de principios constitucionales entendemos que se ha dado un salto (hacia atrás).

43 FERNÁNDEZ, T-R.: *Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial*, Iustel, 2005, p. 120.

44 LÓPEZ MENUDO, F.: “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, p. 29.

45 BELADIEZ ROJO, M.: *Los Principios Jurídicos*, Civitas, 2010, 136.

46 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *El Derecho, la Ley y el Juez*, Civitas, 1997, p. 57.

#### 4. Por último, sobre los atributos del ITSGF: ni es solidario, ni es temporal.

El ITSGF pasará a la historia de Derecho Tributario como el tributo más estrambótico y difícil de asumir en términos de lógica y razón jurídica. Además de todas las anomalías expuestas, vamos a terminar reflexionando sobre la primera singularidad de esta exacción, cual es, su propia denominación como “temporal” y “solidario”: dos adjetivos; dos inexactitudes. En efecto, la creación del gravamen a las grandes fortunas no puede vestirse de solidaridad porque, entre otras cuestiones, se trata de un impuesto; es decir, se exige con carácter coactivo -DA 1ªLGT-. Y no hay nada más lejos de la intención filantrópica de la solidaridad que la imposición.

Por otro lado, y en cuanto a su temporalidad, muchos fueron los que anunciaron que el ITSGF había llegado para quedarse, y no les faltó la razón. Si en su aprobación el apartado veintiocho del artículo 3 de la LIFG establecía que “este impuesto será aplicable en los dos primeros ejercicios en los que se devengue a partir de la fecha de su entrada en vigor”, es decir, los ejercicios 2022 y 2023, rauda ha estado el Gobierno para, cómo no, por Decreto-Ley, prorrogar éste “en tanto no se produzca la revisión de la tributación patrimonial en el contexto de la reforma del sistema de financiación autonómica”<sup>47</sup>. Por consiguiente, y aunque resulte sorprendente, los artífices del impuesto temporal en el Gobierno lo han prorrogado *sine die* y condicionado, ahora sí, a la revisión del sistema de financiación autonómica; el mismo sistema que desconocieron total y absolutamente para la aprobación del impuesto. Como dice el conocido brocardo *excusatio non petita accusatio manifesta*. Ahora resulta que la vigencia del ITSGF dependerá del mismo sistema de financiación autonómica que fue absolutamente soslayado para su creación y aplicación. Sin comentarios. A veces el silencio grita.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ALMUDÍ CID, J. M., “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas: Adecuación a la Constitución, los convenios para evitar la doble imposición y el Derecho de la Unión Europea”, *AEDAF*, Paper 21, 2023.

ALONSO GONZÁLEZ, L.M., “Legislando en fraude de ley: el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

BELADIEZ ROJO, M.: *Los Principios Jurídicos*, Civitas, 2010.

CALVO VÉRGEZ, J.: “Sombras de inconstitucionalidad sobre el nuevo Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Quincena Fiscal*, núm.4, 2023.

CORONA RAMÓN, J. F.: “El Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas. Una visión desde los principios impositivos y la competitividad fiscal”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.

<sup>47</sup> DA 5ª del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía.

- FERNÁNDEZ, T-R.: De la Arbitrariedad del Legislador, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ, T-R.: Del Arbitrio y de la Arbitrariedad Judicial, Iustel, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, *Aranzadi*, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: El Derecho, la Ley y el Juez, Civitas, 1997.
- GARCÍA NOVOA, C., “Los visos de inconstitucionalidad del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas (impuesto de solidaridad)”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, “Informe de situación de la Economía Española 2022”, *Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado*, 2022.
- GOROSPE OVIEDO, J. I.: “Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.
- HERNÁNDEZ GUIJARRO, F.: Impugnación de las Ordenanzas Fiscales, *Francis Lefebvre*, 2015.
- HAYEK, F.: Los Fundamentos de la Libertad, *Alianza Editorial*, Madrid, 2020.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, “Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2022.
- LÓPEZ MENUDO, F.: “Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: “Una visión crítica del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 1, 2023.
- MENÉNDEZ MORENO, A.: “El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004.
- NIETO, A. Y FERNÁNDEZ, T-R.: El Derecho y el Revés, Ariel, Barcelona, 2010.