

Nº 33
Primer trimestre 2023

Gabilex

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



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

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

Número 33. Marzo 2023

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

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

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



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

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



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

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

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

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

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización. Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal



D. Jorge Fondevila Antolín

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

D. David Larios Risco

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

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción.....	12
------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA: EL PARLAMENTO EUROPEO D ^a María Barahona Migueláñez.....	17
--	----

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ASUNTOS EUROPEOS D ^a Diana Asín Olano.....	61
---	----

LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19. RELACIONES DE DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA D ^a Ana Leonor Ruiz Castillo.....	125
--	-----

LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA NORMA FORAL DE CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS NEGOCIOS SOBRE SERVICIOS JURÍDICOS Y DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS. D. Francisco José Negro Roldán	206
--	-----



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL I+D+I.
MENCIÓN ESPECIAL A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 54
DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
D^a Bárbara Lucía Romojaro Alonso.....282

EL DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN
TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA
D. Ángel Corredor Agulló.....313

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA UNIÓN EUROPEA REGULA INTERNET: CONTENIDOS,
TRANSPARENCIA Y ALGORITMOS EN LA NUEVA DSA
D. Salvatore Gabriele.....389

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

EL JUICIO DE VIABILIDAD DE LA OFERTA INICIALMENTE
INCURSA EN PRESUNCIÓN DE ANORMALIDAD, PESE A
LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA, NO PUEDE
CONVERTIRSE EN UN ACTO DE FE CIEGA
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....479

RECENSIÓN DE LIBROS

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO
Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA
Autor: D. Jaime Pintos Santiago
Autor recensión: D. José Antonio Moreno Molina.....491

BASES DE PUBLICACIÓN.....498



EDITORIAL

En el número 33 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una reseña de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título "La democracia representativa en el nivel europeo de gobernanza: el parlamento europeo".

El futuro de la democracia europea trabajo en palabras de su autor pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad y la conexión con los ciudadanos europeos.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. Diana Asín Olano que aborda exhaustivamente "La participación de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Europeos"

A continuación, D^a Ana Leonor Ruiz Castillo realiza con brillantez un análisis jurídico de "La actividad parlamentaria durante la pandemia covid-19".



D. Francisco José Negro Roldán analiza minuciosamente “La competencia de la comunidad foral en materia de contratación pública y la exclusión del ámbito de la norma foral de contratación de determinados negocios sobre servicios jurídicos y de los acuerdos de adquisición pública de medicamentos”. El autor enfatiza en la naturaleza de la competencia foral, cualitativamente diferente de las de mero desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas de régimen común y en sus consecuencias. Se compara la competencia en materia de contratos con la que Navarra tiene en materia de función pública, y se aplica la doctrina que sobre esta última estableció el Tribunal Constitucional.

A continuación, D^a Bárbara Lucía Romojaro Alonso aborda un tema de máximo interés como es “La contratación pública en el ámbito del I+D+I. mención especial a la disposición adicional 54 de la ley de contratos del sector público” con el objetivo de aportar claridad en la aplicación práctica de la misma.

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata otro tema de máxima actualidad como es el “El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada” desde una perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal.

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Salvatore Gabriele sobre “La unión europea regula la internet: contenidos, transparencia y algoritmos en la nueva DSA”.

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez “El juicio de viabilidad de la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, pese



a la discrecionalidad técnica, no puede convertirse en un acto de fe ciega”

Por último, la Revista se cierra con una reseña de un exquisito libro sobre “Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública” de D. Jaime Pintos Santiago. El autor de la reseña es D. José Antonio Moreno Molina.

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA: EL PARLAMENTO EUROPEO

D^a María Barahona Migueláñez

Letrada de las Cortes de Castilla-La Mancha

Resumen: El Parlamento Europeo se configura como elemento necesario de la democracia representativa en el nivel europeo, habiendo sido objeto de un progresivo reforzamiento en sus funciones, hasta situarse como colegislador, en pie de igualdad con el Consejo.

Esta institución, que representa a los ciudadanos europeos, constituye la esencia del valor democrático en el que se asienta la Unión Europea. El Parlamento Europeo, que cumple importantes funciones, tanto desde el punto de vista legislativo, como de control, viene a materializar dicha democracia representativa en el ámbito de la Unión, sin perjuicio de ser combinada con ciertos elementos de democracia directa, en aras de alcanzar mayores cotas de democratización.



El futuro de la democracia europea pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad y la conexión con los ciudadanos europeos.

Abstract: The European Parliament is configured as an essential element of the representative democracy at the European level. Its functions have been widened since it has been shaped as a co-legislator, on an equal footing with the Council.

This institution, which represents the European citizens, constitutes the essence of the democratic value on which the European Union is based. The European Parliament, which fulfills important functions, both from a legislative and control point of view, concretizes the above-mentioned representative democracy at the Union level, which is combined with certain elements of direct democracy in order to achieve higher levels of democratization.

The future of European democracy needs to maintain the same level of representative democracy improving other aspects such as the promotion of local democracy and the connection with European citizens.

Palabras clave: Parlamento Europeo, democracia representativa, democracia directa, ciudadanía europea, democracia de proximidad.

Key words: European Parliament, representative democracy, direct democracy, citizenship, local democracy.



Sumario

I.INTRODUCCIÓN II. EL PARLAMENTO EUROPEO EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA. III. APORTACIONES GENERALES DEL TRATADO DE LISBOA IV. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DEL PARLAMENTO EUROPEO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA V. DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA VI. MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA Y PARTICIPATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA COMO INSTRUMENTOS DE FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA EUROPEA. VII.CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar el elemento parlamentario y la democracia representativa en el nivel europeo de gobernanza, en el contexto de la gobernanza multinivel derivada de la pertenencia a la Unión Europea. La crisis democrática que viene arrastrando la Unión Europea y la desafección de la ciudadanía europea hacia el nivel europeo de gobernanza, justifican el actual interés en realizar un estudio sobre el Parlamento Europeo, como elemento institucional de democracia representativa, sin perjuicio de ser combinada con ciertos elementos de democracia



directa. El objeto del trabajo se centra, por tanto, en la institución representativa de los ciudadanos en el conjunto de la Unión; esto es, el Parlamento Europeo. Esta institución constituye la esencia del valor democrático en el que se asienta la Unión Europea¹, pero también los propios ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros².

El complejo entramado competencial e institucional que se deriva de la pertenencia a la Unión Europea, genera múltiples interrelaciones tanto entre instituciones europeas, como con las instituciones estatales y regionales, así como en relación con los propios ciudadanos europeos, que también cuentan con canales directos de comunicación con las instituciones europeas. Éstos últimos constituyen mecanismos de democracia directa, que vienen a reforzar la democracia en el nivel europeo de gobernanza.

¹ El artículo 10 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), dentro del título II, relativo a las Disposiciones sobre los principios democráticos, explicita que la Unión se fundamenta en la democracia representativa y reconoce el derecho de todo ciudadano a participar en la vida democrática de la Unión. La dicción literal del artículo 10 establece "1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa. 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.(...)3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos".

² El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho. A continuación, en el apartado segundo dispone que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.



El futuro de la democracia europea pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad³ y la conexión con los ciudadanos europeos.

II. EL PARLAMENTO EUROPEO EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA

En los años cincuenta del pasado siglo, y en el contexto de la recuperación europea tras la II Guerra Mundial, Francia, por influencia y presión de Estados Unidos, tuvo que asumir el liderazgo de este incipiente proceso de construcción del proyecto que es hoy la Unión Europea. Y para ello, Francia tuvo que superar sus reticencias hacia Alemania, comenzando a articularse un bloque franco -alemán que ha resultado decisivo en el avance del proceso de integración europeo. Bajo este liderazgo de Francia, se impulsó el proyecto de la

³ A la llamada *democracia de proximidad*, mencionada de forma más o menos expresa en el artículo 10.3 del TUE, antes transcrito, contribuyen de una forma muy activa las Asambleas Legislativas regionales europeas, organizadas en la CALRE (Conferencia de Asambleas Legislativas regionales de Europa), fundada el 7 de octubre de 1997 en Oviedo. Estas Asambleas Legislativas también representan a la ciudadanía de los diferentes Estados miembros, pero de una forma muy cercana a los propios ciudadanos. La CALRE reúne a setenta y cuatro presidentes de las asambleas legislativas regionales europeas: los Parlamentos de las Comunidades Autónomas españolas, las regiones italianas, los estados federados alemanes y austriacos, las regiones portuguesas del Azores y de Madeira, Escocia e Irlanda del Norte en el Reino Unido, Aland en Finlandia y las comunidades y regiones de Bélgica. Después de años de encuentros bilaterales y multilaterales.



Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El camino no fue sencillo, pues Robert Schuman, ministro de asuntos exteriores francés, sabía de las dificultades para que dicha comunidad, como instrumento de integración, llegase a fructificar. En el éxito del modelo fue decisiva la figura de Jean Monnet, que, valiéndose de sus buenas relaciones con políticos norteamericanos, supo convencer a Robert Schuman de las oportunidades que se abrían para Francia. En efecto, Monnet consiguió integrar la financiación que proporcionaría el Plan Marshall, y, por otro lado, un nuevo escenario de relaciones políticas y económicas con Alemania que permitiría a la industria siderúrgica francesa acceder al suministro de carbón alemán. De esta forma, surgió un modelo de integración económica sectorial, dando lugar a la conocida como *Declaración Schuman*, de 9 de mayo de 1950, que marcó el inicio del proceso de construcción europeo (Fernández Navarrete, 2018: 73).

El proceso de construcción europea ha sido calificado por la doctrina como aperturista en dos dimensiones: externa e interna. En efecto, Europa ha venido experimentando un doble aperturismo: externo, mediante la adhesión de nuevos Estados, e interna, con la consecución de nuevos Tratados que iban haciendo avanzar el proyecto común, ampliando competencias y reorganizando la estructura institucional⁴. Más allá de la posible incorporación de nuevos socios, es un proyecto regional europeo que en la actualidad aglutina a veintisiete miembros, tras la salida del Reino Unido el 31 de enero de 2020⁵.

⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Tratado de Lisboa 2007" Estudio preliminar, Real Instituto Elcano, 2008.

⁵ En virtud del artículo 50.1 del TUE todo Estado miembro, de acuerdo con sus normas constitucionales, puede retirarse de la Unión Europea. En base a esta cláusula Reino Unido celebró el 23 de junio de 2016 un referéndum popular en el que venció



Entre las instituciones que se crearon por el Tratado del Carbón y del Acero (en adelante CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951 y que expiró el 23 de julio de 2002, se encontraban la Alta Autoridad, la Asamblea Común, un Consejo Especial de Ministros y un Tribunal de Justicia.

Los orígenes del Parlamento Europeo se remontan, por tanto, a la Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. El Tratado de la CECA, en su artículo 20, contemplaba una Asamblea Común compuesta por "los representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad", que estaba regulada en el Capítulo II del Tratado Constitutivo de la organización.

La Asamblea se componía de ochenta y siete miembros, delegados de los Parlamentos nacionales, designados por éstos de acuerdo con procedimientos

el sí a la salida, comenzando un agónico proceso para acordar la retirada que finalmente se produjo el 31 de enero de 2020, existiendo un breve plazo para negociar la relación comercial que habría de regir en el futuro. Para ello se conformaron dos equipos negociadores. Por parte de Reino Unido el equipo negociador fue dirigido por David Frost, y por parte de la Unión, la dirección, que después se desgranaría en negociaciones sectoriales, se dirigió por Michel Barnier. La idea era llegar, al menos, a un acuerdo de mínimos, que revistiera la forma de acuerdo de libre comercio, con un intento de acuerdo en las cuestiones más espinosas como pesca, agricultura, y la frontera con Irlanda del Norte, pues, de lo contrario, serían aplicables los aranceles de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El acuerdo que finalmente se negoció está siendo muy cuestionado por Reino Unido que unilateralmente está planteando continuos pulsos a la Unión Europea. Esta cláusula, se ha acuñado en la doctrina como "exit clause", *Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, Gabilex nº 6 Junio 2016, pág. 6, accesible en www.gabilex.jccm.es.



determinados por los propios Estados miembros. Aunque sus atribuciones eran en gran parte consultivas, habida cuenta de que no podía adoptar legislación vinculante, sí estaba facultada, sin embargo, para aprobar una moción de censura contra la Alta Autoridad, que podía plantearse únicamente durante el período de discusión del Informe General Anual que la Alta Autoridad presentaba a la Asamblea. Ésta última debía aprobar la respectiva moción con el voto favorable de dos tercios de los miembros presentes y votantes que representaran a la mayoría de los miembros de la Asamblea. En caso de aprobarse, todos los miembros de la Alta Autoridad cesarían en sus funciones⁶.

Posteriormente, el 25 de marzo de 1957, fueron firmados los Tratados que creaban la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, EURATOM), así como una Convención relativa a las instituciones comunes a ambas Comunidades y a la CECA que comprendía: la Asamblea, el Tribunal de Justicia y el Consejo Económico y Social. Por tanto, con la entrada en vigor de ambos tratados el 1 de enero de 1958, la Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero se amplió a la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica; esto es, al conjunto de las tres Comunidades. Estaba integrada por ciento cuarenta y dos miembros y su sesión constituyente tuvo lugar el 19 de marzo de 1958 en Estrasburgo, siendo designada con el nombre de "*Asamblea Parlamentaria Europea*". Los miembros de la nueva Asamblea común serían designados por los Parlamentos nacionales, de entre sus miembros, de

⁶ FUENTETAJA PASTOR, J., "El proceso de integración europea", en VV. AA, *Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 21 y Artículo 24 Tratado CECA.



acuerdo con el procedimiento establecido por cada uno de ellos. La Asamblea Parlamentaria todavía en este momento seguía siendo un órgano sin iniciativa legislativa, aunque uno de sus principales cometidos era el control político del Consejo y la Comisión. En un momento posterior, a partir del 30 de marzo de 1962, pasó a llamarse "*Parlamento Europeo*"⁷, siendo la denominación que mantiene en la actualidad esta institución que encarna los intereses de los ciudadanos europeos.

Más adelante, durante el Consejo Europeo de Bruselas del 12 y 13 de julio de 1976 se acordó un cambio en el método de elección, de manera que los integrantes de la Cámara pasarían a ser elegidos directamente por los ciudadanos. Ello supuso un hito histórico en el reforzamiento del carácter democrático de la institución⁸. Mediante Acta aprobada por el Consejo de Ministros, el 20 de septiembre de 1976, se formalizó el tránsito a este nuevo modelo de Asamblea. Esta nueva Asamblea tendría cuatrocientos diez escaños, resultando compatible el doble mandato; por un lado, como miembro del Parlamento Europeo, y, por otro lado, como miembro de un Parlamento estatal. La Decisión y el Acta relativos a la elección de los representantes de la Asamblea por sufragio universal directo se firmaron el

⁷ FERNÁNDEZ NAVARRETE, D., *Historia (...), op.cit* pág.97.

⁸ MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 259, apuntan que la intervención de la ciudadanía en las elecciones al Parlamento Europeo hace de la Unión Europea una organización internacional basada en los principios de democracia representativa y en el pluralismo político.



20 de septiembre de 1976 en Bruselas⁹. Tras su ratificación por todos los Estados miembros, entró en vigor en julio de 1978¹⁰, celebrándose las primeras elecciones los días 7 y 10 de junio de 1979.

Hasta 1979, por tanto, los Diputados europeos eran designados entre los Diputados nacionales. Por esta vía se articulaba la participación directa de los Parlamentos nacionales en los asuntos europeos. Este vínculo directo se rompió con las primeras elecciones por sufragio universal directo al Parlamento Europeo, momento a partir del cual se configuró como una institución independiente y autónoma de los distintos Parlamentos nacionales de los Estados miembros¹¹.

Considero que este giro hacia la elección directa por parte de los ciudadanos ha sido un paso fundamental en el camino hacia la construcción de la identidad común europea, junto con el reconocimiento jurídico que

⁹ Modificado por las Decisiones del Consejo de 25 de junio y 23 de septiembre de 2002 (DOCE, de 21 de octubre de 2002, L283).

¹⁰ El Acta, que contiene las reglas de fondo aplicables a las elecciones europeas, presenta la naturaleza jurídica de acuerdo internacional, formando parte del Derecho originario.

¹¹ MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones (...)*, *op.cit* pág. 260, destacan cómo el mandato de los Diputados europeos entre 1952 y 1979 consistía en una representación de segundo grado, abocando al doble mandato, de manera que se vinculaba el mandato europeo a la permanencia como parlamentario nacional. A partir de 1979, y en desarrollo de la propia previsión de los Tratados fundacionales, donde se contemplaba la evolución hacia un sistema de elección directa, por sufragio universal, se asumió, mediante la Decisión y el Acta de 1976, el principio democrático de la elección directa de representantes mediante sufragio universal directo.



posteriormente se hizo de la ciudadanía europea, así como, en definitiva, mediante el proceso de integración política y no meramente económica¹². Que los ciudadanos participasen directamente en la elección de sus representantes en el nivel europeo, representa, desde mi punto de vista, un hito histórico en la legitimación democrática de lo que es hoy la Unión Europea. Ello no significa que la institución no gozase de legitimidad democrática hasta ese momento, pues, en definitiva, participaban delegaciones de parlamentarios nacionales, elegidos, a su vez, en sus respectivos Estados. Por lo tanto, lo que se produce a partir de ese momento es un reforzamiento de esa legitimación, al ser directa y expresamente elegidos para ese cargo y no para otro. En definitiva, se consolidaba el papel del Parlamento Europeo¹³ como institución de las Comunidades que representaba a los ciudadanos europeos, y, por ende, el principio de democracia representativa en el nivel europeo. Pero también venía a poner en valor el propio proyecto comunitario, que iba tomando músculo respecto de la mera integración económica y de los intereses estrictamente nacionales.

¹² MANGAS MARTÍN, A y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones (...)* op.cit pág. 259 concluyen, sin lugar a dudas, que la participación de la ciudadanía en el Parlamento Europeo hace de la Unión Europea una organización singular, fundada en la democracia representativa y en el pluralismo político. La opción por el principio democrático se debió a la convicción de que la integración europea tiene que asentar sus cimientos en una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, que hiciese realidad, a partir de la participación ciudadana, el establecimiento de una comunidad más amplia y profunda entre pueblos, que en un pasado estuvieron divididos.

¹³ Artículo 10.1 TUE.



El número de los Diputados se fue modificando conforme se incrementó el número de países que se integraron en la actual Unión Europea. Pero la evolución del Parlamento Europeo y su consolidación como institución capital en el equilibrio de poderes de la Unión, no se ha centrado sólo en el modelo de elección y en el número de miembros, sino que se ha extendido también a un aumento progresivo de sus competencias. El primer paso en este sentido se sitúa en la sustitución de las aportaciones de los Estados miembros por recursos propios de la Comunidad¹⁴, pues ello comportó la primera ampliación de las competencias presupuestarias del Parlamento Europeo, cuyo alcance se concretó en el Tratado de Luxemburgo, firmado el 22 de abril de 1970. El 22 de julio de 1975 se firmó en Bruselas un segundo Tratado relativo a esta misma cuestión, por el que se reforzaban las competencias del Parlamento Europeo¹⁵. Posteriormente, con el Acta Única Europea,

¹⁴ CUENCA GARCÍA, E y NAVARRO PABSDORF, M., "El presupuesto comunitario" en *Lecciones de Economía de la Unión Europea*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2019, págs. 124 - 125 mencionan que, tanto la CEE, como EURATOM, presentaron presupuestos menos supranacionales que el de la CECA, pues desde un primer momento se nutrieron de contribuciones directas de los Estados miembros. Coexistían un presupuesto operativo de la CECA y el presupuesto general de las Comunidades Europeas, hasta que, en 1967, y como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Fusión de ejecutivos de 8 de abril de 1965, se asumió un presupuesto único para las Comunidades Europeas. Posteriormente, por Decisión 243/70, de 21 de abril de 1970, relativa a la sustitución de las contribuciones de los Estados miembros, se fijó un sistema de recursos propios con fundamento en las exacciones agrícolas, los derechos arancelarios y el IVA.

¹⁵ FERNÁNDEZ NAVARRETE, D., en *Historia (...) op.cit*, pág. 115, subraya cómo para dotar a las Comunidades de recursos propios era preciso reforzar las competencias presupuestarias



de 17 de febrero de 1986, se fortaleció el papel del Parlamento en algunos ámbitos legislativos, mediante la introducción del procedimiento de cooperación¹⁶, e, igualmente, sometió los Tratados de adhesión y de asociación a su dictamen de conformidad.

El Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, que estableció la Unión Europea, marcó un punto de inflexión en la evolución del Parlamento Europeo en la línea de ejercer la función de colegislador, introduciendo el procedimiento de codecisión para determinados ámbitos legislativos y ampliando el procedimiento de cooperación a otros. Otro paso importante en la evolución histórica del Parlamento Europeo, en este caso referido al reforzamiento de la

del Parlamento, pues, hasta ese momento, su papel había sido meramente consultivo. Si bien en la Decisión de 1970 se acometió este aspecto, no fue hasta 1975 cuando se modificaron determinadas disposiciones financieras que determinaron un reparto de responsabilidades entre el Consejo y el Parlamento Europeo, de manera que, a partir de esa fecha, la autoridad presupuestaria fue compartida entre el Consejo y el Parlamento Europeo. En efecto, a partir del anteproyecto diseñado por la Comisión, el Consejo sería competente para pronunciarse sobre los gastos obligatorios, los derivados de los Tratados y de los actos adoptados en virtud de los mismos, y, por su parte, el Parlamento se pronunciaría sobre los no obligatorios, que eran esencialmente de carácter administrativo.

¹⁶ El procedimiento de cooperación fue introducido por el Acta Única Europea, siendo ampliado a casi todos los ámbitos legislativos con el Tratado de Maastricht, suponía que el Consejo debía tomar en consideración en segunda lectura las enmiendas parlamentarias aprobadas por mayoría absoluta, en la medida en que la Comisión las hubiese aceptado. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 el procedimiento de cooperación desapareció definitivamente.



función de control político sobre el Ejecutivo de la Unión, fue la atribución de la facultad de aprobar la composición definitiva de la Comisión.

El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, supuso un nuevo impulso en la expansión competencial del Parlamento Europeo, mediante la ampliación del procedimiento de codecisión a la mayor parte de los ámbitos legislativos y la reforma de dicho procedimiento. Con ello, entiendo que se consolidó el Parlamento como institución capital en el mantenimiento del equilibrio de poderes en el nivel de la Unión, convirtiéndose en órgano colegislador con el Consejo. Al someter a su aprobación previa el nombramiento del presidente de la Comisión, se reforzó aún más su control sobre el Ejecutivo¹⁷.

El Tratado de Niza expandió aún más el alcance del procedimiento de codecisión. Dicho Tratado, que modificó el TUE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y algunos actos conexos, se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de febrero de 2003. Este Tratado, centrado en torno a la reforma de la estructura institucional de la Unión para hacer frente a los retos de la futura ampliación, supuso una nueva extensión de las competencias legislativas y de supervisión del Parlamento Europeo. Por su parte, en

¹⁷ FUENTETAJA PASTOR, J., "El proceso (...) op.cit. pág. 32, señala el matiz de reforma institucional que supuso el Tratado de Ámsterdam. Así, si bien tuvo escasa incidencia desde el punto de vista competencial, introdujo el mecanismo de las cooperaciones reforzadas para que los Estados pudieran colaborar de forma más estrecha entre ellos, pero, sobre todo, se centró en la búsqueda de legitimación democrática, potenciando el Parlamento Europeo, convirtiéndolo en colegislador, mediante un procedimiento de codecisión en el que el Consejo no puede soslayar la posición del Parlamento.



relación con el Consejo, se incrementaron los supuestos de votación por mayoría cualificada a nuevos ámbitos.

III. APORTACIONES GENERALES DEL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y se sustituye el de la Comunidad Europea por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007, ha incorporado importantes innovaciones. Precisamente porque constituye el Derecho de la Unión vigente, antes de pasar a analizar sus aportaciones en relación con el Parlamento Europeo, conviene ofrecer algunas pinceladas del encuadramiento del conjunto del proyecto europeo a la luz de la redacción actual de los Tratados, así como una breve mención a las principales aportaciones de este importante Tratado.

En efecto, la radiografía actual de la Unión Europea proviene del año 2007 en que se firma el Tratado de Lisboa, declarándose en el artículo 1 TUE que la Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el TFUE, que tienen el mismo valor jurídico, sucediendo a la Comunidad Europea. Por tanto, como destacan MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS¹⁸, la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa, no es una realidad *ex novo*, ni un nuevo proceso de integración; sigue siendo una organización internacional que asume todo el acervo de integración y sucede a la Comunidad Europea, puesto que la realidad política, jurídica, económica y social sobre la que se sustenta, son los logros conseguidos por las antiguas Comunidades europeas y los avances obtenidos en los antiguos pilares

¹⁸ MANGAS MARTÍN, A, y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones (...) op.cit* págs. 46-47.



de seguridad, justicia e interior y de política exterior y seguridad común.

Su naturaleza jurídica es la de una organización internacional sui generis, que conforme al artículo 47 TUE, ostenta personalidad jurídica internacional, y que se construye a partir de Estados democráticos y sus ciudadanos, de los que recibe competencias para alcanzar objetivos comunes.

En el TUE se concentran los principios básicos del sistema institucional y competencial de la Unión Europea, así como aspectos específicos, como la acción exterior de la Unión o las cooperaciones reforzadas. Por su parte, el TFUE, como una especie de desarrollo del TUE, pero con el mismo rango jurídico, recoge las políticas europeas, la regulación de las fuentes del Derecho de la Unión Europea, así como el sistema institucional y orgánico de la Unión. Junto a ellos, y con el mismo rango, se encuentran 37 protocolos anejos a ambos Tratados. Entre ellos cabe destacar, por su relevancia para el hecho regional, el Protocolo nº 2 relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, o el del del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A colación de la mención al Derecho primario de la Unión, se debe subrayar también el valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, si bien no ha sido incorporada a los Tratados, el artículo 6.1 TUE se remite a ella y establece que “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”, aunque ello no supone una ampliación competencial de la Unión Europea¹⁹.

¹⁹ LÓPEZ CASTILLO, A., “Estudio introductorio”, en A. López Castillo (coord.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 57, apunta que si bien el balance de la jurisprudencia del TJUE en relación con los preceptos de la Carta es mejorable, y más allá de controversias dialécticas



Desde el punto de vista institucional, el Tratado de Lisboa, además de reforzar el papel de los Parlamentos, introduce otra novedad importante; ha elevado al Consejo Europeo como verdadera institución, al que dota de un presidente permanente. Por su parte, como destaca FUENTETAJA PASTOR, la Comisión se ha visto reforzada en su papel de "*Ejecutivo europeo*" al ser la única posible destinataria de la delegación de competencias del legislador y de competencias de ejecución, en relación con los actos jurídicos europeos, en detrimento de los Estados miembros, a los que se reconoce explícitamente la competencia primaria u originaria de ejecución del Derecho de la Unión Europea, codificando el principio de administración indirecta²⁰.

Respecto al sistema de fuentes, si bien se ha tenido que renunciar a una denominación más ambiciosa, como leyes europeas, que evocaba más los sistemas legales de los Estados, sí se ha acuñado la expresión "*actos legislativos*", manteniendo, eso sí, la tipología tradicional que distingue entre Reglamentos, Directivas, y Decisiones. Estos tipos de actos jurídicos de Derecho derivado pueden ser, tras el Tratado de Lisboa, *actos legislativos* en sí, cuando provienen del propio legislador europeo, también pueden revestir la forma de *actos delegados*, cuando los Reglamentos, Directivas o Decisiones son adoptados por la Comisión en virtud de una delegación de la competencia por el legislador, o *actos de ejecución*, cuando los actos jurídicos de la

entre supremos intérpretes, bien se integre formalmente la ius fundamentalidad de la Carta y de los derechos reconocidos, bien se siga manteniendo como criterio hermenéutico sin más pretensiones, en cualquier caso, este autor concluye que es un "parámetro de ius fundamentalidad en el complejo espacio en el que sus jurisdicciones confluyen".

²⁰ FUENTETAJA PASTOR, J., "El proceso (...) op.cit pág. 35.



Unión, atribuyen competencias de ejecución a la Comisión, o excepcionalmente, al Consejo.

Realizada esta visión panorámica de lo que política y jurídicamente ha supuesto el Tratado de Lisboa, procede analizar las aportaciones de este Tratado en relación con la reforma institucional del Parlamento Europeo, objeto de estudio en este apartado.

IV. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DEL PARLAMENTO EUROPEO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

La regulación del Parlamento Europeo se contiene, por un lado, en el artículo 13.1 TUE, donde al enumerar las instituciones que conforman la arquitectura institucional de la Unión, se menciona al Parlamento Europeo. Por su parte, el artículo 14 TUE, regula su composición, fijando el número máximo de Eurodiputados en setecientos cincuenta, con una asignación mínima a cada Estado miembro de seis Diputados, y sin que, como máximo, un Estado pueda superar más de noventa y seis escaños. Se contempla que será el Consejo Europeo, por unanimidad, a propuesta del Parlamento Europeo, el que fijará la concreta composición dentro de esos límites. Se contempla también dentro de este Tratado, de carácter constitucional, que su elección será por un mandato de cinco años, por sufragio universal, directo, libre y secreto. En cuanto a las autoridades del Parlamento Europeo, tanto la Presidencia, como la Mesa, serán elegidos de entre los Eurodiputados. Por otro lado, también el TFUE se refiere al Parlamento Europeo, dentro de los artículos 223 a 234 TFUE, presidiendo la sexta parte del Tratado, relativa a las disposiciones institucionales y financieras, así como el propio título I, sección primera, dónde se ubican dichos preceptos.



A la luz de la redacción introducida por el Tratado de Lisboa, tanto en el TUE, como en el TFUE, se está en disposición de afirmar que se ha producido una ampliación adicional importante, tanto de la utilización de la mayoría cualificada en el Consejo, como de la aplicación del procedimiento de codecisión, extendido ahora a unos cuarenta y cinco nuevos ámbitos legislativos, convirtiendo este "procedimiento legislativo ordinario" en el procedimiento de toma de decisiones más utilizado, incluyendo todos los ámbitos de actuación importantes del TFUE²¹.

También se puede colegir que el Tratado de Lisboa ha reformado la posición institucional del Parlamento Europeo, reforzándolo²². Esto es así en relación con la

²¹ Artículo 294 TFUE, antiguo artículo 250 TCE.

²² LINDE PANIAGUA, E., "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea" *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Colex, Madrid, 2012, pág. 134, concluye que la introducción del Sistema de Alerta Temprana y el control por parte de los Parlamentos Nacionales y, en su caso, de los regionales, pueden llevar a efectos perniciosos a la Unión, pues pueden llegar a conclusiones de oportunidad muy divergentes entre sí, y adoptadas en su propio beneficio, lo cual, además de no resultar eficiente, no contribuye tampoco a dotar de mayor legitimidad democrática al sistema. Y concluye que "A mi juicio, lo que ha sucedido realmente es que no se ha querido completar el proceso de aproximación de las funciones del Parlamento Europeo a las que llevan los Parlamentos nacionales, dándose un paso atrás en el proceso de federalización de la Unión". Por tanto, no toda la doctrina suscribe esta afirmación sobre el fortalecimiento del Parlamento Europeo a la luz de Lisboa. Frente a esta posición, la doctrina mayoritaria concluye que sí se ha reforzado el rol del Parlamento Europeo, más allá de que, además, se produzca una enriquecedora intervención de Parlamentos nacionales y regionales contribuyendo a la democracia de proximidad del artículo 10.3 del TUE.



preparación de las futuras enmiendas a los Tratados²³. Así, doctrina autorizada como MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS²⁴ sostiene que, de hecho, no sólo ha conservado las importantes funciones que ya venía arrastrando desde 1977 y 1993 en que se le atribuyó control presupuestario y poder legislativo respectivamente, sino que la redacción dada al artículo 14 TUE tras Lisboa, ha supuesto brindar visibilidad al Parlamento Europeo ante la opinión pública y los medios de comunicación sobre el papel que juega en el entramado institucional europeo. También CALVO HORNERO²⁵, en la misma línea, sostiene que dicho Tratado ha igualado Consejo y Parlamento Europeo en su posición de legisladores, y, en definitiva, ha fortalecido el papel de esta institución de representación de los ciudadanos europeos, contribuyendo así a la consolidación de la democracia europea²⁶.

²³ Artículo 48 TUE.

²⁴ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones (...) op.cit* pág. 260.

²⁵ CALVO HORNERO, A., *Fundamentos de la Unión Europea*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019, pág. 65, señala que el Tratado de Lisboa, por un lado, ha situado al Parlamento en pie de igualdad respecto al Consejo, como colegislador. Por otro lado, ha ampliado sus poderes en los ámbitos legislativo, presupuestario y de aprobación de acuerdos internacionales.

²⁶ El artículo 2 TUE menciona que la Unión se basa en una serie de valores, entre los que cita la democracia. Por su parte, el artículo 10 TUE dispone que: "1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa. 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo (...). 3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones



Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada por los presidentes del Parlamento Europeo, la Comisión, el Consejo y el Consejo Europeo en Niza el 7 de diciembre de 2000, y tal como fue adaptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, pasó a ser jurídicamente vinculante²⁷.

Por tanto, siguiendo a la doctrina, se puede concluir que el Parlamento Europeo es la institución de la Unión que ha experimentado más cambios en sentido ascendente, pues, si bien comenzó siendo una institución modesta, sin apenas relevancia en el juego institucional europeo, se configura hoy como una auténtica institución colegisladora, que asume relevantes competencias en el entramado institucional de la Unión Europea²⁸, como corresponde a la legitimidad democrática de la que goza.

serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos”.

²⁷ Artículo 6.1 TUE. Véase *supra* cita núm. 20 del presente trabajo.

²⁸ ROCA ZAMORA, A., “El sistema institucional y jurídico de la Unión Europea” *Economía de la Unión Europea*, coord. Camarero, M. y Tamarit, C., Civitas-Thomson Reuters, 8ª edición, 2019, pág.77, menciona que, como consecuencia de las sucesivas reformas, el Parlamento Europeo ha pasado de ser una mera asamblea consultiva, a asumir plenos poderes legislativos, en pie de igualdad con el Consejo. Destaca esta autora, además de las funciones legislativa y de control, en el ámbito económico, la función tradicional de aprobación del presupuesto, la supervisión de la ejecución del presupuesto que realiza el Tribunal de Cuentas, el Dictamen de conformidad al Marco Financiero Plurianual, las modificaciones del estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales. Asimismo, su Comisión de Control Presupuestario anualmente supervisa y, en su caso, aprueba, la gestión del gasto realizado por la Comisión.



En efecto, no sólo representa con mucha independencia los intereses de los ciudadanos europeos, sino que se puede afirmar que ha contribuido decisivamente al proceso de integración política, consolidando los derechos de ciudadanía de la Unión²⁹, aunque aún no resulte equiparable a las competencias propias de un Parlamento nacional.

En su configuración actual³⁰ cuenta con setecientos cinco Eurodiputados, que son elegidos por sufragio universal directo, conforme al sistema electoral propio de cada Estado. El Parlamento Europeo trabaja en Pleno y en Comisiones³¹, siendo asumida la presidencia en estos momentos por la maltesa Roberta Metsola.

²⁹ Artículos 18 y siguientes TFUE, en relación con el artículo 10.1 TUE. De entre los derechos de ciudadanía de la Unión, y por su conexión con la materia que se está tratando, cabe citar el derecho de petición ante el Parlamento Europeo que regula el artículo 24 TFUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 227 TFUE, así como, en virtud de lo establecido en el artículo 228 TFUE, el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, nombrado por el propio Parlamento Europeo. Cabe puntualizar, por tanto, que tanto el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, como el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, se circunscribe a los ciudadanos de la Unión, no a los residentes legales que no ostente la ciudadanía de la Unión.

³⁰ <https://www.europarl.europa.eu/portal/es>

³¹ La página web del Parlamento Europeo arroja un total de 26 Comisiones Parlamentarias que son: Asuntos Exteriores (AFET), Derechos Humanos (DROI), Seguridad y Defensa (SEDE), Desarrollo (DEVE), Comercio Internacional (INTA), Presupuestos (BUDG), Control Presupuestario (CONT), Asuntos Económicos y Monetarios (ECON), Asuntos Fiscales (FISC), Empleo y Asuntos Sociales (EMPL), Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria (ENVI), Industria, Investigación y Energía (ITRE), Desarrollo Regional (REGI),



Se puede afirmar que, en la actualidad, el Parlamento Europeo aglutina importantes competencias. Por lo que se refiere al control democrático de la legalidad del Derecho de la Unión, el Parlamento Europeo ostenta legitimación para interponer recursos ante el TJUE en caso de violación de los Tratados por parte de otra institución, como también puede solicitar un dictamen previo del TJUE sobre la compatibilidad de un acuerdo internacional con el Tratado³². En relación con los nombramientos de cargos de otras instituciones, ostenta la facultad de designar al Defensor del Pueblo Europeo, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 TFUE. De igual forma, participa de forma determinante en la elección del presidente de la Comisión, pues se somete a votación de aprobación o no del nombramiento, autorizando posteriormente la

Agricultura y Desarrollo Rural (AGRI), Pesca (PECH), Cultura y Educación (CULT), Asuntos Jurídicos (JURI), Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE), Asuntos Constitucionales (AFCO), Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género (FEMM), Peticiones (PETI), Pandemia de COVID-19, : Enseñanzas extraídas y Recomendaciones para el futuro (COVI), Injerencias en los procesos democráticos de la Unión Europea (ING2) y Uso de Programas Espía de Vigilancia Pegasus y otros Programas equivalentes (PEGA).

³² El *ius standi* del Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia de la Unión, tanto para ser demandante, como demandado, por actos u omisiones constitutivas de infracciones del Derecho de la Unión, se reconoció con el Tratado de Niza de 2001. Por tanto, ostenta un derecho de acceso al TJUE en la dimensión del recurso de anulación, es decir, en el proceso de producción normativa interno, pero también en relación con la dimensión normativa externa, para dirimir la compatibilidad con el Derecho de la Unión de los acuerdos internacionales que se vayan a concluir, revistiendo un carácter consultivo en este último caso.



investidura de toda la Comisión. Además, es consultado antes de proceder al nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas y del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo. En relación con los derechos de ciudadanía, examina los escritos y solicitudes de los ciudadanos cuando ejerzan su derecho de petición, según lo dispuesto en el artículo 24 TFUE.

Además, en representación de los ciudadanos, y como funciones típicamente parlamentarias, ejerce un control político sobre el resto de las instituciones de la Unión, que abarca, desde la obligación del Consejo y de la Comisión de responder a todas las preguntas parlamentarias que se les formulen, o la presentación por la Comisión del Informe General Anual o de los Informes Sectoriales, hasta el recurso al instrumento de control más drástico, como es una moción de censura contra la Comisión³³. Ésta última requiere la aprobación de una mayoría de las dos terceras partes de los votos emitidos, que representen, a su vez, la mayoría de los Diputados que integran el Parlamento Europeo. En relación con la Comisión, cabe mencionar que el Parlamento Europeo también puede excitar la iniciativa legislativa de ésta, para que, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 TFUE, presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que, a juicio del Parlamento Europeo, exija la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados.

Merece una especial atención, como esencia de una institución parlamentaria, las funciones típicamente legislativas, sobre todo la que se desarrolla mediante el procedimiento legislativo ordinario, en que el Parlamento

³³ Regulada en el artículo 234 TFUE es un instrumento parlamentario tradicional de control político a los Ejecutivos, que, en este caso, responde al objetivo de exigir responsabilidades políticas a la Comisión por su gestión.



Europeo se sitúa como colegislador, pero que coexiste con otro procedimiento legislativo especial, en el que ya las dos instituciones, Consejo y Parlamento, no se encuentran en pie de igualdad.

Por lo que respecta a las competencias presupuestarias, representa una de las dos ramas de la Autoridad Presupuestaria, y, una vez desaparecida la distinción entre gastos obligatorios y no obligatorios, que determinaba una distinta capacidad de enmienda, tras el Tratado de Lisboa, se puede afirmar que cabe que el Parlamento Europeo presente una enmienda a la totalidad del presupuesto. El procedimiento presupuestario se caracteriza por ser bifásico, como el procedimiento legislativo ordinario, si bien existen importantes diferencias, dado que el Consejo se pronuncia primero. Además de la aprobación del presupuesto, también le corresponde el control de su ejecución. Igualmente, acomete el debate de la política monetaria con el Banco Central Europeo y aprueba el Marco Financiero Plurianual³⁴.

V. DÉFICITS DEMOCRÁTICOS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA

Si bien en el nivel de la Unión se ha avanzado mucho en el proceso de democratización, reforzando progresivamente al Parlamento Europeo, todavía quedan

³⁴ GARCÍA VÁZQUEZ, S., "La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros" *Revista de derecho constitucional europeo* nº 29, 2018. [Sobre las funciones económicas del Parlamento Europeo véase supra nota nº 29 de este trabajo.](#)



pendientes cuestiones que se deberían abordar. Es decir, aún existen déficits en la democracia representativa europea que encarna el Parlamento Europeo.

Ya en la STJUE *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 o en la STJUE *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964, el Tribunal afirmaba que estamos ante un proceso de integración que contempla a los pueblos y que están llamados a participar a través de la creación de órganos³⁵.

No obstante, en la actualidad se observan disfunciones. En efecto, partiendo de que una de las características fundamentales de la Unión Europea es su doble legitimidad; internacional, como tal persona jurídica, pero también democrática, lo que le ha distinguido de otras organizaciones internacionales, es preciso seguir avanzando en la *democratización* de la Unión y en el acercamiento a los ciudadanos.

En primer lugar, y siguiendo el orden lógico hasta llegar a la composición del Parlamento Europeo, sería conveniente la fijación de un procedimiento electoral uniforme. Esa falta de uniformidad representa un déficit

³⁵ En la actualidad el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea están asistidos por órganos con funciones consultivas como son el Comité Económico y Social, donde están representados los diferentes grupos sociales y económicos de los Estados, y el Comité de las Regiones, creado posteriormente, con el Tratado de Maastricht, que está compuesto por representantes de los entes locales y regionales. Incluso, también con Maastricht, para la mejora del control democrático de la Administración comunitaria se creó el Defensor del Pueblo Europeo que, nombrado por el Parlamento Europeo, recibe peticiones de los ciudadanos europeos para que se garanticen sus derechos frente a actos de las instituciones comunitarias y facilita las relaciones las instituciones y los ciudadanos.



democrático a nivel europeo³⁶. Y ello porque supone un sistema electoral multinacional, en vez de transnacional, por lo que, dado que en cada Estado la metodología es diferente, viene a introducir distorsiones en el sistema³⁷.

En segundo lugar, el corazón de la democracia europea, que es el Parlamento Europeo, sigue sin tener el peso que debería. Así, conforme al artículo 17.7 TUE, es en el Consejo Europeo en el que se residencia la propuesta de la conformación del Ejecutivo, participando el Parlamento Europeo para, en su caso, aprobar. El hecho de que estos cargos se ocupen sin tener en cuenta

³⁶ MELLADO PRADO, P., "El sistema de representación del Parlamento Europeo cuestionado: La ausencia de un procedimiento electoral uniforme" *Teoría y Realidad Constitucional* nº 33, págs. 219-242.

³⁷ En España la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en el título VI, contiene una serie de disposiciones especiales para las elecciones al Parlamento Europeo, a partir de los mínimos europeos que ya se han indicado, sobre elección por sufragio universal, directo, libre y secreto.

Según ALONSO DE LEÓN, S., "Crónica de la reforma electoral europea" *Revista de las Cortes Generales* nº 106, primer semestre 2019, págs. 229-267, el Acta Electoral, en su concepción, no fue más que un instrumento básico y provisional que serviría para alcanzar más tarde un sistema electoral uniforme. Tras la reforma de 2018, el objetivo no se ha alcanzado a día de hoy, de manera que el Parlamento Europeo todavía no ha encontrado un espacio de debate propio europeo. En muchas ocasiones consiste en trasladar veintisiete debates nacionales. Más allá de algunos pulsos que van más allá de lo jurídico, como el proceso de los *Spitzenkandidaten*, el equilibrio institucional está todavía descompensado y un Parlamento tan fragmentado como el actual no permite ser muy optimista en cuanto a los avances en el derecho electoral europeo.



el resultado electoral europeo constituye un nuevo factor para alejar a los ciudadanos europeos de sus instituciones. La realidad muestra una gran desafección de los ciudadanos europeos hacia la competición electoral europea.

En tercer lugar, al margen de estas cuestiones más propia del sistema electoral y del procedimiento electoral europeo, en el que no me voy a detener, me voy a centrar más en los problemas advertidos en el juego institucional y parlamentario. Y es que tampoco el Parlamento Europeo cuenta con capacidad para plantear iniciativas legislativas, pues la iniciativa normativa sigue siendo una atribución tradicional de la Comisión³⁸, pudiendo, eso sí, excitar la acción de la Comisión.

Finalmente, la descentralización en tres sedes, amén de no resultar muy operativa, respondiendo más bien a razones históricas, contribuye a dificultar las relaciones de los ciudadanos con la institución que les representa³⁹, potenciando la imagen de mera institución simbólica.

Dejando a un lado las posibles reformas electorales, que escapan al objeto del presente trabajo, sí considero que se debe seguir potenciando el Parlamento Europeo, comenzando por su ubicación en una sola sede. Por otro lado, más allá de la subsistencia del Comité de las Regiones como órgano consultivo, otra

³⁸ Como destacan MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 270, las reiteradas peticiones del Parlamento de compartir el derecho de propuesta normativa con la Comisión han sido frenadas por los Estados, reacios a modificar los Tratados en este punto, que terminaría por volcar el equilibrio institucional hacia los ciudadanos, lo cual no deja de ser un gran déficit democrático.

³⁹ Artículo 10.1 TUE.



posible reforma sería la creación de una segunda Cámara dentro del propio Parlamento Europeo que represente más y mejor el hecho regional, al ser la institución que representa a los ciudadanos europeos. Y ello porque el artículo 10.3 del TUE impone adoptar las decisiones de la forma más abierta y próxima al ciudadano. Otra posible solución alternativa o complementaria a lo que acabo de plantear, sería fomentar la participación ciudadana que exige ese artículo, bien sea vía democracia representativa, abriendo canales directos de comunicación a través de las instituciones parlamentarias nacionales y, sobre todo, regionales⁴⁰, en aras de reforzar lo que la doctrina ha calificado como democracia de proximidad⁴¹, o bien, vía potenciación de los mecanismos de democracia directa que complementen la democracia representativa, mediante el perfeccionamiento y generalización de dichos mecanismos directos de participación ciudadana⁴², en

⁴⁰ A este objetivo sirve la CALRE (Conferencia de Presidentes de Asambleas Legislativas Regionales de Europa). Véase nota nº 3 del presente trabajo.

⁴¹ FROSINA, L., "Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la multilevel governance" *ReDCE* nº 22, julio-diciembre 2014, págs. 175-212.

⁴² Me refiero a mecanismos como los diálogos con los ciudadanos y entidades (artículo 11.2 del TUE), que se vienen impulsando desde la época de la Comisión Juncker, o las consultas públicas, institucionalizadas en el artículo 11.3 del TUE, pasando por la red de centros *Europe Direct* que existen por toda Europa, como forma de descentralización de la política europea, al ser centros gestionados por la Comisión Europea, mediante la suscripción de convenios.



línea con las tesis de Gobierno abierto⁴³ y Parlamento abierto⁴⁴.

⁴³ En la actualidad la doctrina está abogando por introducir cada vez más fórmulas de democracia directa en el ámbito de las Administraciones, mediante fórmulas de gobierno abierto y participativo, no sólo en la fase de elaboración de las normas reglamentarias, sino incluso en el propio diseño de la política pública, desde su génesis. CRIADO, J.I, "Gobierno abierto, innovación pública y gobernanza colaborativa. Hacia un marco analítico integrador en la Era de la Administración 4.0" en *Gobierno Abierto, Innovación Pública y Colaboración Ciudadana*, INAP, 2021, pág. 32 y 49. Se trata de fijar un marco integrador de los componentes del gobierno abierto, que descansa sobre tres ejes: el eje visión, el eje voz y el eje valor, que se corresponden con los pilares de la transparencia, participación y colaboración.

⁴⁴ RUBIO NUÑEZ, R y VELA NAVARRO-RUBIO, R en "El Parlamento abierto en España" en *Revista General de Derecho Constitucional* 27, 2018, pág. 2, afirman que Parlamento abierto conlleva aplicar la doctrina del Gobierno abierto al ámbito de la institución parlamentaria. RUBIO NUÑEZ, R Y VELA NAVARRO- RUBIO, R, *El Parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas*. Fundación Gimenez Abad, Zaragoza, 2017, pág.14, mencionan la definición de Parlamento abierto elaborada por el grupo de trabajo novagog, según la cual "Parlamento abierto sería aquel que comunica toda la actividad parlamentaria, la información sobre la institución y sus miembros de forma transparente y en formatos abiertos y entendibles para la ciudadanía que abre espacios de participación y colaboración con los ciudadanos y con los funcionarios, que, en forma de conversación permanente, tiene cauces que incluyen a las redes sociales, para escuchar activamente lo que la ciudadanía necesita, para abrir y transformar foros deliberativos y otros instrumentos de participación en capacidad de influir en la agenda política".



Finalmente, en el contexto del actual sistema de partidos⁴⁵ que está vigente en todos los Estados miembros, y también en el nivel europeo de gobernanza⁴⁶, también se observa la necesidad de una mayor cercanía por parte de los partidos políticos a nivel europeo⁴⁷, de manera que acerque la política europea a los ciudadanos. Y es que cabe resaltar que los miembros del Parlamento Europeo no se organizan por delegaciones nacionales, sino en grupos transnacionales, de acuerdo con sus afinidades políticas⁴⁸. Por tanto, con

⁴⁵ PAUNER CHULVI, C, "El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos", UNED, *Revista de Derecho Político* nº 78, mayo-diciembre de 2010, págs. 217- 256. El escenario que existe en la práctica es el de completa implantación de los partidos políticos en el seno de las instituciones representativas de los ciudadanos; esto es, los Parlamentos. Como apunta la autora ello ha llevado a hablar de Estado de partidos.

⁴⁶ El artículo 10.4 del TUE, en línea con el reconocimiento del artículo 6 de la CE de 1979, con mención a las importantes funciones constitucionales que vienen a cumplir los partidos políticos, dispone: "los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión".

⁴⁷ En la actualidad el Parlamento Europeo está integrado por siete Grupos Políticos, que son: Grupo del Partido Popular Europeo (EPP, demócrata -cristianos), Grupo de Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europe (S&D), Renew Europe (Renew), Los Verdes/Alianza Libre Europea (GREENS/EFA), Identidad y Democracia (ID), Conservadores y Reformistas Europeos (ECR) y la Izquierda - GUE/NGL (THE LEFT).

⁴⁸ Sobre el funcionamiento de los Grupos Políticos a nivel europeo, véase PALOMARES LERMA, G., *Relaciones*



mayor razón, si de verdad se quiere suscitar el interés de los ciudadanos europeos, se debería hacer pedagogía interna por parte de los Grupos Parlamentarios a nivel europeo sobre la proyección pública de la política europea.

VI. MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA Y PARTICIPATIVA EN EL NIVEL EUROPEO COMO INSTRUMENTOS DE FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA EUROPEA

Los aspectos hasta ahora mencionados son los déficits detectados a nivel de democracia representativa, pero la Unión Europea también tiene que avanzar, como sostenía anteriormente, en el nivel de democracia directa o democracia participativa, con el contacto directo con los ciudadanos, mediante la organización continua de diálogos ciudadanos. Si bien escuchar directamente a los ciudadanos fue una de las grandes ocupaciones de la Comisión Juncker⁴⁹, llegando a organizar mil seiscientos diálogos ciudadanos y una consulta en línea, es cierto que se está produciendo una creciente desafección de los ciudadanos hacia el proyecto comunitario, que tiene su máximo reflejo en el escaso interés que despierta en la ciudadanía la competición electoral europea.

Construir la Europa de los ciudadanos viene siendo una preocupación constante de las instituciones de la

internacionales en el siglo XXI, 2ª edición, Tecnos, 2009, pág. 84.

⁴⁹ Jean-Claude Juncker, entre sus históricos discursos, el 11 de diciembre de 2018, pronunciaba las siguientes palabras: "Europa es, ante todo, una Unión de ciudadanos. Los ciudadanos son el corazón, el alma y el motor de nuestro proyecto".



Unión. Además de reforzarse el papel del Parlamento Europeo y del Comité de las Regiones para acercar Europa a los ciudadanos, en este último caso mediante la intervención las Administraciones más cercanas a los ciudadanos, desde la Comisión también se han implementado mecanismos directos de comunicación con los ciudadanos. Amén de descentralizar la política europea mediante la implementación de la red de Centros *Europe Direct* por todo el territorio europeo, cuya coordinación asume la Comisión, también se han fomentado diálogos con los ciudadanos. La nueva Comisión constituida para el periodo 2019-2024 presidida por la alemana Úrsula Von der Layen, ha retomado el testigo y está trabajando intensamente en el acercamiento de Europa a los ciudadanos. Estos diálogos, no son sino fórmulas de democracia directa y participativa que coadyuvan con la democracia representativa, que representa el Parlamento Europeo.

Cabe sistematizar estos instrumentos de democracia directa o participativa diferenciando: diálogos con los ciudadanos, mencionados en el artículo 11.2 del TUE, consultas públicas, contempladas en el artículo 11.3 del TUE, e iniciativas ciudadanas, reguladas en el artículo 11.4 del TUE, así como en el Reglamento (UE) 2019/788, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019.

Ello, sin perjuicio de otros mecanismos más tradicionales de democracia directa, conforme a los artículos 18 y siguientes TFUE, en relación con el artículo 10.1 TUE, dentro de los derechos de ciudadanía de la Unión. Me estoy refiriendo al derecho de petición ante el Parlamento Europeo que regula el artículo 24 TFUE y que se articula conforme a lo dispuesto en el artículo 227 TFUE. También, en virtud de lo establecido en el artículo 228 TFUE, el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, nombrado por el propio Parlamento Europeo. La figura del Defensor del Pueblo, regulada en el citado



artículo 228 TFUE, también contribuye a la consolidación de la Europa de los ciudadanos. El Defensor del Pueblo Europeo, pues, recibe peticiones de los ciudadanos europeos y de personas físicas y jurídicas establecidas en la Unión para que se garanticen sus derechos frente a actos de las instituciones comunitarias, facilitando las relaciones de las instituciones y los ciudadanos. El Defensor, que resulta elegido tras las elecciones al Parlamento Europeo, puede renovar su mandato y podrá ser removido por el Tribunal de Justicia si *"ya no cumple con las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, o si es culpable de mala conducta grave"*.

Es de hacer notar, por tanto, cómo mientras que el derecho de petición al Parlamento Europeo y la iniciativa sólo pueden ser ejercidos por ciudadanos europeos, por el contrario, en el caso de los diálogos y las consultas públicas no se menciona la ciudadanía, tan sólo se refiere a diálogos con las "asociaciones representativas y sociedad civil", o, en el caso de las consultas, con "las partes interesadas". Lo mismo ocurre con la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, que no se cierra a ciudadanos de la Unión.

Recientemente, en mayo de 2022, se ha presentado el informe en el que se recogen las aportaciones ciudadanas recabadas durante la reciente organización de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, periodo de consulta que ha estado abierto desde mayo de 2021 al 9 de mayo de 2022, coincidiendo con la celebración del Día de Europa 2022. Después, en junio de 2022, la Comisión presentó su Comunicación (COM 2022) 404 final, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones "Conferencia sobre el Futuro de Europa: transformar la visión en acciones concretas". Muy recientemente, el día 2 de diciembre de



2022, iba a tener lugar un acto informativo por el que las tres instituciones europeas, Consejo, Parlamento Europeo y Comisión han tenido la oportunidad de explicar a la ciudadanía europea, cómo se están materializando las propuestas de esa Conferencia.

En la actualidad, la Unión, bajo el diseño e impulso de la nueva Comisión, ha reaccionado rápidamente para atender las necesidades de los ciudadanos ante crisis como la del COVID-19, desplegando una protección sin precedentes en la historia de la Unión, como es la implementación de los Fondos Next Generation⁵⁰, en

⁵⁰ Next Generation EU, presentado por la Comisión el 27 de mayo de 2020, es un nuevo instrumento de recuperación dotado con 750.000 millones de euros, que ha fortalecido el presupuesto de la UE con nueva financiación obtenida de los mercados financieros para el tramo 2021-2024, todo ello junto a un marco presupuestario plurianual reforzado para el periodo 2021-2027. Europa ha abandonado en parte el discurso de que los países afectados recurran al MEDE, aumentando más aún su deuda, y ha pasado a financiar, directamente, y parte a fondo perdido, gran cantidad de las necesidades que han surgido. Next Generation EU contempla el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dirigido a la recuperación de los Estados más afectados, que recoge 560.000 millones de euros, de los cuales 310.000 se destinarán a subvenciones a fondo perdido y 250.000 euros a préstamos. Este cambio de rumbo es un paso muy importante en cuanto al enfoque de solidaridad con las necesidades de otros socios. También se ha reforzado la política de cohesión con fondos adicionales y se han reforzado los fondos de desarrollo rural. Además, se ha permitido un marco temporal de ayudas de Estado, para relajar la posibilidad de que los Estados inyectaran dinero en sus empresas, impulsando la economía sin que se considere incompatible con el mercado interior. También, a través de la iniciativa SURE, se han movilizado recursos para que los Estados pudieran subvencionar el mantenimiento del empleo, es decir, los ERTE.



aras de recuperar las economías europeas en el periodo 2021-2024, y fortaleciendo la previsión del Marco Financiero Plurianual para el periodo 2021-2027, pero se debe seguir potenciando el pilar europeo de derecho sociales o pilar social europeo⁵¹, pues los jóvenes siguen sufriendo las consecuencias de varios periodos de crisis

https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es

⁵¹ El pilar europeo de derechos sociales fue presentado por la Comisión Juncker en noviembre de 2017 y consiste en dar a los ciudadanos derechos nuevos y más eficaces. Tiene tres vertientes principales: Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. En este sentido siguiendo a LINDE PANIAGUA, E., "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea", en *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2012, pág. 157, los ciudadanos de la Unión tienen los derechos y obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión, es decir, más allá de las previsiones expresas del TFUE en los artículos 20 y siguientes y de los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, por lo que, siguiendo estas tesis expansivas, habría que incluir nuevos derechos como estos derechos sociales o derechos medioambientales.



y Europa no puede dejar a su infancia⁵² y a sus jóvenes atrás⁵³.

⁵² En materia de infancia cabe destacar que el artículo 4 del Reglamento (UE) 2021/1057, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 1296/2013, contiene dos objetivos específicos en materia de infancia. También, descendiendo al ámbito nacional, el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia contiene diversos componentes que afectan a la infancia (20,21,22 y 23).

⁵³ La Garantía Juvenil reforzada representa el compromiso de todos los Estados miembros para que los jóvenes menores de 30 años reciban una buena oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz y periodos de prácticas en un plazo de cuatro meses tras perder su empleo o finalizar sus estudios. Todos los países de la UE se han comprometido a aplicar la Garantía Juvenil reforzada siguiendo la Recomendación del Consejo, de octubre de 2020. La Recomendación se basa en una propuesta de la Comisión que forma parte del paquete de apoyo al empleo juvenil. La Garantía Juvenil Europea hasta ahora ha creado oportunidades para los jóvenes, así como ofreciendo un notable impulso a las reformas estructurales y la innovación. Como consecuencia de ello, la mayoría de los servicios públicos de empleo han mejorado y ampliado sus servicios para los jóvenes. Con base en la publicación oficial, "en unos siete años, justo antes de la pandemia de COVID-19, en toda la UE se había reducido en alrededor de 1,7 millones el número de jóvenes que ni trabajaban ni cursaban estudios o formaciones ("ninis"). En febrero de 2020, apenas unas semanas antes de los confinamientos debidos a la pandemia en toda la UE, el desempleo juvenil estaba en un mínimo histórico del 14,9 %". Por tanto, los datos invitan a la esperanza, reflejando que la Garantía Juvenil tuvo un importante efecto transformador, pues más de 24 millones de jóvenes inscritos en los sistemas de la Garantía Juvenil habían aceptado una oferta de empleo



También, en relación con la necesidad de reforzar la democracia directa y participativa, en la ciudadanía europea se sigue observando una gran fragmentación entre las sociedades europeas, de manera que habría que seguir profundizando en la cohesión social y en la potenciación de una identidad común europea, uniendo más las sociedades, que aún conservan un sentimiento identitario de pertenencia nacional, no transnacional, lo que, en tiempos de crisis, como la actual, puede aflorar con más fuerza aún.

VII. CONCLUSIONES

1.- El Parlamento Europeo, sobre la base de la democracia representativa en la que se asienta la Unión según el artículo 10.1 TUE, es la institución de la Unión Europea que más cambios ha experimentado. En su función de representación de la ciudadanía europea, a lo largo de la construcción del proyecto europeo, ha ido asumiendo, de forma progresiva, cada vez mayor protagonismo, hasta llegar a su configuración actual, en la que opera como colegislador en pie de igualdad con el Consejo. Igualmente, despliega una importante función de control sobre el Ejecutivo Europeo, así como en materia presupuestaria.

2.- El Tratado de Lisboa ha continuado reforzando la posición institucional del Parlamento Europeo. Se ha producido una ampliación importante, tanto de la utilización de la mayoría cualificada en el Consejo, como de la aplicación del procedimiento de codecisión, extendido ahora a unos cuarenta y cinco nuevos ámbitos legislativos, convirtiendo este "procedimiento legislativo ordinario" en el procedimiento de toma de decisiones

o cursado educación continua, formación de aprendices o períodos de prácticas.



más utilizado, incluyendo todos los ámbitos de actuación importantes del TFUE. También se ha reforzado el papel del Parlamento Europeo en relación con la preparación de las futuras reformas de los Tratados. Incluso se puede sostener que la redacción dada al artículo 14 TUE tras Lisboa ha supuesto brindar visibilidad al Parlamento Europeo ante la opinión pública y los medios de comunicación sobre el papel que juega en el entramado institucional europeo, contribuyendo así a la consolidación de la democracia europea.

3.- El Parlamento Europeo y la construcción de la ciudadanía europea han ido en paralelo, fortaleciéndose mutuamente, pues, por un lado, el reconocimiento de los derechos de ciudadanía de la Unión, han supuesto un acceso directo de los ciudadanos europeos al Parlamento Europeo, mediante el derecho de petición ante el mismo o la formulación de quejas ante el Defensor del Pueblo Europeo, nombrado por el propio Parlamento. A su vez, la potenciación y consolidación de la ciudadanía europea ha supuesto que el Parlamento Europeo vaya subiendo escalones competenciales.

4.- La ciudadanía dota de legitimidad democrática al sistema, razón por la cual, precisamente, en este trabajo se sostiene que se debe brindar participación a los ciudadanos a través de las instituciones legislativas nacionales y regionales existentes en la Unión, en aras de fortalecer la democracia de proximidad que impone el artículo 10.3 del TUE. La consolidación de la democracia europea es compatible con la democracia de proximidad que representan las Asambleas Legislativas regionales. Se puede y se debe seguir potenciando la democracia europea y su institución de referencia, el Parlamento Europeo, y, al mismo tiempo, que se considere a las Asambleas nacionales y regionales, como legisladores más próximos al ciudadano europeo.

4.- Amén de la posible reforma del sistema electoral europeo, que no ha sido objeto central del



presente estudio, cabe apuntar la necesidad de seguir reforzando el Parlamento Europeo, ubicándolo en una sola sede, así como con la creación de una segunda Cámara que responda más y mejor al hecho regional, en línea con el mandato del artículo 10.3 del TUE. Pero, también, como sostenía anteriormente, como otra vía alternativa o complementaria, fomentando las instituciones legislativas nacionales y regionales, derivado de la necesidad de intensificar la democracia de proximidad, abriendo canales directos de comunicación entre Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales y regionales. A este objetivo responde la CALRE.

5.- Por otro lado, también se debe avanzar en democracia directa y participativa, siendo ello compatible con la democracia representativa. En el contexto de la Agenda 2030, el ODS nº 17 exige crear sinergias y construir alianzas, debiendo potenciar los instrumentos de participación ciudadana, en línea con las tesis de Gobierno y Parlamento abierto.

6.- Estos instrumentos de colaboración institucional multinivel, que permitan la participación de los entes regionales, así como, en algunos casos de los ciudadanos, aporta valor democrático añadido a la legitimidad de las políticas europeas. Establecer fórmulas de diálogo, de intervención y colaboración es compatible con el pleno respeto a las competencias y a la propia democracia europea.

7.- Fundamental también resulta en los actuales Estados de partidos, que a nivel europeo se avance en una mayor labor pedagógica de los Grupos Parlamentarios a nivel europeo, en aras de hacer llegar la política europea al ciudadano.

8.- El futuro de la democracia europea pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad y la conexión con los ciudadanos europeos. No obstante, se



debe seguir trabajando en la cohesión de la sociedad europea, para lo cual es fundamental seguir manteniendo los niveles de inversión en la política europea de cohesión, trabajando en el sentimiento identitario europeo.

Fuentes bibliográficas

ALONSO DE LEÓN, S., "Crónica de la reforma electoral europea" *Revista de las Cortes Generales* nº106, 2019.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., "Reformas institucionales para mejorar la gobernanza democrática de la Unión Europea" *Cuadernos Europeos de Deusto* nº60, 2019.

CALVO HORNERO, A., *Fundamentos de la Unión Europea*, 4ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019.

CRIADO, J.I., *Gobierno abierto, innovación pública y colaboración ciudadana*, INAP, 2021.

CUENCA GARCÍA, E. y NAVARRO PABSDORF, M., "El presupuesto comunitario" en *Lecciones de Economía de la Unión Europea*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2019.

FERNÁNDEZ NAVARRETE, D., *Historia de la Unión Europea. De los orígenes al Brexit*, Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2018.

FROSINA, L., "Regiones y Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. El Comité de las Regiones, los Parlamentos regionales y el desafío de la multilevel governance" *ReDCE* nº 22, 2014.



FUENTETAJA PASTOR, J., "El proceso de integración europea", en VV.AA., *Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARCÍA VÁZQUEZ, S., "La cooperación interparlamentaria y el despertar fallido de los parlamentos nacionales: desequilibrio institucional e impacto de la integración europea sobre las instituciones de los Estados miembros." *Revista de derecho constitucional europeo* nº29, 2018.

LINDE PANIAGUA, E., "Naturaleza y caracteres de la Unión Europea" *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Colex, Madrid, 2012.

LÓPEZ CASTILLO, A., "Estudio introductorio", en A. López Castillo (coord.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Tratado de Lisboa 2007*, Estudio preliminar, Real Instituto Elcano, 2008.

MARTÍNEZ NAVARRO, M., "El recurso de anulación I, cuestiones relativas a la admisibilidad" en *Derecho Procesal Europeo*, coord. Signes de la Mesa, J.I, Iustel, 2019.

MELLADO PRADO, P., "El sistema de representación del Parlamento Europeo cuestionado: La ausencia de un procedimiento electoral uniforme", *Teoría y Realidad Constitucional* nº 33, 2014.

PALOMARES LERMA, G., *Relaciones internacionales en el siglo XXI*, Tecnos, 2ª edición, 2009.



PAUNER CHULVI, C, "El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos", UNED, *Revista de Derecho Político* nº 78, mayo-diciembre de 2010.

RUBIO NUÑEZ, R Y VELA NAVARRO- RUBIO, R, *El Parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas*. Fundación Gimenez Abad, Zaragoza, 2017.

RUBIO NUÑEZ, R y VELA NAVARRO-RUBIO, R en "El Parlamento abierto en España" en *Revista General de Derecho Constitucional* 27, 2018.

ROCA ZAMORA, A., "El sistema institucional y jurídico de la Unión Europea" *Economía de la Unión Europea*, coord. Camarero, M y Tamarit, C, Civitas, Thomson Reuters, octava edición, 2019.

VILA RAMOS, B., "El Tratado de Lisboa y las modificaciones en la organización parlamentaria europea. La implantación del mecanismo de alerta temprana en el complejo sistema parlamentario español." *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* nº 22, 2010.

Textos legales

Tratado de la Unión Europea (TUE), versión consolidada en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), versión consolidada en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

Protocolo nº1 del TFUE.

Protocolo nº2 del TFUE.



Reglamento de Régimen Interno del Parlamento Europeo, DOUE nº 302, de 22 de noviembre de 2019.

Constitución española de 1978.

Jurisprudencia



STJUE *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963.

STJUE *Costa/ENEL*, de 15 de julio de 1964



LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ASUNTOS EUROPEOS

D^a. Diana Asín Olano

Jefa de Servicio de Asuntos Europeos
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: El proceso de integración de España y, por ende, de las comunidades autónomas en la entonces Comunidad Europea, actual Unión Europea, se inició mediante un periodo de adaptación de la estructura interna, al objeto de responder a las obligaciones de las entidades y administraciones españolas dentro del entramado europeo.

La pertenencia a la Comunidad Europea implicaba una serie de obligaciones y deberes que habían de cumplirse, de manera externa por parte del Estado, pero que a nivel interno entrañaban una enorme complejidad en lo referente a la determinación de la distribución competencial y la configuración de la capacidad de las autonomías para relacionarse con las Instituciones europeas.

Este trabajo pretende ofrecer una perspectiva general de la evolución de la posición estatal y las potestades autonómicas a la hora de relacionarse con la actual Unión Europea, así como una visión general de la influencia del



llamado hecho regional en la progresión de la importancia de las regiones europeas en las estructuras de decisión y ejecución de las actuaciones y normas europeas.

Como se verá más adelante, ambos procesos, el europeo y el español, han evolucionado de manera paralela hasta desembocar en el actual modelo, en el que las comunidades autónomas de España y también el resto de regiones de Europa, disponen de numerosos canales directos e indirectos para participar en el proceso europeo, influyendo activamente en las políticas que nos conciernen como miembros de la Unión Europea.

Abstract: The process of integration of Spain and, therefore, of the spanish regions in the European Community, the current European Union, began a period of adaptation of the internal structure, in order to respond to the needs of Spanish entities and administrations in the European framework.

Membership of the European Community entailed a series of obligations and duties to be fulfilled, externally, by the State, which involved, at the internal level, an enormous complexity in determining the distribution of competences and shaping the ability of the regions to interact with the European institutions.

This paper aims to provide an overview of the evolution of the state position and regional capacities when relating to the current European Union, as well as an outline of the influence of the so-called regionalism on the progression of importance of European regions in the decision-making structures and implementation of European actions and policies.

As will be proved, both processes, European and Spanish, have evolved to the current situation, in which



the spanish regions, as well as the rest of European regions, have numerous direct and indirect channels to participate in the European process, actively influencing the policies that concern us as citizens of the European Union.

Palabras clave: Unión Europea, regiones, Constitución española, distribución competencial, hecho regional, principio de subsidiariedad, principio de competencia, CARUE, Tratado de la Unión Europea, Comité Europeo de las Regiones.

Keywords: European Union, regions, Spanish Constitution, distribution of competences, regionalism, principle of subsidiarity, principle of competence, CARUE, Treaty on European Union, European Committee of the Regions.

Sumario:

I.INTRODUCCIÓN: EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA. II. LA PARTICIPACIÓN REGIONAL EN LA FASE ASCENDENTE. EL CASO DE CASTILLA-LA MANCHA. III. LA PARTICIPACIÓN REGIONAL EN LA FASE DESCENDENTE. EL CASO DE CASTILLA-LA MANCHA. IV. CONCLUSIONES: EL FUTURO DE LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN LA UNIÓN EUROPEA.

I. Introducción: el proceso de integración de las comunidades autónomas en la Unión Europea.

El proceso de adaptación interno de España a la Unión Europea (UE) no estuvo exento de polémica desde sus



inicios, tanto por la complejidad de la materia como por la estructura competencial de España establecida en la Constitución española.

Desde la integración de España en la entonces Comunidad Europea, actual UE, hasta la actualidad, las comunidades autónomas (CCAA) han ampliado enormemente su esfera de participación e influencia en la Unión, no solo en el ámbito interno estatal, sino también en la esfera europea, gracias en parte a la creación del Comité Europeo de las Regiones (CdR) pero, sobre todo, como consecuencia del trabajo en conjunto de las distintas regiones europeas, que, ha logrado un notable aumento de su importancia en los últimos años.

En su virtud, para poder entender cuál es el papel actual de las CCAA en la UE hay que tener en cuenta, de un lado, la evolución que ha experimentado su situación a lo largo de las últimas décadas a nivel europeo; y, por otro lado, se debe considerar la importancia que estas han ido adquiriendo como elemento esencial en la formación de la voluntad y aplicación del Derecho europeo dentro de las instancias nacionales.

En este sentido y al objeto de abordar un análisis de la evolución regional en la UE, se parte inicialmente de la distinción entre las dos formas de participación autonómica actuales en España en relación con la UE: la fase ascendente y la fase descendente.

La primera de ellas se refiere al proceso en el que las CCAA participan en la formación del Derecho y de las actuaciones de la UE, bien dentro de España, bien fuera de nuestro país, mediante su actividad en las Instituciones.

La segunda fase aborda la aplicación y ejecución del



Derecho europeo dentro de la Comunidad Autónoma, mediante, por ejemplo, la trasposición de normativas o la implementación de una actuación europea en el ámbito autonómico.

Para poder entender cómo ambas formas de participación se han configurado a lo largo de los años, resulta necesario tener en cuenta la situación de vacío legal en el ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la participación de las autonomías en una entidad supranacional. A ello habría que sumar el hecho de que los tratados constitutivos europeos no recogían regulación alguna referente al papel de las regiones en la UE.

Este problema, que se exteriorizó en los Estados miembro de diferentes formas, resultaba especialmente patente en nuestro país, debido a la estructura competencial que la Constitución había otorgado a las CCAA, desarrolladas de manera detallada en sus respectivos Estatutos de Autonomía (EEAA).

Ante este vacío legal de los primeros tiempos, el legislador se vio obligado a pronunciarse sobre la participación del Estado y las CCAA, a partir de la delimitación competencial establecida en la Constitución, artículos 148 y 149, que actúa como primer factor definitorio de las potestades autonómicas para con la Comunidad Europea, si bien la norma suprema española, al ser evidentemente anterior a la incorporación a la mentada Comunidad, no contenía ninguna regulación concreta sobre la participación de España en un ente supraestatal, ni las consecuencias jurídicas de dicha incorporación.

De este modo, la Constitución únicamente recogía una regulación sobre las relaciones del Estado con una



entidad de carácter internacional, estableciendo en su artículo 93 lo siguiente:

"Mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización institucional internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados, y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión".

Esto significaba que cualquier obligación derivada de un tratado de carácter internacional era competencia del Estado, de acuerdo con la interpretación literal del artículo 93 de la Carta Magna española.

Por su parte, su artículo 97 recogía un mandato absoluto en relación a la competencia del Estado en materia de asuntos exteriores, determinando que:

"El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes."

Este artículo sería además la base de fundamento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en numerosas sentencias durante los primeros años tras la integración de España en la Comunidad Europea. Así pues, el Alto Tribunal interpretó en sus inicios la absoluta competencia del Estado en todas las cuestiones de política exterior, incluidas las acciones y relaciones con la Comunidad Europea. Véase en este sentido, las sentencias 44/1982, de 8 de julio de 1982; la sentencia 154/1985, de 12 de noviembre de 1985; o la sentencia



137/1989, de 20 de julio de 1989. ¹

De esta manera, los primeros años tras la incorporación, el Estado monopolizó la relación con las Instituciones europeas, quedando relegadas las autonomías a un segundo plano, a través de su interlocución únicamente con el propio Estado.

La situación, no obstante, pronto evoluciona. Principalmente gracias a la jurisprudencia del TC, que comienza a virar su criterio ya a finales de los años 80, mediante la introducción del llamado "*principio general de no alteración de la distribución de competencias*", definido en la sentencia 252/1988² y que reconoce, por primera vez desde el ingreso de España en Europa, la capacidad de las CCAA para participar directamente en la Comunidad Europea, en aquellas materias cuya competencia le correspondiera constitucionalmente.

Así pues, la mentada sentencia indicaba, referente a un conflicto competencial en materia sanitaria animal y ante la cuestión de armonizar la legislación veterinaria, que:

" (...) son también aquí las reglas internas las que han de determinar qué instancia del Estado miembro se halla constitucionalmente habilitada para nombrar el Veterinario oficial cuya intervención se precisa por las Directivas aludidas".

La puesta en escena de este principio desemboca en que,

¹ ZELAIA GARAGARZA, M, "Algunas claves del encaje del modelo autonómico en el escenario de la Unión Europea", en *Iura Vasconiae* nº16, Universidad del País Vasco, 2019, pág. 550.

² [Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1988, de 20 de diciembre.](#)



poco tiempo después, la sentencia 153/1989 del TC³ confirmase esta interpretación, abriendo un nuevo camino verdaderamente para las CCAA, al reconocer el Alto Tribunal que existían, de facto, materias en las que las CCAA podrían desarrollar actividades con una dimensión internacional, de acuerdo con sus competencias.

Por tanto, será a partir de este momento cuando, de manera definitiva, se abra camino a la participación autonómica en los asuntos europeos, estableciéndose una primera delimitación competencial de cada administración, independientemente de su ámbito territorial.

Así, en el caso de la mencionada sentencia 153/1989, la misma considera, en relación a un conflicto de competencias presentado por la Generalitat de Cataluña acerca de una Orden regional la posibilidad de invasión competencial por parte de una Orden regional en materia de cultura que:

"(...) la interpretación que en este punto hace el Estado de que por implicar eventualmente la aplicación de tratados internacionales, la competencia corresponde necesariamente al Estado y que el mencionado art. 27.3 del Estatuto de Cataluña únicamente obliga a la Comunidad a eliminar obstáculos para que el Estado, único competente, pueda ejecutar los tratados, es incompatible tanto con la letra del propio artículo, como con el sentido general de la distribución competencial diseñada por la C.E. y los Estatutos de Autonomía.

De tal forma que el hecho de que pueda haber tratados

³ [Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1989, de 5 de octubre.](#)



-posibilidad que expresamente contempla la Orden en su art. 4, in initio- es irrelevante en principio -y sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado- como criterio competencial en un sentido o en otro: ni atrae la competencia hacia el Estado en virtud de la regla del 149.1.3 C.E., ni el art. 27.3 del Estatuto de Cataluña la atrae para la Comunidad Autónoma, puesto que, como se deduce del tenor del mencionado artículo, se aplica a lo que ya sea competencia autonómica en virtud de las reglas competenciales materiales incluidas en el propio Estatuto”.

Por tanto, ya desde los primeros años de integración en la Comunidad Europea queda perfilado que el criterio determinante a la hora de establecer la participación autonómica parte de la distinción competencial, siendo consciente el TC que la dimensión exterior de un asunto no supone razón suficiente para justificar una interpretación restrictiva de la actuación de las CCAA.

Gracias a este impulso, primero jurisprudencial y posteriormente normativo, las comunidades comenzaron a incrementar sus actuaciones en el ámbito europeo, no solo a través de la participación mediante canales del Estado, sino también mediante la apertura de canales de acción directa, en unas ocasiones regulados en sus EEAA y, en otras, establecidos de manera más informal.

Pero la sentencia que supondría el respaldo definitivo a la participación autonómica en los asuntos europeos⁴, sería, sin duda, la sentencia del TC 165/1994⁵, que

⁴ RIDAU MARTÍN, J, “La acción exterior de las regiones en los Estados compuestos y federales: el caso europeo y español en particular”, en *Revista IUS Doctrina*, Vol. 10, nº2, 2017, pág. 17.



refuerza la competencia sobre el territorio, determinando que:

"(...) la dimensiones externas de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 CE, [...] ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden".

Por otro lado, y ya a principios de este siglo, ha de mencionarse a este respecto otra vía que ha supuesto un enorme respaldo a la actividad de las autonomías en la UE como ha sido, sin duda, la regulación de la participación europea, vía Estatuto de Autonomía, de la que se dotaron la mayor parte de las CCAA.

Así pues, los EEAA han pasado a regular, para muchas de las comunidades, facultades de las que ya disponían pero que no se encontraban definidas expresamente en sus respectivos textos, lo que les ha otorgado una garantía jurídica en sus relaciones con la UE de las que, obviamente carecían en el momento de aprobación de los mismos. Ejemplo de ello es la regulación de la capacidad negociadora de la comunidad dentro de la UE; o los procedimientos internos de trasposición y ejecución de normativa europea dentro del ordenamiento jurídico regional.

Estas modificaciones estatutarias han permitido, entre otras cosas, la ampliación de las funciones de las oficinas de representación autonómica en Bruselas, la dotación de mayor contenido en la participación en la CARUE, o el establecimiento de procedimientos específicos de participación regional dentro del sistema nacional, que, en suma, han permitido a las CCAA ganar peso en las

⁵ [Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1994, de 16 de mayo.](#)



decisiones y representación a nivel europeo.

En este sentido, Castilla-La Mancha no realizó ninguna modificación al respecto, si bien ya existía una regulación suficientemente comprensiva de la realidad supranacional en el artículo 34 del texto de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto⁶, que señalaba que:

"La Comunidad Autónoma ejecutará, dentro de su ámbito territorial, los tratados internacionales, en lo que afecten a las materias propias de su competencia".

Por tanto, nuestra región contaba ya con capacidad para ejecutar y desarrollar las obligaciones derivadas de tratados y normas de carácter internacional, dentro de las cuales han de incluirse los tratados originales y el derecho derivado de la UE.

Pues bien, una vez expuesta la evolución del proceso de participación de las CCAA en la entonces Comunidad Europea, resulta necesario dedicar un breve espacio al contexto europeo, que ha evolucionado de manera paralela al nacional en cuanto a la creciente importancia del llamado *hecho regional* en la esfera europea.

Y es que, de manera paralela al proceso interno de participación europea de las autonomías en España, la UE ha ido concediendo más peso a las regiones en sus instituciones, principalmente como consecuencia de la aprobación del Tratado de Maastricht y de la creación del CdR, pero asimismo como resultado de la aplicación de las políticas de cohesión, hasta el punto de considerarlas hoy en día un interlocutor directo en muchos de sus asuntos cotidianos.

⁶[Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.](#)



Como consecuencia de todo ello, la posición de las regiones ha mejorado notablemente, con un aumento de su participación mediante numerosos canales, al tiempo que su capacidad para influir en las decisiones a nivel europeo se ha incrementado.

La cristalización del *hecho regional*, esto es, la constatación de la imperiosa necesidad de integrar la participación efectiva de las regiones en la toma de decisiones y ejecución del derecho europeo, como materialización además del principio de subsidiariedad, regulado en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea⁷, ha ayudado enormemente a reforzar el papel de las regiones en el entramado europeo, especialmente desde principios de los años 90.

Esta evolución no es sino el resultado del desarrollo jurídico del principio de subsidiariedad, consagrado en el entonces Tratado de la Unión, de 1992 que, en suma, venía a reconocer la lógica de que las actuaciones se adoptasen en el ámbito más cercano al ciudadano, creando asimismo el CdR⁸.

El principio de subsidiariedad va ligado, además, como no puede ser de otra forma, al principio de atribución de competencias, por el cual cada institución ejecutará las acciones en función de sus competencias; y, evidentemente, al principio de eficacia, por el cual se aplicarán las acciones de la forma más eficaz y cercana al ciudadano.

Por su parte, la aprobación a principios de los años 2000

⁷ [Tratado de la Unión Europea](#).

⁸ Previamente a la creación del CdR, existía el Consejo Consultivo de los Entes Regionales y Locales de la CE, creado en 1988.



del Libro Blanco sobre el buen gobierno, impulsado por el entonces presidente de la Comisión Europea (CE), Romano Prodi, perseguía el objetivo de descentralizar las actuaciones europeas, poniendo en el mapa el *hecho regional*, al reconocer que, al fin y al cabo, las regiones ejecutaban aproximadamente el 80% de las acciones de índole europea.

Pero es el Tratado de Lisboa el texto que recogería años después, de manera definitiva, la dimensión regional y local de este principio, otorgando mayor peso al CdR, al establecer el carácter preceptivo de sus dictámenes para el PE, la CE y el Consejo sobre determinados temas que competen al ámbito regional, y al otorgar legitimación al CdR para participar en los procedimientos judiciales ante el TJUE, siempre que exista una relación directa con el asunto.

Todo ello se ha materializado finalmente en un aumento de la importancia de las regiones a nivel europeo, ya no solo en la toma de decisiones, sino, asimismo, en la ejecución de las mismas en todos los niveles del entramado europeo y nacional.⁹

Es por todo ello que este texto trata de reflejar la importancia que tiene en la actualidad la participación regional, en nuestro caso de las CCAA, en los procesos de toma de decisiones y ejecución de normativa europea.

En su virtud, a continuación, se pasará a analizar de manera detallada el resultado de este largo proceso reivindicativo de las CCAA españolas, tanto a nivel

⁹ ELIAS, A, "Whatever Happened to the Europe of Regions? Revisiting the Regional Dimension of European Politics", on *Regional and Federal Studies*. Vol 18, nº 5, 2008.



nacional como dentro de nuestra región, Castilla-La Mancha, mediante la precisión de las actuales formas de participación en la fase ascendente y descendente.

II. La participación regional en la fase ascendente. El caso de Castilla-La Mancha.

Para poder abordar adecuadamente la evolución y situación actual de las comunidades autónomas respecto a su participación en las estructuras europeas, resulta necesario hablar en primer lugar de la llamada fase ascendente regional.

Por fase ascendente debemos entender la participación de las comunidades en la formación de la voluntad estatal con respecto a los asuntos de índole europea.

Dentro de la misma, los distintos canales de participación son muy diversos y han ido evolucionando a lo largo de los años de manera poco uniforme, manteniéndose algunas vías prácticamente estáticas desde su creación, como es el caso de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea (CARUE), mientras que otras han progresado enormemente, hasta adquirir un gran peso en el desenvolvimiento de los asuntos cotidianos a nivel interno, como sucede con las oficinas regionales de representación en la UE.

La configuración del modelo de participación ascendente en España resultó enormemente compleja e imbricada durante los primeros años tras la integración en 1986 en la Comunidad Europea, como consecuencia principalmente de la interpretación por parte del Estado acerca de su competencia única en asuntos de índole internacional.

Como se ha puesto de manifiesto, la Constitución



Española no había previsto en su contenido, lógicamente, la relación con la UE, por lo que el Estado interpretó de manera extensiva que cualquier actuación relacionada con esta entraba dentro del ámbito de las relaciones internacionales, sobre el que tenía la total competencia.

Por ello, sería originariamente a través de la jurisprudencia que el TC fue tejiendo como, poco a poco, la interpretación de la participación de las CCAA se definió dentro de la UE, de manera paralela a la progresiva ampliación de competencias, obligaciones y fondos que se recibían.

Este proceso, que se fue conformando lentamente a lo largo de los años 80 y 90 del siglo pasado, ha desembocado en la actual situación, en la que todos los canales existentes para asegurar la participación autonómica forman parte de la actividad cotidiana de las administraciones estatal y autonómica, encontrándose perfectamente regulados y articulados.

En relación a ello y para poder entender cuáles son estos canales y cómo funcionan, ha de partirse del hecho de que existen dos vías dentro de la fase ascendente: la participación autonómica a través de las de vías intermedias con el Estado, y la participación vía directa con las Instituciones.

Así, en primer lugar, en relación a la participación regional a través de las vías intermedias, es decir, aquellas en las que las CCAA actúan a través de órganos estatales, encontramos como primer medio de intervención, la actuación a través de Conferencias Sectoriales.

Las mismas son órganos de cooperación multilateral



entre el Estado y las CCAA que se crean mediante la Ley 12/1983 de 14 de octubre, del Proceso Autonómico para desarrollar el trabajo en conjunto sobre una actividad o materia compartida. Actualmente se regulan en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 147 establece:

"La Conferencia Sectorial es un órgano de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, que reúne, como presidente, al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración General del Estado, resulte competente por razón de la materia, y a los correspondientes miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla".

En relación a la estructura de trabajo, la capacidad de decisión en el seno de las Conferencias Sectoriales varía en función del tipo de competencia de la que se trate, de tal manera que en aquellos casos en los que la materia sea competencia exclusiva del Estado, este únicamente habrá de informar acerca de las actuaciones y decisiones que vayan a adoptarse en el ámbito europeo; mientras, que en los casos en los que la competencia sea compartida, habrá de llegarse necesariamente a un acuerdo, si bien será el Estado quien tenga la competencia para adoptar finalmente la decisión en caso de discrepancia.

La situación resulta más compleja cuando se trata de competencias exclusivas de las CCAA o de una comunidad en concreto, puesto que en este caso son ellas quienes han de adoptar la posición final a nivel estatal. No obstante, lo cierto es que, en el caso que exista disconformidad entre las partes, será el Estado el que adopte la decisión final, debiendo justificarla



adecuadamente cuando se aleje de la posición autonómica.

Dentro de las Conferencias Sectoriales se creó una específica y exclusiva para abordar el trabajo en común en materia de asuntos europeos. Se trata de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea (CARUE)¹⁰, creada en el año 1989 bajo la forma de una comisión bilateral y regulada posteriormente en la Ley 2/1997, de 13 de marzo y que actualmente se integra dentro de la estructura del Ministerio de Política Territorial.

La misma fue tomando forma verdaderamente durante los años 90, especialmente gracias al acuerdo de institucionalización adoptado en 1992, así como a la ampliación de sus competencias mediante acuerdo del año 1994, a la propia Ley de 1997 y a su posterior Reglamento interno.

Su objeto y definición se encuentran regulados en el artículo 1 de la Ley 2/1997, de 13 de marzo, que establece que:

" La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que se regula en la presente Ley, es un órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeosórgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su

¹⁰ La CARUE, que originariamente se llamó Conferencia para Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea (CARCE), se creó con la idea de servir de institución conectora entre la UE y las CCAA.



participación en los asuntos comunitarios europeos".

Por su parte, el artículo 3 de la mentada Ley recoge las funciones del organismo:

"(...) 1.ª La información a las Comunidades Autónomas y la discusión en común sobre el desarrollo del proceso de construcción europea.

2.ª La articulación de mecanismos para hacer efectiva la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas.

3.ª El tratamiento y resolución con arreglo al principio de cooperación de aquellas cuestiones de alcance general o contenido institucional relacionadas con las Comunidades Europeas como las siguientes:

a) Procedimientos técnicos para asegurar la recepción de la información comunitaria de carácter general por parte de las Comunidades Autónomas.

b) Técnica normativa tanto para incorporar las directivas al Derecho interno como para aplicar, desarrollar o ejecutar reglamentos y decisiones.

c) Fórmulas de participación en los procedimientos internos para el cumplimiento de obligaciones ante las instituciones comunitarias.

d) Problemas planteados en la ejecución del Derecho comunitario por implicar a varias políticas comunitarias o exigir medidas internas con un cierto grado de coordinación temporal o material.

e) Cuestiones relativas a la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados



con las Comunidades Europeas que carezcan de una Conferencia Sectorial o instrumento equivalente donde ser tratadas.

4.ª El impulso y seguimiento del procedimiento de participación de las Comunidades Autónomas, a través de las respectivas Conferencias Sectoriales u organismo equivalente, en las políticas o acciones comunitarias que afectan a las competencias de aquéllas.

5.ª Garantizar el cumplimiento en las Conferencias Sectoriales de los procedimientos y fórmulas de participación de las Comunidades Autónomas previstos en las materias 3.ª c) y 4.ª, disponiendo la adecuada aplicación de los mismos.

6.ª El tratamiento de aquellas otras cuestiones de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos relacionados con las Comunidades Europeas que estimen oportuno.”

No obstante, y a pesar de esta prolija relación de funciones que recogía la Ley, lo cierto es que la CARUE permaneció relativamente inactiva hasta el año 2004, momento en el que, gracias a los acuerdos adoptados en el mes de diciembre para ampliar sus funciones y competencias, adquirió por fin una mayor dimensión y capacidad.

Y ello en parte gracias a la decisión de permitir a las CCAA la participación en cuatro formaciones del Consejo de Ministros de la UE. Estas eran:

- Formación de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores;
- Formación de Agricultura y Pesca;



- Formación de Medio Ambiente;
- Formación de Educación, Juventud y Cultura.

Posteriormente, en el año 2009 se ampliaría a dos formaciones más: Competitividad-Consumo y Juego.

Dicha participación supone, en la práctica, la traslación de la voluntad autonómica al Consejo de la UE, siempre que se trate, como es evidente, de asuntos que afectan a las competencias de las CCAA.

Para ello, la CARUE establece un calendario rotatorio en el que se determina la coordinación de cada formación por una Comunidad Autónoma, durante un periodo de seis meses. Para llevar a cabo dicha coordinación, la Comunidad ha de designar a un representante autonómico, que asume la concertación con el Estado sobre aquellos asuntos que se traten en los grupos de trabajo de las formaciones.

El representante autonómico debe tener rango de consejero o miembro de un Consejo de Gobierno autonómico y representará al resto de CCAA durante su periodo de coordinación, pasando a formar parte, de facto, de la delegación española a todos los efectos, como miembro de pleno derecho¹¹.

La principal y más esencial función del representante es coordinar la información y adoptar una posición común en nombre de todas las CCAA sobre los asuntos de interés que se aborden durante el periodo de

¹¹ CASTELLÁ ANDREU, J., "Las Comunidades Autónomas en Bruselas: la dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea", REAF, núm. 6, 2008, pág. 59.



coordinación.

Esta posición común puede, en su caso, exponerse por parte del representante regional en el correspondiente Consejo, cuando el ministro del rango no participe, o bien ceda parte de su tiempo de intervención a la región coordinadora.

Así lo regula el artículo 5.3 del Acuerdo de 9 de diciembre de 2004 de la CARUE, por el que se establece el el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo, que específicamente señala lo siguiente:

“El representante autonómico podrá solicitar el uso de la palabra al jefe de delegación si se están debatiendo cuestiones que afectan a competencias autonómicas y existe una posición común autonómica que expresar. En este supuesto, el jefe de delegación le cederá el uso de la palabra siempre que lo estime oportuno para la mejor defensa de los intereses españoles”.

La participación en las formaciones del Consejo supone, a día de hoy, una de las principales herramientas indirectas de actividad en las estructuras de la UE, puesto que otorga a las autonomías la capacidad de influir en las políticas adoptadas por una Institución de carácter decisorio, como es el Consejo.¹²

¹² Araceli Mangas Martín destaca la importancia de la participación regional en el Consejo, como órgano decisorio de las políticas europeas, en su capítulo “Comunidades Autónomas e integración europea: balance general y perspectivas de la presencia directa en las Instituciones, en especial en el Consejo”, integrado en LIÑÁN NOGUERAS, D, LÓPEZ JURADO, C, “La reforma de la delimitación



Por otro lado, las regiones participan también dentro de la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (REPER), la embajada española dentro del entramado de la UE.

La REPER, que depende del Ministerio de Asuntos Exteriores, tiene como función principal defender los intereses nacionales y la posición de España ante la Unión. La misma se compone, por un lado, de consejeros sectoriales, que son funcionarios nacionales que desempeñan las labores de representación del Estado en los distintos grupos de trabajo de las Instituciones.

Y, por otro lado, de los embajadores, que, junto con la representación y dirección de la REPER, trabajan integrados en los Comités de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros de la UE (el llamado COREPER), al objeto de preparar el trabajo previo a las reuniones de los ministros en cada uno de sus ámbitos.

Este órgano se subdivide a su vez en dos grupos: el COREPER I, encargado de examinar cuestiones de carácter técnico por parte de los representantes permanentes; y el COREPER II, que está compuesto únicamente por los embajadores y se focaliza en cuestiones de carácter político.

De igual forma, dentro de la REPER encontramos integrada la Consejería para Asuntos Autonómicos, creada mediante Real Decreto 2105/1996, de 20 de septiembre, con el objetivo de incorporar a un representante de las CCAA dentro de esta estructura y

competencial en la futura Unión Europea”, Universidad de Granada, 2003.



que posteriormente, se ampliaría a dos representantes en el año 2004.

Los consejeros autonómicos, que han de ser funcionarios y forman parte, junto con el resto de consejeros de la REPER, de los grupos de trabajo de la delegación española, tienen como principal actividad la coordinación de información en materia europea que pueda afectar a las CCAA.

En este sentido, la consejería autonómica no es, per se, una figura de carácter autonómico¹³, si bien en la práctica sus funciones se focalizan en mantener la coordinación entre las CCAA, la REPER y las Instituciones, resultando, a fin de cuentas, una figura de enorme utilidad para el trabajo diario de las comunidades.¹⁴

Además de las vías indirectas mencionadas, las CCAA participan en el trabajo de la CE, articulada a través de comités y grupos de trabajo, mediante la llamada "comitología".

Esta colaboración, que se coordina en España a través de la CARUE, se inició con las regiones europeas a finales de los años 90, tras la constatación por parte de la Comisión y los Estados de la necesidad imperiosa de colaboración directa con las regiones en el proceso de toma de decisiones de la UE, regulándose actualmente por el Reglamento (UE) 182/2011 del Parlamento

¹³ GONZÁLEZ PASCUAL, M, "Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea Condicionantes, evolución y perspectivas de futuro", Institut d'Estudis Autònomic, II. Títol III. Col·lecció: Con(textos) A, 2013, pág. 62.

¹⁴ ROIG MOLÉS, R, "Las Comunidades Autónomas y la posición española en los asuntos europeos", pág. 198-203.



Europeo (PE) y del Consejo.

El término “comitología” alude al modelo de la CE por el cual esta institución ejerce sus competencias de dirección y ejecución de la normativa, mediante la asistencia de comités de expertos, divididos en materias, que cuentan con la participación de técnicos de los EEMM.

Tras varias décadas de existencia, se ha constatado que se trata de una vía de participación enormemente satisfactoria, ya que, por un lado, la CE se asegura a través de ella de que sus políticas se adapten lo mejor posible a la realidad de cada Estado miembro, mientras que, por parte de estos se facilita la traslación de sus posiciones y reivindicaciones al ámbito europeo.

La participación en los comités tiene un periodo de cuatro años y se articula de dos formas en el ámbito regional europeo. Por un lado, las regiones pueden solicitar su participación en calidad de “responsables autonómicos”, lo que conlleva la asistencia a los grupos de trabajo, la participación activa en los mismos y la colaboración en la adopción de normativa y decisiones nacionales.

Y, por otro, las regiones pueden participar en calidad de “representantes sectoriales”, que son figuras que suponen asimismo la participación en comités, pero en calidad de receptores de información sobre el trabajo de los mismos y las novedades normativas que vayan a adoptarse sobre la materia.

En el caso concreto de España, las CCAA han ido incrementando paulatinamente su participación, que alcanza en la actualidad más de un centenar de los Comités de la CE.



Castilla-La Mancha, por su parte, ha participado de manera regular y constante en los comités de trabajo, formando parte en la actualidad de cerca de sesenta comités dentro del periodo 2021-2025.

Una vez revisadas las vías de participación indirecta, a través de los canales del Estado, han de abordarse las vías directas dentro de la fase ascendente, esto es, las herramientas que tienen las CCAA para participar de forma directa a través de sus propias entidades y dentro de las Instituciones.

En este sentido, la vía más representativa y de mayor envergadura, que materializa la participación de todas las regiones en la UE en su sentido más amplio y complejo es, evidentemente, el Comité Europeo de las Regiones (CdR).

El CdR es un órgano consultivo que representa a los entes regionales y locales de la UE, fruto de la materialización del principio de subsidiariedad y de la adopción de parte de las reivindicaciones del movimiento regional en el Tratado de Maastricht en 1992.

Previamente a su creación, la CE contaba ya con una entidad de carácter consultivo, el Consejo Consultivo de los Entes Regionales y Locales, instituido en 1988 mediante la Decisión 88/487/CEE, de 6 de septiembre de 1988.

Tal y como la propia Decisión recogía, dicho órgano se fundamentaba en su tarea consultiva para *"cualquier cuestión relacionada con el desarrollo regional y, en especial, con la elaboración y aplicación de la política regional de la Comunidad, incluidas las repercusiones regionales y locales de otras políticas comunitarias"*.



El Consejo estaba compuesto por 42 representantes de entidades regionales y locales europeas, y dividía su trabajo en dos secciones, una para los miembros de las regiones y otra para los representantes locales, que debían haber sido elegidos por mandato electoral en sus respectivos territorios.

No obstante, este órgano pronto se mostró insuficiente para responder a las demandas de las regiones europeas, que reclamaban una verdadera Institución representativa del *hecho regional* dentro de la UE.

En su virtud, el Tratado de Maastricht incorpora entre su regulación la creación del CdR, cuyo objetivo fundamental era dar respuesta a las reivindicaciones de las regiones y entes locales mediante la puesta en marcha de una verdadera Institución en la que vieran representada su importancia dentro de la estructura europea.

El CdR comenzaría su andadura tan solo un año después de la entrada en vigor del Tratado, aprobando su propia estructura y organización internas mediante Reglamento e incorporando paulatinamente a nuevas regiones de los Estados miembro conforme la UE se fue ampliando.

No obstante, el verdadero impulso del CdR tuvo lugar con la aprobación del Tratado de Lisboa en el año 2007, que dotó a la Institución de nuevas capacidades y competencias que potenciaron su trascendencia en el proceso decisorio europeo.

Así pues y de acuerdo con el artículo 307 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), las Instituciones deberían consultar en adelante al CdR con carácter obligatorio y previo a la adopción de sus decisiones y actuaciones, siempre que las mismas



tuvieran una repercusión regional y local, y, en todo caso, cuando se tratase de las materias enumeradas en los tratados, entre los que pueden destacarse los siguientes:

- educación, formación profesional y juventud (artículo 165 del TFUE).
- cultura (artículo 167 del TFUE).
- salud pública (artículo 168 del TFUE).
- redes transeuropeas de transportes, telecomunicaciones y energía (artículo 172 del TFUE).
- cohesión económica y social (artículos 175, 177 y 178 del TFUE).

Además de la obligatoriedad de la solicitud del dictamen, el Tratado de Lisboa introdujo una cláusula de garantía, mediante la cual el incumplimiento del trámite de consulta podía viciar de nulidad cualquier procedimiento de la CE, el PE o el Consejo, aun cuando los dictámenes no tenían carácter vinculante, otorgando así a las regiones la entidad suficiente para reflejar sus posiciones ante la UE.

Por lo que respecta a su organización interna, el CdR está compuesto por 329 miembros que han de ser titulares de un mandato electoral, ya sea regional, ya sea local, o bien tener responsabilidad política ante una asamblea elegida democráticamente. A su vez, cada representante cuenta con un miembro suplente, designado por la propia entidad a la que representa. Ambos se designan



por un período de cinco años¹⁵.

El CdR tiene asimismo un presidente y un vicepresidente, designados por la Mesa del propio órgano, por un periodo de dos años y medio. La misma, que elabora el programa político y adopta las decisiones ejecutivas dentro del CdR, está compuesta por sesenta y un miembros: el presidente, el vicepresidente primero, 27 vicepresidentes (uno por Estado miembro), los presidentes de los grupos políticos del CDR y otros 27 miembros de las delegaciones nacionales.

Una vez constituido el periodo legislativo, los miembros de facto del CdR han de quedar adscritos dentro de un grupo político e integrados en su respectiva delegación nacional.

Asimismo, cada miembro se integra en comisiones, que son entidades de trabajo que se dividen por materias:

- Cohesión Territorial y Presupuesto de la UE (COTER).
- Política Económica (ECON).
- Política Social, Educación, Empleo, Investigación y Cultura (SEDEC).
- Medio Ambiente, Cambio Climático y Energía (ENVE).
- Ciudadanía, Gobernanza y Asuntos Institucionales

¹⁵ España cuenta actualmente con veintiún miembros, de los que diecisiete representan a las CCAA y cuatro a las entidades locales.



y Exteriores (CIVEX).

- Recursos Naturales (NAT).

Actualmente, Castilla-La Mancha forma parte de la Comisión de Política Social, Educación, Empleo, Innovación y Cultura (SEDEC), donde se priorizan materias como el reto demográfico o el Pilar Social; y de la Comisión de Medio Ambiente, Cambio Climático y Energía (ENVE) donde se abordan, como su propio nombre indica, cuestiones primordialmente medioambientales.

En lo que respecta al procedimiento de trabajo interno, recogido en el Reglamento del Comité, para aquellas materias en las que el TFUE establece la obligatoriedad del pronunciamiento, las Instituciones han de solicitar dictamen con la suficiente antelación, al objeto de que el mismo se integre en el procedimiento decisorio.

Junto con los dictámenes de carácter obligatorio, el artículo 307 del TFUE regula la posibilidad de que el CdR sea consultado *"en cualesquiera otros"* casos, más allá de aquellos que establecen los tratados de manera obligatoria, *"en particular aquellos que afecten a la cooperación transfronteriza, en que una de estas instituciones lo estime oportuno"*.

Ello se materializa en que, de facto, las Instituciones solicitan dictámenes para la mayor parte de los asuntos, siendo que, además, el CdR realiza también pronunciamientos de manera voluntaria, en aquellos temas que considera de interés regional o local, de acuerdo también con lo establecido en el mentado artículo 307 del TFUE.

Además, junto con su función de elaboración y



aprobación de dictámenes, el CdR puede aprobar resoluciones e informes, no vinculantes, sobre cuestiones de actualidad o interés regional y local. Asimismo, el Comité organiza conferencias, seminarios y exposiciones, como, por ejemplo, la Semana Europea de las Regiones y Ciudades o la Cumbre Europea de Regiones y Ciudades, que tienen lugar cada año y cada dos años respectivamente.

Por último, resulta necesario mencionar, aun brevemente, la dimensión judicial del CdR, de acuerdo con las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa. Así, el Comité puede presentar el oportuno recurso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en caso de considerar que las competencias regionales o locales han sido invadidas en un asunto, o bien que sus competencias no han sido respetadas por el resto de Instituciones.

Además de esta vía, el CdR está legitimado para presentar un recurso de anulación sobre una norma o acto europeo, siempre y cuando la norma que se impugne afecte directamente a las competencias regionales o locales.

Y, en último lugar, esta Institución está legitimada para presentar un recurso de inactividad ante el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), pereciente al TJUE, en el supuesto de que una Institución no apruebe una decisión o actuación de la que sean destinatarias las regiones o entidades locales; o bien presentar una acción de responsabilidad extracontractual en el caso de que las regiones o entidades locales hayan sufrido daños como consecuencia de la actuación de alguna Institución.

Por otro lado, las regiones también pueden participar de manera indirecta en los litigios ante el TJUE como parte



interesada, en apoyo de las pretensiones de las partes demandantes de un litigio; personándose en la fase prejudicial de un procedimiento sobre asuntos de interés regional o local; o bien a través de la solicitud al Estado para que interponga el correspondiente recurso ante el TJUE, en aquellos casos en que la región considere que una normativa o acción se extralimita en sus competencias y afecta a su ámbito competencial.

De esta forma, el CdR goza a día de hoy de legitimación plena para ser parte en los procesos judiciales, siempre que los mismos tengan una repercusión regional o local, o se trate de las materias sobre las que tienen una competencia consultiva.

Pues bien, una vez analizada la principal herramienta de participación directa de las regiones europeas, resulta necesario mencionar, dentro también de las vías de participación directa, el papel de los diputados en el PE.

En este sentido, los también llamados eurodiputados no solo representan a su Estado, sino también a su territorio, trasladando las reivindicaciones de sus regiones a la UE; solicitando la colaboración de las entidades regionales, ciudadanía y tejido asociativo y empresarial a la hora de elaborar dictámenes o realizar el proceso de enmiendas; y disponiendo de periodos de estancia en su ámbito territorial respectivo, al objeto de conocer y trasladar los intereses del mismo en el ámbito europeo.

Como sucede con la estructura organizativa del CdR, los diputados del PE están integrados en grupos políticos y asimismo en sus respectivas delegaciones nacionales. Para desarrollar su trabajo diario, han de formar parte de comisiones, entendidas como grupos de trabajo diferenciados por materias.



Por otro lado, dentro de los canales de participación directa en la UE, hay que destacar el papel de dos órganos, ajenos a la estructura de las Instituciones, pero que, no obstante, tienen un ámbito europeo.

El primero de ellos es la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales Europeas (CALRE), una red oficial europea que reúne a más de setenta asambleas parlamentarias regionales de regiones pertenecientes a la UE y que se creó en el año 1997.

La CALRE desarrolla sus funciones en grupos de trabajo, divididos de acuerdo con sus ámbitos competenciales, y centra su actividad principalmente en el intercambio de buenas prácticas entre los distintos parlamentos de la UE con competencias legislativas, dentro de los cuales encontramos al parlamento regional de Castilla-La Mancha.

También debe tenerse en cuenta el Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa, un órgano consultivo del Consejo de Europa, que integra a 324 miembros que, al igual que en el CdR deben ser titulares de un mandato electoral o responsables de una asamblea electa, y en el que España cuenta actualmente con doce miembros designados de común acuerdo entre los coordinadores de asuntos europeos de todas las comunidades autónomas.

Asimismo, dentro de las vías de participación directa en las Instituciones, debe mencionarse la participación mediante la recepción de fondos de la Comisión Europea, ya sea a través de Programas Europeos de Gestión Directa (PEGD), ya sea mediante fondos estructurales.

La primera vía, a través de PEGD, esto es, programas que se gestionan directamente por la CE o a través de



alguna de sus agencias y que se focalizan a través de algún programa europeo, como LIFE, INTERREG, Horizonte Europa, CERV, Erasmus +, etc.

Los mismos se gestionan a través de guías de trabajo y convocatorias a las que las entidades, públicas o privadas acceden como herramienta para llevar a cabo proyectos de carácter transnacional que tengan una repercusión en el territorio.

Por su parte, la segunda se canaliza mediante los fondos estructurales otorgados por la Comisión Europea: el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER); el Fondo Social Europeo (FSE); el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER); el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP); y el Fondo de Cohesión (FC).

Dichos fondos se gestionan, a nivel regional, a través del correspondiente órgano gestor con competencias en la materia, que ha de presentar su programa, así como la ejecución y evaluación de las actuaciones realizadas con los fondos al órgano intermedio, el Ministerio del ramo, que es quién certifica a la CE el buen uso de estas fuentes.

Castilla-La Mancha está calificada como "región en transición", esto es, aquella región con un PIB per cápita inferior al 75% del PIB medio europeo, por lo que goza de mayores fondos que otras CCAA para llevar a cabo actuaciones, infraestructuras y políticas de desarrollo a través del FEDER, el FEADER y el FSE.

Por último, en este apartado, mencionar brevemente la participación directa a través de la colaboración de las administraciones regionales en redes europeas, entidades de ámbito europeo con distintas estructuras jurídicas que constituyen en la actualidad una poderosa



herramienta de trabajo para las administraciones, asociaciones o empresas, al funcionar como entidades conectoras que trabajan directamente con las Instituciones.

En muchos casos, se trata de redes que comparten información sobre políticas europeas, proyectos o intereses comunes, o bien que trabajan en conjunto para apoyar la adopción de normativa.

En otros casos, se trata de redes de entidades que se constituyen para buscar financiación, mediante la puesta en marcha de proyectos europeos, principalmente a través de actuaciones en programas de gestión directa de la Comisión Europea.

En el caso de Castilla-La Mancha, la región participa a través de organismos públicos de la JCCM en varias de ellas, como es el caso de la red Iniciativa Regional para la Cultura y la Creatividad (RICC), que tiene por objeto impulsar el trabajo local y regional en el ámbito cultural europeo; o la red NECSTouR, cuyo ámbito es el turismo y las políticas sociales y medioambientales.

En último lugar, dentro de la fase ascendente de participación de las CCAA en la UE, deben mencionarse instrumentos de carácter estrictamente regional pero que tienen una traslación directa en las estructuras de trabajo de la UE.

Dentro de dichos instrumentos, encontramos, en primer lugar, las entidades de cada administración regional que tienen competencias en materia europea, ya sean consejerías, direcciones generales u organismos dentro de cada comunidad autónoma.

En el caso de Castilla-La Mancha, se trata de la Dirección



General de Asuntos Europeos, dependiente de la Viceconsejería de Relaciones Institucionales de la Vicepresidencia del Gobierno regional, de conformidad con lo establecido en el Decreto 77/2019, de 16 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha¹⁶.

De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 77/2019, en su modificación introducida por el Decreto 23/2021, las funciones de la Dirección General de Asuntos Europeos en Castilla-La Mancha son:

"(...) a) La asistencia al Vicepresidente de la Junta de Comunidades en su participación en la Conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea.

b) La asistencia al Presidente de la Junta de Comunidades en su participación en el Comité europeo de las Regiones, y su suplencia en caso necesario, así como el fomento de la participación de las Consejerías en el procedimiento de aprobación por dicho órgano

¹⁶ El Decreto 77/2019 ha sido posteriormente modificado parcialmente por los siguientes decretos:

- Decreto 23/2021, de 23 de marzo, por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- Decreto 114/2021, de 16 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



consultivo europeo de sus dictámenes y resoluciones.

c) La coordinación de la participación de la Comunidad Autónoma en las formaciones del Consejo de Ministros de la Unión Europea y en los comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus competencias de ejecución.

d) La dirección de las tareas ordinarias de la Oficina de Castilla-La Mancha ante la Unión Europea.

e) La respuesta a las solicitudes de información realizadas a través del punto de contacto del mecanismo EU_PILOT, así como a las cartas de emplazamiento y dictámenes motivados en los procedimientos de aplicación del Derecho de la Unión Europea, a partir de la información que deberán suministrarle, dentro del plazo que se les indique, los órganos materialmente competentes.

f) La coordinación y seguimiento de las ayudas públicas en la Administración Regional y en los organismos y entidades de derecho público o privado vinculados o dependientes, emitiendo informe, con carácter previo y preceptivo, sobre el establecimiento de nuevos regímenes de ayudas, o la modificación de los existentes, que se acojan a reglamentos de exención o a directrices de la UE sobre ayudas estatales y que deban ser comunicados o notificados a la Comisión.

g) La solicitud de intervención del Reino de España en las cuestiones prejudiciales suscitadas por los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma y la asistencia a la Abogacía del Estado en los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando sus decisiones sean susceptibles de afectar a los intereses de la Comunidad Autónoma.



h) La dirección del Centro de Información Europe Direct Castilla-La Mancha. i) El fomento de la participación de las entidades de Castilla-La Mancha en las convocatorias de los programas financieros de gestión directa de la Unión Europea.

j) Las acciones de formación y sensibilización en asuntos relacionados con la Unión Europea para empleados públicos de la administración regional y de otras Administraciones públicas de Castilla-La Mancha y la colaboración en esta materia con las que realicen otras instituciones públicas o privadas.

k) La coordinación regional del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) y del procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información.

l) La elaboración de informes sobre las medidas legislativas y ejecutivas de la Unión Europea susceptibles de afectar a la Comunidad Autónoma.

m) La asistencia a las Entidades Locales y a las entidades del sector institucional público y privado de Castilla-La Mancha en sus relaciones con la Unión Europea.”

En virtud de dichas competencias, la dirección general desarrolla a nivel regional todas las actuaciones y competencias en materia europea, entre las que destacan las funciones de formación y sensibilización en materia europea; la formación para la ciudadanía; la asistencia en la participación de las distintas consejerías en las Instituciones; la búsqueda de financiación europea y participación en proyectos; la asistencia al Presidente en la participación regional en el CdR; y, en general, el desarrollo de actividades informativas y de apoyo a la



ciudadanía en sus relaciones con la UE.

En este sentido, los organismos regionales con competencia en asuntos europeos son la primera y más esencial vía de participación y conexión de las CCAA con la UE, por delante de cualquier otro canal.

Dentro de los órganos regionales existe asimismo la posibilidad de contar con centros Europe Direct. Estos centros, de carácter informativo, se gestionan directamente por la CE, quién establece sus objetivos y funciones a desarrollar por las entidades que se adscriben.

En Castilla-La Mancha existen tres centros Europe Direct, uno de ellos integrado en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dentro de la Dirección General de Asuntos Europeos.

Por último, mencionar que, además de los organismos que cada Comunidad Autónoma tiene dentro de su ámbito territorial, las CCAA cuentan con una oficina regional de representación ante la UE, ubicada en Bruselas.

El origen de las oficinas o representaciones regionales como entidad con reconocimiento legal y capacidad de actuación proviene de la sentencia del TC 165/1994¹⁷, en relación a la oficina abierta por el País Vasco, en la que se reconoció la legitimidad de las comunidades a ser representadas directamente en las actividades de la UE que fueran de su competencia, en tanto estas relaciones directas no perjudicasen al Estado central.

La sentencia, cuyo origen fue el litigio entre el Estado y

¹⁷ [Sentencia del TC 165/1994, de 26 de mayo.](#)



el País Vasco como consecuencia de la puesta en marcha de éste de una oficina en la UE, reconocía, de facto, la posibilidad de que las CCAA pudieran contar con su propia representación institucional en la UE, si bien recogía una serie de limitaciones, determinando que:

"(...) la posibilidad de las Comunidades Autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe entenderse limitada a aquéllas que, siendo necesarias, o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un ius contrahendi, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado, y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales".

Como consecuencia de la misma, las CCAA comenzaron a instalar oficinas en Bruselas, proliferando rápidamente hasta verse representadas en su totalidad a finales de los años 90. Posteriormente se oficializaría la creación de las Oficinas mediante la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, apareciendo bajo la figura de las delegaciones nacionales.

En concreto, el art. 36.7 recogía que: *"la Administración General del Estado en el exterior colaborará con todas las instituciones y organismos españoles que actúen en el exterior y en especial con las oficinas de las Comunidades Autónomas".*

Años después se aprobaría la Ley 2/2014 de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, cuyo artículo 5 regulaba lo siguiente:

"1. Son sujetos de la Acción Exterior del Estado, los



órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los órganos administrativos, instituciones y entidades que, en el ejercicio de sus propias competencias, actúan y se proyectan en el exterior.

2. Los órganos constitucionales, las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes mantendrán informado al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de las propuestas sobre viajes, visitas, intercambios y actuaciones con proyección exterior, para que este departamento pueda informar y, en su caso, emitir recomendaciones motivadas sobre la adecuación de la propuesta de actuación a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior fijados por el Gobierno y los instrumentos de planificación establecidos por esta ley (...)”.

Por su parte, el artículo 11 recogía la delimitación competencial de las oficinas, estableciendo que:

“1. Las actividades que las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local puedan realizar en el exterior en el marco de las competencias que les sean atribuidas por la Constitución, por los Estatutos de Autonomía y las leyes, respetarán los principios que se establecen en esta ley y se adecuarán a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior fijados por el Gobierno.

(...)

3. Las actuaciones que se lleven a cabo en el ejercicio de la Acción Exterior no podrán comportar, en ningún caso, la asunción de la representación del Estado en el exterior, la celebración de tratados internacionales con



otros Estados u organizaciones internacionales, la generación, directa o indirecta, de obligaciones o responsabilidades internacionalmente exigibles al Estado, ni incidir o perjudicar la Política Exterior que dirige el Gobierno. Corresponde en cualquier caso al Gobierno establecer las medidas y directrices que regulen y coordinen las actividades en el exterior de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas con el objeto de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley.

(...).”

Es a través de dicha Ley que se reconoce, por primera vez en un texto jurídico, la actividad exterior de las CCAA, siempre y cuando se respetase el marco competencial establecido por la Constitución y no se asumiera la representación del Estado en las actuaciones regionales, ni se colocara a España en una situación de responsabilidad internacional.

En el caso de Castilla-La Mancha, la Oficina de representación regional se constituyó en el año 1996 mediante Decreto. Actualmente se encuentra integrada dentro de la Vicepresidencia regional, estando regulada en el Decreto 77/2019, de 16 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

El mismo, modificado por el Decreto 23/2021, de 23 de marzo, establece que las funciones principales de la Oficina son la actuación como órgano de relación con la Representación Permanente de España ante la Unión Europea, el seguimiento del proceso de toma de decisiones en las Instituciones y órganos consultivos de



la UE y la asistencia al Gobierno Regional en su interlocución con las mismas y con el resto de regiones y entes locales de otros Estados miembros con los que Castilla-La Mancha establezca relaciones de colaboración o partenariado en defensa de intereses comunes, así como con cualesquiera redes y foros relevantes para Castilla-La Mancha en el ámbito de la Unión Europea.

Además de todo ello, la oficina regional es un interlocutor directo con el CdR y constituye pieza esencial de la participación autonómica en el Consejo, especialmente cuando se produce la presidencia de una formación, asistiendo al Gobierno regional en la interlocución con el Consejo, junto con la REPER y los consejeros autonómicos.

A modo de conclusión sobre la participación en la fase ascendente de las CCAA, puede afirmarse que actualmente los canales de los que disponen las autonomías son numerosos y variados, y ofrecen todo un abanico de posibilidades a las comunidades para poder formar parte del proceso decisorio tanto nacional como europeo, al poder actuar tanto desde el Estado como directamente, a través de las Instituciones.

III. La participación regional en la fase descendente. El caso de Castilla-La Mancha.

Al objeto de alcanzar una comprensión absoluta de la participación regional en las estructuras europeas, es necesario acometer asimismo la exposición de las vías de participación en la llamada "fase descendente", esto es, la aplicación de facto del Derecho europeo por parte de la región, bien mediante su traslación a la normativa interna, bien mediante la ejecución de la normativa europea.



En este sentido, la evolución de la participación descendente ha resultado menos compleja que la fase ascendente, como consecuencia, principalmente, de la necesidad imperiosa de ejecutar las obligaciones europeas en los respectivos territorios internos.

Así pues, hay que partir del hecho de que las CCAA establecían ya desde el origen en sus respectivos EEAA la competencia para ejecutar las obligaciones derivadas de los tratados internacionales, siempre que se tratase de competencias propias, de acuerdo con lo regulado por la Constitución.

En el caso específico del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, encontramos esta competencia en el artículo 34, que establece que:

"La Comunidad Autónoma ejecutará, dentro de su ámbito territorial, los tratados internacionales, en lo que afecten a las materias propias de su competencia".

Asimismo, y para poder entender el porqué de la menor complejidad existente en el desarrollo del proceso de participación descendente, es necesario tener en cuenta que, en el caso de la aplicación del Derecho europeo, la UE establece una obligación de resultado por parte del Estado miembro, pero sus tratados no regulan quién y cómo ha de cumplir internamente, siendo, por tanto, el Estado el único competente para determinar este punto.

Esto es así puesto que, en caso contrario se estarían invadiendo las competencias de soberanía y autoorganización de los Estados miembro, entrando en colisión con las estructuras internas y las delimitaciones competenciales de cada uno que, además, son muy diferentes entre sí.



Por lo que a España respecta, a la hora de determinar la competencia para ejecutar el Derecho europeo, se parte de la distribución competencial de los artículos 148 y 149 de la Constitución. En su virtud, las CCAA pueden desarrollar legislativa y reglamentariamente el Derecho europeo, si la materia en cuestión es de su competencia, de acuerdo con lo estipulado en sus respectivos EEAA.

No obstante, y a pesar de la mayor simplicidad de este proceso, la aplicación de la fase descendente del Derecho europeo por parte de las CCAA tampoco estuvo exenta del todo de problemática en sus inicios.

En este sentido, el TC mantuvo una postura ambigua durante los primeros años en torno al concepto de ejecución de la normativa europea, sin aclarar en sus primeras sentencias si por ésta se entendía el desarrollo normativo a partir de la norma comunitaria, o bien se trataba simplemente de la obligación de cumplirla de facto mediante su mera ejecución.

Así pues, las primeras sentencias de los años 80 se centraban en el hecho de que el Estado era el representante ante cualquier instancia supra nacional, siendo que el artículo 93 de la Constitución le facultaba para desarrollar por entero la normativa europea, independientemente del reparto constitucional interno entre el Estado y las CCAA.

Esta conclusión, como es evidente, ni satisfacía a las CCAA ni resultaba viable en la práctica, por cuanto que la transmisión de competencias, obligaciones y fondos europeos al Estado español requería en ocasiones de la ejecución regional y de la traslación de las normas a su correspondiente ámbito interno.

No obstante, y ante la evidente necesidad de otorgar



soluciones a la constante problemática, el Tribunal pronto modifica su interpretación, entendiendo que el artículo 93 de la Constitución no legitima por sí solo un *"título competencial autónomo a favor del Estado"*¹⁸, siendo que pronto se abre a la posibilidad de una interpretación extensiva de las competencias autonómicas en la fase descendente.

En esta línea, el TC delimita ya a finales de los años 80 una interpretación comprensiva de la participación regional, estructurada alrededor del *"principio general de la no alteración del orden interno de distribución de competencias"*, de tal forma que las CCAA tuvieran, efectivamente, competencia para desarrollar legislativa y reglamentariamente el Derecho europeo si la materia necesitada de desarrollo les correspondía competencialmente.

Dicha interpretación además se aplica independientemente del ámbito territorial en el que se ejecuta la competencia, puesto que de lo contrario se estaría impidiendo sistemáticamente la participación autonómica, mediante un vaciamiento de facto de sus competencias.

Así lo expone, entre otras, la sentencia del TC252/1988¹⁹, que ya establecía que el Derecho europeo debía aplicarse en función de las reglas generales de distribución de competencias entre los órganos centrales y autonómicos. Así pues, el TC indicaba que:

"Son, en consecuencia, las reglas internas de

¹⁸ ESPEJO CAMPOS, A, "La trasposición del Derecho de la Unión Europea por las Comunidades Autónomas", Universidad de La Laguna, 2012, pág. 3.

¹⁹ [Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1988, de 20 de diciembre.](#)



delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

(...) Las normas estatutarias que, como la recogida en el art. 27.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, prevén que la Comunidad Autónoma adoptará las medidas necesarias para la ejecución de los Tratados internacionales en lo que afecten a materias atribuidas a su competencia, no son, como resulta evidente, normas atributivas de una competencia nueva, distinta de las que en virtud de otros preceptos ya ostenta la Generalidad.”

Y, en este sentido y a propósito de la distinción competencial, el TC finalizaba señalando lo siguiente:

“(...) Por consiguiente, son también aquí las reglas internas las que han de determinar qué instancia del Estado miembro se halla constitucionalmente habilitada para nombrar el Veterinario oficial cuya intervención se precisa por las Directivas aludidas”.

Posteriormente y de manera más profunda, la sentencia 54/1990 delimita ya la jurisprudencia que se aplicará en adelante²⁰ en caso de conflicto en la fase descendente reconociendo que, contrariamente a las alegaciones expuestas por la Abogacía del Estado en relación a la competencia internacional del Estado, era la Comunidad Autónoma la entidad competente para ejecutar la materia objeto de conflicto, de acuerdo con sus competencias constitucionales:

²⁰ [Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1990, de 28 de marzo.](#)



" (...) En cuanto a las relaciones internacionales, alegadas como título concurrente con la sanidad para recabar la competencia de ejecución del Estado, la garantía del cumplimiento de las obligaciones estatales no impone que deba ser la Administración del Estado la que lleve a cabo directamente la función de control e inspección de la distribución y dispensación de estos productos.

El cumplimiento de dichas obligaciones se garantiza por las propias bases y la coordinación de la sanidad interior y la legislación sobre medicamentos que corresponde en exclusividad al Estado, pero en nada afecta a la distribución de competencias ejecutivas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que naturalmente no pudo ser tomada en cuenta por la legislación preconstitucional.

No se puede entender, por consiguiente, que la genérica competencia del Estado en las relaciones internacionales desplace en este caso a la competencia específica de la Comunidad Autónoma para la inspección de la distribución y dispensación de medicamentos, vaciándola de contenido, puesto que ambas se mueven en esferas distintas, y por tanto no hay una contradicción entre la realización del control e inspección de los estupefacientes y psicotropos por la Comunidad Autónoma de Galicia y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado."

Junto con ello, el TC comienza a reconocer asimismo su propia competencia para abordar los asuntos europeos, entendiendo desde ese momento su capacidad para entrar en la consideración y el fondo de estas cuestiones, al interpretar que el Derecho europeo formaba parte también del ordenamiento jurídico interno español. Por



ejemplo, en este sentido, la sentencia 79/1992²¹ define que:

"La traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias", y ello puesto que "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental (...)".

Así, la pronta concreción del órgano constitucional para determinar las cuestiones europeas, junto con la relativamente escasa litigiosidad en relación a la aplicación interna del Derecho europeo, ayudaron a que las CCAA establecieran rápidamente vías de participación en la fase descendente, regulando en sus respectivos ordenamientos la forma y medios para el cumplimiento de sus obligaciones europeas.

Entrando en detalle sobre cada una de estas vías participativas, ha de abordarse inicialmente la que se considera la más importante, como es la aprobación de normas internas a través de las cuales ejecutar la normativa europea dentro de la Comunidad Autónoma en cuestión.

Con respecto a esta vía, el cumplimiento de la obligación

²¹ [Sentencia del Tribunal Constitucional 79/1992, de 28 de mayo.](#)



europea se materializa en la evidente aprobación de una norma regional para desarrollar un reglamento, resolución, para complementar su regulación o bien para trasponer una directiva dentro del sistema jurídico autonómico.

En este sentido, cuando el Estado no tenga competencia en la materia, la Comunidad Autónoma podrá directamente desarrollar el Derecho europeo a través de su normativa, siempre dentro de los límites y adecuaciones de la misma²².

Cuestión distinta se produce cuando la competencia es compartida o cuando la normativa europea alcanza materias en los que una parte de la competencia pertenece al Estado y otra a la Comunidad Autónoma, en cuyo caso resultará necesaria la colaboración a la hora de regular la norma en cuestión.

Esta colaboración se materializa, en la práctica, en el establecimiento de una normativa básica por parte del Estado, que deberá constituir una regulación de mínimos al objeto de garantizar la uniformidad y armonización normativa, sobre la que posteriormente las CCAA amplíen su regulación.

En estos casos, si bien el Estado no puede exceder la reserva competencial, lo cierto es que el establecimiento

²² Se trata en este caso de una habilitación derivada de un título horizontal, como bien señala José Antonio Montilla Martos en su estudio sobre el desarrollo normativo del Derecho europeo por las CCAA. MONTILLA MARTOS, JA, "Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 188.



de una normativa básica supone, de facto, un título horizontal que posibilita la ampliación de las competencias estatales sobre ejecución de Derecho europeo, al suponer la imposición de la obligatoriedad de la voluntad estatal en las normas regionales²³.

Una segunda vía de participación regional en la fase descendente es la aplicación del Derecho europeo mediante la ejecución autonómica de actuaciones administrativas. En este caso, las CCAA han de ejecutar actuaciones materiales derivadas de obligaciones que impone la UE, mediante reglamentos, resoluciones o decisiones europeas.

La forma de dar cumplimiento a estas obligaciones depende de la estructura y medios internos de cada entidad regional. Así pues, para el cumplimiento de la obligación se pueden adoptar meras actuaciones o, en algunos casos, normativa regional como decretos, órdenes o incluso instrucciones y circulares, siempre que las mismas se acoten, única y exclusivamente, a materias organizativas propias dentro del territorio de la comunidad autónoma.

Por último, encontramos la vía de la aplicación del Derecho europeo mediante el desarrollo de programas europeos, en el caso en que incidan en competencias autonómicas o bien compartidas con el Estado.

En este sentido, las CCAA podrá ejecutar directamente programas europeos en función de la mentada distribución competencial, debiendo informar

²³ MONTILLA MARTOS, JA, "Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pág. 188.



puntualmente al Estado de las medidas adoptadas para ello.

Pues bien, como puede comprobarse, la aplicación del Derecho europeo en fase descendente ha resultado desde sus inicios relativamente sencilla, si bien su aplicación material sí entraña una complejidad añadida, de enorme importancia, en los casos en que exista incumplimiento o mala praxis por parte de la Comunidad Autónoma en cuestión.

Y ello puesto que, en estos casos, es el Estado el único responsable frente a la UE, por cuanto que es la única entidad con personalidad jurídica para obligarse internacionalmente, en virtud de la Constitución Española. De manera paralela, la UE puede únicamente responsabilizar de los incumplimientos normativos a los Estados y no a las regiones, puesto que no le compete a ella determinar quién es el órgano o estructura responsable en el ámbito interno de los Estados miembro.

En este sentido, el TC se pronunció originariamente sobre la cuestión mediante la sentencia 165/94²⁴, que señalaba:

"Las relaciones internacionales en virtud del artículo 149.1.3 de la Constitución española son las relaciones regidas por el Derecho internacional público, a saber, las relativas a la celebración de tratados internacionales (ius contrahendi), la representación exterior del Estado (ius legationis), la creación de obligaciones internacionales y la responsabilidad internacional del Estado. Sólo en estos

²⁴ CIENFUEGOS MATEO, M, "Estatuto y Unión Europea", Colección Instituto de Estudios Autonómicos ", Generalitat de Cataluña, 2005, pág. 93.



casos se excluye la competencia de las CCAA”.

Así pues, es el Estado el responsable último frente a las Instituciones europeas, si bien ello no exime a las CCAA de su obligación interna de cumplimiento de la normativa europea ni de su responsabilidad legal y patrimonial frente al Estado.

Por ello, cuando un Estado miembro incumple, es la CE, en calidad de guardiana del buen cumplimiento del Derecho europeo, quien dirige sus reclamaciones, primero mediante un procedimiento interno, y posteriormente, en su caso, por la vía judicial.

En este sentido, en primer lugar, la CE solicita al Estado incumplidor que presente sus alegaciones y, en su caso, cumpla con los criterios europeos en un plazo determinado. En el caso de que la CE no comparta las alegaciones, esta dirige un dictamen motivado al Estado, mediante el cual le solicita formalmente que cumpla con sus obligaciones.

Este procedimiento amistoso, que puede llegar a durar años, se utiliza siempre como primer paso antes de dirigirse a la vía judicial, al objeto de tratar de solucionar los conflictos de manera administrativa.

No obstante, en el caso de que el Estado mantenga su incumplimiento, la Comisión podrá interponer recurso por infracción ante el TJUE, como último recurso para lograr el acatamiento del Derecho europeo por parte de los Estados miembro.

En cualquier caso, y a pesar de que es el Estado el que responde ante la UE, es importante recordar que las CCAA deberán atender a sus obligaciones para con la UE en último lugar, así como responder patrimonialmente



ante el Estado²⁵.

En este sentido, la función de intermediario y responsable del Estado resulta natural, como consecuencia de sus obligaciones de garante de las relaciones exteriores, de acuerdo con el artículo 93 y siguientes de la Constitución.

Dentro del ordenamiento jurídico español, el Real Decreto 515/2013, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, recoge el procedimiento de responsabilidad de las autonomías, suponiendo una garantía final para el Estado. Así, el artículo 3 del mentado Real Decreto se establece que:

"Las Administraciones o entidades a las que hace referencia el artículo 2 que, en el ejercicio de sus competencias o funciones, incumplieran por acción u omisión el Derecho de la Unión Europea, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado con carácter ejecutivo por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se deriven de tal incumplimiento".

(...) 3. Se entenderá que existe un incumplimiento cuando se realicen actuaciones u omisiones contrarias al Derecho de la Unión Europea y en particular, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Transposición tardía de directivas europeas al

²⁵ COBREROS MENDAZONA, E., "El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (construcción y elementos en el ordenamiento estatal", Vol. 4, 2011.



ordenamiento jurídico.

b) Transposición incorrecta de directivas europeas al ordenamiento jurídico.

c) Adecuación tardía o incorrecta de la normativa autonómica a la legislación básica estatal dictada en cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

d) Mantenimiento en vigor o aprobación de normas contrarias al Derecho de la Unión Europea.

e) Falta de ejecución o ejecución incorrecta de sentencias, actos o decisiones dictados por las instituciones europeas".

El mentado Real Decreto recoge también el procedimiento a seguir en el caso de que exista un incumplimiento derivado de la responsabilidad concurrente del Estado y de una o varias CCAA, mediante el cual serían ambas instituciones quienes hubieran de responder finalmente por los daños derivados de la mala praxis, determinándose el grado de responsabilidad y el alcance de cada administración.

En todo caso, lo cierto es que los incumplimientos en la fase descendente no son la norma, sino la excepción, siendo que, fuera de estas situaciones, la fase descendente no supone, en la práctica, una dificultad añadida para las CCAA.

En este sentido, puede afirmarse que las CCAA ejecutan sus competencias en la fase descendente de manera normalizada, bien mediante la trasposición y aplicación de la normativa europea dentro de sus estructuras administrativas con absoluta normalidad, bien mediante la colaboración en los procesos de elaboración normativa



o cumplimiento de las actuaciones con las respectivas conferencias sectoriales y ministerios del ramo.

IV. Conclusiones: el futuro de la participación autonómica en la Unión Europea.

La participación regional, así como la de las CCAA en la UE ha experimentado un notable incremento de su importancia en las últimas décadas, especialmente en lo referente a la multiplicación de medios de interacción entre las instituciones internas de los Estados miembro y las principales Instituciones europeas.

Pero, asimismo, como consecuencia del refuerzo competencial del CdR, como Institución que representa a las regiones europeas y canaliza sus objetivos y reivindicaciones dentro de la UE.

Así pues, el llamado *hecho regional* ha ido adquiriendo un considerable peso en los últimos años en la UE, hasta materializarse en un elemento estructural de la Unión, que se incardina a la perfección con los procesos de toma de decisiones y de participación vertical de los distintos niveles administrativos.

De esta forma, el principio de subsidiariedad se aplica de manera comprensiva, no solo como mandato que pretende que las decisiones se tomen en el ámbito más cercano a los ciudadanos, sino, además, como principio básico que permite que las entidades más próximas a estos, es decir, las regiones y entes locales, participen de manera directa en la toma de esas decisiones que, posteriormente habrán de aplicar en su territorio.

Se cierra así la cuadratura perfecta del modelo participativo que la UE lleva perfilando desde finales de los años 80 y que ha buscado ampliar y profundizar en



mecanismos que permitan la participación e interacción más directa de la ciudadanía, entendida como sociedad civil y no como parte integrante de una estructura administrativa o política.

En este sentido, España ha sido un actor principal en el proceso evolutivo del *hecho regional*, como consecuencia de su estructura administrativa y competencial.

La existencia de las CCAA y de su amplia capacidad de autoorganización y autonomía ha permitido que nuestro país se convirtiera en uno de los Estados miembro que más ha reivindicado una mayor participación regional en las estructuras europeas, como ha sido asimismo el caso de Alemania o Italia.

A nivel interno, además, estas reivindicaciones se pusieron de manifiesto prácticamente desde el inicio de nuestra integración en la Comunidad Europea, como consecuencia de la necesidad imperiosa de estructurar canales de participación autonómica en la toma de decisiones y, sobre todo, en la ejecución en el correspondiente territorio de la normativa europea.

Ello ha supuesto que, a día de hoy, España disponga de numerosas vías, directas e indirectas, que aseguran la participación de las CCAA en la toma de decisiones, tanto a nivel interno como dentro de la UE.

De manera paralela a este proceso interno, la UE ha ido desarrollando e implementando numerosas actuaciones de carácter regional, principalmente a través de la llamada *política regional*, mediante el reparto de fondos para el desarrollo económico y social de las regiones y la multiplicación de canales de participación dentro de las Instituciones.



En este sentido, los fondos estructurales se han convertido en una herramienta esencial en el desarrollo de las regiones, favoreciendo la cohesión territorial y la equidad, y garantizando asimismo a las Instituciones que las administraciones nacionales implementasen sus políticas de manera uniforme.

Estas acciones, reguladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, suponen también una perfecta materialización del principio de subsidiariedad, permitiendo a las regiones adoptar, dentro del marco de objetivos europeos, actuaciones financiadas con fondos europeos, al objeto de cohesionar sus territorios y alcanzar el progreso económico y social.

Por otro lado, la proliferación de medidas para que las regiones puedan interactuar en Instituciones distintas al CdR (CE, PE, Consejo) ha supuesto una mayor relación con estas dentro del proceso decisorio europeo.

En el caso de Castilla-La Mancha, la región ha sido un territorio históricamente beneficiado por las políticas regionales de cohesión, que han permitido financiar proyectos, estructuras y objetivos, propios y europeos, desde los años noventa.

Desde la lucha latente por la participación europea de las primeras sentencias del TC, hasta la existencia hoy en día de múltiples canales de interacción, como son la REPER, la CARUE o las oficinas regionales, Castilla-La Mancha, al igual que el resto de autonomías, ha logrado una notable mejora en cuanto a su participación, peso e influencia en los asuntos europeos que le atañen como región, de manera individual, pero también como integrante de un estado complejo compuesto por diecisiete comunidades.



Así pues, nuestra región, además de ser una entidad receptora de fondos y participante activa en el CdR, cuenta con numerosos foros y canales mediante los cuales participa del proceso de toma de decisiones e influencia en las cuestiones europeas y es actor principal en la ejecución de sus competencias en materia de acciones y normas europeas dentro de su territorio y ámbito competencial.

Ello, no obstante, ha de entenderse como el principio del camino europeo, y no como el final del mismo. Castilla-La Mancha, junto con el resto de autonomías, tiene un enorme potencial futuro en la consecución de las políticas europeas a través de nuevas vías de participación y colaboración con las Instituciones; vías en las que también se encuentran integrados los ciudadanos de la región, destinatarios últimos de las políticas de la UE.

En este ámbito, la Comunidad Autónoma ha impulsado, dentro del marco de sus competencias, las posibilidades de participación, interacción y consecuente influencia en la Unión Europea, mediante todos los canales existentes, tanto internos como externos.

Esto es, Castilla-La Mancha ha sabido aprovechar las vías existentes para posicionarse en primera línea en los procesos de negociación interna, a través de los canales estatales, pero, sobre todo, de manera directa, mediante el CdR, la Oficina regional y otros instrumentos, como el PE, las redes participativas de ámbito regional o la financiación de proyectos de gestión directa o indirecta con fondos europeos.

No obstante, y a pesar del éxito conseguido por las CCAA, resulta necesario que la UE y el Estado continúen fortaleciendo las vías para fomentar la participación



regional y lograr así que las mismas obtengan el papel que les corresponde en la actualidad europea.

En virtud de lo expuesto en el presente texto, puede afirmarse que casi cuarenta años después de la integración española en la UE, la participación autonómica actual materializa la voluntad palpable de contribuir activamente en el proyecto europeo, y de dar voz a la ciudadanía que integra las regiones, base de la estructura europea y del principio de subsidiaridad, como principio vertebrador del proyecto europeo.

No en vano, el Tratado de la Unión Europea destaca, entre sus principios la solidaridad y colaboración de los pueblos integrantes de la UE, estableciendo en su artículo 1 que los Estados constituyen una Unión:

(...) "a la que los Estados miembro atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible".

Por ello, el objetivo común que debemos tener en cuenta las CCAA y regiones europeas es el de avanzar en el proyecto de la "Europa de las regiones", elemento esencial en la vertebración del modelo europeo y la democracia participativa en la UE, y pilar principal del futuro del proyecto europeo.

BIBLIOGRAFÍA:

ZELAIYA GARAGARZA, M, "Algunas claves del encaje del modelo autonómico en el escenario de la Unión



Europea”, en *Iura Vasconiae* nº16, Universidad del País Vasco, 2019.

RIDAU MARTÍN, J, “La acción exterior de las regiones en los Estados compuestos y federales: el caso europeo y español en particular”, en *Revista IUS Doctrina*, Vol. 10, nº2, 2017.

ELIAS, A, “Whatever Happened to the Europe of Regions? Revisiting the Regional Dimension of European Politics”, on *Regional and Federal Studies*. Vol 18, nº 5, 2008.

GONZÁLEZ PASCUAL, M, “Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea Condicionantes, evolución y perspectivas de futuro”, Institut d’Estudis Autònomic, II. Títol III. Col·lecció: Con(textos) A, 2013.

CASTELLÁ ANDREU, J., “Las Comunidades Autónomas en Bruselas: la dimensión externa de la participación autonómica en la Unión Europea”, REAF, núm. 6, 2008, pág. 59.

LIÑÁN NOGUERAS, D, LÓPEZ JURADO, C, “La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea”, Universidad de Granada, 2003.

ROIG MOLÉS, R, “Las Comunidades Autónomas y la posición española en los asuntos europeos”.

MARTÍN DE VIDALES, C., “Los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, en *Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series*, Vol. 8, nº 16, 2008.

FERNÁNDEZ ALLES, J. J., “El Tratado de Lisboa como fuente del derecho parlamentario español: las funciones europeas de las Cortes Generales”, RCG, núm. 72, 2009.



ESPEJO CAMPOS, A, "La trasposición del Derecho de la Unión Europea por las Comunidades Autónomas", Universidad de La Laguna, 2012.

MONTILLA MARTOS, JA, "Derecho de la Unión Europea y Comunidades Autónomas. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

CIENFUEGOS MATEO, M, "Estatuto y Unión Europea. Colección Instituto de Estudios Autonómicos ", Generalitat de Cataluña, 2005, pág. 93.

COBREROS MENDAZONA, E., "El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (construcción y elementos en el ordenamiento estatal", Vol. 4, 2011.

ROIG MOLÉS, E., "La Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea", Informe Comunidades Autónomas 1997, pág. 526- 527.

MANGAS MARTÍN, A, LIÑÁN NOGUERAS, D, "Instituciones y Derecho de la Unión Europea", Tecnos. 2019.

ALBERTÍ ROVIRA, E, ORTEGA ÁLVAREZ, L, Y MONTILLA MARTOS, JA, "Las Comunidades Autónomas y la Unión Europea", Edición Foro- La estructura territorial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J, "La participación de las CCAA en la Unión Europea: a vueltas con una cuestión recurrente", en informe CCAA Instituto de Derecho Público, 2017.



ESPEJO CAMPOS, A, "La trasposición del Derecho de la Unión Europea por las Comunidades Autónomas", en Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 2012.

FONDEVILA MARÓN, M, " Los principios que rigen las relaciones entre la UE y los entes descentralizados de los Estados federales. La problemática de las Comunidades Autónomas españolas", en Revista de Estudios Jurídicos nº 15/2015, Universidad de Jaén, 2015.

Otras fuentes:

Portal web Tribunal Constitucional de España:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1989, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1989, de 5 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1994, de 26 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1990, de 28 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1988, de 20 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 79/1992, de 28 de mayo.

Portal web del Boletín Oficial del Estado:

- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.



- Tratado de la Unión Europea.

Portal web Diario Oficial de la Unión Europea:

- Dictamen del Comité de las Regiones-"El papel de las regiones en la construcción europea " 2001.



LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19. RELACIONES DE DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA PARLIAMENTARY ACTIVITY DURING THE COVID-19 PANDEMIC. RELATIONS OF INTERPARLIAMENTARY DIPLOMACY AND COOPERATION

D^a. Ana Leonor Ruiz Castillo

Graduada del Doble Grado de Derecho y Filosofía en la
Universidad Complutense de Madrid

Resumen: Los ámbitos del Derecho parlamentario más afectados por la crisis sanitaria fueron la función de control y la función legislativa de las Cámaras, eclipsadas por el predominio del Ejecutivo. El trabajo parlamentario de las comisiones fue indispensable para el mantenimiento de la actividad parlamentaria debido a su carácter flexible. Los datos apuntan hacia una preferencia generalizada por la presencialidad y la asistencia reducida en Parlamentos nacionales, mientras que el Parlamento Europeo ha apostado por la digitalización e incrementado su actividad legislativa a lo largo de la pandemia. Las reuniones y conferencias virtuales de foros parlamentarios europeos e internacionales se centraron en la temática COVID-19 en debates marcados por la toma de decisiones urgente, siendo claves los foros interparlamentarios de la ONU y



de la OTAN para la coordinación de la diplomacia parlamentaria global ante la crisis sanitaria. Se señala el alineamiento de la diplomacia parlamentaria española con la europea y su relación de complementariedad con la diplomacia gubernamental.

Abstract: The fields of parliamentary law that were most affected by the sanitary crisis were the oversight function and the legislative function of the Chambers, eclipsed by the predominance of the executive power. The committees' parliamentary work was essential for the continuation of parliamentary activity in view of their flexibility.

The data points to a generalized preference for in-person meetings and reduced attendance in national parliaments whereas the European Parliament heads towards digitalization and increased legislative activity throughout the pandemic. The virtual meetings and conferences in european and international parliamentary fora were centered on the COVID-19 theme in debates marked by urgent decisionmaking, while the parliamentary fora of the UN and NATO were key in the coordination of global parliamentary diplomacy during the sanitary crisis. The alignment of the Spanish parliamentary diplomacy to the European one and its relation of complementarity to that of governmental diplomacy is noted.

Palabras clave: Diplomacia parlamentaria, cooperación interparlamentaria, control del gobierno, función legislativa, comisiones, Parlamento Europeo, parlamentos nacionales, Naciones Unidas, pandemia, COVID-19.



Keywords: Parliamentary diplomacy, interparliamentary cooperation, oversight, legislative function, committees, European Parliament, national parliaments, United Nations, pandemic, COVID-19.

Sumario:

INTRODUCCIÓN. II. LA RESPUESTA PARLAMENTARIA ESPAÑOLA FRENTE A LA PANDEMIA. 2.1. La situación en España. 2.2. La respuesta parlamentaria a la pandemia. III. DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA (I): LA HUELLA DEL COVID-19 SOBRE LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA EUROPEA. 3.1. Conferencias interparlamentarias. 3.2. Reuniones interparlamentarias. 3.3. La actividad del parlamento europeo en pandemia. 3.3.1. El papel del Parlamento Europeo en la gestión europea del COVID-19. 3.3.2. Adaptación tecnológica. IV. DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA (II): EFECTOS DE LA PANDEMIA EN LA ESCENA INTERNACIONAL. 4.1. Panorámica de la actividad parlamentaria virtual en el mundo. 4.2. El contenido de la actividad parlamentaria. 4.2.1. El control al Gobierno. 4.2.2. La función legislativa. 4.2.3. La labor de las comisiones. V. LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA. 5.1. La diplomacia parlamentaria europea e internacional. 5.2. La diplomacia parlamentaria española. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN

El 30 de enero de 2020 la OMS publica un comunicado por el cual se declara que el nuevo brote de COVID-19 se ha convertido en una pandemia¹. A partir de este momento los Parlamentos de cada país toman medidas, en concordancia con la política de sus respectivos Gobiernos, para reducir la transmisión dentro del hemisferio y con el fin de frenar los contagios. En el presente informe analizaremos el impacto de dichas medidas sobre la actividad parlamentaria nacional e internacional entre el año 2020 y principios de 2021. En este marco temporal fue cuando los Estados decidieron declarar estados de emergencia, en mitad de los cuales se adoptaron medidas de confinamiento domiciliario para la ciudadanía. Dichas medidas afectaron a varios derechos fundamentales, entre los cuales destacamos el derecho a la participación política.

Si contemplamos la respuesta del Parlamento español a la crisis sanitaria, podremos comprobar el alcance de la lesión al *ius in officium* parlamentario en la primera oleada del COVID-19. La declaración del estado de alarma trajo consigo la suspensión de la actividad de las Cámaras, lo cual impidió el ejercicio efectivo de la función de control y de la función legislativa de las mismas. A esta crisis sanitaria se enfrentaban la mayoría de los Parlamentos desde su propia realidad particular

¹ Para la cronología de lo acontecido en España puede verse: Azpirarte Sánchez, M. (2021). Coronavirus y derecho constitucional: Crónica Política y Legislativa del año 2020. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.121, pp. 105-138.



pero la mayoría atestiguaron el predominio del Ejecutivo durante los inicios de la pandemia.

A continuación, ofreceremos un breve análisis de la respuesta parlamentaria española con el objeto de contextualizar algunas esferas del Derecho parlamentario que se han visto afectadas por el COVID-19. Sobre esta base valoraremos las diversas respuestas a la emergencia sanitaria dadas por Parlamentos extranjeros con el objeto de hallar puntos en común y contrastarlas unas con otras. Ello nos capacitará para evaluar las herramientas que resultaron de mayor utilidad, frente a aquellas que resultaron ser desaconsejables para el futuro. Por ejemplo, es reseñable a este respecto la labor de las Comisiones, que fue clave para el mantenimiento de la actividad parlamentaria.

Además, se tratará de mostrar la flexibilidad del Derecho parlamentario en la medida en que éste logró adaptarse a la pandemia en pocos meses y plegarse al respeto los poderes excepcionales del Ejecutivo para no entorpecer la adopción de medidas sanitarias, sociales y económicas necesarias para paliar la crisis. Nuestro propósito es precisamente entender los efectos de la digitalización y la suspensión transitoria de la actividad parlamentaria en un momento crítico, teniendo en cuenta el valor del ejercicio de solidaridad del Parlamento con el Gobierno en su gestión pandémica.

Por otra parte, veremos el alcance de la diplomacia y la cooperación internacional entre Estados a lo largo de la pandemia en el ejercicio de la actividad internacional de los Parlamentos. A nivel europeo exploraremos el papel del Parlamento Europeo en la gobernanza de la Unión Europea, así como la modernización tecnológica de la Cámara a través de la cual se aseguró su funcionamiento a lo largo de la crisis. Dicho funcionamiento se evidenciará por la continuidad digital de las conferencias y reuniones



interparlamentarias europeas como foros indispensables para el fortalecimiento de la cooperación parlamentaria entre Estados Miembros.

Además, nos detendremos en valorar cómo los retos de la diplomacia parlamentaria europea fueron abordados durante la pandemia, aludiendo a temas como la diversidad o la expansión hacia el este. Desde el plano de la diplomacia parlamentaria internacional, recogeremos datos acerca de la actividad de foros interparlamentarios de organizaciones internacionales dependientes de la ONU y de la OTAN, al mismo tiempo que señalaremos las distintas temáticas que fueron tratadas en los mismos. Para finalizar, nos centraremos en la complementariedad entre el Parlamento y el Gobierno español a la hora de dirigir la política exterior española durante la pandemia y en relación con la Estrategia de Acción Exterior 2021-2024. En este sentido, será de interés para nuestro análisis examinar la alineación de la diplomacia española con aquella de la UE, así como su apuesta por una relación reforzada con Iberoamérica. Finalmente, nos ocuparemos de conocer la experiencia de adaptación al modelo digital para valorar la posible continuidad en el uso de herramientas digitales en la diplomacia parlamentaria postpandemia.

II. LA RESPUESTA PARLAMENTARIA ESPAÑOLA FRENTE A LA PANDEMIA

2.1. La situación en España

La respuesta del Congreso de los Diputados a la crisis sanitaria se cifra en la adaptación de su trabajo parlamentario a un nuevo método acorde con el



confinamiento: la virtualidad de las votaciones. Sin embargo, esta solución no fue aplicada de forma instantánea y el Congreso se vio forzado a suspender su actividad. A partir de entonces durante la pandemia se incrementa la legislación mediante decreto ley, tendencia que se mantiene durante los primeros meses del COVID-19.

Para empezar, a consecuencia de la situación epidemiológica que tuvo lugar durante la primera de semana de marzo, la Mesa y la Junta de Portavoces de esta Cámara Alta acordaron el día 10 “desconvocar toda la actividad parlamentaria prevista para esa semana, incluido el Pleno” y los eventos extraparlamentarios con la excepción de la comparecencia del ministro de Sanidad, ceñida a trasladar datos sobre el coronavirus². Unos días más tarde el propio Gobierno declara el estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Remitida la comunicación al Presidente del Congreso en conformidad con el artículo 165 RCD, se celebró un pleno de asistencia mínima para su debate el 18 de marzo³ y el día 19, la Mesa acuerda suspender a todos los diputados el voto telemático y el cómputo de los plazos.

El propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, fue prorrogado seis veces hasta el 21 de junio, según la última prórroga declaraba por Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. Además, con el empeoramiento de los contagios y la subida de la incidencia acumulada, el Gobierno declaró otros dos estados de alarma. Por un lado, por el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, se declara el estado de alarma en nueve municipios de la Comunidad de Madrid. Por otro lado, con ámbito de aplicación a todo el territorio nacional se declara un

² Ortea García, E. (2021). p. 19.

³ García de Enterría Ramos, A. y Navarro Mejía, I. (2020). p. 262.



tercer estado de alarma mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que a su vez se prorroga por el extenso plazo de 6 meses, en lugar de los 15 días que establece el artículo 116.2 CE para la declaración inicial, y a cuya posible inconstitucionalidad haremos referencia más adelante.

Por otra parte, el uso del decreto ley fue idóneo para combatir la pandemia no solamente porque está previsto para situaciones de urgencia, sino porque es una norma con rango de ley, a diferencia del Real Decreto, que tiene rango de reglamento. Ello no quita que, a la luz del artículo 86 CE, deban ser convalidados por el Congreso y siempre ostenten un carácter provisional. Ello llevó al Gobierno a tener que depender en ocasiones, además de de la convalidación de los mismos para el mantenimiento de su vigencia, de la tramitación como proyectos de ley, añadiendo cada vez algún que otro cambio en función de la situación pandémica. Según afirma Arévalo Gutiérrez, el contenido de dichos textos normativos “anonada” en cuanto que atañen una variedad de derechos sustantivos con “el mismo valor, rango y fuerza de obligar que las leyes convalidadas por las Cortes Generales”⁴.

Abellán Artacho recuerda que el decreto ley se presentaba en su momento como el mejor instrumento para poner en práctica lo acordado en los Consejos europeos del 22 de abril⁵. Reconocemos que la relegación de la función legislativa a un plano de mera tramitación de decretos leyes⁶ y la reducción del *ius in*

⁴ Arévalo Gutiérrez, A. (2021). pp. 39-40.

⁵ Abellán Artacho, P. (2020). p. 125.

⁶ Pino Carazo, A. (2021). Capítulo 6. La actividad parlamentaria en tiempos de pandemia. En: Arévalo Gutiérrez, A. (Dir.) y Marañón Gómez, R. (Coord.) *El*



officium parlamentario hasta el mínimo indispensable, no deben juzgarse al margen de la compleja realidad del momento bajo un estado de alarma. A este respecto, el TC se ha pronunciado en torno al Real Decreto 463/2020 en la STC 148/2021, de 14 de julio, en la que se rechaza la opción por la declaración del estado de alarma en vez del estado de excepción en virtud del artículo 116.1 CE por haberse suspendido derechos fundamentales.

Lo cierto es que el derecho de necesidad pudo haber tomado otras formas reguladas en el artículo 116 CE y articuladas para aquellas amenazas sobrevenidas ante las cuales resulta "imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes", de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Según el tipo de amenaza de que se trate, pueden dividirse las causas del derecho de necesidad en diferentes categorías: las calamidades o desgracias públicas caerán bajo un estado de alarma, los desafíos al orden público bajo un estado de excepción, o bien los actos de insurrección o de fuerza contra el ordenamiento constitucional bajo un estado de sitio.

No obstante, habida cuenta de que la declaración de estado de excepción sí necesita "la previa autorización del Congreso de los Diputados" según el artículo 163.1 RCD, el TC entendía en la sentencia anteriormente citada que el instrumento del estado de alarma fue transformado en "un sucedáneo de la excepción, pero no sometida a la «previa autorización» parlamentaria." (FJ 11), es decir, que operó como medio para evitar "el control parlamentario que la Constitución recoge para los estados de crisis (art. 116.5 y 6), el cual no puede soslayarse." (FJ 9).



Por lo tanto, los inicios de la pandemia en España fueron marcados por un Ejecutivo que disfrutó de poderes excepcionales y prescindió de un control efectivo de las Cámaras más allá de la proliferación de preguntas e interpelaciones parlamentarias relacionadas con la pandemia. La fiscalización al Gobierno se reanudó de forma efectiva a partir del 15 de abril, cuando se celebró la primera sesión de control de la pandemia con asistencia reducida⁷. Sin embargo, el día 7 de abril la paralización del Congreso ya había sido parcialmente resuelta con el levantamiento de la suspensión del cómputo de plazos y la reactivación de la actividad parlamentaria⁸.

La falta del ejercicio de una función de control efectiva por parte del Parlamento ha sido objeto de sentencias promovidas por el Grupo Parlamentario VOX: la STC 168/2021, de 5 de octubre, en lo que se refiere a la nulidad de los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de marzo y 21 de abril de 2020, sobre la suspensión de plazos parlamentarios que lesionan el derecho a la participación política y la STC 183/2021, de 27 de octubre, que declara la nulidad parcial del Decreto 926/2020 en cuanto a su excesiva prórroga de seis meses que provocó la falta de un régimen de control parlamentario al Gobierno.

2.2. La respuesta parlamentaria a la pandemia

A lo largo de la pandemia, la adaptación a las nuevas tecnologías ha supuesto un reto para el Estado español, en cuanto aún no se había institucionalizado su

⁷ García-Escudero Márquez, P. (2020). p. 301.

⁸ Ibid., p. 300.



uso en la vida parlamentaria pre-pandemia⁹. Asimismo, las Cortes Generales tuvieron que superar los obstáculos relativos al voto a distancia. En este sentido, el ejercicio del derecho al voto durante la pandemia ha sido complicado en vista de que no cabía hacer uso del voto delegado por imperativo del artículo 79.3 CE.

La calidad de la actividad parlamentaria se ha resentido de la pérdida de presencialidad, precisamente porque dicha característica es consustancial a la labor parlamentaria del día a día. Recientemente, el propio Tribunal Constitucional en STC 19/2019, de 12 de febrero, FJ4, establecía “un principio del que se deriva el carácter presencial de la actividad parlamentaria”¹⁰, sin descartar el voto telemático sea una opción reglamentaria viable para supuestos de excepcionalidad o fuerza mayor¹¹.

Además, la digitalización de la actividad parlamentaria ha afectado al Senado, que empleó durante la pandemia un sistema de votación telemática ya implantado en España desde 2012 para casos tasados de enfermedad, embarazo, y permisos de maternidad y paternidad con la autorización de la Mesa¹². El último pleno de la Cámara Alta antes de suspender su actividad fue celebrado de forma urgente el día 17 de marzo por dedicarse a la autorización de la adhesión de Macedonia del Norte al Protocolo al Tratado del Atlántico del Norte, previamente firmado en Bruselas en 2019¹³, sin perjuicio de que la votación fuese casi totalmente telemática. El mismo día la Mesa acordaba suspender la actividad y el cómputo de los plazos, que no serían reanudados hasta

⁹ Rubio Núñez, R. (2020). p. 226.

¹⁰ También véase: STC 45/2019, de 27 de marzo.

¹¹ García-Escudero Márquez, P. (2020). p. 273.

¹² Rubio Núñez, R. (2020). p. 231.

¹³ García de Enterría Ramos, A. y Navarro Mejía, I. (2020). p. 266.



el 21 de abril¹⁴. Además, las sesiones de control no volverían a ser celebradas hasta el 5 de mayo.

Para finalizar este apartado haremos una breve referencia a la experiencia parlamentaria autonómica en tiempos de coronavirus. Sin duda la realidad de dichas Cámaras es bien diferente a la estatal, lo cual sería en principio un punto a favor de la presencialidad en las Cámaras y el mantenimiento de la distancia interpersonal en el hemiciclo, pues como afirma García-Escudero Márquez: "el tamaño de los Parlamentos autonómicos no es comparable a los del Congreso y el Senado, como tampoco lo es el ámbito territorial de representación"¹⁵. Sin embargo, los Parlamentos autonómicos también recurrieron a herramientas digitales para organizar las votaciones.

Además, existió cierta tendencia de algunas Comunidades como Castilla y León o Andalucía por recurrir a la Diputación Permanente en aras de facilitar el mantenimiento de su actividad. Sin embargo, este recurso ha sido considerado un tanto problemático en la medida en que no debería ser utilizado para reemplazar al Pleno y debería mantener un carácter "extraordinario" a la hora de subrogarse en las funciones del mismo, según apunta Carrasco Durán¹⁶. Su activación suscita reticencias para García-Escudero Márquez cuando subraya la falta de cobertura legal y el estiramiento de sus competencias¹⁷.

Por otra parte, durante la primera fase del estado de alarma, existía un debate doctrinal acerca del reparto

¹⁴ García-Escudero Márquez, P. (2020). p. 303.

¹⁵ Ibid., p. 274.

¹⁶ Carrasco Durán, M. (2021). p. 142.

¹⁷ García-Escudero Márquez, P. (2020). pp. 227,288.



de competencias en materia de sanidad, unos otorgándole al Estado una competencia meramente coordinadora y otros asumiendo la centralidad de la gestión pandémica a la luz del Real Decreto 463/2020¹⁸. En todo caso, como señala Tudela Aranda, fue el Gobierno de la Nación quien tomó las riendas de la situación, y apunta: “La concentración del mando se ejerció con rigor y si bien se reunió con frecuencia a la Conferencia de Presidentes, su objeto fue más bien informativo que decisorio”¹⁹. En general, los Parlamentos autonómicos hallan desarrollado una actividad “de perfil bajo” durante la pandemia, limitada mayormente a la aprobación de decretos leyes elaborados por el Ejecutivo²⁰.

En suma, la respuesta del Parlamento español ante la pandemia COVID-19 no estuvo exenta de problemática, pero cumplió con el fin de contención del contagio del virus dentro del hemiciclo. A causa de los estados de alarma y sus sucesivas prórrogas la actividad parlamentaria fue suspendida durante un corto periodo de tiempo, lo cual supuso la ineficacia de su función de control, posteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional. Además, existió un predominio del poder ejecutivo que impidió al poder legislativo llevar a cabo su función durante los estados de alarma sin que

¹⁸ Al respecto véase: de la Quadra-Salcedo Janini, T. (2020). Estado Autonómico y lucha contra la pandemia. En: Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional, *Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza. y Balaguer Callejón, F. (2021) La pandemia y el Estado Autonómico. En: Tudela Aranda, J. (coord.), Estado autonómico y covid-19, *Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza.

¹⁹ Tudela Aranda, J. (2021). Parlamento y estado de alarma. En: Garrido López, C. (coord.) Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España. *Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, Colección Obras Colectivas. pp. 13-14.

²⁰ *Ibid.*, pp. 20, 22.



existiera una oposición suficiente dentro del Parlamento para inhabilitar la decisión del Gobierno. Más bien el Congreso y el Senado se plegaron al estado de alarma en atención al interés general, y lo mismo es percibido en la realidad autonómica. En todo caso, los Parlamentos lograron adaptarse a su digitalización, sobre todo en lo que concierne a las votaciones telemáticas, y su labor fue acercándose al modelo presencial a medida que progresó la desescalada.

III. DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA (I): LA HUELLA DEL COVID-19 SOBRE LA COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA EUROPEA

3.1. Conferencias interparlamentarias

Entrando en el examen de la cooperación parlamentaria estudiaremos, en primer lugar, el impacto del COVID-19 sobre las redes de cooperación interparlamentaria a nivel europeo. Como introducción, debemos señalar que la cooperación interparlamentaria en la UE está en buena medida condicionada por los debates realizados en sus conferencias. Podemos agrupar las conferencias europeas en dos grupos diferenciados: aquéllas realizadas por órganos parlamentarios institucionales como es el caso de la COSAC (Conferencia de los Órganos Especializados en Asuntos Europeos) y la CPUE (Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea), frente a las restantes conferencias propiamente interparlamentarias.



Proponemos unas notas sobre la actividad llevada a cabo por cada una de ellas a lo largo de la crisis sanitaria:

a) En relación con el primer grupo, la COSAC es el único foro interparlamentario recogido en los Tratados²¹ y que reúne a representantes pertenecientes a Comisiones nacionales europeas. Las reuniones de la COSAC en Zagreb el 20 y 21 de enero 2020 bajo la Presidencia croata fueron las últimas reuniones interparlamentarias presenciales del 2020, y las últimas en las que participó el Reino Unido antes del Brexit²². A partir del advenimiento de la pandemia, la Presidencia alemana optó por el mantenimiento de la actividad de la COSAC de forma remota, lo cual dificultó las posibilidades de negociación política, dificultad constatada por la ausencia de aprobación de textos políticos en 2020.

Por otro lado, la virtualidad de las sesiones supuso un incremento de reuniones formales e informales (entre la Presidencia de la COSAC y varios ponentes de alto nivel, como por ejemplo Michel Barnier – negociador jefe de la UE con el Reino Unido). En cuanto al contenido de dichas sesiones, se renovaron los impulsos diplomáticos para invitar a las sesiones que pudieran afectarles a países terceros, como Estados Unidos o países africanos, en un intento de mantener una relación más estrecha con sus representantes.

En cuanto a la CPUE, su misión es adoptar conclusiones no vinculantes para la Presidencia en torno a la coordinación de actividades interparlamentarias de la UE. En mayo de 2020, la Conferencia de Helsinki fue cancelada debido a que el formato telemático no

²¹ En concreto véase: Artículo 10 del Protocolo n.º1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.

²² Unión Europea: Parlamento Europeo. *Informe Anual de 2020*, p. 18.



disponía de una herramienta de traducción e interpretación multilingüe simultánea. A partir de ese momento se elaboró un informe sobre el uso de medios de comunicación para facilitar la cooperación interparlamentaria²³, abriendo el camino a la celebración telemática de la Conferencia de Berlín el 10-11 mayo de 2021. En este sentido, la UE se esfuerza tanto en fortalecer la cooperación parlamentaria dentro de sus fronteras como en abrir la política exterior de la Unión a Estados Unidos y a África a través de la COSAC y la CPUE. La diplomacia europea con Estados Unidos fue clave durante la pandemia para garantizar la importación y exportación de vacunas entre los países europeos y Norteamérica de forma prioritaria y para ganar lo que algunos han denominado la “guerra fría” de las vacunas frente a Rusia y China.

b) Respecto del segundo grupo de conferencias, comenzamos por la CIP ECEG (Conferencia Interparlamentaria sobre la Estabilidad, Coordinación Económica y Gobernanza en la Unión Europea y Conferencia sobre el Semestre Europeo) que tiene por objeto intercambiar ideas sobre la aplicación de las disposiciones de los Tratados y reforzar la cooperación en el control del ejecutivo²⁴. A lo largo de la pandemia se han celebrado cuatro Conferencias, presididas por los Parlamentos croata y alemán en 2020 y portugués y esloveno en 2021. La tendencia marcada desde el encuentro con el Parlamento de Croacia fue dirigida a la inclusión de nuevos temas como medioambiente, si bien las políticas sociales, económicas y presupuestarias son recurrentes en el orden del día²⁵. A medida que fue

²³ Ibid., pp. 20-21.

²⁴ Ibid., pp. 22-23.

²⁵ Ibid., p. 25.



progresando la desescalada mundial de la crisis pandémica, podemos observar cómo las Conferencias se abren a nuevos temas de debate. De lo contrario la realidad pandémica podría haber llegado a acaparar toda la voluntad política, sin dejar margen para abordar la lucha por la igualdad de género o el medioambiente, temas centrales para la acción diplomática europea.

Otra conferencia de gran relevancia a nivel europeo es la PESC/PCSD (Conferencia Interparlamentaria sobre la Política Exterior y de Seguridad Común y la Política Común de Seguridad y Defensa), que fue organizada por los Parlamentos antes mencionados en formato telemático. Al igual que la CIP ECEG, ésta también mantuvo reuniones presenciales el 2-4 marzo de 2020 bajo la Presidencia Croata, en las que se introdujo en el orden del día un “debate de urgencia”, motivado por las exigencias de la pandemia, que se ha mantenido como instrumento desde entonces. La materia discutida en las sesiones giró en torno a la política exterior, de seguridad y defensa y de la UE, con vistas a los acontecimientos que iban produciéndose a medida que la crisis sanitaria evolucionaba. El debate de urgencia se presenta como una oportunidad nacida a raíz del COVID-19 para agilizar la puesta en común de la política exterior europea en situaciones de emergencia y no dejar de incluir a los Parlamentos de los Estados Miembros en la toma de decisiones.

A este respecto, cabe mencionar por último la Conferencia de Alto Nivel sobre Migración de Asilo celebrada el 19 noviembre de 2020 en el Parlamento Europeo y retomada en 2021, en la que se sostuvo un debate interparlamentario acerca de la migración en la Unión²⁶. La celebración de dicha Conferencia en tiempos de pandemia apunta una vez más a la determinación de la UE por llamar a sus Estados miembros a mantener

²⁶ Ibid., pp. 38-39.



una relación estrecha y colaborativa frente a los problemas comunes y evitar la proyección de una imagen de una Europa desunida y vulnerable a la entrada masiva de inmigrantes.

Así pues, la imagen proyectada por Europa en dichas Conferencias sirve para reforzar su imagen a nivel global y demostrar su preparación para afrontar la crisis sanitaria de forma unida. En términos de diplomacia y cooperación interparlamentaria, dichas Conferencias se han convertido en foros idóneos para la delimitación de la política europea por parte de las Cámaras de los Estados miembros, mientras se ha impulsado la digitalización de su actividad, que pudiera resultar útil en futuras crisis.

3.2. Reuniones interparlamentarias

Trasladándonos ya al mundo de las reuniones interparlamentarias, cabe puntualizar que es habitual en el seno de la actividad parlamentaria europea que el Parlamento Europeo organice unas veinte RIC (Reuniones interparlamentarias de comisiones) al año versadas sobre cuestiones específicas de interés para sus comisiones sectoriales, de conformidad con los artículos 9 y 10 del Protocolo n.º1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. En ellas, los parlamentarios nacionales insertados en sus respectivas comisiones tienen la ocasión de dialogar en un foro interparlamentario acerca de asuntos legislativos y políticos con los comisarios europeos y con el alto representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Josep Borrell.



Durante el primer semestre de la pandemia las RIC fueron todas canceladas, pero a partir del segundo semestre se reanudaron a distancia. Entre éstas últimas cabe destacar la reunión de la Comisión LIBE (Comisión de Libertades Civiles, Justicia, y Asuntos de Interior) sobre «El primer informe anual sobre el Estado de Derecho a cargo de la Comisión y el papel de los Parlamentos nacionales» en la que se puso sobre la mesa “el impacto de las medidas relativas al COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, haciendo especial hincapié en el control ejercido por los Parlamentos nacionales durante este periodo”²⁷. El alto grado de participación en las RIC telemáticas ha dado al Parlamento Europeo motivos para reflexionar hacia una mayor virtualidad de las sesiones incluso tras la pandemia.

Donde quizás se materializó más sustancialmente la diplomacia parlamentaria europea, sin embargo, no fue en las comisiones del Parlamento sino en las reuniones volcadas exclusivamente sobre la acción exterior de la UE. El 7 de julio de 2020 la Asamblea Parlamentaria de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) organizó una reunión virtual en la que trató, entre otros asuntos, de la pervivencia de la actividad parlamentaria durante el confinamiento, así como del grado de utilidad de las reuniones regionales de carácter informal celebradas por las delegaciones de la Asamblea junto con la Red de Diálogo Parlamentario (*Parliamentary Web Dialogue*).

El establecimiento de esta red en marzo de 2020 ha permitido explorar los efectos del COVID-19 sobre los Parlamentos de una forma transversal y temática. Entre otras, se han estudiado las dimensiones de género, migratorias, económicas, sociales y medioambientales de la pandemia en zonas de conflictos fronterizos, como

²⁷ Ibid., p. 36.



en el caso de Ucrania del Este²⁸. La conclusión de dichos diálogos es la manifiesta necesidad de una sólida diplomacia parlamentaria capaz de resolver conflictos urgentemente e *in situ*. Sin una respuesta eficaz y uniforme en todo el territorio europeo por igual, aquellas zonas económicamente deprimidas y faltas de ayuda internacional para hacer frente a los desabastecimientos corren el riesgo de sufrir aún más la desarticulación de los derechos constitucionalmente garantizados.

Por otra parte, la Asamblea Parlamentaria de la Unión por el Mediterráneo y la PACE (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa) también han trabajado durante el COVID-19 para promover la cooperación parlamentaria en asuntos de naturaleza geopolítica, así como social y económica con vistas al futuro. La primera continúa con su actividad telemáticamente, enfocando uno de sus grupos de trabajo a la economía post-COVID, mientras que la segunda se dispone en la actualidad a apostar por un formato de reunión híbrido con el fin de favorecer una actividad más regular y para poder tratar un amplio abanico de temas sociales, como la 'generación post-COVID'.

Finalmente, las reuniones celebradas en intercambios bilaterales nos trasladan a una forma más tradicional de diplomacia parlamentaria. La gran mayoría de visitas al Parlamento Europeo fueron canceladas a causa de la pandemia, optándose por reuniones telemáticas en su lugar. En 2019 se celebraron 62 visitas bilaterales de parlamentarios nacionales al Parlamento Europeo, mientras que en 2020

²⁸ Unión Europea: OSCE (Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa). *OSCE PA vs. COVID-19: Phase 1*.



la cifra fue de tan solo 17 visitas²⁹. Los datos apuntan hacia una evidente preferencia por las reuniones bilaterales presenciales incluidas en viajes oficiales de representantes nacionales a las instituciones de la UE. Dichos viajes forman parte de la actividad internacional de los Parlamentos nacionales la cual ha sufrido, por lo general, una paralización debido al cierre de las fronteras, las restricciones áreas y el confinamiento, entre otros factores.

En conclusión, podemos resumir que las RIC movilizaron en el segundo semestre a los parlamentarios nacionales y a aquéllos subnacionales que integran el Parlamento Europeo a realizar una sólida labor de cooperación para resolver problemas sociales, políticos y económicos derivados de la pandemia e incluso ajenos a ella. También se celebraron reuniones proactivas en foros más reducidos en los que España ostenta una posición más central como en la Asamblea Parlamentaria de la Unión por el Mediterráneo, que creó un nuevo Grupo de Trabajo prometedor para el desarrollo de la diplomacia parlamentaria en la región y para promover la recuperación económica de la crisis. Sin embargo, la actividad parlamentaria se ha resentido en cuanto a la organización de viajes y reuniones bilaterales, las cuales son de vital importancia para la consolidación de una comunidad de parlamentarios europeos y para el reforzamiento de las relaciones de los parlamentarios nacionales con el Parlamento Europeo.

3.3. La actividad del Parlamento Europeo en la pandemia

3.3.1. El papel del Parlamento Europeo en la gestión europea del COVID-19

²⁹ Unión Europea: Parlamento Europeo. *Informe Anual de 2020*. p. 42.



La crisis sanitaria creada por el COVID-19 ha supuesto una fuerte restricción de los derechos y libertades fundamentales consagrados por la UE. Todos los Estados europeos han seguido criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad para la adopción de medidas extraordinarias de alto rango normativo³⁰. A este respecto, el Parlamento Europeo ha mantenido su actividad, si bien reducida, en la toma de decisiones a nivel europeo. El método comunitario de legislación se realiza en forma de triálogo entre el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo. Además, el Parlamento goza de una función de control sobre el Ejecutivo, que en el caso de la Unión Europea sería la Comisión³¹ (el Consejo Europeo no sería objeto de dicho control en la medida en que se trata de una institución constantemente cambiante en la que participan directamente los Gobiernos de los Estados Miembros; muchos de estos no aceptan una medida de carácter supranacional como el control de su actividad por un Parlamento no nacional debido a las eventuales diferencias políticas³²).

No obstante, la actividad legislativa de la Eurocámara se ha visto reducida al tener que operar a causa de la pandemia por el procedimiento de urgencia, contemplado en el artículo 163 del Reglamento Interno del Parlamento Europeo, el cual actualmente se prevé

³⁰ Arnaldo Alcubilla, E., y Canosa Usera, R. (Dirs.). (2020), p. 278.

³¹ El Consejo Europeo no sería objeto de dicho control en la medida en que se trata de una institución constantemente cambiante en la que participan directamente los Gobiernos de los Estados Miembros.

³² Nugent, N. (2017), pp. 206, 317.



adaptar para afrontar futuras situaciones de excepcionalidad³³. El sistema de triálogo fue puesto a prueba a la hora de organizar las sesiones virtuales entre las tres instituciones. Otras dificultades consistieron en la falta de acuerdo político y técnico en cuanto al formato telemático de las reuniones, así como en la moderación de sesiones con cientos de participantes.

A pesar de todo, las negociaciones en torno a las enmiendas de los presupuestos europeos tardaron apenas tres días en ser procesadas por el Parlamento Europeo. Entre marzo y julio de 2020, la Cámara celebró unas 113 audiencias en sus comisiones, dedicadas a la gestión de la pandemia, con invitados representantes de agencias europeas como el Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades, la Agencia Europea de Medicamentos o el Banco Central Europeo³⁴ – con una clara prioridad de actividades orientadas a la emergencia sanitaria y un distanciamiento de otros temas europeos como el medioambiente, que fueron postergados. Dicha tendencia se aprecia, asimismo, en el alto número de preguntas realizadas por los parlamentarios europeos a la Comisión Europea, unas 535 relacionadas con el COVID-19 entre marzo y septiembre de 2020³⁵.

Desde otro punto de vista, únicamente encontraremos 18 decisiones en los dosieres para la primera mitad del 2020, frente a las 197 decisiones tomadas en el mismo intervalo de tiempo un año antes³⁶. En cuanto a la naturaleza de dichas decisiones del Parlamento Europeo, volcadas sobre el apoyo a sectores económicamente deprimidos a causa de la pandemia (ej. agricultura) y la inversión en salud pública, se asume por parte de la Cámara una función

³³ Von Ondarza, N. (2020), p. 3.

³⁴ Ibid., p. 4.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.



confirmatoria de las iniciativas impulsadas por la Comisión y el Consejo. Prescindiendo el Parlamento de un derecho de iniciativa propio, quedó relegado a una posición sumisa ante el poder Ejecutivo, una situación similar a la que acontecía a nivel nacional en los sistemas legislativos de todo el mundo. Ello lleva a Von Ondarza, a describir la función del Parlamento Europeo en la toma de decisiones a nivel europeo durante la pandemia como “marginal”³⁷.

Aun así, se observan altos niveles de actividad del Parlamento Europeo a lo largo de la crisis sanitaria como puede comprobarse en la siguiente tabla:

Tabla 1: Actividad del Pleno del Parlamento Europeo a lo largo de la novena legislatura parlamentaria

Actividad plenaria del Parlamento Europeo	2019	2020	2021
Número de sesiones	28	51	45
Número de operaciones de votación	1069	5964	5087
Número de procedimientos legislativos con votación	51	202	185

³⁷ Ibid. p. 7.



Número de procedimientos no legislativos con votación	62	182	224
Número de enmiendas presentadas	1008	5583	3157
Total	2,218	11,982	8,698

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos en: Parlamento Europeo: *Estadísticas del pleno*. Recuperados de: <https://www.europarl.europa.eu/plenary/en/bilan-statistic.html> [27/11/2021]

Se observa en el año 2020 y 2021 un gran incremento total en los índices de actividad plenaria con respecto a 2019, especialmente en relación con las operaciones de votación y enmiendas presentadas. En concreto, el año 2020 refleja aún mayores niveles de actividad que el 2021, sugiriéndonos que con la 'vuelta a la normalidad' disminuye la actividad plenaria. El trabajo parlamentario durante el año 2020, marcado por el confinamiento y el estado de alarma, exhibe a pesar de todo un elevado número de enmiendas presentadas a los textos normativos. Además, en los procedimientos legislativos y no legislativos el diálogo fue dinámico entre los grupos.

A nuestro modo de entender, por lo tanto, la 'función confirmatoria' de la Cámara no eclipsa el trabajo parlamentario emprendido durante la pandemia ni el mantenimiento de la confrontación de opiniones entre parlamentarios – que supone la piedra angular de una actividad parlamentaria. No olvidemos que el punto fuerte del Parlamento Europeo frente a la Comisión y el Consejo es precisamente que representa la voluntad de la ciudadanía europea. La UE fácilmente se convertiría en una unión puramente económica y monetaria sin el elemento de representatividad plasmado en el Parlamento Europeo. Es por este motivo que la Unión



promueve una mayor implicación de los ciudadanos con el objetivo de tender un puente hacia la democracia directa en la Unión, que complemente la democracia representativa.

Dicha propuesta ha dado un paso de gigante en 2021 durante la Conferencia sobre el Futuro de Europa presidida conjuntamente por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo. En ella se ha apostado por tejer una relación de complementariedad entre los paneles de ciudadanos europeos y los plenos de la Conferencia. La pandemia ha aportado a este proyecto un importante elemento cifrado en la nueva plataforma digital multilingüe donde se organizan eventos descentralizados de carácter presencial retransmitido, online o híbrido, que culminan en una recopilación de ideas y conclusiones que posteriormente se analizan en la Conferencia³⁸.

Klaus Welle, Secretario General del Parlamento Europeo, se muestra convencido de que la superación de la pandemia no significa que "el Parlamento deba o vaya a retroceder al modo en que eran las cosas antes de la crisis"³⁹; al contrario, la intención es integrar los avances dentro la 'nueva normalidad'. Asimismo, el Parlamento Europeo ha expresado su apoyo a nuevas propuestas encaminadas hacia la Federación Europea, como la "Unión Sanitaria Europea", que contempla un mecanismo europeo de reacción sanitaria, y una reserva europea de medicamentos que sea respaldada por una Directiva que regule la asistencia sanitaria. Además, se habla de hacer de la salud una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros, y de nuevos

³⁸ Conferencia sobre el futuro de Europa: *¿Qué es la Conferencia sobre el Futuro de Europa?*

³⁹ Welle, K. (2020). p. 11.



instrumentos para su ejercicio como el “estado de alarma europeo” en materia de sanidad. Todas estas medidas se conciben como vía para que “la Unión pueda actuar sin demora para coordinar la respuesta a escala europea”⁴⁰.

Por lo tanto, la crisis sanitaria le ha servido al Parlamento Europeo para reevaluar la dirección de la política europea y encontrar nuevas formas para reforzar la mutua cooperación entre sus miembros. Si bien el protagonismo en la toma de decisiones acerca del COVID-19 ha sido desempeñado por la Comisión, el Parlamento ha logrado mantener sus niveles de actividad a lo largo de la pandemia independientemente del poder ejecutivo. Además, en el seno de sus debates plenarios se han resuelto temas relativos a la gestión de la pandemia en Europa de una forma activa, lo cual supone que el Parlamento Europeo no ha dejado de concebirse como una institución clave para la toma de decisiones a nivel europeo, incluso en periodos excepcionales.

3.3.2. Adaptación tecnológica

El Parlamento Europeo presenta una serie de particularidades debido a su composición plurinacional en comparación con los Parlamentos nacionales, lo cual implica una intensificación de esfuerzos y recursos para homogeneizar el uso de la tecnología. Por ejemplo, se hizo uso de las votaciones telemáticas durante los plenos remotos, en los que se logró la adopción de medidas

⁴⁰ García Ortiz, A. (2021). La pandemia del Covid-19: Lecciones para la Unión Europea en perspectiva constitucional. En: Dueñas Castrillo, A. et al. (Coords.) *La Constitución en tiempos de pandemia*. Madrid: Ediciones Universidad de Valladolid. p. 91.



urgentes propuestas por la Comisión Europea. En general, dichas decisiones fueron tomadas por el Presidente y la Mesa, aunque el Secretario General fue el encargado de velar por la protección sanitaria del personal en el desarrollo de las funciones de carácter administrativo⁴¹. El primer momento en el que se puso a prueba el sistema técnico fue su implantación, con éxito, en las reuniones extraordinarias de la CPUE del 19 de marzo de 2020, lo cual condujo a que éste fuese puesto en marcha por la Mesa un día después. Desde este primer uso, el Parlamento ha estado actualizando la versión de la plataforma en la que se celebran las reuniones para mejorar la interactividad, ideando nuevas opciones multi-vista y un sonido mejorado⁴².

La participación y votación a distancia a través de reuniones telemáticas fue desarrollada de forma multilingüe y en concordancia con el Estatuto de los Diputados y el Acta Electoral. Dicha solución fue lograda muy rápidamente, con una implementación que posibilitó incluso en los primeros meses de la pandemia la continuación de la actividad del Parlamento Europeo. Se enviaron papeletas de votación a los correos oficiales de los diputados que a su vez eran rellenas y reenviadas por éstos al buzón de entrada del correo del Parlamento. De hecho, de marzo a noviembre de 2020 el sistema de reunión virtual sirvió para la celebración de 1.680 reuniones y 355 sesiones de votación en las cuales se realizaron 4.575 operaciones de votación con más de 138.000 participantes en total⁴³.

Un macroparlamento como el europeo soportó una presión especialmente intensa al inicio de la pandemia

⁴¹ Welle, K. (2020). p. 2.

⁴² Ibid., pp. 6-7.

⁴³ Ibid., p. 2.



debido al gran número de parlamentarios que reunía, viéndose obligado a innovar en soluciones a medida, como por ejemplo una nube en la que establecer su infraestructura informática libre de amenazas. A pesar de la existencia de un registro electrónico de enmiendas que ofrece protección de datos, se concedió durante la pandemia la oportunidad de presentar enmiendas por correo electrónico⁴⁴, lo cual compromete tanto el tratamiento como la protección de datos.

Por su parte, las comisiones lograron mantener su nivel de actividad a lo largo de la crisis sanitaria a través de la aplicación de votación electrónica denominada iVote, resultante de un esfuerzo por procesar telemáticamente complejas listas de votaciones. Sin embargo, ante la posible vulneración de la seguridad que planteaba basarse en una infraestructura informática externa, se desarrolló otra herramienta más moderna llamada EP Vote, que es propiedad del Parlamento⁴⁵.

Al igual que en el caso de algunos países como Estados Unidos, las Comisiones del Parlamento Europeo asumieron el rol de fomentar la cooperación interparlamentaria en pandemia, desde enfoques jurídicos, sociales y económicos, como podemos ver en la siguiente tabla:

Tabla 2: Reuniones de comisiones y conferencias interparlamentarias organizadas por el Parlamento Europeo en Bruselas en 2020

		Número de participantes	
Fecha	Comisión del PE	Parlamentos Nacionales	PE

⁴⁴ Rubio Núñez, R. (2020). p. 229.

⁴⁵ Welle, K. (2020). p. 8.



		Diputad os	Parlamen tos	Cámar as	Diputad os
18-19 de febrero de 2020	ECON EMPL BUDG	111	28	34	Pleno día 1 – 17 Pleno día 2 – 12 RIC ECON – 12 RIC BUDG – 7 RIC EMPL – 30
28-29 de septiembre de 2020	Comisión LIBE	72	25	36	Presenci al – 6 Telemáti co – 9
27 de octubre de 2020	JURI	38	26	27	Presenci al – 3 Telemáti co – 4
10 de noviembre de 2020	LIBE	51	23	31	Presenci al – 2 Telemáti co – 18
19 de noviembre de 2020	LIBE DEBE	71	24	32	Presenci al – 4 Telemáti co – 40



1 de diciembre de 2020	LIBE	46	26	32	Presencial – 4 Telemático – 45
2 de diciembre de 2020	Comisión de Asuntos Exteriores	56	26	32	Presencial – 4 Telemático – 45
Total Participantes		445	178	224	236

Fuente: Unión Europea: Parlamento Europeo, *Informe Anual de 2020: Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales de la Unión de 18 de marzo de 2021*. p. 68

Observamos una larga suspensión de la celebración de sesiones entre febrero 2020 y septiembre 2020 a causa del COVID-19. A partir de esta última fecha, es patente la decisión de recurrir a un formato híbrido para las sesiones en el Parlamento Europeo que va en aumento. De hecho, la herramienta virtual fue utilizada por un número mayor de eurodiputados conforme pasaban los meses, evidenciándose una creciente confianza en la virtualidad.

También resaltamos no solamente el alto grado de participación por parte de los Parlamentos nacionales, sino la asistencia de representantes de diferentes Cámaras de un mismo país. Ello nos demuestra la valiosa diversidad de la representación presente en las reuniones de la Cámara, y la voluntad de plasmar la realidad de cada Estado fielmente a nivel europeo,



dejando atrás el modelo intergubernamental. En efecto, es notable el creciente interés de los eurodiputados por participar en la Comisión LIBE y en la de Asuntos Exteriores conforme progresa la pandemia en el tiempo. Vista así, la pandemia ha demostrado que el Parlamento Europeo está preparado para afrontar no solamente los retos de la diplomacia parlamentaria europea en asuntos de exterior, sino que existe una cooperación estrecha y continuada entre los Estados miembros en clave supranacionalista en asuntos de interior. Esta unidad en forma de solidaridad es aquélla que impulsa a la Unión Europea como uno de los actores más importante en la escena internacional.

Por otra parte, la interpretación simultánea virtual se convirtió en la clave para el fluido desarrollo de las sesiones telemáticas, viéndose la mayoría de los intérpretes de la Unión Europea imposibilitados para trasladarse al Parlamento debido al confinamiento. En un primer momento, la situación impulsó al Parlamento Europeo a recurrir a herramientas de interpretación en plataformas como Cisco Web Meeting o Zoom⁴⁶, para luego convertirse en un órgano pionero en la interpretación y traducción remota a través de la instalación de cabinas de interpretación móviles ⁴⁷.

Actualmente, la apuesta del Parlamento Europeo reside en fomentar el uso de los instrumentos digitales con el objeto de incrementar el diálogo con socios externos y parlamentarios de todo el mundo, y como puente hacia los ciudadanos europeos. De esta manera, la actividad legislativa de la Cámara se ha visto transformada por una positiva reestructuración de su

⁴⁶ Rubio Núñez, R. (2020). p. 233.

⁴⁷ Welle, K. (2020). p. 9.



sistema informático, que ha posibilitado la celebración de reuniones plenarias con gran número de participantes bajo el amparo de la nube que aseguraba la protección de datos. Además, la innovación en materia tecnológica ha dado lugar a la creación de un sistema de interpretación multilingüe pionero en el mundo que promete facilitar la inmediatez de la comunicación entre representantes en reuniones telemáticas de la Cámara.

IV. DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA (II): EFECTOS DE LA PANDEMIA EN LA ESCENA INTERNACIONAL

4.1. Panorámica de la actividad parlamentaria virtual en el mundo

Los Estados europeos, por lo general, han adoptado medidas de confinamiento similares para hacer frente a la pandemia, afectando sus decisiones a toda una serie de derechos fundamentales (derecho a la libertad religiosa, participación política, reunión y manifestación, al trabajo, la libertad de empresa)⁴⁸. Sin embargo, no todos han optado por basarse en un estado excepcional, como es el caso del estado de alarma español. En Europa, Alemania, Italia, y Francia se inclinaron por permanecer en un derecho de la normalidad adaptado mientras que en países del este de Europa como Rumanía, Estonia o Serbia se invocó el artículo 15 CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) para imponer un Derecho de excepción⁴⁹.

La gran mayoría de los Parlamentos han optado precisamente por la celebración de sesiones remotas:

⁴⁸ Arnaldo Alcubilla, E., y Canosa Usera, R. (Dirs.). (2020). p. 28.

⁴⁹ Ibid., p. 29.



por ejemplo, en Brasil se estableció un sistema de deliberación a distancia, y en Rumanía se celebraron audiencias por videoconferencia. Otro sistema usual ha sido el híbrido, observado por el Parlamento Europeo y consistente en sesiones mayormente virtuales formadas por una minoría de parlamentarios presentes, como hemos visto anteriormente. En tercer lugar, la participación reducida fue preferida por muchos Parlamentos, como los españoles.

En cambio, el Parlamento suizo logró mantener la presencialidad a lo largo de la pandemia cambiando de sede a un espacio más amplio donde sí se podía respetar la distancia interpersonal⁵⁰. La realidad suiza es una excepción en la experiencia parlamentaria comparada, ya que no muchos países disponen de las facilidades de medios y espacios para mover el Parlamento a otro lugar provisionalmente. Según la OMS, el ambiente parlamentario como lugar de trabajo tiene un riesgo de nivel de exposición medio y por lo tanto es necesaria una pluralidad de requisitos sanitarios para garantizar una actividad parlamentaria fluida en un espacio cerrado a prueba de coronavirus⁵¹, medidas que deben ser respetadas en caso de traslado de la sede.

Los Parlamentos nacionales no gozan del mismo nivel de recursos que un macroparlamento como el Parlamento Europeo, y sus posibilidades de hacer frente a la pandemia de una forma tan eficiente y rápida han sido mucho más limitadas. A saber, ante el reto de la interpretación simultánea, se ha recurrido globalmente a plataformas ya existentes como Kudo, Interprefy o Interactio; y ante la incapacidad para reinventar las

⁵⁰ Rubio Núñez, R. (2020). p. 230.

⁵¹ Deveaux, K., et al. (2021). p. 19.



infraestructuras informáticas se ha simplemente optado por reforzar la plantilla de informáticos⁵² – una solución a corto plazo.

Además, los Países Bajos han aprovechado el momento de digitalización del trabajo parlamentario a raíz de la pandemia para probar el sistema de reconocimiento de voz como posible herramienta que reemplace la transcripción manual en las reuniones. Por un lado, los resultados demuestran que es un instrumento útil para la labor de cooperación y diplomacia parlamentaria, en la medida en que opera en cualquier idioma y tiene un nivel de precisión del 90 por ciento⁵³. Por otro lado, este sistema se revela algo confuso en cuanto a la captación de interpelaciones en el transcurso de los debates parlamentarios, lo cual no significa que no tenga aplicación en sesiones más estructuradas.

En cuanto a los debates parlamentarios de otros países, aquéllos que fueron celebrados de forma remota se organizaron a través de programas como Skype, Google Meet o Zoom. Éstos fueron lanzados con fines comerciales enfocados al público general y empresas, pero rápidamente se han convertido en instrumentos nuevamente comercializados hacia organismos públicos por medio de la ampliación del número de usuarios por sesión o la introducción de sistemas de votación⁵⁴.

Sin embargo, ante la urgencia e imprevisibilidad de la crisis sanitaria los Parlamentos no tuvieron tiempo de

⁵² Rubio Núñez, R. (2020). p. 234.

⁵³ Unión Interparlamentaria: *Innovation Tracker num.10*. pp. 4-7.

⁵⁴ Marazuela Bermejo, A. (2021). Capítulo 3. La tecnología contra el COVID en el ámbito parlamentario. En: Arévalo Gutiérrez, A. (Dir.) y Marañón Gómez, R. (Coord.). *El Parlamento en los tiempos de pandemia*. Madrid: Editorial Dykinson. p. 71.



desarrollar, como hubiera sido preferible para garantizar la seguridad de los datos, herramientas de reunión virtual ajustadas a sus necesidades. No se aprovechó la publicidad de dichas sesiones al máximo al no existir servicios de webcasts en directo accesibles para el público, algo que sí fue conseguido en Estados como Brasil, donde las sesiones del Senado fueron retransmitidas telemáticamente a través de Youtube, añadiendo un componente participativo con la habilitación de una sección de comentarios⁵⁵. Por lo demás, las Cámaras a menudo se vieron compelidas a arreglárselas con sistemas como Zoom o Jitsi, que no habían sido diseñados con el fin de integrar a tan numerosa cantidad de participantes, ni incluían mecanismos de moderación adecuados.

Fuera de la UE, países como Chile decidieron habilitar la toma de decisiones parlamentarias online por enmienda constitucional desde marzo de 2020. Sin embargo, la gran mayoría de Estados prefirieron realizar cambios en los reglamentos parlamentarios para cumplir este fin, en algunas ocasiones adoptando la forma de leyes, como en el caso de Eslovaquia, República Checa y Lituania⁵⁶. Encontrar la cobertura legal para la adopción del método híbrido o telemático fue una tarea complicada en muchos países, cuyas normas no dejaban margen alguno para desvirtuar el principio de presencialidad, mientras que en otros Estados dicho principio no se encontraba detallado de forma explícita en su ordenamiento jurídico, ni en la jurisprudencia y doctrina. Como sabemos, en el caso de España las normas de procedimiento del Congreso de los Diputados ya contemplaban la posibilidad de votaciones remotas

⁵⁵ Rubio Núñez, R. (2020). p. 231.

⁵⁶ Deveaux, K., et al. (2021). pp. 12-14.



en supuestos tasados, por lo que nuestro país no fue uno de los que más dificultades encontró en este punto.

Ello no implica que simplemente por el hecho de encontrar cobertura legal para la digitalización, se acudiese a dicho instrumento de forma generalizada en la escena internacional. Más bien, tanto si el principio se hallaba explícito como si se hallaba implícito en la realidad de cada país, todos ellos tomaron la presencialidad como el modelo preferible, y la digitalización se conformó como mera alternativa durante el confinamiento. Incluso cuando la Mesa acordó realizar sesiones y votaciones telemáticas como último recurso para garantizar la contención del virus, algunos parlamentarios manifestaron su rechazo a las medidas. Por ejemplo, en marzo de 2020 la Cámara de los Comunes canadiense acordó reanudar las sesiones de forma híbrida y un parlamentario se opuso, sosteniendo que el derecho de asistencia presencial de algunos miembros había sido respetado en detrimento del de los demás⁵⁷. Sin embargo, ya se había alcanzado un consenso en la Cámara acerca de la preferencia por un modelo híbrido más cercano a la normalidad presencial con el fin de evitar un modelo puramente telemático.

La organización de reuniones virtuales presentaba serios inconvenientes añadidos, como la salvaguardia de la seguridad. De hecho, una reunión de una comisión del Parlamento sudafricano fue objeto de un ciberataque en mayo de 2020. Los Parlamentos de Bangladesh, Nueva Zelanda y Australia tratarían de sortear dicha amenaza recurriendo a la votación por bloques, a mano alzada a través de videoconferencia en Canadá, o por papeletas en Albania. Asimismo, el Reino Unido y los Estados Unidos implementaron un sistema de voto delegado (*proxy voting*) diseñado para sistemas híbridos⁵⁸ en los

⁵⁷ Ibid., pp. 23-24.

⁵⁸ Ibid.



cuales un parlamentario puede delegar sobre otro su facultad de voto para que éste último lo emita en el sentido indicado. Cabe recordar que en las Cortes Generales dicha posibilidad no fue contemplada en virtud del principio de indelegabilidad del voto en conformidad con el artículo 79.3 CE.

En resumidas cuentas, la virtualidad de las sesiones y votaciones fue cuestionada por muchos parlamentarios alrededor del mundo y solamente se recurrió a ella cuando el modelo presencial se estimaba inviable por las autoridades. La actividad parlamentaria virtual revistió un carácter provisional y excepcional, dependiendo en muchos casos de la reforma del ordenamiento jurídico para que pudiera encontrar cobertura legal. El sistema de voto delegado fue utilizado por distintos Parlamentos precisamente en un esfuerzo por no violentar el principio de presencialidad y para poder funcionar con asistencia reducida. La digitalización de las Cámaras a nivel mundial fue marcada por decisiones en torno a la plataforma elegida para el desarrollo de las videoconferencias, la interpretación y traducción simultánea en países multilingües y la protección de datos.

4.2 El contenido de la actividad parlamentaria

4.2.1. El control al Gobierno

Más allá del debate acerca de la virtualidad de la actividad parlamentaria, podemos valorar los cambios



experimentados a lo largo de la pandemia en el contenido material de dicha labor. Empezamos con la reflexión acerca de la función de control, para seguir con un análisis de la función legislativa de las Cámaras, y finalmente detenernos en la adaptación del trabajo parlamentario de las comisiones parlamentarias durante la pandemia.

En lo que se refiere a la función de control, y análogamente a la realidad española, la mayoría de los parlamentarios extranjeros hicieron un buen uso de las preguntas e interpelaciones acerca de cuestiones relacionada con la emergencia sanitaria, siempre intentando no interferir demasiado en la legislación de emergencia dictada por el Ejecutivo en atención al interés general. Sin embargo, dicho esfuerzo por no entorpecer la respuesta del Ejecutivo a la emergencia sanitaria ha provocado en general un incremento de facultades del poder ejecutivo más allá de los parámetros de proporcionalidad recomendados.

Con ello, la situación ha conducido a una centralización del mando en manos del Gobierno nacional incluso en países con rasgos regionales como es el caso de Italia o España. Ello significa que el poder del Gobierno central ha conducido a un olvido de los Gobiernos regionales y de sus respectivos Parlamentos.⁵⁹ El decaimiento de la fiscalización al Gobierno ha supuesto según Romainville un "cheque en blanco" por parte de los Parlamentos hacia los gobiernos, desvirtuándose así el papel de la aprobación parlamentaria⁶⁰.

Esta circunstancia se ha visto particularmente reflejada dentro de la UE en Hungría. En este Estado Miembro se recurrió a la legislación delegada, atribuyendo al Gobierno peligrosos poderes decisorios

⁵⁹ Rirard, B. y Fourmont, A. (2020). p. 2.

⁶⁰ Ibid., p. 4.



sin control parlamentario alguno⁶¹– por consiguiente, erosionando aún más las escasas garantías democráticas en un Estado iliberal. Con ello, debemos valorar el intento de la oposición en el Parlamento húngaro de revocar los poderes excepcionales al Gobierno, pese a no lograr su objetivo.

Por otra parte, haremos referencia a Iberoamérica, y en especial al caso de México. En este país, para la declaración del estado de excepción no fue necesaria la intermediación del Congreso; sin embargo, tuvo lugar un “control intraorgánico” en la medida en que el Consejo de Salubridad General y el Secretario de Salud tuvieron que confirmar la existencia de la emergencia sanitaria para que dicho estado de emergencia pudiese llegar a tener efecto. Sin embargo, es al Parlamento al que le corresponde ser el órgano encargado de la función de control del Ejecutivo por antonomasia.

La falta de un control efectivo externo al órgano del Gobierno a través de la fiscalización se debió, en parte, a la falta de previsión constitucional de dicho control en un estado de excepción. No existe una disposición constitucional que se refiera al control parlamentario en una emergencia sanitaria para la aprobación de decretos leyes. Sin embargo, Barceló Rojas no interpreta la ausencia de disposiciones al respecto como la libertad del Gobierno de someterse a un control parlamentario. Más bien, se debería inferir que el control se mantiene intacto también en un estado de excepción, con igual grado de efectividad que en el Derecho ordinario⁶².

⁶¹ Deveaux, K., et al. (2021). p. 11.

⁶² Barceló Rojas, D. et al. (Coords.). (2020). La garantía política de la Constitución Mexicana. En: COVID-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena. *Instituto*



Por otra parte, es reseñable el hecho de que, a lo largo de la crisis sanitaria, en Estados como el propio México⁶³, los grupos parlamentarios no ejercieron una función de control de forma conjunta, sino que cada grupo se posicionó con respecto a las políticas del Gobierno en comisiones o declaraciones extraparlamentarias, sin por ello manifestar su voluntad por formar una oposición conjunta en el seno de los debates parlamentarios. Lo mismo ocurría en las comisiones del *Bundestag*, en las que los grupos parlamentarios debatieron el impacto de la pandemia a corto y largo plazo, sin apreciarse ningún mecanismo de control parlamentario específico⁶⁴. En cambio, dado el sistema federal de Alemania, las regiones ejercieron cierto nivel de control a sus gobiernos a través de la creación de comisiones encargadas de la monitorización de la gestión pandémica del Ejecutivo. En cuanto a la forma de control en dichas Comisiones, proliferaron las preguntas e interpelaciones presentadas oralmente y por escrito⁶⁵.

En lo que respecta al control del Gobierno en materia de política exterior, la mayoría de los Parlamentos tienen posibilidades limitadas para dictarla y en consecuencia centran su labor de influencia a través del poder de aprobación de los presupuestos estatales⁶⁶. El patrón destacable a nivel global en cuanto a las funciones de fiscalización consiste en el hecho de que dicho control ha sido desarrollado *ex-post*. Es decir, no se ha promovido una iniciativa significativa por parte de los Parlamentos de realizar un control *ex-ante* a las

de Investigaciones Jurídicas, Serie Versiones de autor, Núm. 19. pp. 109-1113.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Robert Schuman Foundation: *The German Parliament and the pandemic*. p. 5-6.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Parlamento Europeo: *Parliamentary Democracy in Action*. p. 39.



declaraciones de estados de emergencia, sino que el escaso control que se llevó a cabo fue posteriormente, una vez aceptada la toma de decisión del Gobierno.

Por ejemplo, en el caso de Hungría la función de control consistió en un primer momento en la prórroga del estado en cuestión una vez ya había sido aprobado prescindiendo del debate parlamentario, mientras que la República Checa se planteó en algunas ocasiones la cancelación del estado de emergencia una vez aprobado⁶⁷. Ello nos hace pensar que el estado de emergencia fue un instrumento ampliamente avalado a nivel parlamentario. A pesar de que su alcance, forma y contenido fuesen discutidos en los debates, esta herramienta no fue criticada *ex-ante* debido al interés por ofrecer una respuesta rápida a la crisis sanitaria y por frenar los contagios que estaban saturando la asistencia sanitaria a niveles alarmantes.

En conclusión, la función de control a nivel mundial se ha visto limitada a lo largo del COVID-19, siendo particularmente difícil de llevar a cabo en los estados de emergencia. La desatención a la fiscalización al Gobierno le ha otorgado al poder Ejecutivo ese “cheque en blanco” para legislar confiando en la convalidación parlamentaria de las medidas propuestas, si bien el Parlamento llevó a cabo *a posteriori* una suerte de valoración crítica de las normas con rango de ley dictadas en pandemia. En el caso de Alemania, por ejemplo, dicha valoración consistió más bien en el análisis del impacto de la pandemia antes que en una función de control al Gobierno. Además, se puede constatar una tendencia a trasladar el control al ámbito de las comisiones

⁶⁷ Unión Europea: Parlamento Europeo. *States of emergency in response to the coronavirus crisis*. p. 35.



especializadas en asuntos relacionados con el coronavirus y una postergación del Pleno como sede preferente de la actividad parlamentaria.

4.2.2. La función legislativa

En cuanto a la función legislativa, se priorizaron las cuestiones sanitarias y económicas a lo largo de la pandemia a nivel global, en la medida en que el derecho de necesidad amparaba la producción de normas de carácter urgente relacionadas con el protocolo de actuación del personal sanitario o la administración de las vacunas de COVID-19, pero también con la recuperación económica a través de subsidios para familias con ingresos mínimos.

Asimismo, los Parlamentos impulsaron la adopción de una normativa complementaria a la propuesta por el Gobierno con el objetivo de proteger otros intereses públicos. Desde el área educativa se adoptaron medidas para facilitar el uso de medios tecnológicos a estudiantes en situaciones desfavorables durante la pandemia. Además, con miras al futuro se están actualmente reanudando debates que quedaron postergados a causa de la pandemia, tales como el medioambiente o la igualdad de género. En Costa Rica, por ejemplo, se ha recomenzado la lucha por la prohibición de la actividad minera, mientras que en Chile vuelve a plantearse el establecimiento de un sistema de monitorización para víctimas de violencia de género⁶⁸.

La ampliación de la materia objeto de la función legislativa es un gran avance para la superación de la pandemia y la 'vuelta a la normalidad' puesto que redirecciona la atención del poder ejecutivo hacia el conjunto de problemas sociales a los que se enfrentan

⁶⁸ ParlAmericas: *COVID-19: The Challenge of Adapting and Strengthening the Role of Parliaments*. pp. 7-8.



los ciudadanos en su día a día. Esta riqueza ha sido trasladada al Gobierno por parte de los parlamentarios, evidenciando así el carácter imprescindible de su actividad en democracia.

No obstante, en la fase inicial de la pandemia, la producción legislativa tuvo lugar mediante decreto ley del Ejecutivo en la mayoría de los países. La actividad parlamentaria no fue suspendida de forma definitiva a lo largo de la misma, sino que se adaptó a las nuevas tecnologías a través de una combinación de reuniones híbridas, remotas y presenciales dependiendo del país y de sus medidas de restricción. Tal y como se puede apreciar en la siguiente tabla, existieron ciertos modelos de actuación preferidos por los Parlamentos. De los 173 miembros de la Unión Interparlamentaria, se recogen únicamente 82 países que realizaron cambios en su procedimiento legislativo a causa de la pandemia o que suspendieron su actividad. Entre ellos los siguientes compartieron la misma forma procedimental de producción legislativa:

Tabla 3: Formas de producción legislativa adoptadas por Estados miembros de la Unión Interparlamentaria durante la pandemia en el año 2020

Procedimientos Plenarios	Número de Estados	Porcentaje de Estados
Procedimiento ordinario sin cambios	22	27%
Reuniones virtuales	17	21%
Híbrido	16	20%
Distanciamiento social	10	12%



Trabajo remoto + Votación	8	10%
Quorum reducido	4	5%
Votación por delegación	3	4%
Votación remota	1	1%
Suspendido	1	1%
Total	82	100%

Fuente: Inter Pares: *Parliamentary responses during the COVID-19 Pandemic – Data Tracker*. Recuperado de: <https://datastudio.google.com/embed/u/0/reporting/191dd812-cb5e-432c-aae1-a743bbc2678f/page/akaRB> [26/12/2021]

Resaltamos el hecho de que tan sólo un 27 por ciento de los Estados continuaron con su actividad legislativa sin cambios incluso durante la pandemia. Además, un 41 por ciento de los Parlamentos optaron por celebrar sesiones virtuales o híbridas antes que inclinarse por la presencialidad, probablemente debido a la situación sanitaria que afrontaba el país en ese momento. En cuanto a las votaciones, la mayoría de los países continuaron realizando sus votaciones de forma presencial y tan solo un Estado optó por el sistema de votación remota de forma generalizada para la tramitación legislativa parlamentaria. Ello nos sugiere que la votación telemática no ha sido considerada una herramienta fiable por la mayoría de los Estados, ni va hacerse un uso continuado de la misma una vez se deje atrás la crisis sanitaria.

En lo que respecta al contenido de la legislación pandémica, en Francia, Brasil y Australia la agenda legislativa fue restringida exclusivamente a la normativa relacionada con el COVID-19, mientras que en Austria y Eslovaquia la normativa COVID fue priorizada y su procedimiento acelerado⁶⁹. En Alemania, la actividad

⁶⁹ Deveaux, K., et al. (2021). p. 32.



legislativa se concentró también en la respuesta al coronavirus. Además, destacamos la reorganización del poder que experimentó Alemania, cuando no solamente el *Bundestag* dejó de tener un papel relevante en la producción normativa sino que ésta en gran parte no fue dictada por el Gobierno sino por el Ministerio Federal de Salud⁷⁰.

Lo cierto es que en la Unión Europea tan solo los ejecutivos de Bélgica, España, Grecia, Rumanía, e Italia optaron por hacer uso de poderes legislativos excepcionales debido a que el Derecho ordinario no amparaba la adopción de las medidas restrictivas aconsejadas por los expertos. Durante la primera oleada de la pandemia, únicamente Suecia, Dinamarca, Irlanda y los Países Bajos lograron introducir medidas que lesionaban derechos fundamentales recurriendo al procedimiento legislativo ordinario⁷¹. Por otro lado, 14 Estados miembros de la Unión Europea decidieron realizar cambios en su régimen legislativo para adaptarse a una producción normativa más rápida y eficiente⁷². Incluso dentro de la UE cada país definió su propia respuesta a la pandemia sin depender de las soluciones que encontraban sus vecinos. Realmente, no se pudo hallar un criterio general para la gestión de la pandemia aplicable en cada Estado Miembro más allá de las recomendaciones publicadas por las instituciones europeas, porque cada nación presentaba su realidad particular.

⁷⁰ Robert Schuman Foundation: *The German Parliament and the pandemic*. p. 4-5.

⁷¹ Unión Europea: Parlamento Europeo. *States of emergency in response to the coronavirus crisis*. p. 1.

⁷² *Ibid.*, p. 25.



Por ejemplo, en Francia se disponía de tres mecanismos principales para la regulación de una situación de crisis en el país: en primer lugar, se podría haber acudido al artículo 16 de la Constitución Francesa, a través del cual se le atribuyen una serie de poderes excepcionales al Presidente de la República y la interrupción del funcionamiento regular de las autoridades públicas ante una amenaza inminente; en segundo lugar, está previsto el traslado del poder policial desde las autoridades civiles a las militares en caso de insurrección armada, y finalmente se prevé el estado de emergencia para supuestos de quebrantamiento del orden público. Estando estas tres posibilidades tan bien definidas, resultó necesario recurrir a otro instrumento para hacer frente a la pandemia, puesto que la crisis sanitaria no encajaba en ninguna de estas categorías. A tal efecto, se regularon las medidas relacionadas con el COVID-19 a través de la nueva ley de 23 de marzo de 2020, por el cual se declaraba un "estado de emergencia sanitaria"⁷³, configurando así una suerte de analogía con la tercera categoría preexistente.

Esta ley resultó ser de gran utilidad para la continuidad de la función legislativa de la Cámara. De hecho, si tomamos el intervalo temporal entre el 15 de marzo y el 30 de junio a lo largo de tres años consecutivos en Francia, observaremos que se aprobaron en 2018 diecisiete leyes, en 2019 quince leyes, y en 2020 diez leyes en plena pandemia⁷⁴. Sin embargo, en la producción legislativa en tiempos de pandemia, el papel del Parlamento fue marginal. El Ejecutivo tomó las riendas de la legislación en materia de COVID-19 y de otras leyes no directamente relacionadas con la situación sanitaria, como por ejemplo las versadas sobre la recuperación económica.

⁷³ Robert Schuman Foundation: *The impact of the health crisis*. p. 34.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 35.



En todo caso, la tramitación de dicha normativa fue extremadamente rápida: si la media para la tramitación y aprobación de leyes en Francia era de 149 días, durante la pandemia se redujeron los plazos a tan solo 12 días⁷⁵. Si bien es innegable la preferencia por una producción normativa rápida y eficaz en tiempos de crisis, el precio de dicha urgencia fue la delegación de la función legislativa del Parlamento en el Ejecutivo.

Así, en los inicios de la pandemia los países legislaron mediante decreto ley una normativa de carácter excepcional y en un escaso marco temporal se logró producir una extensa legislación pandémica para hacer frente a la emergencia sanitaria. Ello permite entender cómo gran parte de la legislación aprobada en 2020 está relacionada exclusivamente con la adopción de medidas para contener el virus o para evitar el desplome de la economía mundial durante la crisis. El rasgo esencial de la función legislativa durante la pandemia fue la disposición de los Parlamentos para convalidar las declaraciones de estados de emergencia que pudieran agilizar los trámites de aprobación de normas con rango de ley.

Por último, ni los Parlamentos ni los Ejecutivos se han fijado especialmente en la gestión de la pandemia llevada a cabo en otros países en cuanto a la regulación de su propia situación nacional en la medida en que la crisis afectaba a los países de manera dispar. Si pudiese encontrarse un patrón común de actuación en la escena internacional, deberíamos referirnos a la acción conjunta de los países europeos que trataron de armonizar sus legislaciones con las recomendaciones de la Unión,

⁷⁵ Ibid., p. 36.



aunque la materia sanitaria no es una competencia compartida.

4.2.3 La labor de las comisiones

A nivel global, surgió un debate acerca del mantenimiento de la actividad de las comisiones de los Parlamentos durante la crisis sanitaria. Lo cierto es que la labor de las comisiones ha resultado adaptable al modelo digital, no sólo por el bajo número de participantes, sino también por el hecho de que su trabajo reviste a menudo la naturaleza de una investigación y cuenta con la presencia de expertos en la materia. Según señalan Deveaux, Švecová, y Baker, las comisiones parlamentarias han “proporcionado la flexibilidad que muchos parlamentarios requerían para funcionar durante la pandemia”⁷⁶. A saber, la flexibilidad en su configuración ha permitido el establecimiento de comisiones permanentes con funciones legislativas y de control⁷⁷.

Por ejemplo, el Parlamento de Fiji se encontraba a medio camino de implementar la presentación en línea del trabajo de sus seis comisiones permanentes cuando golpeó la pandemia, lo cual le facilitó el paso a un modelo enteramente virtual en pocos meses⁷⁸. Por otra parte, en este país la mayoría del trabajo parlamentario correspondiente a comisiones no relacionadas con el coronavirus sufrió un parón que actualmente se está empezando a superar.

Resulta igualmente interesante la aparición de comisiones especiales de pandemia, entre las cuales se

⁷⁶ Deveaux, K., et al. (2021). p. 7.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., p. 26.



distinguen aquéllas con poderes decisorios y aquéllas sin poder legislativo alguno. Como instancia ilustrativa de la primera categoría podemos mencionar el hecho de que la Mesa de la Asamblea (*Assembly Bureau*) tunecina creó una Junta de Portavoces (*Steering Committee*) con carácter permanente con representación de todos los partidos políticos. El 26 de marzo de 2020 la Asamblea Nacional de este país delegó poderes extraordinarios en la Mesa con el fin de que ésta gestionara el trabajo de la Asamblea y tomara decisiones de calado, por ejemplo, relacionadas con las sesiones y votaciones virtuales. Por otro lado, en Nueva Zelanda se constituyó la Comisión de Respuesta Epidémica (*Epidemic Response Committee*) el 25 de marzo del mismo año, con el cometido de valorar la acción de la Cámara de los Representantes en la gestión de la pandemia. A ésta, al ser presidida por el líder de la oposición y estar compuesta por seis miembros de la oposición de once en total se le atribuye, incluso, cierto poder de control⁷⁹.

Si hacemos un repaso más extenso sobre las comisiones nacidas a causa de la crisis sanitaria en el mundo, veremos cómo la actividad de las mismas ha sido alterada por un movimiento hacia el modelo virtual y la asistencia reducida, y en muy pocas ocasiones se ha logrado mantener inalterada la actividad de las comisiones pre-pandemia. La tabla siguiente ilustra datos recogidos por la UIP al respecto:

Tabla 4: Formas de producción legislativa adoptadas por comisiones parlamentarias de Estados miembros de la Unión Interparlamentaria durante la pandemia en el año 2020.

⁷⁹ Ibid., p. 27.



Procedimientos de Comisiones	Número de Estados	Porcentaje de Estados
Procedimiento ordinario sin cambios	3	3%
Reuniones virtuales oficiales	17	19%
Reuniones virtuales no oficiales	1	1%
Híbrido	7	8%
Distanciamiento social	19	22%
Trabajo remoto + Votación presencial	21	24%
Quorum reducido	4	5%
Limitado a materia urgente	6	7%
Votación remota	1	1%
Suspendido	3	3%
Total	87	100%

Fuente: Inter Pares: *Parliamentary responses during the COVID-19 Pandemic - Data Tracker*. Recuperado de: <https://datastudio.google.com/embed/u/0/reporting/191dd812-cb5e-432c-aae1-a743bbc2678f/page/akaRB> [26/12/2021]

En primer lugar, se puede comprobar el hecho de que un 24% de los Estados han optado por una actividad basada en el teletrabajo de los integrantes de las comisiones, manteniendo las votaciones presenciales. Ello concuerda con los datos expuestos en el anterior apartado, referidos a la preferencia de los Parlamentos por realizar las votaciones de forma presencial, en el interés de evitar posibles errores y contratiempos en el registro y cómputo de los votos online. En segundo lugar, subrayamos la preferencia de las comisiones de un 22% de los países por organizar su actividad parlamentaria de forma presencial con distanciamiento social, de conformidad con el principio de presencialidad



de la actividad parlamentaria. En tercer lugar, destaca el hecho de que sólo un 19% de los Estados emplearon la herramienta de la videoconferencia para celebrar las reuniones oficiales de las Comisiones y únicamente un país llevó a cabo de forma generalizada reuniones informales por videoconferencia.

Desde otro punto de vista, las comisiones creadas a raíz del coronavirus han desempeñado una importante labor diplomática en muchos países. En particular, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos tiene una larga tradición de encargar labores de diplomacia parlamentaria a sus comisiones; a causa de la pandemia esta tendencia se ha asentado aún más a través de la temprana creación el 23 de abril de 2020 de una Comisión dedicada a la crisis del coronavirus a nivel global⁸⁰.

Por otro lado, en Alemania no se creó una Comisión dedicada exclusivamente a la diplomacia parlamentaria en materia de la crisis sanitaria pero sí se constituyó un nuevo grupo de asesoramiento parlamentario acerca del COVID-19 donde se trataban "aspectos internacionales". En concreto, su cometido se dividía en tres grandes bloques, la investigación internacional acerca del virus y sus mutaciones, la producción de vacunas COVID-19 a nivel global, y las consecuencias del COVID-19 sobre la economía global⁸¹.

En conclusión, el trabajo parlamentario de las comisiones se ha enfocado principalmente en la gestión nacional de la pandemia desde un punto de vista investigativo, de control del Ejecutivo y en concordancia

⁸⁰ Parlamento Europeo: *Parliamentary Democracy in Action*. p. 39.

⁸¹ Ibid.



con funciones legislativas; sin olvidar la actividad internacional de las mismas. Además, la actividad de las comisiones ha sufrido cambios a lo largo de la pandemia, consistentes en la adaptación hacia modelos de asistencia reducida y virtualidad, en la mayoría de los casos compaginándose ambos acercamientos. El trabajo parlamentario de las mismas ha sido indispensable para el mantenimiento de la actividad de las Cámaras en tanto en cuanto son flexibles y por ende idóneas para afrontar situaciones de emergencia.

V. LA DIPLOMACIA PARLAMENTARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

5.1. La diplomacia parlamentaria europea e internacional

Realizamos un breve análisis de la diplomacia europea durante la pandemia antes de entrar a evaluar la diplomacia internacional: En la Unión ha sido necesario exhibir una imagen de unidad dentro sus fronteras de cara a sus perspectivas crecimiento hacia el este. Las fronteras de la Unión Europea se encuentran en un proceso de delineación no concluido, tomando por ejemplo el Brexit desde el oeste, y el conflicto con Rusia acerca de la posible adhesión de países como Ucrania a la Unión. La diplomacia parlamentaria de la UE en este respecto ha sido clave para establecer un diálogo sobre valores e intereses comunes con los países de la Europa del Este que desean adherirse a la Unión.

No obstante, en el caso de la adhesión de los Balcanes Occidentales a la UE, el Proceso de Berlín iniciado por la Canciller alemana Angela Merkel en 2014 con el fin de "potenciar la cooperación regional y la reconciliación", continúa careciendo de una dimensión



parlamentaria⁸². Ello apunta, una vez más, a la tendencia del Ejecutivo a protagonizar las negociaciones diplomáticas, en parte debido al hecho de que los Parlamentos de dichos Estados aún se encuentran en una fase temprana de incorporación del acervo comunitario, como es el caso de Macedonia del Norte, Serbia, Montenegro y Albania, mientras que a otros como Kosovo o Bosnia y Herzegovina ni siquiera se les ha concedido aún el estatuto de países candidatos.

Curiosamente, la pandemia ha reactivado la actividad parlamentaria internacional de dichos países puesto que se han visto forzados a inventar nuevas formas de funcionamiento para hacer frente a la emergencia sanitaria y prevenir su aislamiento ante la comunidad internacional. Los parlamentarios utilizaron la videoconferencia para la adopción de leyes relativas al coronavirus a nivel nacional, pero también para reactivar su contacto con homólogos europeos, profundizando así en las relaciones a través de grupos de amistad y reuniones bilaterales y de su participación en diversas reuniones de organizaciones internacionales⁸³. El caso de los países balcánicos es tan solo un ejemplo de cómo la diplomacia parlamentaria europea se ha visto reforzada durante la crisis sanitaria, por pura necesidad de abrirse a las relaciones internacionales y de encontrar apoyo internacional para afrontar la pandemia.

Por otra parte, la diplomacia parlamentaria europea ha renovado su apuesta por la inclusión de la diversidad a lo largo de la pandemia. Entrevistamos a Carmen Sánchez-Abarca Gornals, Letrada de las Cortes

⁸² Mitrovic, D. (2021). p. 3.

⁸³ Ibid., pp. 5-6.



Generales ante la Unión Europea, quien nos señalaba que “los grandísimos avances que ha habido a nivel europeo han contado con el apoyo de la mayoría de Parlamentos y eso ha sido un gran logro porque, como tantas veces, la Unión Europea avanza en las grandes crisis”⁸⁴. A pesar de que el conjunto de Parlamentos europeos es “un grupo heterogéneo”, la diversidad de la realidad parlamentaria europea no ha sido un obstáculo para la toma de decisiones urgentes. La letrada insiste que “un Parlamento en sí mismo es pura diversidad y es la casa de la oposición y de todas las voces políticas”⁸⁵. De este modo, la UE ha incorporado dicha diversidad en su modo de funcionamiento y la ha fomentado tanto en su diplomacia interna como externa.

Gran parte de la diplomacia europea exterior durante la pandemia ha tenido lugar a través de las cumbres y conferencias de las organizaciones internacionales, las cuales han supuesto un punto de encuentro entre parlamentarios de todo el mundo. Por su parte, la ONU (Organización de las Naciones Unidas) y la OTAN (Organización del Tratado del Atlántico Norte) han influenciado muchas de las decisiones parlamentarias tomadas desde Europa y se ha conformado como una vía importante para el desarrollo de la diplomacia parlamentaria española en pandemia.

A continuación, realizaremos un análisis sobre las formas en que las organizaciones internacionales han adaptado su actividad durante la pandemia.

a) En primer lugar, el trabajo de cooperación la UIP ha sido clave, enfocándose específicamente sobre el dialogo interparlamentario de los 179 Parlamentos miembros, por ejemplo a través de la organización de webinarios, como el titulado “Lecciones de la pandemia

⁸⁴ Sánchez-Abarca Gornals, C., Entrevista. 16 de noviembre de 2021.

⁸⁵ Ibid.



COVID-19” el 5 de mayo de 2020, reuniendo a más de 500 parlamentarios de todo el mundo en cada sesión⁸⁶.

Por otro lado, se celebró tan importante conferencia presencial como la Quinta Conferencia Mundial de Presidentes de Parlamentos en Viena el 7-8 de septiembre de 2021 en cuanto la crisis sanitaria aconsejaba el modelo presencial. En plena pandemia, sin embargo, la conferencia organizó una sesión telemática los días 19-20 de agosto de 2020. De estas reuniones nace una Declaración enfocada al multilateralismo, que elogia la adaptabilidad e innovación de los Parlamentos durante la pandemia y hace una llamada a los Parlamentos para nutrirse de las experiencias mutuas en vistas de que “la diplomacia parlamentaria puede contribuir a los esfuerzos para fomentar la confianza, la comprensión y la cooperación entre las naciones”⁸⁷.

Asimismo, los días 26 a 30 de noviembre de 2021 tuvo lugar en Madrid la Asamblea de la Unión Interparlamentaria número 143 (en adelante Asamblea número 143), donde se debatió el Proyecto de Estrategia para 2022-2026 en el cual se establece el objetivo de fomentar “ecosistemas parlamentarios [...] en lugar de ver a los Parlamentos de manera aislada” en palabras de Martín Chungong, Secretario General de la UIP⁸⁸. Además, se adoptó una resolución de urgencia propuesta por el Grupo Africano de la UIP para promover la cooperación parlamentaria en torno al acceso

⁸⁶ Unión Interparlamentaria: *Hundreds of parliamentarians join IPU/WHO/UNDRR pandemic webinar*.

⁸⁷ Unión Interparlamentaria: *Declaración sobre el tema “Los parlamentos movilizados”*.

⁸⁸ Unión Interparlamentaria: *Global parliamentary solidarity for vaccine equity*.



equitativo de las vacunas COVID-19 en países en vía de desarrollo.

Los datos de participación en la Asamblea número 143 son muy positivos, teniendo en cuenta que fue la primera Asamblea presencial de la UIP desde 2019 a causa de la pandemia. La creciente participación de los jóvenes y de las mujeres en el seno de los foros interparlamentarios es cada vez más relevante. Dicha tendencia fue reforzada en la Asamblea a través de la celebración del Foro de mujeres parlamentarias y el Foro de parlamentarios jóvenes. En ella se refleja el éxito de la política de la UIP por promover la participación de los jóvenes, siendo un 25 por ciento de los parlamentarios mundiales menores de 45 años⁸⁹. En la siguiente tabla se presentan datos de participación en Asambleas de la UIP desde un enfoque de género:

Tabla 5: Estadísticas de la composición de las delegaciones en las Asambleas de la Unión Interparlamentaria entre 2019 y 2021.

⁸⁹ Ibid.



Reunión (fecha)	Total delegados y delegadas	Total/porcentaje de delegadas mujeres		Total delegaciones	Total delegaciones compuestas de sólo hombres	Total delegaciones compuestas de sólo mujeres
Madrid (11/21)	509	198	38.9 %	117	10	3
Ginebra Virtual (05/21)	755	287	38%	133	8	2
Belgrado (10/19)	719	222	30.7 %	149	15	0
Doha (04/19)	721	219	30.3 %	147	16	0

Fuente: Unión Interparlamentaria: *143rd IPU Assembly and related meetings. Results of the proceedings*. Madrid: Asamblea de la Unión Interparlamentaria número 143, de 26 a 30 de noviembre de 2021. p. 78.

En primer lugar, en la Asamblea número 143 se puede comprobar un alto nivel participativo global por parte de las 117 delegaciones, si bien el número total de delegados y delegadas, 509, fue ligeramente menor a otras ocasiones cuando rondaban los 700. En segundo lugar, cabe señalar el hecho de que la Asamblea número



143 presenta un record⁹⁰ de 38.9% en cuanto al porcentaje de mujeres delegadas que componían las delegaciones concurrentes y un total de 3 delegaciones concurrentes compuestas solamente por mujeres. Con ello, las dos últimas Asambleas de 2021 refuerzan el compromiso de la UIP por reducir las delegaciones compuestas solamente por hombres y continuar avanzando hacia la igualdad de género en el ámbito de la diplomacia parlamentaria.

b) La ONU en sí ha creado una gran variedad de recursos disponibles para los parlamentarios con la intención de apoyar la cooperación internacional. Entre ellos cabe destacar los talleres virtuales, webinarios e informes dirigidos a parlamentarios. Más allá de esta organización internacional, los parlamentarios han tenido una voz en el Foro Global Parlamentario en 2020 y 2021, organizado anualmente por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional con el objeto de debatir la gestión económica de la pandemia y el lanzamiento de paquetes de estímulo.

c) La Asamblea Parlamentaria de la OTAN ha continuado su actividad durante la pandemia a través de las videoconferencias, y la difusión de webinarios, asumiendo especialmente en 2020 un rol en la unidad de acción frente al coronavirus por parte de los países aliados. En 2021, con la llamada 'vuelta a la normalidad', su actividad se ha trasladado a abordar su temática habitual relativa a cuestiones de defensa de los intereses aliados. Sin embargo, durante el 2020 sus sesiones virtuales fueron marcadas por la pandemia y se elaboraron varios informes en torno al impacto sobre la seguridad internacional que suponía dicha crisis. A tal efecto, se insta a los parlamentarios a jugar un papel central en el liderazgo político de la OTAN en la medida en que estos representan los valores democráticos

⁹⁰ Ibid.



promovidos por los Estados miembros y ofrecen una visión única acerca de futuras amenazas para la Alianza⁹¹.

d) Por otra parte, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) ha creado una red parlamentaria global que se ha reunido virtualmente en cinco ocasiones a lo largo de la pandemia con el objetivo de debatir temas relacionados con los efectos económicos, políticos y sociales del coronavirus. En concreto, la sesión del 2 de diciembre de 2020 fue dedicada a los progresos digitales de los sistemas de salud nacionales en colaboración con el Servicio de Investigación del Servicio Europeo. Si bien esta Organización reúne países de América del Norte y del Sur junto con Estados de Asia-Pacífico, se trataba en sus inicios de una iniciativa europea y se encuentra fuertemente influenciada por la Comisión Europea en la actualidad, lo cual convierte a su red parlamentaria en un foro privilegiado de diplomacia parlamentaria europea.

e) La Asamblea Parlamentaria de la Unión para el Mediterráneo (AP-UpM), nacida para la cooperación interparlamentaria en lo tocante a política, sociedad y economía en la zona Euro-Mediterránea, demostró a su vez ser un foro efectivo para la diplomacia parlamentaria en 2020, a pesar de que todas sus reuniones fueron aplazadas, canceladas o celebradas telemáticamente. Las Comisiones permanentes de la AP-UpM trataron algunos temas más relacionados con la función diplomática como la cuestión palestina y otros más enfocados al impacto del COVID, sobre las economías

⁹¹ Organización del Tratado del Atlántico Norte: Asamblea Parlamentaria. *Special Report*. p. 15.



regionales, por ejemplo. La cooperación diplomática desplegada en este foro interparlamentario durante la pandemia fue particularmente compleja al añadir “aún otra capa de complejidad a la difícil situación política y de seguridad afrontada por nuestra región”⁹².

f) Desde el punto de vista de la diplomacia parlamentaria española, el mantenimiento de la actividad de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana (EuroLat) es especialmente relevante para la salvaguardia de las relaciones interparlamentarias de la UE con Iberoamérica. En las reuniones híbridas de sus cuatro comisiones permanentes en Bruselas se abordaron asuntos tales como la incitación al odio a causa del COVID-19, el acuerdo de Asociación UE-Mercosur, el acceso a las vacunas o la Agenda 2030⁹³.

En conclusión, con el fin de afianzar a la UE como un actor diplomático global de primera línea junto a Estados Unidos, y frente a países como China o Rusia, ha sido necesario transmitir una imagen de unidad entre sus Estados Miembros durante la crisis, y de paso atraer a su órbita a potenciales miembros desde la Europa del Este. Además, tanto la UE como la ONU, entre otras organizaciones internacionales, han utilizado sus foros interparlamentarios para fomentar la cooperación internacional entre Parlamentos y encontrar soluciones comunes a problemas comunes durante el COVID-19. Entre estos foros destacamos la Asamblea de la Unión Interparlamentaria número 143 en Madrid, marcada por la promoción de la participación de mujeres y jóvenes en el campo de la diplomacia parlamentaria internacional.

⁹² Asamblea Parlamentaria de la Unión para el Mediterráneo: *2020 Annual Report*. pp. 10-12.

⁹³ Pérez Pineda, O. y López, J. (2021).



5.2. La diplomacia parlamentaria española

La diplomacia parlamentaria española aprovechó su participación en los foros interparlamentarios europeos e internacionales para proyectarse a la escena internacional. A pesar de que la actividad de los Grupos de Amistad fue paralizada durante la crisis sanitaria, España ha mantenido sus relaciones con países europeos vecinos como Francia o Portugal a través de reuniones bilaterales⁹⁴. Además, existe una creciente iniciativa por parte del Parlamento español de extender relaciones diplomáticas con países menos próximos, tanto dentro de la UE como a nivel internacional⁹⁵.

Dicha iniciativa se impulsa en consonancia con la Estrategia de Acción Exterior 2021-2024 aprobada por el Gobierno siguiendo el mandato de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Su cuarto eje versa sobre el multilateralismo y dentro de este aparece "el impulso de la diplomacia parlamentaria"⁹⁶. Aquí se pone de manifiesto el hecho de que la diplomacia parlamentaria "es un activo cada vez más importante", y por consiguiente, deviene necesario de trabajar hacia "una presencia e influencia más planificadas y estructuradas" de la misma "en

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Sánchez-Abarca Gornals, C., Entrevista. 16 de noviembre de 2021.

⁹⁶ Gobierno de España: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. *Estrategia de Acción Exterior 2021-2024*.



coordinación con el Ejecutivo”⁹⁷, suscitando preguntas acerca de la autonomía.

Según señalaba la Directora de Relaciones Internacionales del Senado, Sylvia Martí Sánchez, en la entrevista realizada, opera un cierto “alineamiento” entre el Gobierno y el Parlamento en el interés de perseguir los objetivos de la política exterior⁹⁸. Nos aseguraba que no ha existido durante la pandemia un “seguidismo” de la diplomacia parlamentaria española respecto de la diplomacia llevada a cabo por el Ejecutivo, sino que más bien ambas se encuentran en una relación de “complementariedad”.

A este respecto, Carmen Sánchez-Abarca Gornals, señalaba que “la política exterior española debe hacer uso de todos sus recursos”. En este sentido, “la labor del Parlamento puede ser muy interesante” para resolver “conflictos parlamentarios en Estados que afectan a España” en la medida en que los interlocutores “tienen que estar en el nivel adecuado”⁹⁹. Así, tanto el Gobierno como el Parlamento actúan conjuntamente dirigiéndose hacia sus interlocutores correspondientes. A saber, para la resolución de conflictos europeos o internacionales, España dialoga no solamente con los representantes del Gobierno del Estado en conflicto sino también con los parlamentarios el país en cuestión en el ejercicio de la diplomacia parlamentaria.

Por su parte, el presidente del Gobierno Pedro Sánchez afirmaba en la Asamblea de la UIP número 143 en Madrid: es una “prioridad internacional” el fortalecimiento de los sistemas parlamentarios como fruto de una diplomacia multilateral que persigue la

⁹⁷ Ibid., pp. 94-95.

⁹⁸ Martí Sánchez, S. Entrevista. 27 de octubre de 2021.

⁹⁹ Sánchez-Abarca Gornals, C., Entrevista. 16 de noviembre de 2021.



cooperación a nivel mundial¹⁰⁰. Por consiguiente, coincidimos con Tudela Aranda cuando afirma que “la agenda parlamentaria ha incorporado la globalización”¹⁰¹, y añadiríamos que a causa de la pandemia también se ha incorporado la digitalización, que ha transformado el plano de la diplomacia parlamentaria y creado redes de comunicación instantáneas y de bajo coste nunca antes concebidas, aunque a costa del sacrificio del contacto presencial entre parlamentarios.

Advertimos que las reuniones virtuales no son el mejor método para fomentar la cooperación entre Parlamentos. Se trata de un instrumento que fue usado durante la crisis sanitaria antes de la ‘vuelta a la normalidad’, en espera de un retorno a las relaciones interpersonales presenciales tan necesarias para crear nuevos contactos y para construir confianza. Martí Sánchez también nos insistía en el valor de las reuniones presenciales, identificando precisamente el uso de la videoconferencia como uno de los mayores desafíos de la diplomacia parlamentaria¹⁰².

Con su punto de vista coincidía también Sánchez-Abarca Gornals, para quien el contacto presencial entre parlamentarios es clave. Sin embargo, la letrada señalaba que la digitalización de la diplomacia parlamentaria en pandemia ha sido un instrumento positivo a la hora de asegurar un complicado mantenimiento de la actividad en medio de una emergencia sanitaria global. Además, resaltaba la

¹⁰⁰ Gobierno de España: Noticias - *Pedro Sánchez makes an urgent appeal for dialogue.*

¹⁰¹ Tudela Aranda, J. (2020). *El Parlamento en tiempos críticos.* p. 265.

¹⁰² Martí Sánchez, S. Entrevista. 27 de octubre de 2021.



utilidad de las enseñanzas digitales aprendidas en la pandemia para el futuro, y en el “salto cualitativo enorme”¹⁰³ que ha supuesto el desarrollo de reuniones que anteriormente resultaban costosas y precisaban de grandes esfuerzos organizativos para su celebración. En este sentido, Sánchez-Abarca Gornals afirma que se ha hecho un recurso más frecuente a la videoconferencia que a los viajes parlamentarios, con todo lo que estos implican en términos de organización y agenda¹⁰⁴.

En efecto, si acudimos a los datos de la actividad internacional de las Cortes Generales, veremos que hasta el 16 de noviembre de 2021 se han realizado 72 viajes presenciales y 227 videoconferencias desde el inicio de la XIV Legislatura¹⁰⁵. En aras de pormenorizar aún más la naturaleza de dichas reuniones, podemos contemplar la siguiente tabla:

Tabla 6: El ejercicio de la actividad internacional de las Cortes Generales presencial y telemáticamente en la XIV Legislatura hasta noviembre de 2021¹⁰⁶

¹⁰³ Sánchez-Abarca Gornals, C., Entrevista. 16 de noviembre de 2021.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Los viajes de la Mesa y las Comisiones reflejadas en la tabla bajo el rótulo “reuniones por videoconferencia” responden al hecho de que durante la pandemia dichos viajes fueron cancelados y efectivamente reconvertidos en reuniones virtuales.



Delegaciones españolas en el ejercicio de la actividad internacional de las Cortes Generales durante la XIV Legislatura	Reuniones por videoconferencia	Reuniones presenciales
Delegaciones españolas en Asambleas y Foros Parlamentarios Internacionales		
Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)	7	4
Asamblea Parlamentaria de la OTAN	34	8
Asamblea de la Unión Interparlamentaria (UIP)	31	4
Asamblea Parlamentaria de la Unión para el Mediterráneo	3	0
Delegaciones españolas en Foros	1	3



Parlamentarios Internacionales		
Viajes internacionales de delegaciones oficiales españolas		
Conferencia de Presidentes de Parlamentos de los Estados miembros de la Unión Europea y del Parlamento Europeo	1	0
Viajes de la Mesa del Congreso de los Diputados	5	5
Viajes de las Comisiones del Congreso de los Diputados	44	7
Otros viajes y reuniones internacionales teniendo por objeto la cooperación interparlamentaria	19	2
Delegaciones españolas en Conferencias Parlamentarias y reuniones en la Unión Europea		
Conferencia de Comisiones Especializadas en	15	0



Asuntos de la Unión Europea (COSAC)		
Conferencia Interparlamentaria sobre la Política Exterior y de Seguridad Común y la Política Común de Seguridad y Defensa (PESC/PCSD)	3	1
Conferencia sobre Estabilidad, Coordinación Económica y Gobernanza en la Unión Europea (CECEG)	3	1
Delegación española en el Grupo de Control Parlamentario Conjunto de Europol	1	1
Total	167	36

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obtenidos en: Congreso de los Diputados: *Actividad Internacional Parlamentaria*. Recuperado de: <https://www.congreso.es/en/cem/asambleas-parl> [26/12/2021]



Se evidencia la preferencia por reuniones telemáticas frente a las presenciales como rasgo distintivo de la actividad parlamentaria de la XIV Legislatura. Asimismo, es destacable el alto número de reuniones de las Comisiones del Congreso de los Diputados por videoconferencia ante la inviabilidad de organizar viajes en pleno confinamiento. A pesar de las restricciones, los datos indican que la Conferencia de la COSAC y las Asambleas de la UIP y la OTAN fueron los foros en cuyas reuniones participaron presencialmente los delegados españoles en más ocasiones. Por otra parte, dichas averiguaciones están en línea con nuestra hipótesis sobre el aumento del trabajo especializado durante la pandemia, en la medida en que la actividad internacional de las Cortes Generales ha sido en parte llevada a cabo por sus Comisiones.

Los datos demuestran el interés de España por sentar la dirección de su diplomacia parlamentaria en foros arbitrados por la UE, la ONU y la OTAN. Esta misma dirección toma la Estrategia de Acción Exterior 2021-2024, en la cual se indican los foros interparlamentarios que resultan especialmente relevantes para la diplomacia parlamentaria del Estado español, éstos se enuncian a continuación: "Unión Interparlamentaria, Consejo de Europa, OSCE, OTAN, OCDE, sistema iberoamericano"¹⁰⁷.

Podemos concluir que la diplomacia parlamentaria española ha hecho un uso bastante extenso de las conferencias virtuales, que reemplazaron la agenda de viajes de sus delegaciones durante la crisis sanitaria. España ha dejado atrás la diplomacia estatal tradicional en su apuesta por un multilateralismo a través del cual se impulsa de la diplomacia parlamentaria. Durante la

¹⁰⁷ Gobierno de España: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. *Estrategia de Acción Exterior 2021-2024*. pp. 94-95.



pandemia la diplomacia parlamentaria española complementó la acción exterior del Gobierno y se alineó con la diplomacia parlamentaria europea.

VI. CONCLUSIONES

Una gran polémica que se ha suscitado a lo largo de la pandemia COVID-19 se refiere a la transformación digital de la actividad parlamentaria, a la que se vieron abocadas las Cámaras nacionales y subnacionales para poder mantener cierto nivel de actividad durante los estados de emergencia. Algunos entienden dicha adaptación tecnológica como una innovación positiva para el futuro, que posibilitará a los parlamentarios tejer redes de comunicación rentables e inmediatas. Sin embargo, nosotros compartimos la opinión mayoritaria por la cual se entiende que la digitalización no debe convertirse en el modelo a seguir para el futuro de la actividad parlamentaria, debido a que carece del elemento clave de contacto interpersonal entre parlamentarios que solo brinda el respeto por el principio de presencialidad.

Por otra parte, a pesar de los esfuerzos por parte de los parlamentarios de mantener cierto grado de actividad, la labor parlamentaria ha disminuido hasta el punto de provocar un aumento desproporcionado del poder del Ejecutivo. A través del análisis de la función de control y la legislativa hemos podido constatar una tendencia a nivel global por la cual los Parlamentos han permitido la legislación por decreto ley y preferido minimizar su fiscalización parlamentaria al Gobierno en virtud del interés general de dar una respuesta eficaz y urgente a la crisis sanitaria. En la UE el predominio del



poder ejecutivo ha repercutido sobre niveles de gobernanza supranacional, nacional y subnacional por igual.

En cuanto a la diplomacia y cooperación parlamentaria a nivel europeo e internacional, las relaciones entre Parlamentos han sido fructíferas en el ámbito de los foros y conferencias, pero las relaciones bilaterales se han visto resentidas a causa de la cancelación de viajes debida a la restricción de vuelos y el cierre de fronteras. Durante la crisis sanitaria se aprecia el aumento en el trabajo parlamentario especializado en materia COVID-19, sin perjuicio de que con la 'vuelta a la normalidad' los debates en los plenos a nivel nacional y en los foros interparlamentarios se abren a nuevos temas de interés.

A continuación, analizaremos más pormenorizadamente el sentido de nuestras afirmaciones:

1. Atendiendo al análisis realizado acerca de la respuesta del Congreso de los Diputados ante el COVID-19, debemos concluir que la decisión de suspender la actividad parlamentaria fue incorrecta según el Tribunal Constitucional. La desatención de la función de control parlamentario y la reducción de la función legislativa a la mera convalidación de decretos leyes supuso una disminución cualitativa y cuantitativa de la actividad de la Cámara. No obstante, el Parlamento logró mantener cierto nivel de actividad en cuanto a su función de control mediante el uso de preguntas e interpelaciones, y en virtud del interés general mantuvo un perfil bajo en aras de no entorpecer al Gobierno en su gestión de la pandemia.
2. En el marco de la cooperación interparlamentaria europea, las conferencias han servido para sentar el rumbo de la política interior y exterior de



Europa sin desoír la representación de la pluralidad a través de la labor parlamentaria. En las reuniones interparlamentarias europeas, el diálogo acerca de la respuesta al COVID-19 y la recuperación económica de la crisis han acaparado el contenido del debate interparlamentario, si bien actualmente se ha abierto el debate a un abanico de temas relevantes para la diplomacia parlamentaria internacional del futuro, como la política medioambiental.

3. Además, tanto en el plano de los foros interparlamentarios europeos como en los internacionales se ha logrado evitar la paralización de la actividad parlamentaria a través del uso de la videoconferencia. Sin embargo, las reuniones interparlamentarias europeas e internacionales bilaterales por videoconferencia y los viajes fueron cancelados, lo cual nos indica que el uso de la tecnología en reuniones diplomáticas con pocos participantes no es beneficiosa e incluso podría perjudicar el libre desenvolvimiento de las mismas y la confidencialidad de los diálogos.
4. El Parlamento Europeo, por su parte, asume un papel relevante en la toma de decisiones a nivel europeo, si bien se le ha situado a la sombra de la Comisión. La actividad legislativa de la Cámara ha sido extensa y ha dado lugar a debates proactivos entre los diputados. Mediante la innovación de la infraestructura informática del Parlamento Europeo y el desarrollo de su propio sistema de interpretación simultáneo pionero, éste se ha mostrado partidario de continuar el camino de la innovación tecnológica para crear una mayor confianza en la actividad virtual de



- este macroparlamento. Además, a lo largo de la pandemia el número de preguntas realizadas por eurodiputados a la Comisión incrementó notablemente.
5. La tendencia hacia una actividad parlamentaria de control basada en la presentación de preguntas escritas u orales al Gobierno se aprecia también en el seno de los Parlamentos nacionales y sus comisiones. En cuanto al análisis comparativo de la actividad de Parlamentos nacionales alrededor del mundo cabe señalar que a causa de las declaraciones de estados de emergencia y los confinamientos, las Cámaras se vieron obligadas a recurrir al uso de la tecnología para el mantenimiento de su actividad. Además, la función legislativa de las Cámaras fue por lo general reducida a la convalidación de decretos leyes. En algunos países se hizo un uso extenso del voto telemático, mientras que otros buscaron otras alternativas como la delegación del voto.
 6. Los Parlamentos se adaptaron a la pandemia creando nuevas comisiones de seguimiento de la gestión de la crisis, algunas de ellas incluso permanentes, y con funciones legislativas y de control. Las comisiones acabaron remplazando en algunos casos la labor del Pleno y fueron preferidas para la fiscalización al Gobierno debido a su flexibilidad. En todo caso, el control al Ejecutivo fue *ex-post* una vez aprobada la normativa del Gobierno.
 7. Por otra parte, la diplomacia parlamentaria internacional se desarrolló en redes y foros de cooperación dependientes de organizaciones internacionales como la ONU o la OTAN, con el objetivo de coordinar una respuesta por parte de la comunidad internacional a la crisis sanitaria. Se destaca la actividad de cooperación interparlamentaria llevada a cabo por la UIP, por



- ejemplo, a través de su Asamblea número 143. Ésta última fue la primera Asamblea de la UIP celebrada presencialmente desde los inicios de la pandemia y sus datos de participación reflejan el fomento de la igualdad de género.
8. En lo que se refiere a Europa, la diversidad se ha consolidado como un elemento fundamental de la diplomacia parlamentaria interna y externa de la Unión. Ha existido una cooperación interparlamentaria fortalecida, evidenciada por el hecho de las políticas de la Unión durante el COVID-19 han contado un apoyo mayoritario por parte de los Estados Miembros. Además, la crisis sanitaria ha conducido a la consolidación de la cooperación interparlamentaria entre la UE y los Balcanes Occidentales. En este sentido, la diplomacia parlamentaria española se ha alineado con la de europea a través de la defensa de los intereses comunes, incluida la extensión hacia el este, con de la autorización en el Senado de la adhesión de Macedonia del Norte.
 9. Asimismo, la diplomacia parlamentaria española ha tejido valiosas relaciones con los Parlamentos iberoamericanos, que continúan siendo reforzadas en la realidad postpandemia. Sin embargo, durante la primera mitad de la pandemia los viajes de las delegaciones españolas fueron cancelados, lo cual dificultó el desarrollo de la actividad internacional del Parlamento. Por ende, la diplomacia parlamentaria fue abocada a continuar su actividad virtualmente durante la crisis sanitaria.
 10. Según el punto de vista de Silvia Martí Sánchez, Directora de Relaciones Internacionales del Senado, y Carmen Sánchez-Abarca Gornals, Letrada de las Cortes Generales ante la Unión



Europea, a las cuales hemos entrevistado, la pérdida de la presencialidad durante la pandemia fue desafortunada ya que impidió el contacto interpersonal entre parlamentarios. Aun así, la videoconferencia ha sido una herramienta útil para mantener viva la diplomacia parlamentaria durante el estado de alarma.

11. Por último, se destaca el carácter complementario de la diplomacia parlamentaria respecto de la estatal. De acuerdo con la Estrategia de Acción Exterior 2021-2024, se realizará una labor de planificación y estructuración de la presencia de la diplomacia parlamentaria española en foros interparlamentarios europeos e internacionales.

En clave de reflexión final, resulta especialmente interesante el estudio de la digitalización de la diplomacia y cooperación interparlamentaria en un futuro postpandemia. En concreto, cabe preguntarse si los cambios que hemos venido reflejando volverán a ser adaptados a las próximas crisis que sufra España. En este caso se podrá aprender de los errores cometidos y compaginar los poderes excepcionales del Ejecutivo con el recto funcionamiento del poder legislativo y con el mantenimiento de la actividad parlamentaria internacional, incluso en el caso de tener que volver a aplicar el artículo 116 CE.

BIBLIOGRAFÍA

Arévalo Gutiérrez, A. (Dir.) y Marañón Gómez, R. (Coord.). (2021). *El Parlamento en los tiempos de pandemia*. Madrid: Editorial Dykinson.

Arnaldo Alcubilla, E., y Canosa Usera, R. (Dirs.). (2020). *El Derecho Constitucional ante el Covid-19. Las*

diferentes respuestas en el ámbito comparado. Madrid: Wolters Kluwer.

Dueñas Castrillo, A. et al. (Coords.). (2021). *La Constitución en tiempos de pandemia.* Madrid: Ediciones Universidad de Valladolid.

Nugent, N. (2017). *The Government and Politics of the European Union.* London: Palgrave.

Tudela Aranda, J. (2020). *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento.* Madrid: Marcial Pons.

Abellán Artacho, P. (2020). Sobre el control parlamentario al Gobierno central y a los Gobiernos autonómicos durante la crisis del coronavirus. *Cuadernos Giménez Abad*, N.19 Junio.

Barceló Rojas, D. et al. (Coords.). (2020). COVID-19 y parlamentarismo. Los Parlamentos en cuarentena. *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Versiones de autor*, Núm. 19.

Carrasco Durán, M. (2021). El Parlamento en tiempos del coronavirus: El recurso a la Diputación Permanente. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.122, pp. 119-150.

García de Enterría Ramos, A. y Navarro Mejía, I. (2020). La actuación de las Cortes Generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del Covid-19. *Revista de las Cortes Generales*, Nº 108 Primer Semestre, pp. 245-288.



García-Escudero Márquez, P. (2020). La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19. *Teoría y Realidad Constitucional* N.46. UNED. pp. 271-308.

Garrido López, C. (coord.) Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España. *Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, Colección Obras Colectivas.*

Mitrovic, D. (2021). Parliamentary Diplomacy in the Western Balkans. *The German Marshall Fund of the United States.* [27/02/2022]

Pérez Pineda, O. y López, J. (2021). Reuniones de las Comisiones Parlamentarias Permanentes. *EuroLat News.* Edición mayo.

Rirard, B. y Fourmont, A. (2020). Parliamentary oversight in the health crisis. *Fondation Robert Schuman, European Issues* num. 558.

Rubio Núñez, R. (2020). La Tecnología en el Parlamento durante la crisis del Covid-19. *Cuadernos Giménez Abad, M* 8 Junio. pp. 226-236.

Von Ondarza, N. (2020). The European Parliament's Involvement in the EU Response to the Corona Pandemic: A Spectator in Times of Crisis. *German Institute for International and Security Affairs.* Comment 45/2020.

Welle, K. et al. (2020). *The European Parliament in the time of coronavirus.* Bruselas: Robert Schuman Foundation, pp. 2-11.



Asamblea Parlamentaria de la Unión para el Mediterráneo: *2020 Annual Report on PAM Activities*. [27/02/2022]

Deveaux, K., et al. (2021). *Parliaments Responding to a Pandemic: Lessons Learned for Emergency Planning*. Report from the House Democracy Partnership and Swiss Agency for Development and Cooperation.

Gobierno de España: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. *Estrategia de Acción Exterior 2021-2024* del 13 de octubre de 2021. Portal de Transparencia.

Organización del Tratado del Atlántico Norte: *Special Report: Nato's Essential Role In The COVID-19 Pandemic* de 21 de noviembre de 2020.

Ortea García, E. (2021). *Cortes Generales y emergencia sanitaria: labor parlamentaria en un contexto distópico. Una panorámica de la adaptación práctica del Derecho parlamentario español a la crisis de la Covid-19*. Colección Estudios N.8. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

ParlAmericas: *COVID-19: The Challenge of Adapting and Strengthening the Role of Parliaments. An Analysis of the Legislative Agenda and the Centering of Gender Equality in Legislative Responses* de julio 2020.

Robert Schuman Foundation: *The German Parliament and the pandemic*. [27/12/2021]

Robert Schuman Foundation: *The impact of the health crisis on the functioning of Parliaments in Europe*. [27/12/2021]



Unión Europea: Parlamento Europeo. *Parliamentary Democracy in Action. Comparing the EP and five national parliaments.* de septiembre 2021. Bruselas: European Parliamentary Research Service.

Unión Europea: Parlamento Europeo. *Informe Anual de 2020: Las relaciones entre el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales de la Unión* de 18 de marzo de 2021. Bruselas: European Parliamentary Research Service.

Unión Europea: Parlamento Europeo. *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic* de diciembre 2020. Bruselas: European Parliamentary Research Service.

Unión Europea: OSCE, *OSCE PA vs. COVID-19: Phase 1 (March - July 2020) - Reflections, policy contributions and recommendations presented by OSCE PA President George Tsereteli.* [27/02/2022]

Unión Interparlamentaria: *Declaración sobre el tema "Los parlamentos movilizados por un multilateralismo más eficaz que aporte paz y desarrollo sostenible a los pueblos y al planeta"*. Viena: Quinta Conferencia Mundial de Presidentes de Parlamento, de 7-8 septiembre de 2021.

Unión Interparlamentaria: *Innovation Tracker num.10.* Centro de Innovación del Parlamento. Hub Hispano. [26/12/2021]

Conferencia sobre el futuro de Europa: *¿Qué es la Conferencia sobre el Futuro de Europa?*.

<https://futureu.europa.eu/pages/about?locale=es>
[27/11/2021]

Congreso de los Diputados: *Actividad Internacional Parlamentaria.*

<https://www.congreso.es/en/cem/asambleas-parl>
[26/12/2021]

Gobierno de España: Estrategia de Acción Exterior 2021-2024 del 13 de octubre de 2021.
<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/270421-enlace-exteriores.aspx> [17/02/2022]

Gobierno de España: Noticias - Pedro Sánchez makes an urgent appeal for dialogue and the search for political and social consensus in order to face the great challenges facing Spain.
https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/presidente/news/Paginas/2021/20211126_women-forum.aspx
[27/12/2021]

Unión Interparlamentaria: *Hundreds of parliamentarians join IPU/WHO/UNDRR pandemic webinar.*
<https://www.ipu.org/news/news-in-brief/2020-05/hundreds-parliamentarians-join-ipuwhoundrr-pandemic-webinar> [26/11/2021]

Unión Interparlamentaria: *Global parliamentary solidarity for vaccine equity in the fight against COVID-19.*
<https://www.ipu.org/news/press-releases/2021-11/global-parliamentary-solidarity-vaccine-equity-in-fight-against-covid-19> [17/02/2022]



LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA NORMA FORAL DE CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS NEGOCIOS SOBRE SERVICIOS JURÍDICOS Y DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS.

D. Francisco José Negro Roldán

Asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra. Director del Servicio de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Presidencia y Gobierno Abierto del Gobierno de Navarra

Resumen: La competencia histórica de Navarra en materia de contratación administrativa, de carácter exclusivo, aunque limitada, se somete a enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional, al haberse impugnado preceptos que excluyen del ámbito de la Ley Foral que regula la contratación pública determinados negocios sobre servicios jurídicos y acuerdos de adquisición pública de medicamentos. Se enfatiza en la naturaleza de la competencia foral, cualitativamente diferente de las de mero desarrollo legislativo de las Comunidades



Autónomas de régimen común y en sus consecuencias. Se compara la competencia en materia de contratos con la que Navarra tiene en materia de función pública, y se aplica la doctrina que sobre esta última estableció el Tribunal Constitucional. Los principios a que responde la normativa básica estatal se encuentran enunciados tanto en la ley estatal como en la foral. Esos principios no impiden la opción del legislador foral, en cuanto competente para la trasposición de las Directivas de la Unión, cuya interpretación, avalada por sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permite también la opción legislativa adoptada en Navarra.

Palabras clave: Competencias históricas. Principios esenciales de la legislación básica del Estado. Exclusión de la normativa que rige la contratación pública de los servicios jurídicos y de la adquisición pública de medicamentos.

Abstract: The historical jurisdiction of Navarre in matters of administrative contracting is exclusive, although limited. The Constitutional Court is studying it, as certain precepts exclude from the Ley Foral regulating public contracting certain businesses related to legal services and public agreements for purchasing medicines. Emphasis is placed on the nature of the foral jurisdiction, qualitatively different from those of mere legislative development of the Common Regime Autonomous Communities and its consequences. Competence in matters of contracts is compared with that of Navarra in matters of civil servants, and the doctrine established on the latter by the Constitutional Court is applied. The principles to which the basic state



regulations respond are enunciated in both state and regional law. These principles do not prevent the option of the regional legislator, as competent for the transposition of Union Directives, whose interpretation, endorsed by judgments of the Court of Justice of the European Union, also allows the legislative option adopted in Navarre.

Key words: Historical competences. Key principles of the basic state regulations. Certain businesses related to legal services and public agreements for purchasing medicines are excluded in Navarre from the Law regulating public contracting.

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. EL EXAMEN DE LA COMPETENCIA FORAL EN MATERIA CONTRACTUAL QUE SE ACTUALIZA POR LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A DIVERSOS PRECEPTOS DE LA NORMA LEGAL FORAL QUE DISCIPLINA LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1.- Consideraciones generales. 2.- Cronología de la discrepancia constitucional. 3.- Objeto del recurso de inconstitucionalidad. II. REFLEXIONES PRELIMINARES. III. LAS COMPETENCIAS ESTATAL Y FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IV. EL MODELO LEGAL ESTATAL. 1.- La Ley 9/2017. 2. Los principios esenciales de la legislación básica del Estado. 3. La doctrina del TC sobre la normativa básica en materia contractual pública. V. LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA EN MATERIA DE CONTRATOS. 1. La literalidad del artículo 49.1.d) de la LORAFNA. 2. La caracterización de la competencia en



esta materia de contratación administrativa según la sistemática de la LORAFNA. 3. Notas relevantes que convienen a la competencia de Navarra en materia de contratación administrativa en cuanto competencia histórica. 4. En particular, los límites de la competencia histórica foral en materia de contratos públicos diferentes de los principios esenciales de la legislación básica estatal. 5. El reconocimiento por el TC de la diferencia del régimen foral de contratación pública encarnada expresamente en la disposición final segunda de la LCSP. 6. La doctrina del TC sobre otra competencia histórica formulada en términos análogos por la LORAFNA. 6.1 Las letras b) y d) del artículo 49, apartado 1 de la LORAFNA. 6.2 Ausencia de pronunciamiento expreso del TC que examine el título competencial contractual foral. Dictado por el TC de una sentencia que analiza el alcance del título similar en materia de función pública. 6.3 Análisis más detallado de la STC 140/1990, de 20 de septiembre. 6.4 Aplicación de esa doctrina a la materia contractual administrativa. 7. La Directiva 2004/18/CE y la competencia de Navarra para la ejecución del Derecho Comunitario en esta materia. La no identificación entre normativa comunitaria y normativa básica. 8. El correcto enunciado de esos principios esenciales en la propia LFCP. VI. EN CONCRETO. LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.I) LFCP). VII. EN PARTICULAR. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.m) LFCP) Y EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOPRIMERA LFCSP. 1. La exclusión y el concreto régimen de adquisición de medicamentos de la disposición adicional vigesimoprimera LFCP. 2. El cambio de régimen causado por la aprobación de la Ley Foral



35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023. 3 Mínima referencia al sistema de dispensación de productos farmacéuticos y su financiación pública en España. 4 La naturaleza negociadora de la intervención del Estado y los laboratorios farmacéuticos en la fijación de precios y la financiación de cada tipo de medicamento. La garantía de confidencialidad. 5 La doctrina del TJUE que precisa el alcance de las Directivas de Contratación Pública en esta materia. 6 No se aprecia que la LFCP incurra en infracción alguna de principios esenciales de la normativa básica. Parece correcta la transposición de la normativa comunitaria hecha en Navarra. La aplicabilidad de la doctrina del TJUE al sistema establecido en la Disposición Adicional Vigésimoprimera LFCP. VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. EL EXAMEN DE LA COMPETENCIA FORAL EN MATERIA CONTACTUAL QUE SE ACTUALIZA POR LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE A DIVERSOS PRECEPTOS DE LA NORMA LEGAL FORAL QUE DISCIPLINA LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

1.- Consideraciones generales.

La peculiar naturaleza de la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos públicos, objeto de detallado análisis por destacados juristas ¹, se vuelve a someter a examen, que ya no va

¹ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación



a ser meramente doctrinal, ni suscitado en el seno de un procedimiento judicial ante el orden contencioso-administrativo, sino que se va a desarrollar ante el Tribunal Constitucional (TC).

2.- Cronología de la discrepancia constitucional.

A la Administración del Estado le surgieron dudas acerca de la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (LFCP). En concreto, los posibles vicios de inconstitucionalidad de la normativa legal foral se referían a una serie de preceptos de muy variado contenido, que se encarnaban en la nueva redacción dada a los artículos 7.1.l) y 7.1.m), 44.2, 75, 81.3, 95, 96, 101, 102.1, 108 bis, 116.2.b), 138, disposición adicional décima y disposición adicional vigesimoprimera de la LFCP. En todos los preceptos objeto de inicial sospecha de inconstitucionalidad concurría la circunstancia de su diferente regulación respecto de la que se contiene en la normativa básica definida como tal en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y

administrativa". Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 38, 2004, págs. 91-112.

ALLI ARANGUREN, J.C., "La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos".

Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley foral 6/2006, de 9 de junio), Colección Pro Libertate, 15. Gobierno de Navarra e Instituto Navarro de Administración Pública. Pamplona, 2007. ISBN: 978-84-235-2983-4



del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Como se ha indicado, el contenido de esa regulación distinta de la básica estatal es de muy diversa naturaleza. Así, el artículo 44.2 permite que el documento de formalización del contrato contenga estipulaciones adicionales a las previstas en el pliego, bajo las estrictas condiciones que el precepto exige. El nuevo artículo 75.4, párrafo segundo, prevé que, en el procedimiento negociado sin publicidad, se pueda proceder en un único acto a la aprobación tanto del expediente como del gasto y a la adjudicación. El artículo 81.3, en el caso de contratos de suministros y servicios de prestación sucesiva, autoriza la utilización del procedimiento de los contratos de menor cuantía, si el valor estimado, teniendo en cuenta el gasto previsto para los siguientes 48 meses, no supera la suma del 81.1. El artículo 95 contiene una regulación precisa de la plataforma de licitación electrónica de Navarra. El artículo 96 establece que, finalizado el plazo de presentación de ofertas, se procederá a la apertura de las proposiciones. Si se hubiera solicitado la acreditación previa de los requisitos para contratar, en caso de que la documentación acreditativa de la personalidad, capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional fuese incompleta o presentase alguna duda, se requeriría a la persona afectada para que completase o subsanase los certificados y documentos presentados, otorgándoseles un plazo de, al menos, cinco días. No cumplimentada la subsanación, se procederá a su exclusión motivada en el procedimiento. El 101 contiene una completa regulación de la perfección de los contratos. El 102.1 determina que las adjudicaciones de contratos (excepto contratos de menor cuantía), se anunciarán en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo de cinco días desde la finalización del plazo de



suspensión de la eficacia de la adjudicación del contrato. El nuevo 108 bis regula el informe sobre la correcta ejecución del contrato, en el sentido de que, a la finalización del contrato, la unidad gestora emitirá de oficio y publicará en el Portal de Contratación de Navarra el mentado informe. El 116.2 deja de mencionar expresamente como causa de invalidez la carencia o insuficiencia del crédito. El 138 excluye de la necesidad de la existencia de expediente de contratación a los contratos de menor cuantía, de acuerdo con la regulación que establece. Ese precepto, en su apartado 4 permite acumular las fases de preparación y de adjudicación en los procedimientos negociados sin convocatoria de licitación. La disposición adicional décima (tanto en la redacción originaria como en la modificada) excluye de las reglas de preparación y adjudicación de los contratos públicos a los suscritos con personas físicas para actividades docentes y de formación, o por razón de su especialidad artística, sometiéndolos a unos requisitos que enumera. El contenido de los preceptos que serían efectivamente objeto de impugnación constitucional será detallado más adelante.

Se acordó el inicio de las oportunas negociaciones en el seno de la Junta de Cooperación que previene el artículo 69 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que se comporta como la Comisión Bilateral de Cooperación, a efectos de la prevención de los recursos de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Durante las negociaciones, el 21 de julio de 2022, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el dictamen nº 1327/2022, que concluye la existencia de



motivos suficientes para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los apartados de la Ley Foral 17/2021 que modifican los artículos 7, 44.2, 81.3, 116.2 138 (apartados 1 y 4) disposición adicional décima y disposición adicional vigesimoprimera de la LFCP.

La Resolución de 25 de agosto de 2022, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, dispone la publicación del Acuerdo de 2 de agosto de 2022, de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra, en relación con la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, anteriormente citada. Aparece en el BOE número 219, de 12 de septiembre de 2022, páginas 125996 a 125997.

El acuerdo adoptado en la Junta de Cooperación, entre otras cosas, manifiesta textualmente:

“1. Las partes acuerdan que la interpretación conforme al orden competencial de los siguientes preceptos requiere el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratación, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Española y en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; y, entre otros, los principios de igualdad de trato y no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia, todos ellos derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y las Directivas de contratación, y reflejados en la normativa básica estatal y en la Ley Foral de Contratos Públicos, que han de ser aplicados en todos los casos, sin excepción, y de manera conforma a interpretación que de ellos viene realizando, o realice en el futuro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...).



Se plasma un compromiso interpretativo respecto del resto de preceptos que no serán objeto de recurso de inconstitucionalidad, y se acuerda la modificación de la nueva disposición adicional décima de la LFCP. Con excepción de esa futura acomodación de la citada disposición adicional décima, el resto de los preceptos que no van a ser objeto de recurso de inconstitucionalidad mantiene su vigencia, sin derogación o modificación alguna.

3.- Objeto del recurso de inconstitucionalidad.

Tras el acuerdo del Consejo de Ministros en ese sentido de 1 de agosto de 2022, el Presidente del Gobierno, en esa misma fecha, decide interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, tan sólo en los apartados que añaden las letras l) y m) al artículo 7.1 de la LFCP y el que incorpora una nueva disposición adicional vigesimoprimeras al texto de esa Ley Foral que disciplina los contratos públicos².

Como se puede apreciar, sólo se impugnan dos preceptos de la norma modificadora de la LFCP de los múltiples que, según el Consejo de Estado, podrían ser recurridos, asumido el acuerdo de la Junta de Cooperación en los términos antes expuestos.

Los preceptos finalmente sometidos al control de su ajuste constitucional rezan así:

- *“Dos. Se añaden tres nuevas letras al apartado 1 del artículo 7, con la siguiente redacción³:*

² Recurso de inconstitucionalidad 5671/22.

³ Ese artículo y apartado previene los negocios que quedan excluidos de la aplicación de esa ley foral por razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica.



«l) *los siguientes servicios jurídicos:*

1.º Representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º Asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE.

3.º Servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario.

m) Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos, conforme a la disposición adicional vigesimoprimera de esta ley foral.”

Respecto de la disposición adicional vigesimoprimera, sobre el régimen aplicable a la adquisición pública de medicamentos, ha de precisarse que el recurso de inconstitucionalidad versaba sobre la redacción de ese precepto conferida por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre⁴.

⁴ - “Disposición adicional vigesimoprimera. Régimen aplicable a la adquisición pública de medicamentos.



1. Los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados para el Sistema Nacional de Salud, en tanto que ya ha existido negociación con una instancia pública y fijación administrativa del precio, podrán ser adquiridos directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea sin necesidad de licitación.
2. Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio público por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, podrán ser adquiridos directamente por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, tomando como referencia máxima el precio determinado por el Ministerio de Sanidad.
3. En las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales, los servicios de farmacia podrán elegir cualquiera de estos medicamentos, atendiendo a criterios de eficiencia en la gestión, de entre los ofertados por los proveedores que asuman las condiciones que previamente haya establecido el órgano competente para adquirirlos, que serán de cumplimiento obligado. La celebración de un acuerdo de adquisición pública de medicamentos con uno o varios proveedores no impedirá la celebración de acuerdos posteriores con nuevos proveedores que asuman las condiciones establecidas.
4. No obstante lo señalado en el punto anterior, de considerarse más conveniente contar con un único proveedor o un único medicamento de los señalados, se podrá seleccionar uno entre ellos como destinatario de los pedidos, realizando un procedimiento en el que se establecerán los criterios de selección cualitativos que se tendrán en cuenta para la selección, así como su ponderación. Deberá darse participación a todos los posibles proveedores y se otorgará un plazo no inferior a 10 días, desde la publicación en internet o desde el envío de la invitación, para que presenten sus ofertas. La unidad responsable, de forma motivada, notificará y publicará en internet el resultado del procedimiento. El plazo



Pero, tras la primera redacción de este estudio, en el Boletín Oficial de Navarra número 264, de 30 de diciembre de 2022, extraordinario, y en el Boletín Oficial del Estado número 16, de 19 de enero de 2023, se publica la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023.

Su Disposición final segunda contiene la modificación de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Entre las alteraciones introducidas, figura la que afecta a la impugnada disposición adicional vigésima primera, que quedará redactada en los siguientes términos:

de estos acuerdos de adquisición pública de medicamentos con un proveedor o medicamento único no podrá superar un año, excepto que el importe anual no exceda los 100.000 euros, en cuyo caso se podrá prorrogar por un año más, previa conformidad de las partes.

5. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos, en cualquiera de sus modalidades, tendrán naturaleza privada, pero se exigirá en su tramitación lo siguiente:

- a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.
- b) Determinación de las condiciones a cumplir por los proveedores previendo expresamente el sistema de pago y penalidades contractuales por incumplimientos de plazos, calidad del producto y/o volumen suministrado.
- c) Solicitud formal a la empresa, cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de todos los términos del acuerdo.

6. Los acuerdos de adquisición pública de medicamentos de tracto sucesivo podrán prever su modificación y causas de resolución específicas.”



"Disposición adicional vigésima primera. – Particularidades en los expedientes de adquisición pública de medicamentos.

Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio y condiciones de financiación en el sistema público mediante resolución de la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia del Ministerio de Sanidad, tras acuerdo de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, podrán ser adquiridos mediante procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. En su tramitación, atendiendo a la especial naturaleza de las necesidades a cubrir se exigirá, exclusivamente, lo siguiente:

Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.

Documento de aceptación de las condiciones del contrato, debidamente firmado.

Resolución de la Dirección Gerencia del SNS-O aprobando el gasto y el contrato.

Estos contratos serán objeto de publicidad conforme a lo previsto por el artículo 102.1 de esta ley foral.

A las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales sin protección de patente, por parte de los servicios de farmacia dependientes del SNS-O, cuando la compra se articule a través de sistemas en los que no se seleccione a uno o varios proveedores de entre todos los demás interesados, no les serán de aplicación las disposiciones



de esta ley foral. Su tramitación se llevará a cabo de la siguiente manera:

La administración establecerá para cada uno de los medicamentos las condiciones que deberán asumir formalmente todas las entidades interesadas, entre las que deberá estar necesariamente el precio.

Estas condiciones serán de obligado cumplimiento y su aceptación podrá llevarse a cabo por las interesadas a lo largo de toda la vida del expediente.

Las condiciones establecidas, así como la forma de solicitar la adhesión al expediente de compra de medicamentos serán objeto de publicidad en el Portal de Contratación de Navarra.

La compra de medicamentos dentro de cada uno de los grupos se llevará a cabo atendiendo exclusivamente, a criterios de eficiencia en la gestión y/o necesidades terapéuticas por parte de los servicios de farmacia de dependientes del SNS-O. A estos efectos, sólo será necesaria la previa reserva de crédito.

El resultado de la adquisición de medicamentos será objeto de publicidad, al menos con carácter semestral, señalando en cada caso la empresa adjudicataria y el importe adjudicado".

En esta primera aproximación, se aprecia que, la nueva redacción, no objeto aún de impugnación, ya no se califican como negocios privados todos los relativos a cualquier adquisición de medicamentos. En particular, se recobra la aplicación de la LFCP para compras de medicamentos con patente y se elimina la posibilidad de adjudicar contratos en exclusiva mediante un negocio open house.



Se ignora en este momento si este nuevo precepto será objeto de impugnación, así como también se desconoce si el TC advertirá o no que pervive el objeto del recurso en lo referente a la disposición dedicada a la adquisición pública de medicamentos.

No es el propósito de este estudio analizar la bondad, eficacia u oportunidad de esas modificaciones legislativas. Y ello a pesar de que medidas similares a las establecidas en la normativa foral, incluso la cuestionada originariamente, respecto de los procedimientos de adquisición pública de medicamentos parecen ser deseadas por los entes gestores de la asistencia sanitaria en diversas Comunidades Autónomas. Se trata de aprovechar la ocasión para enfatizar la naturaleza de la competencia de la Comunidad Foral en esta materia contractual pública y de intentar aplicarla a (en concreto) los preceptos que el Presidente del Gobierno de la Nación entiende que vulneran el orden competencial constitucional.

II. REFLEXIONES PRELIMINARES.

Tanto el escrito iniciador del recurso, articulado por la Abogacía General del Estado en fecha 2 de agosto de 2022, como el propio dictamen del Consejo de Estado parecen asumir formalmente la singularidad del régimen foral. No obstante, esa aparente asunción no se traduce en el respeto al régimen establecido en los preceptos de la Ley Foral objeto de parcial impugnación. En efecto, en esos escritos, se emplea un parámetro argumentativo que podría cimentar la impugnación de una medida legislativa análoga emanada del Parlamento de una Comunidad Autónoma de régimen común. El término de comparación a que se someten las normas impugnadas



consiste en definitiva en la legislación básica del Estado en materia contractual. Ese va a ser el dato o factor que se toma para valorar la constitucionalidad de las normas forales impugnadas. Sin embargo, ese es el término de comparación a que se sujeta un juicio de constitucionalidad de una norma en esta materia dictada por una Comunidad Autónoma que dispone en la misma de meras facultades de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado, y no la competencia exclusiva autolimitada que conviene a la Comunidad Foral de Navarra.

Esta circunstancia, cuando menos, debe alertar acerca de si esa línea argumental efectivamente estaría respetando la naturaleza y consecuente alcance de la competencia foral.

En contra de la sustancia que destilan esos dos pormenorizados y profundos escritos jurídicos -el iniciador del procedimiento constitucional y el dictamen del Consejo de Estado- el régimen contractual foral no se caracteriza tan sólo por gozar de ciertas "especialidades". La (distinta) naturaleza de la competencia foral no difiere de la de otra Comunidad Autónoma en intensidad, sino en concepto: es diferente una competencia exclusiva autolimitada -como la foral- de una mera competencia de desarrollo legislativo. No se trata de que la competencia de Navarra sea "cuantitativamente" algo más extensa que la que corresponde al resto de Comunidades Autónomas. La primera consideración que -entendemos- hay que efectuar radica en la conceptualización de la competencia en esta materia como exclusiva.



La competencia foral de naturaleza histórica establecida en el artículo 49.1.d) de la LORAFNA⁵, sustentada en la disposición adicional primera de la Constitución Española (CE), no se puede identificar de facto con una competencia de desarrollo legislativo, que es la que las Comunidades Autónomas no históricas pueden asumir en esta materia, según se desprende del artículo 149.1. 18ª CE. La indudable vinculación a la CE de las competencias históricas forales no se produce en los mismos términos en que las competencias autonómicas se acomodan a la norma suprema. Esa sujeción foral no es la misma que la subordinación de la competencia autonómica a la CE, que tiene que encajar necesariamente en las normas delimitadoras de competencias incorporadas al texto constitucional. Extender a la competencia foral que analizamos el mismo paradigma que a las facultades de mero desarrollo legislativo supondría la desaparición en la práctica de la categoría de las competencias sustentadas en derechos históricos.

La particularidad que fundamenta el peculiar régimen competencial de Navarra se encuentra en la disposición adicional primera CE, de garantía constitucional de los derechos históricos de Navarra. Esa norma no es aplicable al resto de los territorios y Comunidades integradas en España. Solo se predica respecto de los

⁵ Que describe una competencia histórica exclusiva pero sometida a los principios esenciales de la legislación básica estatal sobre la materia de contratos y concesiones administrativas.



territorios históricos incorporados a la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Navarra⁶.

Pues, en efecto, el amparo y respeto por la CE de los derechos históricos de los territorios forales (a que apela la LORAFNA en sus propios Preámbulo y Título Preliminar) despliega un efecto no tan sólo institucional, sino también genuinamente competencial.

El Título II de la LORAFNA revela que para Navarra no rige el techo competencial autonómico que traza el Título VIII CE. Las competencias exorbitantes de la Comunidad Foral enraízan en sus derechos históricos⁷.

Desde una perspectiva competencial, diversas leyes estatales reconocen expresamente esa singularidad de Navarra. Obviamente, se trata de un reconocimiento de interés práctico, pero patentemente innecesario, pues

⁶ Así lo había expresado el TC, por ejemplo, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 214) y se reproduce en el fundamento de derecho 14º de la STC 31/2010, de 28 de junio (RTC 2010, 31).

⁷ El FJ 6 de la STC 180/2016, de 20 de octubre, (RTC 2016, 180), en materia de régimen local, expresa claramente que las previsiones de la LORAFNA, en la parte que reflejen derechos históricos, enraízan en la Disposición Adicional Primera CE que desplaza respecto a esta entidad foral la competencia estatal del artículo 149.1 (en aquel caso, 18ª) CE. La STC 214/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 214), afirma que el derecho histórico excede de lo normado en el Título VIII CE, dado que no implica tan sólo el reconocimiento de un elemento organizativo, sino también competencial, que vendría siendo ejercido de forma continuada por la Institución Foral y reconocido por el Estado.



las mentadas leyes no son los títulos atributivos de la competencia⁸.

No obstante, sería ingenuo defender que resulte fácil aplicar ese título competencial en la práctica. La delicada formulación de la competencia foral no otorga al intérprete clave alguna para discernir en cada caso qué pueda ser legislación básica y qué constituya principio esencial incorporado a la misma. Más aún en un aspecto de la realidad como es el contractual público, en el que las Directivas y Reglamentos del Derecho comunitario restringen el margen de actuación de las instituciones legislativas competentes de los Estados miembros conforme a su normativa interna.

Pero también sería injustificablemente negligente escudarse en la dificultad práctica de la disección que requiere la norma para descuidar el esfuerzo que exigirá su aplicación (laboriosa) en cada caso.

III. LAS COMPETENCIAS ESTATAL Y FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

⁸ Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, en su disposición adicional segunda (RCL 1980, 2165), Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (disposición adicional decimocuarta) (RCL 1984, 2000), Ley 7/1985, de 2 de abril, bases del régimen local (disposición adicional tercera) (RCL 1985, 799), Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (disposición adicional vigésimo primera) (RCL 2003, 2684), Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (disposición adicional segunda.1) (RCL 2015, 1695).



El artículo 149.1. 18ª de la CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de *"legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas"*.

Pues bien, la LORAFNA atribuye a la Comunidad Foral la competencia exclusiva en materia de *"contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia"* (artículo 49.1.d) LORAFNA).

En su ejercicio, en la Comunidad Foral de Navarra se han dictado leyes forales reguladoras de la contratación de las Administraciones públicas de Navarra con una regulación más amplia que el mero desarrollo de la legislación básica estatal, sin cuestionamiento o conflicto competencial alguno por el Estado. Pueden citarse la Norma General de Contratación de 16 de junio de 1981, la Ley Foral 13/1986, de 14 de noviembre, de Contratos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra o la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Posteriormente, se dicta la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre (LFCP).

IV. EL MODELO LEGAL ESTATAL.

1.- La Ley 9/2017.

La vigente regulación estatal de contratos públicos está constituida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.



La LCSP es una ley extremadamente extensa (347 artículos, más 55 disposiciones adicionales, 5 transitorias, una derogatoria y 16 finales) y densa, en su mayor parte básica. Su disposición final primera la califica como legislación básica sobre contratos administrativos dictada al amparo del artículo 149.1. 18ª de la Constitución y, por ende, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas, con la salvedad de los preceptos o partes de los mismos que indica su apartado 3. Por tanto, la casi totalidad de los preceptos de dicha Ley son básicos.

Esa amplísima regulación permite sospechar que tal legislación formalmente básica no se corresponde con la plasmación de auténticos principios que informan la contratación administrativa. Antes, al contrario, constituye la regulación prácticamente completa, específica y detallada de esta materia.

Ha de repararse en que la propia norma legal tiene presente la singularidad de Navarra, que no puede ser tratada en esta materia contractual como una Comunidad Autónoma más.

De hecho, la disposición final segunda, respecto de la Comunidad Foral de Navarra, previene:

"En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra."

Su clara redacción (que no requiere esfuerzo interpretativo) se compagina a la perfección con una



interpretación sistemática que contemple justamente la disposición final que la precede, la primera, cuyo apartado 3 es el que califica determinadas normas de la LCSP como básicas. Quiero decir que toda la LCSP, y, también, la anterior disposición final delimitadora de qué sea normativa básica, no es aplicable a Navarra sino respetando la LORAFNA.

Se trata de una cláusula de salvaguardia del régimen foral similar a las que se contienen en otras leyes básicas estatales, a que antes se ha hecho referencia. Posteriormente se analizará su significado, a la luz de doctrina del TC.

Por tanto, lo relevante a la hora de marcar el margen de que la Comunidad Foral dispone para regular la materia contractual administrativa consiste en las peculiaridades que su régimen foral establece, lo que obliga al análisis del mismo.

2. Los principios esenciales de la legislación básica del Estado.

La propia LCSP alude explícitamente a determinados principios en materia de contratos públicos. Así, su Preámbulo (apartado III) se refiere a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. Los de transparencia y no discriminación se reiteran en el apartado IV del Preámbulo, que menciona expresamente también el de libre competencia. Ya su artículo 1.1 pone de relieve que ha de garantizarse que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. También habrá de asegurarse, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y



control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. El artículo 28 menciona y define los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia, que en otros preceptos se cualifica como de buena administración (artículo 34). Todo ello sin descender a los principios que rigen en los diferentes tipos contractuales y que no es preciso detallar en este momento.

Son estas las reglas esenciales constitutivas del régimen contractual a que deban responder las normas básicas estatales y, sólo en la medida en que esas normas básicas estatales traduzcan realmente esos principios, a los mismos se someterá la normativa foral en esta materia de contratos administrativos⁹.

No parece que puedan ser otros los principios esenciales que hayan de ser respetados por las normas legales forales en esta materia.

En el necesario contraste entre la normativa foral y los principios esenciales destilados de la normativa básica estatal, no puede dejarse de señalar que es la propia

⁹ Parece, descendiendo al conflicto competencial que motiva estas reflexiones, que la propia Administración del Estado recurrente ha convenido en que esos son los únicos principios a respetar por la legislación de Navarra en materia de contratación pública. Reiteramos la literal formulación del acuerdo adoptado en la Junta de Cooperación, anteriormente transcrito.



Exposición de Motivos de la LCSP quien propugna que *“los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”*.

En la medida en que se detalla ese principio en la misma normativa estatal, no es aventurada la conclusión de que la norma foral viene precisamente a respetar esa toma de posición del legislador.

3. La doctrina del TC sobre la normativa básica en materia contractual pública

No es criterio decisorio de la constitucionalidad de una Ley Foral en el ámbito contractual administrativo una mimética asunción de lo que sea básico en esta materia. Hecha esta precisión, quizá convenga refrescar la doctrina del TC al respecto, pues la identificación de legislación básica con aquella normativa que directamente persiga la efectividad de los principios reseñados en la LCSP puede operar como argumento a fortiori en cuanto a desentrañar qué puedan ser principios esenciales de esa legislación básica.



La STC 141/1993, de 22 de abril, anteriormente citada, expone, en su FJ 4, que será básica materialmente la norma que tenga:

"...principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Objetivo este que refuerzan y extienden subjetivamente las directivas de la CEE sobre la materia, a las que es preciso adaptar nuestro Derecho interno, razón que motivó tanto la modificación de la Ley de Contratos del Estado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, con la subsiguiente modificación del Reglamento General de Contratación operada por el Real Decreto 2528/1986, ahora impugnado. Quiere decirse, pues, que todos los preceptos de este último que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello."

Sin olvidar la relevancia de las SSTC 84/2015, de 30 de abril, o 237/2015, de 19 de noviembre, resulta de interés, por la recepción de anterior doctrina y las propias manifestaciones que contiene, la STC 68/2021, de 18 de marzo, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Aragón, en el que se cuestionaba un importante número



de preceptos de la LCSP. La sentencia recibe la propia doctrina anterior del TC en el sentido de que se define lo básico por el criterio teleológico consistente en determinar si los preceptos tienen como objetivo principal garantizar la efectividad de los principios generales de la contratación pública, o si, por contraste, ese objetivo es puramente accesorio [STC 68/2021, FJ 5 E) a)]. Como es sabido, esa STC 68/2021 contiene una argumentación expresamente comprensiva de la Disposición Final Segunda, a la que hemos hecho anterior mención, ejemplificativa de la diferencia de regímenes entre la Comunidad Foral de Navarra y las Comunidades de régimen común.

En consecuencia, son normas materialmente básicas las que persiguen como objetivo principal conseguir se hagan efectivas las garantías de publicidad y transparencia, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, libre concurrencia y seguridad jurídica. También las que, desde otra perspectiva, tratan de lograr la mayor integridad y una eficiente utilización de los fondos públicos en la contratación, en conexión con las exigencias de la estabilidad presupuestaria y el control del gasto. En síntesis, los principios aludidos en el artículo 1.1. LCSP que anteriormente hemos citado. No son básicas las reglas procedimentales que sólo indirectamente se relacionan con los principios del régimen básico de contratación. Por ello, esas regulaciones pueden ser dictadas en otro sentido por las Comunidades Autónomas con competencia estatutaria en esta materia. Así lo expuso ya el TC en su STC 141/1993, de 22 de abril, FJ 5.

También defiende la STC 68/2021 el carácter básico (no necesariamente "esencial" en lo básico) de las prescripciones que excluyen ciertos negocios o contratos del ámbito aplicativo de la LCSP o establecen los



requisitos para esa exclusión. De otro lado, considera básicos los preceptos que califican el tipo contractual, según la propia naturaleza de las prestaciones que contempla, o también atendiendo al sujeto contratante o a la cuantía, de la que dependa si está sometido o no a regulación armonizada (especialmente, FJ 6.B) o 7.A).

Los FFJJ 5, 6, 7 y 8 de la STC 68/2021 particularizan los criterios generales que hemos expuesto sumariamente respecto de determinados puntos de la regulación en esta materia sometidos al enjuiciamiento de su constitucionalidad, ya fuera en relación con el detalle de determinados plazos, órganos competentes en determinadas actuaciones, establecimiento de subfases en determinados procedimientos, contenido de los pliegos o de ciertas especificaciones técnicas. O, desde una perspectiva negativa, impidiendo que las Comunidades Autónomas de régimen común puedan desligarse de la normativa (básica) estatal en determinadas materias que desglosan fundamentalmente los FFJJ 6 y 7.

Así pues, esta STC 141/1993 apunta tres criterios: uno, la configuración de lo básico como una norma o ley de principios, dirigida a asegurar un trato común de los administrados; otro, el principio de autonomía institucional, según el cual la ejecución interna del Derecho comunitario se hará de acuerdo con la distribución constitucional y estatutaria de competencias; y, por último, la, en principio, no equiparación necesaria entre Derecho comunitario y legislación básica estatal.

Del examen de la doctrina del TC puede extraerse la conclusión de que se encuentran fuera de los márgenes que delimitan lo básico (no digamos, lo esencial de lo



básico) aquellas reglas que difieren de las establecidas en la normativa estatal sin poner en peligro la efectividad de los principios de la contratación pública que la propia LCSP proclama expresamente.

Obviamente, el examen de la casuística pacientemente desgranada por el TC en diversas sentencias podría resultar de interés práctico en los supuestos en que se estuviera determinando la competencia de una Comunidad Autónoma para regular la materia de la contratación en cuanto sometida a la legislación básica estatal. Es claro que no nos encontramos en ese escenario.

Esto es, que, a pesar de esa interpretación restrictiva de qué constituya lo materialmente básico en esta materia, los criterios establecidos en esa doctrina no son los que han de aplicarse a la competencia foral, pues son los que convienen a la competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica estatal que se predica de otras comunidades. El TC no contempla el particular título competencial de Navarra, que no se somete indiscriminadamente al respeto de toda la normativa básica estatal en esta materia.

No parece, ya en este análisis previo, que el hecho de que los negocios que se analizan se excluyan de las exigencias de la licitación establecidas en la normativa contractual por una entidad territorial competente para regular la materia, según el orden interno de competencias, vulnere alguno de los principios esenciales de la normativa básica contractual, en cuanto identifican el modelo de contratación pública y lo hacen reconocible, siendo esas concretas exclusiones conformes con la normativa comunitaria cuyas Directivas ha de trasponer.



V. LA SINGULARIDAD COMPETENCIAL DE NAVARRA EN MATERIA DE CONTRATOS.

1. La literalidad del artículo 49.1.d) de la LORAFNA

El Título II de la LORAFNA, referido a las facultades y competencias de Navarra, contiene un Capítulo II, dedicado a la delimitación de facultades y competencias, cuyo artículo 49.1, como hemos anticipado, previene:

*1. En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
(...)*

d) Contratos y concesiones administrativas respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia.”

Ese reconocimiento competencial presenta perfiles bien diferentes a los resultantes del régimen común autonómico. Así, la competencia de Navarra se configura como una **competencia exclusiva de raíz histórica o foral**, limitada por el respeto de los principios esenciales fijados por la legislación básica estatal.

De este modo, la linde de la competencia foral no viene constituida por determinados preceptos que la legislación estatal defina como básicos. Ni tampoco, necesariamente, tiene por qué identificarse con sólo alguno de esos artículos o preceptos calificados como básicos. No se trata necesariamente de detallar, dentro de la legislación básica, qué preceptos encarnan la esencia de la legislación básica (a no ser que haya disposiciones concretas que claramente se identifiquen con ella). Sino que el tope competencial de Navarra viene fijado en esos mismos principios que, de una u otra



forma y en uno u otro precepto, inspiran la legislación básica estatal.

Ni la delicada formulación del precepto orgánico ni la previsión expresa de la disposición final segunda de la LCSP permitirían identificar las competencias de la Comunidad Foral en materia de contratación administrativa con las de mero desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado en esta materia.

2. La caracterización de la competencia en esta materia de contratación administrativa según la sistemática de la LORAFNA

La conclusión que se extrae de la lectura asilada del precepto coincide con la que surge de la propia sistemática de la LORAFNA y de la interpretación contextual de la norma.

Según el artículo 40 de la LORAFNA, en las materias que sean competencia exclusiva de Navarra, corresponden a la Comunidad Foral la potestad legislativa, la reglamentaria, la administrativa, incluida la inspección y la revisora en la vía administrativa. Potestades que deberán ejercitarse de acuerdo con la LORAFNA y la legislación del Estado a la que la misma hace referencia.

En efecto, el artículo 40.2 de la LORAFNA especifica que las potestades de Navarra a desarrollar respecto de materias con competencia exclusiva *"...deberán ejercitarse en los términos previstos en la presente ley y en la legislación del Estado a la que la misma hace referencia."*

Es, pues, la frontera establecida en el texto de la LORAFNA la que delimita, en esta materia concreta,



hasta dónde llega la competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa.

Consecuentemente a lo establecido en este artículo 40 LORAFNA, el Derecho navarro, en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Foral y en los términos previstos en los apartados anteriores, será aplicable con preferencia a cualquier otro. En defecto de Derecho propio, se aplicará supletoriamente el Derecho del Estado.

La norma contractual foral no se dicta en desarrollo de un presunto “derecho histórico” no positivizado, en cuanto que se encuentra incorporado a la LORAFNA. Se trata de una competencia exclusiva y, además, histórica y no una competencia de desarrollo legislativo, de las previstas en el artículo 41 de la LORAFNA¹⁰. Esa competencia se somete a una limitación expresa, que impone la propia norma institucional básica de la

¹⁰ Según este artículo 41 LORAFNA, en las materias a las que se refiere el artículo 57 de la LORAFNA y en las que con igual carácter se regulan en otros artículos de la misma, corresponden a la Comunidad Foral las potestades de desarrollo legislativo de conformidad con las normas básicas que dicte el Estado, reglamentaria, de administración, incluida la inspección y revisora en la vía administrativa. El citado artículo 57 de la LORAFNA dispone que “en el marco de la legislación básica del Estado corresponde a Navarra el desarrollo legislativo y la ejecución” de un grupo de materias. Ni se encuentra esta competencia en las que se recogen en el artículo 57 LORAFNA, ni la competencia puede encuadrarse en aquellas que otorgan a Navarra la mera facultad de desarrollar la legislación básica del Estado, como la propia formulación del precepto que consagra la competencia en materia contractual declara.



Comunidad Foral, integrada en el bloque de la constitucionalidad.

3. Notas relevantes que convienen a la competencia de Navarra en materia de contratación administrativa en cuanto competencia histórica

Según el origen de las facultades ejercidas por Navarra a que alude el artículo 39 de la LORAFNA, existe una categoría de las mismas, (39.1.a) LORAFNA) consistente en aquellas facultades y competencias que actualmente ejerce, al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada y disposiciones complementarias, y, naturalmente, recogidas expresamente en la propia LORAFNA.

Se trata de las competencias garantizadas o históricas. Son aquéllas a que se refieren otros preceptos de la propia LORAFNA como correspondientes a la Comunidad Foral "*en virtud de su Régimen Foral*" (justamente, la proposición que se emplea en el artículo 49.1 LORAFNA respecto de la competencia en contratación administrativa).

El artículo 39.1.a) de la LORAFNA considera competencias históricas a las competencias de Navarra ejercidas por la Comunidad Foral a la entrada en vigor de la LORAFNA¹¹. Pero también señala que son las que se derivan de la Ley Paccionada y disposiciones complementarias. Las restricciones de una competencia histórica al entrar en vigor la LORAFNA habrán de derivar precisamente de los títulos normativos aludidos en el precepto, sin que aquella facultad se vea cercenada por las limitaciones que pudieran existir en ese momento

¹¹ Según su Disposición Final Única, 2, el día de su publicación en el BOE, esto es, el 16 de agosto de 1982.



derivadas de normas estatales de aplicación indiscriminada para todo el territorio nacional, no sustentadas en el mantenimiento de la unidad constitucional, o, incluso, por meros actos o actuaciones materiales¹².

Así pues, para las competencias históricas o forales, cuyo fundamento son los derechos históricos garantizados por la adicional primera de la Constitución, no rige el techo competencial autonómico del título VIII de la Constitución, sino el límite de la unidad constitucional - como señalan los artículos 2 y 39.1.a) de la LORAFNA- y los específicos en su caso indicados en el correspondiente precepto de la LORAFNA de reconocimiento competencial.

La exigencia de que la subsistencia de la competencia sea compatible con la CE tiene un fundamento, cual es la consideración de la misma como norma suprema de la que emanan todos los poderes del Estado. Sin embargo, nunca podrá identificarse la subordinación a la CE con el sometimiento de la competencia histórica a normas estrictamente competenciales, aunque (obviamente) las mismas se encuentren incorporadas al texto constitucional. De hacerse así, se reduciría la competencia histórica a la categoría (diferente) de competencia autonómica (que es la afectada -por principio- por la norma constitucional de índole competencial). Si se consolidase la doctrina de que la conformidad con la CE consiste en la aplicación al régimen competencial foral de normas constitucionales

¹² Argumentación más detallada en NEGRO ROLDÁN, F. J., "Acerca de la actualización de las competencias de Navarra en materia de tráfico". Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, 25, 2021, pp. 114-170.



justamente delimitadoras de competencias entre el Estado y las CCAA no dotadas de derechos históricos, se reduciría el techo competencial foral, y se identificaría una competencia histórica con otra realidad jurídicamente distinta, cual es la competencia autonómica general.

4. En particular, los límites de la competencia histórica foral en materia de contratos públicos diferentes de los principios esenciales de la legislación básica estatal

Ciertamente, los límites de cada competencia se fijan (internamente) en la concreta norma competencial de la LORAFNA, que detalla la materia, las funciones que sobre ella puede desarrollar la Comunidad Foral y los márgenes en que su ejercicio ha de moverse. En este caso, la normativa legal que se dicte en ejercicio de esa competencia exclusiva en contratación pública no podrá exceder de los mentados principios esenciales.

Además, la propia LORAFNA remite a un límite aplicable a los derechos históricos de Navarra, incorporado en su propio texto, consistente en el concepto de “unidad constitucional” (artículo 2, a que apela expresamente el artículo 39.1.a) LORAFNA).

La citada unidad constitucional concreta o traduce competencialmente el principio de unidad. Sólo alguna doctrina científica se ha detenido a examinar el posible alcance de esa limitación, entendiendo que esa unidad constitucional comprende los principios y valores del Título Preliminar de la Constitución, su Título I (derechos



y deberes fundamentales). El Título III, (Cortes Generales) expresión de la soberanía nacional única, y los Títulos VI y IX (potestad jurisdiccional y Tratados Internacionales)¹³.

Sea cual fuere el ámbito concreto de ese principio, no parece posible reconducirlo al respeto de un concreto modelo de celebración de negocios en materia de servicios jurídicos o de productos farmacéuticos¹⁴.

¹³ RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., *Derechos históricos y Régimen Foral de Navarra. Fundamentos del Amejoramiento del Fuero*. Pamplona, Gobierno de Navarra, 1989, pp. 367-374. Quizá hubiera de tener encaje en el ámbito de ese concepto el Título II, de la Corona, más aún si se atiende a la completa locución del artículo 1 de la Ley de Confirmación de Fueros de que procede la expresión que analizamos ("unidad constitucional de la monarquía").

¹⁴ Menos aún si se apela a una interpretación histórica, de los antecedentes legislativos, que enlace la expresión analizada con el artículo 1 de la Ley de 25 de octubre de 1839, de Confirmación y Modificación de los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra, que aludía a la "unidad constitucional de la monarquía". Para entender ese concepto histórico, resultaría de interés el análisis de la doctrina denominada "vinculación negativa" (que no resulta, a mi juicio, estrictamente necesario para los efectos de este escrito). En breve síntesis, todo lo que no contrariaba la unidad constitucional era competencia de Navarra (desde la perspectiva competencial que abordamos). Al interpretar la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, se consideraban vigentes aquellas competencias propias de las instituciones navarras confirmadas por la Ley Confirmatoria de los Fueros, de 25 de octubre de 1839 y no afectantes a la unidad constitucional, fueran o no efectivamente ejercidas por la Diputación Foral.



5. El reconocimiento por el TC de la diferencia del régimen foral de contratación pública encarnada expresamente en la disposición final segunda de la LCSP.

La STC 68/2021, de 18 de marzo, dictada en resolución de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de Aragón, dedica su FJ 4 a la impugnación que efectúa la recurrente de la disposición final segunda (y la tercera en sentido análogo para la Comunidad Autónoma del País Vasco) de la LCSP.

Si el legislador estatal coloca a la Comunidad Foral de Navarra en una situación diferente a la vinculación que la LCSP produce en las Comunidades de régimen común, ello es porque su grado de sometimiento a la legislación básica estatal que la norma establece es distinto. No tendría sentido efectuar esa mención específica si en realidad va a ser la normativa básica estatal la que ciña los márgenes de la competencia foral en la materia.

La diferencia entre la Comunidad Foral y otras comunidades no es meramente nominal ni aun organizativa, sino competencial, como el TC ha tenido ocasión de constatar. Esa atribución competencial recogida en la LORAFNA, es patentizada en la propia LCSP. Pero ese reconocimiento en una norma positiva impone necesariamente un diferente régimen jurídico a que se somete la contratación administrativa en Navarra. Y esa diferencia de régimen se plasma en la regulación que Navarra se ha dado con sustento en la propia LORAFNA a que la LCSP apela.

El ajuste perfecto de esa diferencia entre una Comunidad Autónoma no foral y la de Navarra es mantenido por el TC. Como se ha anticipado, el TC considera que la disposición adicional primera de la CE (SSTC 76/1988,



de 28 de abril, o 118/2016, de 23 de junio) ampara y respeta los derechos forales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Navarra (STC 110/2016, de 9 de junio) y no de otras Comunidades. Por otro lado, a la hora de examinar si una supuesta actualización de pretendidos derechos históricos en materia de contratación administrativa podría realizarse a través de la legislación ordinaria, el TC (STC 158/2019, de 12 de diciembre, FJ 4) dice con claridad, reiterando doctrina anterior, que, incluso en los territorios forales, es el estatuto de autonomía el elemento decisivo de actualización, siendo los correspondientes preceptos estatutarios los que expresan el contenido de la foralidad garantizada por la Constitución¹⁵.

Esto nos conduce, de nuevo, a la previsión del artículo 49.1.d) de la LORAFNA, que establece la competencia de Navarra en esta materia contractual administrativa en términos diferentes a los que imponen el respeto a la legislación básica del Estado.

6. La doctrina del TC sobre otra competencia histórica formulada en términos análogos por la LORAFNA

6.1 Las letras b) y d) del artículo 49, apartado 1 de la LORAFNA.

¹⁵ STC 68/2018, de 21 de junio, FJ 5; en el mismo sentido, STC 171/2014, de 23 de octubre, FJ 6. Las SSTC 16/1984, de 6 de febrero y 86/1988, de 3 de mayo, designan a la Comunidad Foral como una Comunidad Autónoma peculiar, con régimen específico, y a la LORAFNA como Estatuto de Autonomía singular.



Entre las competencias forales, destacan dos que se caracterizan por su calificación en la LORAFNA como históricas y exclusivas, pero con un límite expreso que no coincide con la íntegra legislación básica del Estado, aunque remite a la misma.

El artículo 149.1.18ª confiere al Estado la competencia exclusiva, entre otras materias, respecto de: 18.ª *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.*

El artículo 49.1.b) LORAFNA atribuye a Navarra, en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva sobre el: *"régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos"*.

Como hemos visto, el artículo 149.1.18ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de *"legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas"*.

Pero el artículo 49.1.d) LORAFNA dice que, en virtud de su régimen foral (competencia histórica o foral) corresponde a Navarra la competencia exclusiva en materia de *"contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia"* (no la legislación básica del Estado, sino sólo sus principios esenciales).

6.2 Ausencia de pronunciamiento expreso del TC que examine el título competencial contractual foral. Dictado por el TC de una sentencia que analiza el alcance del título similar en materia de función pública.

Ante la inexistencia de pronunciamiento conocido por el firmante en que el TC precise los límites de la



competencia foral en materia de contratación pública, ha de recordarse la existencia de una importante resolución que sí contempla directamente el título competencial exorbitante respecto de los atribuidos a las Comunidades Autónomas de régimen común en materia de función pública.

Se ha hecho anterior alusión a cláusulas de salvaguarda de las competencias de Navarra que algunas leyes expresan. Pues bien, esa sentencia, la STC 140/1990, de 20 de septiembre, examina (FJ 5) una ley básica estatal, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, que no incluye tal cláusula de salvedad. Y ello en contraste con la LCSP cuya disposición final segunda ya vista fija el alcance de su aplicación en Navarra a lo que resulte del régimen foral establecido en la LORAFNA.

Un primer acercamiento a la sentencia que citamos permite apreciar que, para el TC, esos derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos vienen constituidos por aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo (de función pública), que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales ese sistema no sería reconocible.

6.3 Análisis más detallado de la STC 140/1990, de 20 de septiembre.

La STC 140/1990, de 20 de septiembre, en conflicto planteado por el Estado afectante a un reglamento navarro sobre elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones públicas de



Navarra, consagra la recepción por ese órgano del "plus" competencial del régimen foral.

Se planteaba la discrepancia regulatoria entre la normativa navarra, amparada en la competencia histórica en materia de función pública (artículo 49.1.b) LORAFNA) y la legislación básica estatal. El TC considera, de acuerdo con doctrina a que también hemos aludido, que la especificidad del régimen de Navarra tiene también su reflejo en el campo competencial, pues *"el concepto de derecho histórico empleado por la Disposición adicional primera de la Constitución y la LORAFNA apela, entre otras cosas, a un cierto contenido competencial"* (FJ 4).

El límite de la competencia histórica de Navarra en materia de función pública (aparte del general del respeto a la unidad constitucional) consiste en el específico, el establecido expresamente en el precepto de la LORAFNA. En consecuencia, *"no todas las previsiones de la legislación estatal básica relativas al régimen estatutario de los funcionarios públicos desplegarán ese efecto limitativo en relación con el ejercicio de su competencia, sino sólo aquéllas, justamente, que se refieran a <<derechos y obligaciones esenciales>>"* (FJ 4).

La constitucionalidad de la normativa foral no va a depender de si respeta o no la legislación básica del Estado, sino de si se acomoda a la esencia que puede derivarse de algunos de sus preceptos. Así, esa sentencia señala (FJ 5) que: *"La regulación contenida en la normativa foral impugnada se aparta, pues, de las previsiones de naturaleza básica contenidas en la Ley estatal, pero, como hemos ya advertido, los límites a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra no los constituyen cualesquiera previsiones contenidas en la*



legislación estatal básica, sino única y exclusivamente aquellas que reconozcan derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios".

6.4 Aplicación de esa doctrina a la materia contractual administrativa.

Este preliminar examen de la STC 140/1990, de 20 de septiembre, puede servir también para delimitar el alcance de la competencia histórica foral en materia de contratos, de modo que se habrá que precisar en cada caso cuáles son los principios esenciales de la legislación básica del Estado en materia de contratos administrativos, que serán los caracterizadores del propio modelo de contratación administrativa que conforman la sustancia de ese régimen y permiten reconocerlo.

La legislación básica constituye en estas dos materias el límite competencial de las Comunidades Autónomas de régimen común. Pero, respecto de la Comunidad Foral, solo esas concretas características de los regímenes funcional y contractual que puedan hallarse en la legislación básica estatal, pero que no se identifican con ella, actuarán como tope competencial respecto de Navarra.

La redacción de la competencia foral en materia de función pública en la LORAFNA responde a idéntico modelo a que obedece la competencia contractual foral. Por ello, es obligado aplicar analógicamente, en tanto no se altere por el TC, la interpretación sustentada por el TC y que se ha mantenido a lo largo de los años de forma inalterada permitiendo a Navarra el dictado de una normativa en materia de función pública que supone un auténtico régimen propio. En suma, ha de trasladarse a



la materia de contratación administrativa la doctrina constitucional que ha delimitado el alcance de la competencia de Navarra en materia funcionarial.

En consecuencia, no todas las previsiones de la legislación estatal básica en materia de contratación administrativa han de respetarse por la normativa dictada por Navarra en esa materia. Sólo los principios esenciales que de esa normativa básica se desprendan. Principios esenciales cuya determinación concreta debe quedar remitida al análisis particularizado de las normas que los prevean; pero que, en principio, se refieren a aquellos principios y reglas caracterizadores del propio modelo de contratación administrativa, que conforman la sustancia misma de ese régimen y sin los cuales no sería reconocible ese sistema. Sería la pura esencia del régimen jurídico de la contratación administrativa.

El común denominador de la contratación pública, incorporado a la legislación básica, es el que ha de aplicarse a las Comunidades Autónomas cuyas normas institucionales básicas confieren competencias de mero desarrollo legislativo.

Pero solo los principios esenciales de esa común regulación, sólo la esencia de ese común denominador normativo es la que ha de regir en Navarra como frontera de sus competencias legislativas en materia de contratación pública¹⁶.

¹⁶ No puede ocultarse que el Tribunal Supremo, en una ocasión, ha sido restrictivo en la interpretación de esos principios esenciales, que vino a identificar en la práctica con la propia legislación básica en materia contractual. La crítica que respetuosamente merece ese pronunciamiento no es propia de este escrito, aunque puede inferirse de todo el contenido de este estudio. Es de interés la lectura de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de noviembre



7. La Directiva 2004/18/CE y la competencia de Navarra para la ejecución del Derecho Comunitario en esta materia. La no identificación entre normativa comunitaria y normativa básica.

Uno de los límites que la propia LORAFNA establece al ejercicio de esta competencia viene encarnado por la unidad constitucional, que obliga a Navarra a respetar los Tratados Internacionales suscritos por España y el Derecho comunitario europeo. En consecuencia, la normativa foral habrá de incorporar fielmente las Directivas comunitarias europeas sobre contratos públicos, aparte de procurar su cumplimiento efectivo.

No es ocioso recordar que la LCSP, ya desde una perspectiva terminológica, parece –dicho sea con toda

de 2004 Recurso de Casación núm. 5092/200, (RJ 2004, 8109). La misma señala textualmente que:

“El carácter básico de la normativa estatal que se deriva de la imposición efectuada directamente por el artículo 149.1.18 de la Constitución Española no permite hacer esa clase de distingos, ya que revistiendo el artículo 5.3 de la Ley 13/95 carácter básico y obligatorio por precepto directo de una norma constitucional, resulta pueril tratar de efectuar disquisiciones sobre su mayor o menor eficacia en una Comunidad Autónoma determinada, fundándose indebidamente en las matizaciones efectuadas por las normas emanadas de la misma.”

Para esa sentencia, afortunadamente no reiterada, es “pueril” la distinción cuidadosa de la LORAFNA, que, al menos esa impresión da, es considerada como una norma emanada de la propia Comunidad “Autónoma”, circunstancias que privan, a mi modesto juicio, y con todo respeto, de valor doctrinal a ese pronunciamiento, dicho sea en términos argumentativos.



cautela- ajustarse a las Directivas que traspone en menor medida que la LFCP. Esta última, la norma navarra, sí que se refiere expresamente a los contratos públicos, mientras que la LCSP parece continuar la línea de su predecesora (la ley de 2007) atendiendo fundamentalmente al sujeto (incorporado al sector público) y no tanto al elemento objetivo o funcional caracterizador de la sujeción del contrato a la normativa que disciplina los contratos públicos, cual es el modelo comunitario.

La normativa europea en materia de contratación pública no altera el orden interno de distribución de competencias. El mismo viene establecido por la CE y, en el caso de Navarra, por la LORAFNA. Y también la doctrina reiterada del TC en relación con la ejecución del Derecho comunitario europeo alude al principio de autonomía institucional y procedimental, de modo que son las normas internas de delimitación competencial, esto es, las prescripciones del sistema constitucional de cada Estado miembro, las que determinarán cuándo y cómo la ejecución del Derecho comunitario ha de realizarse por el Estado central o por otras instituciones u órganos (STC 252/1988, de 20 de diciembre, o STC 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3). En este sentido puede interpretarse la previsión contenida en el artículo 58.2 LORAFNA.

Por tanto, a la hora de descifrar el contenido de esos principios de la legislación básica estatal, habrá de acudir a la normativa comunitaria, dada la vinculación de la legislación básica estatal a la misma. Ya la Directiva 2004/18/CE previene: "*La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en*



particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia". El Derecho comunitario europeo de contratos públicos nos auxilia también para discernir cuáles son los principios esenciales y hasta dónde han de incorporarse a la normativa interna, que es quien ha de plasmarlos.

La STC 141/1993, de 22 de abril, fue dictada en conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno Vasco contra el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, por el que se modificó el Reglamento General de Contratación para adaptarlo al Real Decreto Legislativo 931/1986.

El TC en esa sentencia recoge anterior doctrina –aludida en este apartado– en el sentido de que la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la transposición de las Directivas corresponderá a quien sea competente según el bloque de constitucionalidad¹⁷.

¹⁷ Así, el fundamento jurídico 2 manifiesta: "...como este Tribunal ha reiterado en sucesivas ocasiones, <la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que (...) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias>, pues <la cesión del



De este modo, la normativa europea en materia de contratación pública no cambia la distribución competencial interna, de modo que su delimitación sigue dependiendo del juego de la CE y la LORAFNA, según el reiterado principio (consagrado por el TC desde su STC 252/1988, de 20 de diciembre) de autonomía institucional y procedimental.

Por otro lado, el TC no identifica necesariamente la norma comunitaria con la norma básica, en el propio FJ 2:

"Quiere ello decir que el presente conflicto de competencia ha de ser resuelto exclusivamente conforme a las reglas de Derecho interno. Pues bien, desde este punto de vista, el hecho de que las directivas de la CEE sean de obligado cumplimiento por todas las autoridades, centrales y descentralizadas, de los Estados miembros y que incluso puedan tener un <efecto directo> -lo que no corresponde enjuiciar a este Tribunal- no significa que las normas estatales que las adaptan a nuestro ordenamiento deban ser consideradas necesariamente básicas. Aquellas normas comunitarias vinculan, desde luego, a las Comunidades Autónomas pero por su propia fuerza normativa y no por la que les

ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental> (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que <no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario> (SSTC 236/1991 y 79/1992).



atribuye su traslación al derecho interno como normas básicas. Y, si bien esa necesaria adaptación puede llevar en ciertos casos a establecer normas internas de contenido prácticamente uniforme para todo el territorio de la Nación, tal regulación sólo corresponde hacerla al Estado mediante normas de carácter básico en la medida en que así lo permitan la constitución y los Estatutos de Autonomía. Por tanto, el hecho de que algunos de los preceptos del Real Decreto 2528/1986 se limiten a transcribir el contenido de otros incluidos en directivas comunitarias, no resuelve la duda acerca de su carácter básico".¹⁸

8. El correcto enunciado de esos principios esenciales en la propia LFCP

La LFCP recoge los principios a que aludimos de forma expresa en su Preámbulo, señalando que los principios especiales de la legislación básica del Estado en esta materia "son los recogidos por las Directivas y por lo tanto los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia".

VI. EN CONCRETO. LA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.I) LFCP

¹⁸ Es previsible en la aplicación de la normativa contractual pública, una confusión práctica, que no conceptual (STC 141/1993, de 22 de abril; RTC 1993, 141) de los principios a que alude el título competencial con la normativa europea que disciplina la contratación administrativa.



Naturalmente, será el TC el que declare si violenta los principios esenciales de la legislación básica estatal la exclusión de esos servicios en los términos en que se contiene en la nueva redacción del artículo 7.1.1) LFCE. No es envidiable la labor que ha de desarrollar el alto intérprete constitucional para efectuar esa delicada operación a que la norma integrada en el bloque de constitucionalidad apela.

La Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación a los servicios jurídicos que consistan en la representación legal de un cliente por su abogado en un procedimiento judicial, incluyendo el asesoramiento jurídico para la preparación del procedimiento. La LCSP, sin embargo, no excluye a estos servicios de su ámbito de aplicación. Y es destacable, además, la circunstancia de que no ha querido diseñar un procedimiento propio para disciplinar la contratación de esos servicios¹⁹.

Se pueden apuntar determinadas razones que permiten encajar esa exclusión en la competencia foral en los márgenes competenciales que estas líneas tratan de enmarcar, más allá de la relación de confianza que ha de regir la relación cliente-abogado, que puede recomendar que estos concretos servicios no se sometan a los procedimientos legales de selección de contratistas.

¹⁹ De interés resultará la lectura del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 14/2016, de 20 de julio. También RUBIO BELTRÁN, J. "La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 11, 2019, pp. 184-203. MESA VILA, M. "La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta". Revista General de Derecho Administrativo, 47, 2018, pp. 184-203.



El carácter básico de la LCSP no puede constituir por sí una cortapisa a que Navarra legisle sobre la mentada exclusión, en cuanto la LCSP no excluye de su ámbito aplicativo esos negocios jurídicos. Antes bien, se encuentran incluidos en el artículo 19.2.e) LCSP, como no sujetos a regulación armonizada.

Estos servicios, como se ha dicho, se encuentran excluidos de la Directiva de Contratación. En efecto, el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, señala:

"Las formas cada vez más diversas de acción pública han originado la necesidad de definir con mayor claridad el propio concepto de contratación. Sin embargo, esa clarificación no debería ampliar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con el de la Directiva 2004/18/CE. Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. Es preciso aclarar que dicha adquisición de obras, suministros o servicios debe estar sujeta a la presente Directiva tanto si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual.

El concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad a los poderes adjudicadores. Es más, la mera financiación, en particular mediante subvenciones, de



una actividad, a menudo ligada a la obligación de reembolsar las cantidades recibidas cuando no se hayan utilizado para los fines previstos, no suele estar regulada por las normas de contratación pública. De modo similar, aquellas situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección, como los sistemas de elección de los clientes o de cheques de servicios, no deben entenderse como una contratación, sino como simples regímenes de autorización (por ejemplo, las licencias para medicamentos o servicios médicos)”.

De forma más precisa, el considerando 25 previene:

“Determinados servicios jurídicos son facilitados por proveedores de servicios nombrados por un tribunal o un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, implican la representación de clientes en un proceso judicial por abogados deben ser prestados por notarios o guardar relación con el ejercicio de una autoridad oficial. Dichos servicios jurídicos son prestados normalmente por organismos o personas nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de los contratos, como ocurre por ejemplo, en algunos Estados miembros, con el nombramiento del ministerio fiscal. Por consiguiente, estos servicios jurídicos deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Consecuentemente, el artículo 10 establece:

“Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios

La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para: (...)



- d) cualquiera de los siguientes servicios jurídicos:*
- i) representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (2) en:
– un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o
– un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales,*
 - ii) asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el inciso i) de la presente letra, o cuando haya una indicación concreta y una alta probabilidad de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE,*
 - iii) servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario,*
 - iv) servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos proveedores sean designados por un órgano jurisdiccional en el Estado miembro en cuestión o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales,*
 - v) otros servicios jurídicos que en el Estado miembro de que se trate estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público; (...)"*

El informe 4/2019 de la Junta Consultiva de Contratación reconoce la posibilidad del legislador de regular o no estos servicios por la norma de contratación pública²⁰.

²⁰ Expediente 4/19. Régimen jurídico de los contratos de servicios jurídicos.



El órgano consultivo se interroga acerca de si está correctamente traspuesta la Directiva en la LCSP, en cuanto que la prestación de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado nunca puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado. Pero, a juicio de la Junta, *"eso no implica que no puedan calificarse como contratos de servicios a los efectos de la aplicación de las reglas sobre contratación pública que fueran procedentes en cada caso. Esta decisión del legislador español es perfectamente congruente con el texto y el espíritu de la Directiva y no puede calificarse como una incorrecta transposición de la misma"*.

Y ello porque *"el legislador interno goza de la potestad de permitir su regulación por la norma contractual pública del Estado miembro en cuestión, a pesar de que por expresa indicación del derecho comunitario no estén sujetos a la Directiva"*.

El TJUE, en su sentencia de 6 de junio de 2019, asunto C-264/18, resuelve una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE] y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva. La legislación belga de contratación pública que traspone la Directiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación, tal y como lo hace la norma navarra que analizamos.

La citada resolución considera que la mentada exclusión en la Directiva no cercena las libertades garantizadas por



los Tratados, pues se justifica (apartados 35 a 40 de la sentencia) en que esos servicios sólo se conciben en el marco de una relación intuitu personae entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad. Tal relación se caracteriza por la libre elección del defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado. Ello dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse. La citada confidencialidad podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones.

La Comunidad Foral de Navarra en el ejercicio de sus competencias históricas en materia de contratación pública, y en una correcta transposición de la Directiva europea, ha optado por excluirlos de la norma de contratos públicos. Parece que podía hacerlo, en cuanto permitido y, prima facie, más acorde con la disposición europea que la opción contraria. Y, como se ha anticipado, la doctrina ya invocada del TC declara que la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debiendo realizarse en Navarra por su Parlamento foral.

No hay riesgo alguno de padecimiento de principios esenciales en la contratación en cuanto tales, identificadores del sistema, pues esa exclusión de adverso combatida no significa que se eludan los principios esenciales del Tratado CE.



Así, el artículo 34.1 párrafo 4 de la LFCP establece expresamente: *“Los contratos privados de la Administración se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente ley foral y sus disposiciones de desarrollo y en lo que respecta a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.”*

Efectivamente, la LFCP tiene como objeto la regulación de los contratos públicos en el sentido en que los contemplan las Directivas de Contratación. El que no exista una regulación propia de otros contratos de la Administración en este texto legal, que traspone las Directivas, no es obstáculo para el cumplimiento de los principios exigidos en la normativa constitucional europea, tal y como se desprende de lo reseñado en el invocado artículo 34 LFCP.

Parece que la trasposición efectuada por el legislador foral respeta los principios esenciales de la normativa básica estatal, tal y como la misma los define, así como, específicamente, la exclusión de los mismos de la Directiva a trasponer.

VII. EN PARTICULAR. SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS DE LA LEY FORAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 7.1.m) LFCP) Y EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGESIMOPRIMERA LFCSP.

1. La exclusión y el concreto régimen de adquisición de medicamentos de la disposición adicional vigesimoprimera LFCP impugnada ante el Tribunal Constitucional



Como hemos señalado, la exclusión de estos procedimientos se contenía en la redacción que fue objeto de impugnación por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Esa separación del régimen legal contractual respondía a principios similares a los analizados en el apartado VII de este escrito²¹.

Precisaba el Preámbulo de la LFCP, se regula *"la adquisición de medicamentos de uso hospitalario estableciendo un sistema conforme al cual se fijan condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio administrativamente establecido de financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud,*

²¹ Es bien conocido el fugaz intento regulador en sentido análogo al que analizamos que se plasmó en la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, objeto de publicación en el Butlletí Oficial de les Illes Balears del 20 de octubre de 2020. Esos artículos (16, 17 y 18) reguladores del procedimiento de adquisición pública de medicamentos fueron objeto de derogación por la disposición derogatoria única, f) de la Ley 5/2021, de 28 de diciembre.

Puede examinarse, a los efectos competenciales de las Comunidades Autónomas de régimen común, la STC 210/2016, de 15 de diciembre y la posterior STC 7/2017 de 19 de enero, que vienen a considerar que la materia de la dispensación de medicamentos se enmarca en la regulación sobre sanidad, sin que el sistema de la subasta andaluza seleccionando el medicamento de menor precio a dispensar por parte de la oficina de farmacia, que lleva a cabo el Servicio Andaluz de Salud, implique diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos financiados por el Sistema Nacional de Salud.



abiertas a una pluralidad de proveedores, con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos, en atención a la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia de 2 de junio de 2016 (Dr. Falk Pharma GmbH contra DAK-Gesundheit, asunto C-410/14, puntos 41 y 42).

En este contexto, y con el fin de preservar la mejor relación entre eficiencia y la adecuada gestión sanitaria, se regula un sistema de adquisición de medicamentos en el que se dispensa la licitación pública cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre la Administración y el proveedor farmacéutico, e incluso, en algunos casos, acuerdos de riesgo compartido o de techo de gasto que se incorporan, con el que se regulan por lo tanto las condiciones de la adquisición, que se aplicará a las compras del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.”

La Directiva 2014/24, de contratación pública, señala en el considerando 41:

“Ninguna disposición en la presente Directiva debe impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger el orden, la seguridad y la moralidad públicos, la salud, la vida humana y animal y la conservación de las especies vegetales o de otras medidas medioambientales, en particular teniendo en cuenta el desarrollo sostenible, siempre que dichas medidas sean conformes con el TFUE”.

2. El cambio de régimen causado por la aprobación de la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023



Ha de recordarse que esa exclusión general que se desprendía de la anterior redacción de la disposición adicional vigesimoprimera de la LFCP ha desaparecido en la redacción vigente desde la aprobación de la Ley Foral de Presupuestos para 2023.

Resalta la distinta sistemática de ambas disposiciones (la derogada y la ahora vigente), pasando de seis apartados a dos, producto de que se han reducido los supuestos que recoge el artículo, simplificando el régimen aplicable, excluyendo del mismo algún aspecto que presentaba ciertas dificultades conceptuales y reglas menores, como la previsión de causas de modificación y resolución.

En esta redacción se contemplan específicamente dos supuestos:

Por un lado, la compra de medicamentos con patente a través de un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación pública, que estaría dentro de la LFCP. Es obvio que, de no encontrarse esta mención en la disposición adicional de forma expresa, estos negocios también estarían sometidos al régimen de la norma contractual foral, revistiendo la naturaleza de contratos públicos. Parece que el legislador foral se ha inclinado por mencionarlo de forma explícita tanto para desmarcarse del precedente de la anterior redacción de la disposición adicional que analizamos, la que fue objeto del recurso de inconstitucionalidad, como para instaurar un expediente más liviano del que resultaría de aplicación en el régimen del artículo 138 LFCP.

Por otro lado, se menciona la adquisición de medicamentos a través de un sistema open house, si bien en el texto legal se alude a ese procedimiento por referencia a su régimen jurídico, sin citar esa



denominación doctrinal. Se elimina la posibilidad de adjudicar contratos en exclusiva mediante un negocio open house. De hecho, se aprecia una adhesión a la doctrina del TJUE a que luego aludiremos, sin calificar de forma manifiesta el negocio como público o privado.

En suma, la compra de medicamentos que no encajen en los supuestos anteriores se sigue sometiendo a la regulación contenida en la LFCP, sin particularidades de ningún tipo, de modo que se permite la utilización, por ejemplo, de un procedimiento abierto, restringido, acuerdo marco, sistema dinámico o cualquier otro).

3. Mínima referencia al sistema de dispensación de productos farmacéuticos y su financiación pública en España. ²².

Asumiendo el riesgo que este escrito corre en la explicación de un sistema tan complejo, señalaremos que, en síntesis, del artículo 92 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, se sigue que se trata de una financiación selectiva y no indiscriminada, que se

²² Las limitaciones de este estudio convierten en imprescindible y esclarecedora la lectura de GIMENO FELIU, JM: "Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo", REDA núm.205, 2020. Igualmente, GIMENO FELIU, JM y GARCÍA-ÁLVAREZ, G: "Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: Eficiencia y creación de valor", Aranzadi, 2020. GIMENO FELIU, JM: "La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema", REDA núm. 202, 2019, pp. 325-340



acuerda atendiendo a su *"utilidad terapéutica y social, la racionalización del gasto, la existencia de alternativas terapéuticas y el coste de las mismas"* (artículo 92.1), junto con un examen específico del precio, esto es, del *"precio o el coste del tratamiento de los medicamentos comparables existentes en el mercado"* (artículo 92.3). También (artículo 92.8) *"para la decisión de financiación de nuevos medicamentos, además del correspondiente análisis coste-efectividad y de impacto presupuestario, se tendrá en cuenta el componente de innovación, para avances terapéuticos indiscutibles por modificar el curso de la enfermedad o mejorar el curso de la misma, el pronóstico y el resultado terapéutico de la intervención y su contribución a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud si, para un mismo resultado en salud, contribuye positivamente al Producto Interior Bruto"*. La resolución corresponde a la Dirección General de Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia.

Y, decidida la financiación pública del medicamento, es el "Gobierno" de la Nación quien, con sustento en lo que establece el artículo 94.1 del repetido Texto Refundido de la Ley de Garantías del Medicamento, establece los criterios y procedimiento para la fijación de precios de medicamentos y productos sanitarios financiables por el Sistema Nacional de Salud, tanto para los medicamentos de dispensación por oficina de farmacia a través de receta oficial, como para los medicamentos de ámbito hospitalario, incluidos los envases clínicos, o dispensados por servicios de farmacia a pacientes no ingresados. Según el indicado precepto, se tendrán en cuenta los mecanismos de retorno (descuentos lineales, revisión de precio) para los medicamentos innovadores. La Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos también tomará en consideración los análisis coste efectividad y



de impacto presupuestario. Realmente, ese proceso se efectúa sin distinción del que decide la financiación, aunque a través de esa Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad (artículo 94.5 del tan repetido texto refundido). Según previene el artículo 94.10, el Ministerio de Sanidad establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público. Esto es, se suma al precio industrial autorizado o precio de venta de laboratorio fijado por el Ministerio los márgenes comerciales autorizados.

La percepción de complejidad del sistema de financiación pública de los medicamentos se acentúa si se advierte cómo, dejando a un lado el copago en los casos en que procede, existen descuentos a las oficinas de farmacia, así como diversas deducciones que se previenen en el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, especialmente artículos 8 a 10.

La intervención del Ministerio de Sanidad se refuerza en el Real Decreto 177/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el sistema de precios de referencia y de agrupaciones homogéneas de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, y determinados sistemas de información en materia de financiación y precios de los medicamentos y productos sanitarios²³.

²³ Aunque en el recurso de inconstitucionalidad se invoca el título competencial estatal en materia de "legislación sobre productos farmacéuticos" (artículo 149.1. 16ª CE) es evidente su nula incidencia en este caso. Remisión obligada a la STC



Es difícil, en suma, encontrar otro ámbito en el que exista una regulación pública de mayor intensidad. La exclusión de la normativa de contratación no deja en el vacío la adquisición pública de medicamentos, ni la somete a una arbitraria decisión adoptada en cada caso.

4. La naturaleza negociadora de la intervención del Estado y los laboratorios farmacéuticos en la fijación de precios y la financiación de cada tipo de medicamento. La garantía de confidencialidad.

El procedimiento a que se somete la financiación y fijación de precios de cada medicamento que puede ser prescrito dentro del Sistema Nacional de Salud, mayoritariamente iniciado de oficio, tiene reservada la intervención de los operadores farmacéuticos, tal y como se previene en la Orden de 6 de abril de 1993, con la Instrucción de 13 de diciembre de 2002, de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se coordinan los procedimientos administrativos relativos a autorización de comercialización y financiación con fondos públicos de especialidades farmacéuticas de uso humano.

98/2004, de 25 de mayo de 2004, que define ese título competencial como "(...) ese conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto "sustancias" cuya fabricación y comercialización está sometida -a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia- al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen". En idéntico sentido, STC 109, 152, 193 y 137 todas ellas del año 2013. También la STC 211/2014, de 18 de diciembre, en el recurso de inconstitucionalidad 822-2011.



En el mismo, el laboratorio dispone de trámites de alegaciones y audiencia., que determinada doctrina científica configura como de auténtica negociación.

El Tribunal de Cuentas habla de "*proceso de negociación*" para determinar precio de los medicamentos y financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud²⁴.

La configuración del proceso como de negociación no requiere su afirmación expresa, pues esa consecuencia se sigue de la contemplación de sus trámites más básicos.

Y ese proceso negociado que desemboca en la resolución de fijación de precio y financiación a cargo del Sistema Nacional de Salud es continuado. No sólo afectado por el surgimiento de nuevos medicamentos, sino también por la constante evaluación de medicamentos ya objeto de financiación (que puede conducir a su exclusión posterior) o por el establecimiento de nuevos precios en lo sucesivo, diferentes a los inicialmente fijados.

No obstante, la publicación indiscriminada de los datos de las compañías farmacéuticas que confluyen en el procedimiento de fijación de precios y financiación pública de los medicamentos podría generar daños en las mismas, que se podrían incluso ver compelidas al mantenimiento de ofertas para obtener la financiación

²⁴ Así, por ejemplo, página 34, epígrafe "II.4.1. Financiación pública y fijación de precios de los medicamentos", y página 51, en la segunda de sus recomendaciones, del informe de fiscalización de la actividad económica desarrollada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en relación con el área farmacéutica, número 1185 de 2016 (<https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/7456/t-cuentas-inf-1185-2016-medicamentos-2>).



pública en España que sean insostenibles en otros ámbitos.

El sistema impone obligaciones de confidencialidad, tales como las que se contienen en el artículo 16.4 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios:

"Para garantizar la transparencia de sus actuaciones, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios asegurará el acceso público de sus decisiones sobre las autorizaciones de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones, cuando todas ellas sean firmes, así como el resumen de las características del producto. Será, asimismo, de acceso público el informe de evaluación motivado, previa supresión de cualquier información comercial de carácter confidencial. La confidencialidad no impedirá la publicación de los actos de decisión de los órganos colegiados de asesoramiento técnico y científico del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad relacionados con la autorización de medicamentos, sus modificaciones, suspensiones y revocaciones"

Incluso respecto de los aspectos económicos de la proposición del laboratorio, el artículo 97.3 del tan mentado Texto Refundido previene que:

"3. La información que en virtud de este artículo obtenga la Administración General del Estado será confidencial."

También el artículo 106.2 del mismo Texto Refundido señala:

"La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud, incluyendo



las de la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, las de la Mutualidad General Judicial y las de Instituto Social de las Fuerzas Armadas, es de dominio público, salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las comunidades autónomas en su ámbito territorial y a la Administración General del Estado en la información del conjunto del Sistema Nacional de Salud.

Lo establecido en el párrafo anterior será, asimismo, de aplicación a la información relativa a las compras de medicamentos y de productos sanitarios realizadas a través de los correspondientes servicios de farmacia por los hospitales del Sistema Nacional de Salud”.

Esas cláusulas de confidencialidad (y otras que se contienen a lo largo del articulado del texto, como las que afectan a la realización de inspecciones o ensayos clínicos) impiden el acceso y la difusión de cualquier información comercial confidencial de las empresas farmacéuticas en poder de la Administración que pueda desprenderse de los procedimientos de evaluación, autorización, registro y dispensación pública de los medicamentos.

En fin, y siguiendo la estela del Derecho Comunitario, el precio es un elemento más y, en el marco de un mercado regulado tan intensamente, coexiste con (y puede remplazarse por) otros como la rentabilidad, la innovación, los plazos de disponibilidad, etc.). Por ello, la concurrencia de un precio no ha de conducir necesariamente al encauzamiento de la adquisición del medicamento a través de un contrato público.



5. La doctrina del TJUE que precisa el alcance de las Directivas de Contratación Pública en esta materia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH vs. DAK-Gesundheit, asunto C 410/14, ECLI:EU:C:2016:399, declaró que el sistema "open-house", utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, y ello justamente por su carácter abierto. Se trataba de un mecanismo en el que se admitía como proveedor a todo operador económico que cumpliera unos requisitos previamente establecidos, concretamente, un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse a posteriori nuevos proveedores durante el período de vigencia.

El TJUE vuelve a acentuar su rechazo a que hayan de aplicarse necesariamente y en todo caso las normas que reglamentan la contratación pública por el mero hecho de que un poder adjudicador adquiera bienes en el mercado, teniendo que convocarse un procedimiento de licitación y llegando a la firma de contratos exclusivos.

En este sentido, los apartados 36 y 37 son esclarecedores:

"36. Pues bien, con carácter fundamental, el riesgo de favorecer a los operadores económicos nacionales que la referida Directiva pretende conjurar está estrechamente



relacionado con la selección que el poder adjudicador tiene intención de llevar a cabo entre las ofertas admisibles y con la exclusividad que va a derivar de la adjudicación del contrato de que se trate al operador cuya oferta resulte seleccionada —o a los operadores económicos cuyas ofertas resulten seleccionadas en el caso de un acuerdo marco—, que es la finalidad de los procedimientos de contratación pública.

37. Por consiguiente, cuando una entidad pública pretenda celebrar contratos de suministro con todos los operadores económicos que deseen proporcionar los productos de que se trate en las condiciones indicadas por dicha entidad, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales."

No tratándose de un acuerdo marco –dado que sigue abierto a otros operadores durante toda su vigencia- (parágrafo 41), el apartado o parágrafo 42 señala:

"42. Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y

permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste”.

Pero el propio TJUE previene los límites jurídicos que un sistema de esas características haya de respetar:

“44. Es preciso señalar que, en la medida en que su objeto presente un interés transfronterizo cierto, tal procedimiento estará sujeto a las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular a los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como a la obligación de transparencia derivada de ellos, que exige realizar una publicidad adecuada. A este respecto, en una situación como la que se plantea en el litigio principal, los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación para adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia.

45. Ahora bien, la exigencia de transparencia implica que se realice una publicidad que permita a los operadores económicos potencialmente interesados tener pleno conocimiento del desarrollo y de las características esenciales de un procedimiento de participación como el que es objeto del litigio principal.

46. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el procedimiento de participación objeto del litigio principal satisface estas exigencias.”

En resumen:

“47. Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión prejudicial planteada que, en la medida en que el objeto de un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos como el controvertido en el litigio



principal presente un interés transfronterizo cierto, dicho procedimiento deberá concebirse y organizarse de conformidad con las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular con los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como con la obligación de transparencia derivada de ellos”.

Los contratos denominados “open house” se caracterizan porque en ellos no se selecciona un único proveedor del suministro, pues se admite como proveedores a todos los operadores que cumplan con las condiciones previamente fijadas por la Administración. Esos procedimientos abiertos o de larga duración no son contratos públicos.

El sistema sumariamente expuesto de establecimiento administrativo del precio de los medicamentos financiables por el Sistema Nacional de Salud encaja dentro de estas cautelas jurídicas que el TJUE plasma en los párrafos citados de su sentencia, de modo que parece ajustada al Derecho comunitario de contratos públicos la adquisición directa de esos productos o el establecimiento de sistemas de compra que tengan en cuenta ese precio establecido por el Ministerio, sin tener que licitar, seleccionar y contratar a proveedores únicos.

El criterio establecido en esa sentencia se ha ampliado en la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen vs. Korkein hallinto-oikeus, asunto C-9/17, en el que se concluye que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un



sistema (en ese caso) de asesoramiento a las explotaciones agrarias, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria. Y ello, a diferencia del caso anteriormente expuesto, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador.

6. No se aprecia que la LFCP incurra en infracción alguna de principios esenciales de la normativa básica. Parece correcta la transposición de la normativa comunitaria hecha en Navarra. La aplicabilidad de la doctrina del TJUE al sistema establecido en la Disposición Adicional Vigésimoprimera LFCP.

Las adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales, cuando la compra se articule a través de sistemas en los que no se seleccione a uno o varios proveedores de entre todos los demás interesados (referencia al sistema "open house"), se siguen excluyendo de la aplicabilidad de la LFCP en la nueva redacción de la disposición adicional vigésimoprimera que rige tras la Ley Foral de Presupuestos para 2023.

Se fija un procedimiento consistente en el establecimiento por la administración, para cada uno de los medicamentos, de las condiciones que deberán asumir formalmente todas las entidades interesadas, entre las que deberá estar necesariamente el precio. Estas condiciones serán de obligado cumplimiento y su aceptación podrá llevarse a cabo por las interesadas a lo largo de toda la vida del expediente.



Las condiciones establecidas, así como la forma de solicitar la adhesión al expediente de compra de medicamentos serán objeto de publicidad en el Portal de Contratación de Navarra.

No puede dejarse de recalcar que en estos procedimientos existe una real concurrencia, debiendo asumir los aspirantes el precio fijado por la Administración.

La posible discrecionalidad en la aplicación del procedimiento establecido en la disposición adicional vigesimoprimera sería, en cualquier caso, de índole técnica, sin que sea parámetro de constitucionalidad de la norma una previsión de un posible incumplimiento en cada futura aplicación de la norma, que, si se produce, será objeto de la corrección oportuna por las vías que el derecho prevé²⁵.

²⁵ La práctica de la contratación de medicamentos que en limitado grado puedo conocer pone de relieve la cierta dificultad de prever en un pliego las múltiples variables que se advierten en las diversas presentaciones de un producto como el medicamento, cuando tienen el mismo principio activo, teniendo en cuenta que ese producto se halla sometido a controles externos al del poder que contrata. Los criterios de eficacia estrictamente farmacológica (establecidos externamente) no se pueden tener en cuenta a la hora de adquirir una u otra presentación del medicamento. Pero pueden existir detalles que vayan surgiendo entre los productos que cumplan con las exigencias normativas que inclinen la decisión técnica en favor de una u otra opción, como que un medicamento presente un color diferente, por ejemplo, para una dosis y otro color para otra dosis, lo que puede facilitar su administración, o que surja un producto que no requiera ser reconstituido por personal de enfermería respecto de otro equiparable, lo que hace más sencillo su suministro.



Esa previsión legal encaja en (o se aproxima mucho al mismo) el concepto de adquisiciones “open house”, que se empezó a visibilizar con la sentencia Falk Pharma y que tiene mayor relevancia desde la sentencia Tirkkonen, ambas antes invocadas. Las adquisiciones citadas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, y no son contratos públicos, aunque sí deban respetarse en su adjudicación los principios generales del TFUE.

El procedimiento que establece la LFCP para la tramitación de adquisiciones de medicamentos genéricos, biosimilares y medicamentos originales constituye un conjunto de exigencias de construcción propia del derecho foral (en aplicación de la competencia legislativa exclusiva en materia de contratación pública) que no contraviene principio esencial alguno encarnado en la legislación básica estatal.

Carece de interés examinar el caso de los medicamentos sujetos a patente²⁶, en cuanto que ya se hallan dentro del ámbito aplicativo de la LFCP, tras la modificación efectuada por la Ley Foral 35/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2023²⁷. No obstante, se puede tener en consideración que el margen de negociación económica para cualquier

²⁶ Que, según estimaciones del personal que tiene encomendada en la Comunidad Foral de Navarra la adquisición de estos productos, vienen a representar el 80% del gasto farmacéutico.

²⁷ Bien es cierto que ese procedimiento negociado sin convocatoria de licitación no es exactamente el establecido en el artículo 75 LFCP, cuestión que puede dar lugar a otras consideraciones que alargarían este análisis.



ente contratante será prácticamente nulo, una vez finalizado el procedimiento de establecimiento de precios por parte de la Comisión, a que se ha hecho anterior referencia. Sin embargo, conseguir la entrega de los medicamentos con la mayor celeridad posible resulta crítico para aquellos pacientes que los necesitan y cuya vida no puede depender de la tramitación de un procedimiento de contratación pública, sin que de ello resulte una infracción de principio esencial alguno de la disciplina que la regula. Al contrario, esa celeridad permite preservar principios y derechos constitucionales, la esencia misma orientadora de la actuación del propio sistema sanitario y, en última instancia, el requisito nuclear para la contratación pública: ser medio para la satisfacción del interés público. En persecución de ese objetivo, y con la norma ahora vigente, se previene que su procedimiento se limitará a la justificación de la necesidad y de la existencia de crédito, a la aceptación de las condiciones del contrato en documento firmado, una resolución del órgano competente aprobando el gasto y el contrato, siendo objeto de publicidad conforme a lo previsto por el artículo 102.1 LFCP.

En los medicamentos exclusivos o con patente, no hay opción de alterar el precio, no ya en el sistema que la disposición foral instauraba en su origen, o en el que ahora prevé, sino en ningún procedimiento de adquisición pública de medicamentos. No concurre competitividad posible en ese punto, por la propia naturaleza de los medicamentos a adquirir. No obstante, el legislador navarro ha optado por no escudarse en estas circunstancias para mantener la anterior exclusión de estos negocios del ámbito aplicativo de la LFCP.

Concluye el régimen que se establece desde la modificación efectuada por Ley Foral de Presupuestos para 2023 que la compra de medicamentos dentro de



cada uno de los grupos se llevará a cabo atendiendo exclusivamente, a criterios de eficiencia en la gestión y/o a necesidades terapéuticas por parte de los servicios de farmacia. Sólo será necesaria la previa reserva de crédito.

Y, en cualquiera de los casos, el resultado de la adquisición de medicamentos será objeto de publicidad, al menos con carácter semestral, señalando en cada caso la empresa adjudicataria y el importe adjudicado.

VIII. CONCLUSIÓN.

En esta materia de contratos administrativos en la Comunidad Foral, la competencia de Navarra es exclusiva de carácter histórico, en virtud de su régimen foral, establecida por el artículo 49.1.d) de la LORAFNA, plasmación de uno de los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra (arts. 2, 3 y 39.1.a) LORAFNA), de acuerdo con el efecto institucional y competencial que despliega la disposición adicional primera de la CE.

Así, la competencia foral en esta materia no está limitada por toda la legislación básica del Estado (aun en sentido material o estricto).

La operación de traducir ese techo (que la normativa contractual pública foral no puede romper) respecto de las concretas normas objeto de impugnación constitucional a que este escrito se refiere (a la espera de lo que el TC determine respecto de la pervivencia del objeto del proceso) exige una delicada confrontación de esos preceptos de la LFCP con los principios a que responde la normativa básica estatal, atendiendo también a la normativa de la Unión Europea. El régimen



contractual público foral se separa del estatal en cuanto a la disciplina de los negocios de asistencia jurídica y de adquisición pública de medicamentos delineada en la legislación estatal autocalificada como básica. El análisis que antecede permite concluir que no padece el acomodo constitucional de las concretas disposiciones analizadas en estas líneas, pues no violentan el límite a que han de someterse: el respeto (sólo) a los principios esenciales de la legislación básica estatal, que se encuentran expresamente enunciados, y ello en cuanto son caracterizadores de un régimen de contratación pública o del régimen español de contratación pública. Las exclusiones analizadas son respetuosas con la distribución competencial, en cuanto esa concreta regulación foral no ignora los principios de igualdad de trato, libre concurrencia, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia o buena administración. Las disposiciones analizadas respetan también las Directivas comunitarias que Navarra tiene potestad para transponer, acomodando su normativa a la europea, tal y como ha sido precisada por el TJUE.



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL I+D+I. MENCIÓN ESPECIAL A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 54 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D^a Bárbara Lucía Romojaro Alonso

Técnico Jurídico de la Fundación del Hospital Nacional de Parapléjicos para la Investigación y la Integración

Resumen: La Contratación Pública en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación tiene una especial singularidad debida en gran medida a las propias peculiaridades que presenta dicho sistema. La ejecución de los proyectos de investigación está condicionada casi en su totalidad por la velocidad en la obtención de resultados, lo que obliga a las unidades tramitadoras a ser especialmente ágil en la ejecución de los procesos de contratación pública. Por ello, la Ley ha previsto la consideración de contratos menores para aquellos contratos de suministro o servicio con un valor estimado igual o inferior a los 50.000 euros que sean celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación. El presente trabajo tiene como objeto estudiar la peculiaridad establecida en la Disposición Adicional 54^o de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público desde diferentes ópticas con el objetivo de aportar claridad en la aplicación práctica de la misma.



Palabras Claves: Contratación pública, investigación, contrato menor, compra pública, transparencia.

Abstract: Public Procurement in the Spanish Science, Technology and Innovation System has a special singularity due largely to the peculiarities of this system. The execution of research projects is conditioned almost entirely by the speed at which results are obtained, which obliges the processing units to be especially agile in the execution of public procurement processes. For this reason, the Law foresees the consideration of minor contracts for those supply or service contracts with an estimated value equal to or less than 50,000 euros that are entered into by the public agents of the Spanish Science, Technology and Innovation System. The purpose of this paper is to study the peculiarity established in the 54th Additional Provision of Law 9/2017 on Public Sector Contracts from different points of view with the aim of providing clarity in the practical application of the same.

Keywords: Public procurement, research, small contracts, public contracts, transparency.

SUMARIO:

I.INTRODUCCIÓN. II. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: INTRODUCCIÓN, NOVEDADES Y ESPECIAL MENCIÓN A LOS CONTRATOS MENORES. III. DISPOSICIÓN ADICIONAL 54º DE LA LCSP 2017. IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 54º LCSP 2017. V. LA TRASPARENCIA Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL: EL ABUSO DEL CONTRATO MENOR. VI.CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este estudio es analizar la Disposición Adicional 54ª de la Ley de Contratos de Sector Público (en adelante, LCSP), que tiene como objeto el aumento del límite establecido en el artículo 118 de la LCSP para los contratos de suministros y servicios, ascendiendo hasta los 50.000 euros para aquellos contratos que sean tramitados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación siempre que no vayan destinados a servicios de carácter general o a infraestructuras del órgano de contratación.

Esta disposición tiene su ser en la especial casuística del sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación que se mueve en el marco de la tramitación de convocatorias para la concesión de proyectos de investigación. En el ámbito de la investigación, son numerosos los proyectos de investigación tramitados a través de entidades del sistema que realizan la gestión económica y financiera de los fondos asignados al proyecto, y por consiguiente sus unidades tramitadoras gestionan las adquisiciones o contrataciones de servicios y suministros en el marco de la ejecución de dichos proyectos.

Se debe tener como premisa que un proyecto de investigación tiene una duración media de cuatro años, y que como todo en el ámbito de las tecnologías, innovación y ciencia la rapidez en la ejecución para la consecución de resultados es de vital importancia, y por consiguiente las contrataciones y adquisiciones deben tramitarse con rapidez y agilidad, lo que lleva aparejado que las adquisiciones de equipamientos o contrataciones



de servicios que tengan como destino un actividad de I+D+i tengan que tramitarse con la mayor agilidad posible.

Por este motivo, el legislador decidió aumentar el límite de los contratos menores a 50.000 euros cuando fuesen tramitados con una finalidad distinta a las actividades generales de la entidad gestora. Este trabajo ha analizado la disposición adicional anteriormente mencionada y las modificaciones que la misma ha sufrido, además de su aplicabilidad práctica por parte de las unidades tramitadoras de fondos públicos en el ámbito del I+D+i, junto con su impacto sobre la transparencia, uno de los principios rectores de la Ley de Contratos del Sector Público 2017.

Debe hacerse mención, a la escasa bibliografía y jurisprudencia referente a la contratación pública en el ámbito de la investigación. Son mínimas las publicaciones y comentarios sobre la materia, un ejemplo de ello es que únicamente la Junta Consultiva de contratación se haya pronunciado en cuatro ocasiones sobre esta materia. Entendiéndose como motivo la gran especialidad del tema.

II. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: INTRODUCCIÓN, NOVEDADES Y ESPECIAL MENCIÓN A LOS CONTRATOS MENORES

El 9 de marzo de 2018 entró en vigor en España la Ley de Contratos del Sector Público¹ (en adelante, LCSP

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo



2017), que transpuso al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. La LCSP 2017 estableció como principios rectores de la contratación pública la integridad, igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia. La LCSP 2017 tiene como objetivo esencial la regulación de la contratación en el Sector Público, es decir, regular cualquier tipo de contratación realizada en el Sector Público y velar porque la misma se realice conforme a los principios anteriormente mencionados.

La LCSP 2017 introdujo grandes novedades, entre las más importantes destacan las siguientes:

- Incluyó en su ámbito de aplicación a las fundaciones y asociaciones y cualquier otro tipo de entidad que pudiese ser considerada como poder adjudicador, además de los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales.
- Se excluyen los contratos de campañas políticas.
- Se delimitan de forma más precisa los tipos contractuales: se suprime el contrato de gestión de servicios públicos en sus cuatro modalidades, configurándose un nuevo tipo contractual denominado "*concesión de servicios*", se suprime también el contrato de colaboración entre el sector privado y público.
- Se configura un nuevo modelo contractual denominado "*encargo a medios propios*".

2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Boletín Oficial del Estado, núm. 272 de 9 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://cutt.ly/cnktYJN> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



- Se reclasifican los medios de impugnación en el marco de la contratación pública, abriendo en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación pública, incluyéndose a las organizaciones sindicales como legítimas.
- Se capacita a los Ayuntamientos² para que creen un órgano especializado con competencias para la resolución de recursos especiales en contratación pública.
- Se introducen novedades en lo referente a las "prohibiciones de contratar" incluyéndose una nueva prohibición para a aquellas empresas con plantilla superior a los 250 trabajadores que no dispongan de un plan de igualdad³.
- Se regulan las consultas preliminares del mercado⁴, creándose así la posibilidad de que los órganos de contratación antes de la licitación puedan hacer estudios de mercado para conocer el valor estimado del contrato o los requisitos técnicos del mismo.
- Se establece como criterio de adjudicación del contrato la "*mejor relación calidad-precio*" en sustitución del anterior concepto "*oferta económicamente más ventajosa*".
- Se configuran nuevos procesos de adjudicación: procedimiento abierto

² Según las características establecidas en el artículo 121 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y las Diputaciones Provinciales.

³ Las empresas con más de 250 personas trabajadoras deberán contar con un plan de igualdad según lo dispuesto en el Artículo 45 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de hombres y mujeres.

⁴ Artículo 115 LCSP 2017.



simplificado⁵, procedimiento de asociación para la innovación⁶ y procedimiento negociado⁷.

- Se modifican los límites establecidos para los contratos menores, pasando a establecerse como límite de los 15.000 euros para contratos de suministros o servicios y 40.000 euros para contratos de obras.
- Se establece como requisito que los órganos de contratación establezcan como mínimo una condición especial social, laboral o medioambiental en los pliegos.

La LCSP 2017 establece un ámbito subjetivo de aplicación con tres categorías diferenciadas, haciendo una distinción entre Administraciones Públicas⁸, entes del sector público con consideración de poder adjudicar y entes del sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador. La ley hace una distinción clara entre Administración Pública y entes que poseen o no la consideración de poder adjudicar, delimitándose sus capacidades y sus correspondientes obligaciones en el ámbito de la contratación pública.

Para poder distinguir entre poderes adjudicadores y no adjudicadores, la ley ha dispuesto el cumplimiento de

⁵ Artículo 159 LCSP 2017.

⁶ Artículo 177 LCSP 2017.

⁷ Artículo 167 LCSP 2017.

⁸Tienen consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración Pública (Artículo 2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).



tres requisitos⁹ para adquirir la condición de poder adjudicador:

1. Tener personalidad jurídica.
2. No tener carácter mercantil o industrial y satisfacer necesidades de interés general.
3. La Administración Pública debe tener una influencia fuerte o "dominante" en el ente.

La LCSP 2017 define y regula diferentes tipos de contratos, clasificados según su objeto y régimen jurídico. Si se atiende al objeto del contrato se debe distinguir entre: i) Contratos Típicos (obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios y suministro); ii) Contratos Mixtos (combina en su objeto diferentes prestaciones de los contratos típicos); iii) Contratos Administrativos especiales (tiene como finalidad el interés general). Por el contrario, si se atiende al régimen jurídico de dichos contratos se debe distinguir entre contratos sujetos a regulación armonizada¹⁰ y contratos de derecho administrativo o privado¹¹.

⁹ Artículo 3.3 apartado b) LCSP 2017

¹⁰ Se entienden comprendidos dentro del concepto de contratos sujetos a regulación armonizada, comúnmente denominados SARA aquellos contratos que alcanza un determinado valor estimado que con carácter general está establecido en un valor estimado de 5.350.000 euros para contratos de obras, concesión de obras y concesión de servicios, y en 139.000 euros para contratos de suministros y servicios.

¹¹ Los contratos con ámbito jurídico administrativo se registrarán en lo que respecta a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción por la LCSP 2017; Por el contrario, los contratos privados se registrarán únicamente por la LCSP 2017 en las fases de preparación y adjudicación.



Habiéndose distinguido ya de forma breve sobre los tipos de contratos, cabe hacer mención para contextualizar este estudio a los procedimientos de adjudicación previstos por la ley, que hace una distinción determinante entre los denominados contratos menores, contratos que por su cuantía no son licitados a través de los procedimientos habituales, y los denominados “*Contratos Mayores*” que se tramitan a través de procedimientos ordinarios o no ordinarios, por tener un valor estimado superior a 15.000 euros en el caso de los contrato de suministros o servicios y 40.000 euros para los contratos de obras.

Los contratos menores se encuentran regulados en el artículo 118 de la LCSP 2017, dicho articulando recoge como requisitos esenciales de los mismos aparte de su cuantía, su duración, que en ningún caso superior a un año y la obligatoriedad de justificar la necesidad de su finalidad.

Para que un órgano de contratación pueda tramitar un contrato menor deberá justificar la necesidad del objeto del contrato, siendo este requisito indispensable para la tramitación. Son numerosos los casos en los en lo que se abusa del denominado contrato menor por la agilidad del procedimiento en contraposición de los procedimientos denominados “contratos mayores” que deben cumplir las normas de publicidad establecidas, siendo tendente la aparición de fraccionamientos en el objeto del contrato con la finalidad de rebajar el valor estimado del mismo pudiendo acudir al procedimiento descrito en este apartado.

En un primer momento, la regulación del artículo 118 establecía como requisito que el contratista que hubiese resultado adjudicatario no hubiese suscrito más contratos menores que de forma individual o conjunta



rebasasen el límite establecido¹², si bien el 6 de febrero de 2020 dicha regulación fue suprimida. A dicha modificación, se le sumó el nuevo requisito de que los órganos de contratación justificasen de manera motiva la necesidad del contrato, su idoneidad y no fraccionamiento del objeto del contrato.

A estos cambios se le sumó la modificación entorno a la cual gira el presente trabajo, contenida en la Ley 6/2018, de 2 de julio, de Presupuestos Generales del Estado¹³, y que regulaba los contratos celebrados por agentes públicos del Sistema Española de Ciencia, Tecnología e Innovación.

III. DISPOSICIÓN ADICIONAL 54º DE LA LCSP 2017

La Ley de Presupuestos Generales del año 2018 reguló los denominados “contratos menores en el ámbito de la ciencia”, concretamente se produce un incremento del límite establecido con carácter general para los contratos menores de suministros y servicios, ascendiendo hasta los 50.000 euros en contraposición de los 15.000 euros que establece el artículo 118 LCSP 2017. Entendiéndose

¹² Se establece que dicho límite será el dispuesto en el primer apartado del artículo 118 LCSP 2017: 40.000 euros en el caso de los contratos de obras y 15.000 en los contratos de suministros y servicios.

¹³ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Boletín Oficial del Estado, núm. 161, pág. 66621 a 67354. Disponible en: <https://cutt.ly/QnkaEcg> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



que dicho límite se configura con la finalidad de dotar de agilidad la tramitación de proyectos de investigación:

"Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los Organismos Públicos de Investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud."

En palabras de Gimeno Feliú *"la finalidad de esta reforma es evitar que una burocracia excesiva en este ámbito tan singular no dificulte o impida la gestión y desarrollo de la investigación y la innovación en España, caracterizada por una gestión muy atomizada de los proyectos y*



*directamente vinculadas en muchas ocasiones, al investigador principal*¹⁴.

Esta nueva disposición recogía de manera explícita a las “Fundaciones¹⁵”, es habitual que en el ámbito de la investigación la gestión económica y administrativa de proyectos de investigación o innovación se realice a través de Fundaciones, así por ejemplo en el ámbito de la Región de Castilla-La Mancha la Fundación del Hospital Nacional de Paraplégicos para la Investigación y la Integración gestiona proyectos de investigación dentro de la comunidad. Estas fundaciones tienen la consideración de poder adjudicador en la mayoría de los casos al tener personalidad jurídica propia, una influencia “dominante” de la Administración y fines de interés general y carácter no mercantil, lo que implica que esta disposición no sea solo de aplicación para las Administraciones Públicas, sino que lo sea para los Poderes Adjudicadores también.

La Disposición final segunda del Real Decreto-ley 3/2019 volvió a modificar la Disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP 2017, disponiendo:

¹⁴ Gimeno Feliú, J.M. (2018). Primeras modificaciones parciales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. *Observatorio de Contratación Pública*. Disponible en: <https://cutt.ly/9nkxY0Q> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

¹⁵ La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, define en su artículo 2 el concepto de fundaciones como “organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”. Disponible en: <https://cutt.ly/GnkDAkV> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



“Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su



objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.”

Se introduce de este modo la obligación de emisión de un informe por parte del órgano de contratación que justifique de manera motivada en primer lugar la necesidad de realizar o llevar a cabo el contrato, y en segundo lugar el no fraccionamiento del objeto del contrato.

Es importante hacer una especial mención al concepto “*servicios generales*” al cual se hace alusión en el primer párrafo de la disposición. El Informe 25/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que recoge una definición para este concepto, disponiendo que se entenderá como tal “*aquellos gastos que se encuentren vinculados directamente a la realización de la concreta actividad investigadora excluidos los de índole organizativa, estructural o financiera, que habrían de afrontarse igualmente aunque la actividad investigadora no tuviese lugar*”¹⁶, entendiéndose de este modo que las contrataciones de suministros o servicios que se realicen

¹⁶ Informe 25/2018, de 15 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Departamento de Hacienda y Administraciones Públicas. Disponible en: <https://cutt.ly/4nkGLmu> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

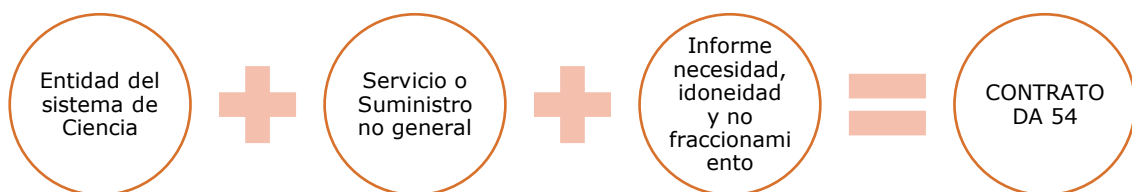


al amparo de esta disposición tendrán que estar directamente relacionadas con la ejecución de un proyecto de investigación o innovación, tal y como explico al Junta Consultiva en el expediente 25/19 “se considerará servicios generales aquellos que no estén relacionados directa y exclusivamente con un proyecto de investigación o a una actividad de investigación, científica o técnica”¹⁷.

Por lo que, en resumen, para que este precepto sea de aplicación será necesario:

- Ser uno de los organismos o entidades enumeradas en el primer apartado de la Disposición;
- Que el objeto del contrato sea un suministro o servicio;
- Informe emitido por el órgano de contratación donde se recoja la necesidad, idoneidad y no fraccionamiento del objeto del contrato;
- Que la finalidad del contrato no sean servicios generales de la entidad u organismo

¹⁷ Expediente 25/19. Materia: DA 54ª de la LCSP. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Ministerio de Hacienda. Disponible en: <https://cutt.ly/jnYT4Mp> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



IV. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 54º LCSP 2017

La finalidad de esta disposición es dotar de agilidad la contratación pública en el ámbito investigador, dada la gran complejidad que tiene tramitar contrataciones de suministros y servicios en el marco de los proyectos de investigación. Para entender de manera adecuada el porqué de la existencia de esta disposición se debe atender primeramente y de forma breve a los procedimientos de contratación en el marco de un proyecto de investigación: La contratación de un servicio o un suministro en el marco de la contratación pública comienza con una primera fase precontractual, donde la unidad gestora del proyecto junto con la persona investigadora comienza a elaborar los documentos del expediente de contratación.



En este punto es esencial la figura de la persona responsable del proyecto o investigador/a principal, que deberá elaborar un informe que recoja la necesidad de la compra y la idoneidad de esta en el marco del proyecto, vinculándose la necesidad científica y la necesidad de la compra por igual manera; Además, la persona investigadora colaborará como técnico durante el procedimiento elaborando los pliegos de prescripciones técnicas y deberá participar en todas las fases de evaluación de los documentos técnicos requeridos a los licitadores. Esto no es tarea fácil, puesto que las personas investigadoras no tienen conocimientos especializados en contratación pública y deberán dedicar tiempo a estas gestiones, Maniatis expone que *“la licitación debe iniciarse desde el principio, lo que significa duplicar el tiempo que se destinará, particularmente en detrimento de la misión investigadora de los tecnócratas involucrados”*¹⁸. Por todo lo anteriormente expuesto, el legislador configuro la DA 54^a, con el fin de dotar al ámbito de la investigación de un mecanismo eficaz y rápido para la tramitación de compras y servicios, evitando de este modo que procedimientos complejos pudiesen frenar la ejecución de un proyecto.

La aplicación de esta disposición para las entidades de investigación ha sido y es muy compleja, en el año 2018 la Universidad de Gerona planteó a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado consulta¹⁹ sobre cómo

¹⁸ Maniatis, A., (2021). La contratación pública en el espacio europeo de investigación. *Gabilex, Revista del gabinete jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, N.º 25. Disponible en: <https://cutt.ly/CnFsGsi> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

¹⁹ Expediente 82/18. Dudas sobre los contratos de I+D+I. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Ministerio de Hacienda. Disponible en: <https://cutt.ly/KnWji11> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



aplicar el límite establecido en la Disposición Adicional 54ª, concretamente el Rector de la Universidad anteriormente mencionada planteaba: *"El límite que marca la LCSP para los contratos menores, en el caso de los contratos de I+D+I, ¿se tiene que interpretar que es de aplicación anual o por el contrario el límite es para toda la duración del proyecto (normalmente tres años)?"* a esta cuestión la Junta Consultiva respondió *"El artículo 29.8 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público indica que los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. La taxativa dicción del precepto legal deja claro que un contrato menor no puede tener una duración superior a un año, cualesquiera que sean las prestaciones que constituyan su objeto. Por tanto, no cabe entender que se pueda fraccionar el contrato con el fin de dividirlo artificialmente y respetar aparentemente la duración del contrato menor. Si el proyecto comprende prestaciones propias del contrato y su duración excede de un año, lo que ocurrirá es que no estaremos en presencia de un contrato menor y, por tanto, la elección del contratista no se podrá realizar a través del sistema establecido en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Esta conclusión no queda afectada por el contenido de la DA 54ª de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, porque en la misma se dice que los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación tendrán "la consideración de contratos menores" y, en consecuencia, deberán regirse por las normas establecidas para los mismos con carácter general, incluida la duración máxima, que no se ha exceptuado*



en la DA 54ª”, en aras de esta respuesta cabe plantearse. ¿Cómo deben aplicar las unidades tramitadoras la mencionada disposición? Se extrae de la respuesta de la Junta Consultiva que en el caso de aplicación de la Disposición Adicional no aplicará el límite de la duración de un año establecido por la ley en el artículo 118, algo que resulta del todo correcto, puesto que los proyectos de investigación o de innovación los cuales son la “raíz” de esta disposición adicional tiene una duración media de entorno a cuatro años, por lo que no tendría sentido aplicar dicho límite temporal²⁰.

Un ejemplo práctico sería la adquisición de un equipamiento para la ejecución de un proyecto de investigación, concretamente, la compra de un ecocardiograma para la realización de pruebas a sujetos de un proyecto de investigación, siendo este equipo completamente indispensable para la ejecución del proyecto y teniendo un valor estimado superior a los 15.000 euros e inferior a los 50.000.

Quedaría entonces claro, que los agentes de I+D+i o gestores del proyecto podrían tramitar este contrato dentro del proyecto de investigación aplicando la disposición adicional quincuagésimo cuarta, justificando dicha adquisición a través de un informe emitido por el órgano de contratación, donde se detalle la necesidad e idoneidad del contrato, el no fraccionamiento del objeto del mismo, y la justificación de que dicho equipamiento no se destina al uso de servicios generales sino que está estrictamente relacionado con el desarrollo de un proyecto de investigación o innovación.

²⁰ Dicho límite temporal fue modificado posteriormente con carácter general.



Esta última cuestión es crucial a la hora de la aplicabilidad de este precepto, en el año 2019 la Directora del Instituto de Salud de Carlos III de Madrid, uno de los máximos organismo subvencionadores de proyectos de investigación junto con el Ministerio de Innovación y Ciencia planteó dudas acerca de la consideración de "servicios generales" a la Junta Consultiva de Contratación del Estado, solicitando pronunciamiento sobre qué criterios debían utilizarse para clasificar unos servicios como generales y/o definición de dicho concepto. A este asunto la Junta consultiva respondió *"concepto de servicios generales hace referencia a aquellas actividades que requieren para su realización de la celebración de un contrato de servicios, que no son propias y exclusivas de la naturaleza del órgano como agente del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, y que, por el contrario, también son propias de cualquier otra entidad pública, porque son comunes y necesarias para la gestión de cualquiera de ellas y también las que estando relacionadas de modo genérico con la actividad investigadora, no están directa y exclusivamente vinculadas a un proyecto de investigación"*²¹, excluyéndose de esta excepción aquellos suministro que tuviesen una finalidad distinta a la de un proyecto de investigación como puede ser el caso de un ordenador o portátil.

Ahora bien, ¿Y si la adquisición de dicho portátil se va a realizar dentro del marco del proyecto? ¿Y si dicho portátil va a utilizarse para la instalación de un programa

²¹ La consulta realizada por la Directora del Instituto de Salud Carlos III de Madrid abarca otros aspectos esenciales como es la adquisición de infraestructuras en el ámbito de la investigación.



necesario para la ejecución del proyecto? ¿Se considera servicios generales o específicos? Se entienden estas como cuestiones a las que las unidades tramitadoras se enfrentan cuando deben gestionar un procedimiento para la adquisición de determinados suministros o servicios bajo el amparo de la DA 54. La Junta Consultiva, estableció en un informe que *"la adquisición de otro tipo de bienes o instrumentos, incluso aunque genéricamente fueran susceptibles de ser empleados para realizar trabajos científicos o técnicos (cabe pensar, por ejemplo, en una computadora) no estará amparada por la citada excepción si su función es atender las necesidades de gestión del organismo público que no le son propias y exclusivas, sino que son normales en cualquier entidad del sector público"* según esta consideración de la Junta Consultiva no cabría aplicar en este caso dicha disposición, entendiendo que un ordenador abarca gestiones o actividades de interés general, aunque el mismo vaya a ser usado durante la realización de un proyecto, teniendo que tramitarse el procedimiento de adquisición fuera de la aplicabilidad de la DA.

Esta aplicación parece lógica, pero ¿Qué sucede si se extrapola esta lógica a la práctica en adquisición de pequeño equipamiento para laboratorios? En el marco del desarrollo de un proyecto de investigación, es múltiple el pequeño equipamiento especializado que se tiene que adquirir para el desarrollo concreto de un proyecto, pero ¿Qué sucede cuando termina ese proyecto? Es claro que un ordenador puede utilizarse para más servicios generales, si bien se entiende que sucede lo mismo en el caso de otros equipamiento, un ejemplo práctico sería la compra por parte de una unidad tramitadora de un microscopio para el análisis de muestras en el marco de un proyecto, se entiende que este microscopio tiene más usos generales, pero que el



principal será en ese momento el uso dentro del propio proyecto ¿Deja entonces de aplicarse esta disposición por entenderse que ese microscopio tendrá más usos que el propio proyecto? Entiende la Junta Consultiva que los servicios generales son "*actividades que no son propias y exclusivas de la naturaleza del órgano al ser comunes a cualquier entidad pública*"²², por lo que si el órgano de contratación entiende que la adquisición de ese equipo está relacionada con una actividad propia y exclusiva de la investigación podrán aplicar la disposición adicional. La propia Junta Consultiva reconoce en sus informes que la casuística en esta materia es muy variada y que será el órgano de contratación el que debe extraer y dictaminar a través de los criterios generales "interpretados" por la Junta, si aplica el concepto de servicios generales en determinadas compras o no.

Son mínimas las interpretaciones que ha realizado la Junta Consultiva sobre esta materia, concretamente únicamente son cuatro los informes en los que la Junta Consultiva se ha pronunciado sobre cuestiones planteadas por Universidades y Entidades de I+D+i, por lo que las unidades tramitadoras/gestoras y los responsables de proyecto deberán velar en todo momento por la buena aplicabilidad de la excepción prevista en la disposición adicional, evitando en todo momento que sirva como puente para un mayor fraccionamiento del objeto del contrato. Si bien, no debe olvidarse el papel fundamental que juega en este tipo de adquisiciones el responsable del proyecto, puesto que finalmente es quién juega el papel de técnico y

²² Expediente 25/19. Materia: DA 54ª de la LCSP. Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Ministerio de Hacienda. Disponible en: <https://cutt.ly/jnYT4Mp> (Fecha última consulta: 13/06/2021)



manifiesta la necesidad de la compra y la idoneidad de esta en el marco de un proyecto.

Se deben tener en cuenta dos aspectos claves en la tramitación de compras en el ámbito de la investigación, y es que por un lado se cuenta con la presencia de una unidad tramitadora que cuenta con las competencias económicas y administrativas para poder tramitar las adquisiciones; y por otro, está la presencia del responsable de proyecto, que actúa como técnico y determina la necesidad e idoneidad de la compra, puesto que posee los conocimientos científico-técnicos que determinan si la compra es o no necesaria. Es conveniente que ambas figuras coexistan y velen a partes iguales por una correcta aplicación de la normativa en materia de contratación y en todo caso por un correcto uso de la DA 54ª.

V. LA TRASPARENCIA Y LA DISPOSICIÓN ADICIONAL: EL ABUSO DEL CONTRATO MENOR

La LCSP recoge en su articulado primero los principios de la contratación pública, entre los que se encuentra el principio de transparencia, que establece dos objetivos primordiales:

- Por un lado, la publicidad de las licitaciones para conseguir la mayor concurrencia competitiva posible dentro de un procedimiento de contratación y dar así acceso a las pequeñas y medianas empresas;
- Por otro, una publicidad total por parte del sector público hacia la sociedad de todas las contrataciones financiadas con dinero público.

Son las unidades tramitadoras las encargadas de ejecutar este principio de transparencia, estando



obligadas a dar publicidad a todos los procedimientos según lo dispuesto en la ley, concretamente el objetivo de la ley es *“conectar de forma eficiente la utilización de los fondos públicos con la exigencia de una necesidad de contratar”*²³ a la que se le acompaña de la publicidad y transparencia en el procedimiento.

El artículo 63 de la LCSP en su apartado cuarto, se recoge la forma de publicidad de los contratos menores, estableciendo que *“La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores”* por lo que los órganos de contratación deberán publicar con carácter al menos trimestral aquellos contratos menores que hubiesen sido tramitados, con el objetivo de evitar que se modifique el objeto del contrato y se altere²⁴.

²³ Arenas Alegría, C. C., (2019). Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017. *Revista General de Derecho Administrativo Iuste*, Nº 50. Disponible en: <https://cutt.ly/lnDMMbk> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

²⁴ El Informe 6/2018 de la Comisión Consulta de Contratación de la Comunidad de Andalucía recogía que como objetivo esencial de la Ley la alteración del contrato con el “objetivo de



A este precepto debe sumarse la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que recoge la denominada publicidad activa, reforzada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que ha establecido que deben ser objeto de publicación los contratos menores²⁵ tramitados por las entidades del sector público.

Ahora bien, ¿qué publicidad debe darse a aquellos contratos que son tramitados bajo el amparo de la DA 54ª? La ley establece que los mismos serán tramitados como contratos menores, por lo que deberán seguir las normas de publicidad anteriormente mencionadas. No obstante, ¿Ha supuesto esta excepción un puente para evitar los procesos de licitación más complejos? ¿Aumenta el fraccionamiento? El fraccionamiento²⁶ de los contratos tiene como objetivo el rebajar su cuantía (valor estimado) para que los mismos puedan ser tramitados a través de un contrato menor esquivando así las normas de publicidad de los procedimientos de licitación, Javier Vázquez establece en artículo sobre el *Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato* que “*la figura menor del contrato está relacionada con el fraccionamiento irregular del objeto del contrato para eludir las normas sobre publicidad y procedimientos*

eludir los principios básicos de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, libertad de acceso a la contratación pública y eficiencia en la utilización de los fondos públicos”.

²⁵ Véase la Resolución 301/2016 y la Resolución 394/2018 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

²⁶ El artículo 99 LCSP en su apartado segundo establece la prohibición de fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir de este modo los requisitos de publicidad.



*de adjudicación*²⁷ algo reflejado también en los múltiples informes del Tribunal de Cuentas que han recalcado el uso abusivo de la contratación menor, el IAS ha detectado que los contratos menores y su fraccionamiento suponen más del 62 por 100 de las irregularidades detectadas²⁸.

Son numerosos los casos en los que las unidades de gestión recurren al contrato menor para dar respuesta a varios objetos que tienen como finalidad cubrir una misma necesidad en vez de acudir a los procesos de licitación y la división en lotes²⁹. Como indica José Manuel Martínez Fernández la agilidad procedimental se ha extendido como una forma de contratar que elude de plano todos los principios comunitarios de la contratación pública³⁰, en el caso que nos ocupa la agilidad y la

²⁷ Vázquez Garranzo, J. (2018). Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato. *Revista Española de Control Externo*. Vol. XX, Nº 60, pp. 137-187. Disponible en: <https://cutt.ly/MnD9JRY> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

²⁸ Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. (2020). Informe anual de supervisión de la contratación pública en España. Disponible en: <https://cutt.ly/onFwSDy> (Fecha última consulta: 13/06/2021)

²⁹ El artículo 99 de la LCSP en su apartado tercero recoge como regla general la división en lotes, es decir, siempre que el objeto del contrato o su naturaleza lo permitan deberá acudirse a la división en lotes. No obstante, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato siempre que existan motivos lo suficientemente válidos y se hayan justificado de forma correcta en el expediente de contratación.

³⁰ Martínez Fernández, J. M., (2018). Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente. El consultor de los ayuntamientos, Nº IV, Sección Tribunal.



especial casuística de la materia, es lo que ha llevado al legislador a crear dicha disposición. Nos encontramos entonces con una contraposición clara, por un lado, dar prioridad y agilidad a las contrataciones en el ámbito de la I+D+i y por otro, abrir las puertas a un mayor fraccionamiento de los contratos, una contraposición que queda en mano de la buena voluntad de los investigadores y de las unidades tramitadoras.

Y es que, como señala lo anteriormente expuesto, recae sobre el órgano de contratación y/o unidades tramitadoras y los responsables de los proyectos de investigación la obligación de evitar que se produzca el fraccionamiento del objeto del contrato. Deberán ser las unidades tramitadoras en el ámbito de la I+D+i las que revisen y controlen que no se produzca una división fraudulenta del objeto del contrato con el fin de rebajar la cuantía del objeto del contrato y poder aplicar así la DA 54ª y no faltar así a los principios de transparencia, eficiencia e integridad de los contratos.

Por ello, será fundamental que las unidades tramitadoras cumplan con todas las especificaciones del proceso: i) Que el objeto del contrato sea un suministro o servicio; ii) Informe del órgano de contratación donde se recoja la necesidad, idoneidad y no fraccionamiento del objeto del contrato; iii) Que la finalidad del contrato no sean servicios generales de la entidad u organismo.

VI. CONCLUSIONES

La DA 54ª se introduce como una novedad dentro el ámbito jurídico de la LCSP, que desde el punto de vista jurisprudencial y administrativo tiene como finalidad agilizar la contratación pública en el ámbito de la investigación, dada la especial casuística que tiene esta



materia. Los proyectos de investigación tienen una duración media de cuatro años, debiendo gestionarse con agilidad y rapidez, por ello dentro de la gestión de dichos proyectos deben tramitarse de forma rápida y ágil todos los procedimientos de compras y adquisiciones.

Esta disposición ha permitido aumentar el límite de los contratos menores en el ámbito de la investigación hasta los 50.000 con el objetivo de dotar de agilidad los procedimientos de contratación, si bien, quizás también se podría entender como una nueva puerta a un mayor fraccionamiento de los contratos. No es novedad, la recurrencia del uso del fraccionamiento de los objetos de los contratos para evitar las normas de publicidad y los procesos de licitación más complejos.

Deben ser las unidades tramitadoras las responsables de hacer un uso correcto de la excepción recogida en la DA 54ª, las unidades gestoras son las responsables últimas de que no se produzca un fraccionamiento del objeto del contrato con el apoyo del responsable del proyecto, que asume la figura del técnico que manifiesta la necesidad de la contratación. A nivel general esta disposición supone un alivio para las unidades tramitadoras y para los propios responsables de proyectos de investigación, que se ven desbordados por el amplio procedimiento que bordea la contratación de suministros y servicios, que deben gestionarse con gran celeridad dentro de un proyecto de investigación. Si bien, esta disposición generó amplias dudas a las unidades tramitadoras y gestoras de proyectos, teniendo que acudir de forma reiterada a las Juntas Consultivas de contratación.

Dada la complejidad del ámbito de la investigación, se hace necesario que la Unión Europea valore la creación



de mayores procedimientos específicos en el ámbito de la investigación y la innovación, puesto que como refleja el Horizonte Europa la contratación y la investigación son pilares fundamentales que deben potenciarse, se debe trabajar en crear procedimientos específicos como los que se establecen para las Universidades, que permitan a las unidades tramitadoras una mayor agilidad en las compras.

Por último, es necesario seguir trabajando en la transparencia en el marco de la contratación pública, se debe concienciar no solo a las unidades tramitadoras sino también a los responsables de los proyectos de la importancia de los fondos públicos y de una buena gestión de los mismos. No debe recaer únicamente sobre las unidades tramitadoras de proyectos la responsabilidad de una buena gestión sino, que se debe involucrar a los responsables de proyectos en una gestión correcta y adecuada de los fondos públicos.



VII. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS ALEGRÍA, C. C., (2019). Contratos menores. Limitaciones impuestas en la Ley de contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017. *Revista General de Derecho Administrativo Iuste*, Nº 50.

BATET JIMÉNEZ, P., (2016). La división del objeto del contrato en lotes. *Gabilex, Revista del gabinete jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, N.º 6.

COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2018). Informe 6/2018, de 12 de julio de 2018 sobre diversas cuestiones de interpretación de los expedientes de contratación en contratos menores de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2018). Primeras modificaciones parciales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. *Observatorio de Contratación Pública*.

JUNTA CONSULTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO. Ministerio de Hacienda. Expediente 82/18. Dudas sobre los contratos de I+D+I.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Departamento de Hacienda y Administraciones Públicas. Informe 25/2018, de 15 de noviembre.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO. Ministerio de Hacienda. Expediente 25/19. Materia: DA 54ª de la LCSP.



MANIATIS, A., (2021). La contratación pública en el espacio europeo de investigación. *Gabilex, Revista del gabinete jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, N.º 25.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., (2018). Los riesgos de los contratos menores para una contratación socialmente eficiente. *El consultor de los ayuntamientos*. N.º IV, Sección Tribunal.

OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN. (2020). Informe anual de supervisión de la contratación pública en España.

PINTOS SANTIAGO, J. (2019) *Todo sobre el contrato menor*. 1º Edición. Wolters Kluwer.

PINTOS SANTIAGO, J. (2020) *Todo sobre el contrato menor*. 2º Edición. Wolters Kluwer.

SOLER MIFSUD, E., (2017). El fraccionamiento del objeto de los contratos en la Administración Local: nociones generales de la división en lotes. El fraccionamiento indebido del objeto del contrato». *Auditoría Pública n.º 70*. pp. 109-114.

VÁZQUEZ GARRANZO, J. (2018). Fraccionamiento regular e irregular del objeto del contrato. *Revista Española de Control Externo*. Vol. XX, N.º 60, pp. 137-187.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J., (2018). El fraccionamiento del contrato. Ausencia de regulación en la LCSP y necesidad de definición. *El Consultor. Contratación Administrativa Práctica*. Boletín 26 de julio de 2018.



EL DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

D. Ángel Corredor Agulló

Contratado predoctoral del Departamento de Filosofía
del Derecho y Política de la Universidad de Valencia
(España)*

Resumen: En este trabajo se aborda la situación vigente en España de la maternidad subrogada desde una perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal. Esta situación evidencia el desbordamiento del legislador español y la ineficacia de normativa española, ya que esta no impide que se reconozcan efectos legales en España a los contratos de maternidad subrogada llevados a cabo en el extranjero. Para evitar el fenómeno internacional del turismo reproductivo, sería recomendable que los Estados que permiten la maternidad subrogada introdujeran en sus ordenamientos que uno de los dos comitentes fuera nacional de ese Estado.

Abstract: This paper addresses the current situation in Spain of surrogate motherhood from a jurisprudential, legal and doctrinal perspective. This situation

* Recibe financiación (ACIF) de la Generalitat Valenciana y de la Unión Europea (FSE).



demonstrates the overflow of the Spanish legislator and the ineffectiveness of Spanish regulations, since this does not prevent the recognition of legal effects in Spain for surrogate motherhood contracts carried out abroad. In order to avoiding the international phenomenon of reproductive tourism, it would be recommendable that the States that allow surrogate motherhood introduce in their legal systems that one of the two principals be a national of that State.

Palabras clave: Maternidad subrogada; gestación subrogada; gestación por sustitución.

Keywords: Surrogate motherhood; surrogacy; surrogate pregnancy.

Sumario:

1. LA INEXPLICABLE SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL. 1.1 LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006. 1.2. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN). 1.2.1. LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DGRN. 1.2.2. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN. 1.2.3. ÚLTIMAS INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN): DE LA INSTRUCCIÓN DEL 14 A DEL 18 DE FEBRERO DE 2019. 1.3. LA JURISPRUDENCIA DESARROLLADA A DIFERENTES NIVELES. 1.3.1. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1.3.2. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CON POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. 1.4. DICTAMEN CONSULTIVO DEL TEDH. 2. SITUACIÓN DE



DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: EL TURISMO REPRODUCTIVO. 3. CONCLUSIONES. 4.FUENTES DE INFORMACIÓN. 4.1 BIBLIOGRAFÍA 4.2 NORMATIVA. 4.3 INFORMES, OPINIONES E INSTRUCCIONES. 4.4 DECISIONES JUDICIALES 4.5 PRENSA. 5. ABREVIATURAS EMPLEADAS

1. LA INEXPLICABLE SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL¹

En el presente trabajo, pretendemos dar una aproximación, de forma somera, al vigente estado de la cuestión de la gestación por sustitución en el OJ español. Para ello, en primer lugar, abordaremos el anclaje legal en España. Posteriormente, pasaremos a tratar las resoluciones de la DGRN para terminar viendo la principal sentencia del TS en España y la jurisprudencia emanada del TEDH, así como su primer dictamen consultivo. Por último, ya en el segundo apartado, analizaremos la consecuencia lógica de todo este entramado regulatorio: la proliferación del turismo reproductivo hacía otros países en los que es legal esta práctica.

1.1 LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006

La primera referencia normativa se encuentra en el año

¹ Corredor Agulló, Á., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 213-234.

Para una mejor comprensión del presente artículo, se recomienda una lectura del citado capítulo.



1988 con la Ley de Reproducción Asistida. El parlamento se ha llegado a pronunciar en hasta tres ocasiones, al elaborar el cuerpo legislativo y dos reformas, de los años 2003 y 2006, pero en ningún caso ha reformado lo que respecta a la maternidad subrogada. Lo que muestra el consenso parlamentario respecto a esta cuestión, roto con la propuesta parlamentaria sobre la regulación de la maternidad subrogada altruista del grupo parlamentario de CS.

Ahora bien, lo anterior habría que matizarlo, dado que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de acuerdo con el acta que se va a firmar por todos sus componentes, no modificó el artículo 10, en el año 2003, debiendo mantenerse, pero no por el hecho de que fuera ilícita (contraria a los principios de la bioética), sino porque planteaba problemas de orden práctico que se deseaban evitar.

La maternidad subrogada, en España, se encuentra regulada en el art. 10 de la LO de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (a partir de ahora se empleará la abreviatura LTRHA), de 26 de mayo del año 2006, en el que se establece lo siguiente:

- “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.²”

En el primer apartado, se puede ver un primer concepto o una aproximación normativa de qué se entiende por

² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n. 126, de 27/05/2006)



contrato de maternidad subrogada: aquel en el que "se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero". Aunque también existen otras definiciones jurisprudenciales: Sentencia n.º 826, de la Sección 10.ª, de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, estableciendo que la gestación por sustitución "consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos"³.

Pasamos ahora a analizar, brevemente, ante qué clase de contrato estamos. De este modo, el tipo de contrato ante el que nos enfrentamos podría ser de servicios o de arrendamiento,⁴ o de venta de un bebé porque la contraprestación de la relación contractual no se

³ SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

⁴ Díaz Romero, M.R., "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, n. 7527, 2010

(disponible en:

[https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEWOQWvDMAyFf018MQynzVp28GFZNIUMbow2FGx1URbame23DX_fm4zm0AhIX08veEYW7xzHoHssfIYKhISh3WTK4yJgiE6f_JTrpUuaClz5YdHAKdOzlZwoXBK0I40WcnXfzUbc hoWDool5XxdaorDJrJcBwgrHxRpeXmU7YQpochTEN9ayVYM8w7jHq7VbEwf8wIl6YPKuhrA4k7W6aVWusrrb3G7ECUPMgH6nPqdCMVA_7LJ44fvg0_REI2NogEF_PN7vi1Ulr7VSpRIRIZjhFXrUz44MRuI01mM7itnfbseF6sFrBNzftexW27CjLlnb3yAEZ39C_oLEtuzwWYBAAA=WKE;_ultima_consulta:05/06/2021\).](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEWOQWvDMAyFf018MQynzVp28GFZNIUMbow2FGx1URbame23DX_fm4zm0AhIX08veEYW7xzHoHssfIYKhISh3WTK4yJgiE6f_JTrpUuaClz5YdHAKdOzlZwoXBK0I40WcnXfzUbc hoWDool5XxdaorDJrJcBwgrHxRpeXmU7YQpochTEN9ayVYM8w7jHq7VbEwf8wIl6YPKuhrA4k7W6aVWusrrb3G7ECUPMgH6nPqdCMVA_7LJ44fvg0_REI2NogEF_PN7vi1Ulr7VSpRIRIZjhFXrUz44MRuI01mM7itnfbseF6sFrBNzftexW27CjLlnb3yAEZ39C_oLEtuzwWYBAAA=WKE;_ultima_consulta:05/06/2021).)



encuentra basada en los servicios que se prestan⁵. El 15 de enero del año 2019, la AP de Barcelona llega a afirmar que no nos encontramos ante un contrato de servicios, sino uno de obra. La argumentación que sustenta tal aseveración es la siguiente: "pues al garantizarse el resultado, el objeto del contrato es el resultado del trabajo, comprometiéndose (la agencia de mediación correspondiente) a devolver los honorarios si no se lograba la gestación deseada y el nacimiento de un niño o niña, salvo que los demandantes se negaran a continuar el proceso o éste quedara interrumpido por falta de pago de las cantidades pactadas o de gastos adicionales que pudieran producirse durante el proceso."⁶ En definitiva, legalmente, el precepto 10 de la LTRHA no nos aclara ante qué tipo de contratos estamos,⁷ pero tampoco se encuentra la solución en ningún otro artículo, de forma expresa.

En lo que respecta a la mercantilización de los menores de edad concebidos en el marco de un contrato de gestación por sustitución, Fabre asevera que los niños no serían tratados como objetos, sino como personas, respetando la dignidad de los mismos, pero reconoce que los padres que están vendiendo al niño estarían siendo éticamente incorrectos, puesto que se están desprendiendo del niño, como un bien de consumo. Consideramos que no es admisible la justificación de un mercado de niños, más aún cuando el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

⁵ Paternan C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, p. 292.

⁶ SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

⁷ Fabre, C., *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, University Press, Oxford - Nueva York, 2006, pp. 189 y ss.



utilización de niños en la pornografía,⁸ califica la compra y la venta de niños menores de edad como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

Así, Vela afirma que, realmente, no se está comercializando con un niño, sino que lo que se está contratando es la capacidad generativa de una mujer, pues puede disponer libremente de su cuerpo, como sucede con el aborto⁹. En definitiva, tampoco debería ser admisible, en ninguna sociedad, un contrato de servicios o, como sostiene otro sector, un contrato de obra.

Por otra parte, ateniéndonos al artículo 10 de las TRHA - a efectos legales- hay que considerar siempre como madre a la gestante, y no a la genética. Posteriormente, el padre biológico podría ejercitar la acción de

⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE n. 27, de 31 de enero de 2002)

⁹ Vela Sánchez, A., “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.”, *Diario La Ley*, n. 9453, 2019 (disponible en:

[319](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2OwWrDMBBEvyZ7CRQ5bQg56BDHLhhMGmq197W82KKq1EorN_77qnUPXRh2YB7DFCYKi6Iby9Nlk4TQRdt0Tbet6nZbd-rLWj-ezuoJ4uK8W96IComAsY_y_mFz0CKryNoBak5oK69I8ePNTAr7DIEPA4VyqQLYM9pninIPcfJf5zNiGy8KzGsxWYYZKVEvt1xfzwImCnEDMhXM5JjgsmMU5vFKx8Jg56uOJJsnNHG32H8uIF1b3II9xv-B8vEnMt6dmsG2uZfIdMZLbnhb8Y3BE1HihQBAAA=WKE#tDT0000295970_NOTA12; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



reclamación de paternidad y que, tras ello, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado. Lo mismo sucedería si nos encontramos frente a una pareja homosexual masculina, el hombre que aporta el material genético reclamaría la paternidad, mientras que el hombre que no aporta sus gametos masculinos podría, previo consentimiento de la madre gestante, reclamar la adopción del niño. El supuesto de pareja homosexual femenina es infrecuente, dado que es poco probable que las dos tengan problemas para llevar a cabo la gestación y tengan que recurrir a una madre gestante. Algunos autores¹⁰ critican, basándose en la alta probabilidad de que el padre sea el portador del espermatozoide, el premio del reconocimiento de la paternidad al comitente, estando prohibido, tanto penal como civil y administrativamente, en nuestro OJ. Asimismo, creen que existe una situación de desigualdad entre la madre comitente y el padre comitente, en ambos casos homosexuales.

Ante todo, hemos de mencionar que la regla mater "semper certa est" (la madre es siempre conocida) se consagra en la legislación vigente (en el apartado 2 del art. 10 de la LTRHA), pudiendo el cónyuge adoptar al niño posteriormente, en conformidad con el apartado 3 del mencionado artículo. Dentro de las tres teorías sobre la maternidad -de la contribución genética, de preferencia de la gestante y la teoría intencional- se tipifica la teoría de la preferencia de la gestante. Según afirma Trabucchi, durante el embarazo surge un elemento de responsabilidad entre la gestante y el niño, asumiendo la gestante la formación y el desarrollo del propio hijo, desvirtuando los efectos creados por el acuerdo de gestación por sustitución. De modo que, tras

¹⁰ Heredia Cervantes, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fascículo II, 2013, p. 713.



la verificación del parto, al margen de cualquier factor psicológico, se concede la maternidad a la mujer que ha dado a luz.¹¹ Mientras que, de acuerdo con el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana,¹² del año 1986, concluye que “ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer gestante y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes”.

Nos parece interesante, llegados a este punto, exponer de forma sucinta, al no ser el objeto del presente apartado, las diferentes teorías existentes a nivel global para abordar la pregunta de quién se considera madre, dejando claro que la solución adoptada por el legislador (la madre es la que da a luz al bebé). Más aún, cuando Álvarez Álvarez, entre otros, consideran que el principio y arcaico aforismo romano de *mater semper certa est* “dejó de ser una realidad desde el momento en el que los avances médicos incorporaron la posibilidad de

¹¹ Trabucchi, A., “Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXXII, n. 5, 1986, pp. 495 y ss

¹² Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF; última consulta: 12/12/2020)



la reproducción humana asistida”¹³. En base a esta postura, la madre es incierta, al igual que el padre, por los avances técnicos (o para otros, retroceso humano y moral). Aunque el planteamiento de la presente obra niega rotundamente que este principio haya perdido vigencia, pese al trascurso del tiempo, por los lazos afectivos que se originan entre la madre y el niño, es decir, la llamada teoría del apego, entre otros motivos¹⁴.

En primer lugar, en conformidad con la teoría de la contribución genética, sería la madre la que ha aportado el material genético, por lo que quedaría excluida la madre que da a luz. Pantaleón pone de manifiesto que el elemento genético define la identidad de la persona, aún a sabiendas del vínculo que puede crearse entre la mujer gestante y el feto durante el embarazo¹⁵. Otros autores han destacado que todo niño puede tener únicamente un padre y una madre genética, siendo éstos científicamente verificables y esta conexión genética es la que impulsa a los padres biológicos a inclinarse por las TRAs asistida en vez de la adopción¹⁶.

Del análisis de los anteriores autores, se puede destacar que esta teoría resta importancia a la madre gestante y

¹³ Álvarez Álvarez, H., “Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 49, 2019, p. 106.

¹⁴ La teoría del apego surge por primera vez en este libro: Bowlby, J., *El Apego y la Pérdida*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

Contando con un desarrollo posterior en el siguiente artículo. Answorth, M. D., “Attachment beyond infancy”, *American Psychologist*, n. 44, 1989, pp. 709-716.

¹⁵ Pantaleón Prieto, P., “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988, pp. 25 y ss.

¹⁶ Andrews, L.B. y Douglass, L., “Alternative Reproduction”, *South California Law Review*, n. 65, 1991, pp. 623-626.



a los vínculos existentes, que se crean en todo proceso gestacional, afectivos o emocionales. Ahora bien, por otra parte, nos encontramos el problema de saber los orígenes genéticos de la persona. Dependiendo de cómo se ponderen estos dos elementos señalados, es decir, vínculos afectivos gestante-bebé u origen biológico, se terminará inclinando hacia una postura u otra.

En segundo lugar, según la teoría intencional, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, con independencia de su aporte genético. Por último, en lo que respecta a la nulidad, la mujer gestante no tiene la obligación de entregar al niño tras el parto, ni el deber de indemnizar a los comitentes por haber incumplido las condiciones de dicho contrato, aun cuando se hayan realizado diversos pagos durante la gestación. Dentro de la nulidad, hay dos posturas divididas. La primera sostiene que la ilicitud se produce por la causa, mientras la otra corriente propugna que se produce por la ilicitud del objeto, como aboga Pantaleón Prieto¹⁷. Mantener la ilicitud de la cosa y del objeto presenta importantes implicaciones, dado que en el caso de la ilicitud del objeto se aplicaría el art. 1306 del CC (ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas). En consecuencia, la parte comitente no tendría derecho a la devolución del pago realizado en el contrato de gestación por sustitución.

1.2. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN)

1.2.1. LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

¹⁷ Pantaleón Prieto, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988, pp. 27 -28.



DE LA DGRN

La DGRN dictó la RDGRN, de 18 de febrero de 2009¹⁸, ante la impugnación, por parte de una pareja de comitentes homosexuales, de la denegación de inscripción en RC español del certificado hospitalario del nacimiento de un niño concebido a través de un contrato de gestación por sustitución en EEUU, concretamente California, aunque sí que se llegó a inscribir en el RC californiano. La denegación de la inscripción se hizo en base a que atentaba contra el orden público español.

Esta resolución resuelve que se proceda a inscribir a los menores en el RC español. Sintéticamente, se puede resumir la citada resolución, esencialmente, en tres argumentos: el primer argumento, en el caso analizado se produce una discriminación por razón de sexo, pues la legislación española permite que la filiación conste a favor de dos mujeres, en conformidad con el art. 7.3 de la LTRHA; el segundo argumento, la no conculcación del orden público internacional español, como sostenían los encargados del RC; el último y tercer argumento, de no inscribir al menor se estaría vulnerando el ISM. Es por ello, por lo que, termina admitiendo la inscripción del certificado registral de California, pues consideraba que este era título suficiente para su inscripción en el RC de España. Así, dispone que se inscriba a los menores, con fundamento en el art. 81 del RRC¹⁹, llevando a cabo un simple control formal del hecho inscrito y que sea

¹⁸ RDGRN, de 18 de febrero de 2009
(disponible en:

<https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/>;
última consulta 10/02/2021)

¹⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE n. 296, de 11/12/1958).



conforme al orden público español, no requiriendo un control de la legalidad.

1.2.2. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN

Un año más tarde, concretamente en el año 2010, la DGRN²⁰ dictó una Instrucción, debido a que la SJPI n. 15 (se comentará en el apartado sobre la jurisprudencia española), de 15 de septiembre de 2010, anula la anterior Instrucción²¹. De este modo, la DGRN anuló la RDGRN, de 18 de febrero de 2009. En esta nueva resolución, para que los bebés nacidos fuera de España, como resultado de contratos de gestación por sustitución, pudieran ser registrados como hijos de los comitentes o padres de intención, se deberá presentar en el RC una sentencia o resolución judicial del país de nacimiento del bebé, en la que se establezca la filiación del menor de edad a favor de los comitentes. También habría que aportar el exequátur o que la resolución extranjera sea objeto de un control incidental, para lo que será necesario que figure la identidad de la mujer gestante, salvo que la sentencia se hubiera dictado en jurisdicción voluntaria, en dicho caso se deberá cumplir un control incidental, es decir, una serie de requisitos de

²⁰ E.B., "El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido", *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacion-subrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>; última consulta 10/02/2021).

²¹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE n. 243 07/10/2010).



carácter meramente formal²².

De acuerdo con los términos de la propia resolución: "sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en el que se determine la filiación del nacido", con la finalidad de proteger el ISM. De esta forma, según la resolución, con la resolución judicial no solo se estaría protegiendo al menor, pues también se preserva el derecho de este a conocer sus orígenes biológicos (no los genéticos, pero sí la identidad de la madre gestante) e impide que accedan al registro supuestos de tráfico internacional de menores, así como se garantizaría que las madres gestantes presten su consentimiento plenamente libre, evitando así la explotación de las mismas.

En cambio, González Moreno pone en duda que los órganos judiciales puedan garantizar la autonomía de las madres gestantes. Por lo tanto, la resolución judicial del país en el que se ejecuta el contrato de maternidad

²² Los requisitos de carácter formal: "a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado."



subrogada no puede acreditar que se cumplen los derechos de la madre gestante, pues los jueces/as tienen que limitarse (o deberían limitarse) a la aplicación de la ley vigente en dicho país, normativa que puede que no cumpla el requisito del "consentimiento libre e informado". Asimismo, la resolución deduce el supuesto consentimiento de la madre gestante, cuando este consentimiento puede (o pudo) estar viciado²³.

Con todo lo expuesto hasta el momento, se puede llegar a la conclusión siguiente: este órgano de la Administración del Estado está actuando contra la legalidad vigente, tal como la interpreta el TS. Estas diferencias y divergencias entre las posiciones de la DGRN y el TS se traducen en inseguridad jurídica para las partes intervinientes, sobre todo para los menores. Todo ello, hace concluir que se está infringiendo el principio de jerarquía normativa de nuestro OJ, en cuanto que el MJ, a través de la DGRN, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias puedan emplearse arbitrariamente en contra del derecho vigente²⁴.

Según la propia Instrucción: "En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante". Por ello, para que se proceda la inscripción en el registro consular sería necesario que uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del RC una resolución

²³ González Moreno, J. M., "La maternidad subrogada como laboratorio de Biopolítica", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, vol. 54, 2020, p. 336.

²⁴ Lasastere Álvarez, C., "La reproducción asistida", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012, pp. 1 y ss.



judicial, dictada en el país de origen (en el que se ejecuta el convenio de gestación por sustitución). Este extremo ha sido criticado por algunos autores, como Álvarez González, por el hecho de excluir las certificaciones registrales extranjeras, admitiendo únicamente una resolución judicial extranjera para la inscripción de la filiación²⁵. Sin embargo, ya se han expuesto los motivos por los que se exigía una resolución judicial, en vez de una simple certificación registral extranjera.

Hasta hace relativamente poco tiempo, aproximadamente un año, existía una contradicción del art 10 de la TRHA con la Ley sobre el Registro Civil, de 8 de junio de 1957,²⁶ (esta ley vigente hasta el 30 de junio de 2020, momento en el que fue sustituida por la Ley 20/2011, de 30 de abril, del Registro Civil, tras múltiples moratorias y con una *vacatio legis* de aproximadamente nueve años²⁷), y con el Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958, ya que ambas permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establezcan la filiación del menor como hijo.

Ahora bien, el art. 12.4 del CC español dispone que "se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española", y, en su apartado 3, que "en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". Tampoco se deberían poder inscribirse resoluciones que no sean conformes con otras

²⁵ Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, n. 10, 2010, p. 377.

²⁶ Ley, de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n. 151, 10/06/1957).

²⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE n. 175, 22/07/2011).



normas, valores y principios del orden público español²⁸. Es por ello, que tal contradicción se debería resolver a través de la no inscripción. Este asunto se ha resuelto con la actual LRC, que ya reconoce, en el art. 97.2, (si seguimos el planteamiento, que se comentará en el siguiente párrafo, será el art. 98 relativo a las certificaciones registrales extranjeras), que no será inscribible una resolución judicial extranjera cuando sea “manifiestamente incompatible con el orden público español”. Aunque, con anterioridad, como hemos visto, el problema se solventaba con el art. 12 del CC.

De acuerdo con la interpretación de la nueva regulación relativa al RC, “...no se exigiría a partir de la entrada en vigor de la nueva LRC la resolución judicial para realizar la inscripción, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 98¹⁰⁸ de la nueva LRC”²⁹. En base a esto, según Marta Albert, ya no se

²⁸ Aragón Gómez, C., “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes Arecherra Aranzadi, L. I., No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 29.

²⁹ Albert Márquez, M.M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, n. 7863, 2012 (disponible en:

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE1PwU7DMAz9m uUSCWUdYnDIpeuxQmhU3N3EpIEogcQJ69 jMiSw9GTZfu pb NiXie8kDYpUgZKRvqUDguB8buq1 OshbptSC3mqfzuDAecMlgUYJQbJJhniGYkVxlAxooN5Igry4M8o _OFHbyzQdBMBd9uN0djWLSGZ0 AQxXCkIzu1Db4hhPMzBIpW8z9qpWgRBDOWHR3FGVJX4 Qv APyKfaQ9ZQrCmtHibFtb vuoc70T AXJugX7zASisW7ZWTQIV8QslmewKEeOSKwew20PXyD5eMiQ nznTM8 rPKvhKx60zxehMmcBA8



debería aplicar la Instrucción de la DGRN de 2011,³⁰ en lo relativo a la exigencia de una resolución judicial para inscribir a menores concebidos a través de la maternidad subrogada en un país extranjero. Llega a esta conclusión, dado que el conflicto entre la aplicación de la Instrucción de la DGRN y la nueva LRC debería resolverse a favor de la LRC, pues la ley siempre es de mayor rango que la resolución. Asimismo, la ley no realiza una distinción para el caso de la maternidad subrogada, por lo que se debería aplicar el artículo de la LRC relativo a las certificaciones registrales extranjeras (art. 98 de la LRC), en vez del correspondiente a la inscripción de las resoluciones judiciales (art. 97 de la LRC). Esta nueva realidad legislativa es muy probable que suponga, de acuerdo con Marta Albert, "...la legalización en nuestro ordenamiento jurídico de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal". Lo mismo piensa Vela Sánchez al reconocer que siguen vigentes: "...los criterios fijados por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 — mientras no entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil de 2011- ..."³¹. Es por ello, que, durante el pasado año

[AQBo_3N8w1ynxDLYgEAAA==WKE#nDT0000182296_NOTA_19](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2021-11919.html); última consulta; 20/05/2021).

³⁰ Creemos que Marta Albert se refiere a la Instrucción de la DGRN del año 2010, pues, en el año 2011, no existe ninguna resolución sobre la maternidad subrogada. Es más, la del año 2010 determina el extremo del requisito de una resolución judicial al que se remite esta autora.

³¹ Vela Sánchez, J., "La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional", *Diario La Ley*, n. 8927, 2017 (Disponible en: https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PTU_EIBD9Nc)



(junio de 2020 hasta junio de 2021), ya no había estado en vigor la Instrucción citada³².

Se tienen que cumplir una serie de requisitos, a tenor de lo que dispone el art. 98 de la actual LRC, para que se pueda inscribir en el RC español un certificado de asiento proveniente de un registro extranjero:

a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de queda fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas de Derecho Internacional Privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con

uFxLDdmj1x6fbYGLM23qd0pCiCwICXf_UmijJC_Px3subz4Kpjn
gjPcQsTQyUgLiaUVrMBMYdilIvp7
BNcsnkqPzNDHqcEswswCDRSzZKEF4xRVmlBxkKriAHRcz38or
WZeLdxa3Oi1xDDPVdj6mgIJiyPr
WHs1GMI6MRYKiA76PRx_utcSuOMDFLxDRj6qpWgiKBv2LWvR
J5iV8PsDoL5GLoIO3Wbp51PypT
duocytWTJkJtZDIRicXYZGLTzM0IyyyNY1APnBXYvnrYr7yB_3I
QPb5zp6Yf1X9EVIInadKOW7YTz
_PRBewGOYf_N8A_PyO5hzAQAAWKE#nDT0000242074_NOT
A15 ; última consulta: 20/05/2021).

³² Nota aclaratoria: la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 ha sido sustituida por la Instrucción de 18 de febrero de 2019. Esta última Instrucción, como se analizará más adelante, recupera el contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, ambas instrucciones deberían haber perdido la vigencia, actualizando los artículos de estos autores a fecha de mayo de 2021.



el orden público español.”

Cuando sea el asiento un “...mero reflejo registral de una resolución judicial previa será ésta el título que tenga acceso al Registro...”.

Para ello, se deberá reconocer “la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96” de la ley del RC español. En este caso, los requisitos exigidos son menores:

“a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”

Esto hay que completarlo con el art. 13 de la LRC: “Los encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.”

En base al art. 98 de la vigente LRC, se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la inscripción de un certificado registral no tendrá por qué ser conforme con la legislación interna de España, es decir, se tendrá que inscribir, aunque incumpla el art. 10 de la LTRHA, excepto si el hijo fruto de la gestación por sustitución fuera español. Ahora bien, la LRC no exige que el RC extranjero tenga idénticas garantías de los hechos a los que da fe, pero sí ha de ostentar análogas garantías a la legislación española. En segundo lugar, en España, se



exigirá que el certificado extranjero de un registro foráneo no sea manifiestamente contradictorio con el OJ español. En definitiva, sostener esta tesis, como realiza Marta Albert, supondría volver a la situación propugnada en la resolución de 18 de febrero de 2009, de la DGRN.

Por otra parte, esta Instrucción ha sido criticada, por un sector significativo de la doctrina, ya que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad en el art. 10 de la LTRHA, el contrato de gestación por sustitución sería nulo, de acuerdo con las normas civiles del derecho español. En primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo ilícita cuando se opone a las leyes o la moral, según dispone el art. 1275 del CC³³. En segundo lugar, también debería considerarse el contrato como nulo por carecer de un objeto (art. 1261.1 del CC).

Siguiendo la anterior argumentación, también sería nulo, en tercer lugar, en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una res extra commercium, a tenor del art. 1271 del CC³⁴. Asimismo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, en su art. 21, dispone: "El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro"³⁵.

³³ López Peláez, P.P., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012, p. 668.

³⁴ Leonseguí Guillot, R. A., "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo ", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 7, 1994, p 334

³⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la



De este modo, el cuerpo humano se encuentra fuera de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, al ser un bien inalienable que queda al margen de la facultad dispositiva y al ser indisponible, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto de comercio una función de la mujer, tan elevada como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paternofilial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

En una línea de pensamiento opuesta, otros autores afirman que no acaban de ver claro la legitimación que tendría reprimir tales conductas, en un Estado que tolera la prostitución y permite actividades mucho más peligrosas que un embarazo para la integridad física de quien las realiza³⁶. A nuestro juicio, creemos que este argumento (que se permitan actividades que no se deberían llevar a cabo por ser igualmente reprochables) no es un argumento válido para admitir la maternidad subrogada, sino más bien para impedir la maternidad subrogada y las otras prácticas descritas.

Lo que la Instrucción de la DGRN está proponiendo, según Pantaleón Prieto, es una recepción normativa por parte de la legislación española, como puede observarse en la exposición de motivos, y -en base a las concretas directrices de la misma- podría configurarse la estructura básica del convenio de gestación por sustitución para la

biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE n. 251, de 20 de octubre de 1999).

³⁶ Pantaleón Prieto, P., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, p 133.



futura regulación³⁷. Es más, reglamentariamente, se produce una admisión por la vía de hecho, se estaría permitiendo la maternidad subrogada en el OJ español³⁸. Otros autores también han criticado que se está produciendo una legalización en cubierta “bajo el criterio de la necesidad de proteger el interés superior del menor, en España a través de la DGRN, se está produciendo una legalización indirecta de la maternidad subrogada”.

De Verda³⁹ disiente de la propia Instrucción de la DGRN, en que la idea de “orden público atenuado” permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro OJ. En estos casos, no se admite, lógicamente, la recepción sustantiva de la institución misma, sino sólo alguno de sus efectos. Por su parte, la Instrucción va más allá, es decir, no solo atribuyendo ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el derecho, sino también proponiendo la recepción sustantiva de la misma. Así, esta resolución se podría comprender como un

³⁷ Lamm, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2008, p. 146.

³⁸ Roncesvalles Barber, C., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.739, 2013, pp. 2905-2950.

³⁹De Verda y Beamonte, J. R., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en Conte G. y Landini S. (coord.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 613-614.



instrumento o un medio en el que se contienen las premisas o bases para la legalización de la gestación por sustitución en España⁴⁰.

Por su parte, Manuel Atienza considera que la motivación no es la adecuada, pero, a su vez, reconoce que la resolución es acertada en cuanto al resultado que se deriva de la misma. Por ello, Atienza propone que se debería haber argumentado del siguiente modo: "que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho; y que esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado ni tampoco los valores y principios de la Constitución española, de manera que no podía entenderse que fuera en contra del orden público español"⁴¹.

También sostiene que, no hay que hablar de un orden atenuado, como realiza la criticada resolución de la DGRN y también los votos particulares del Tribunal Supremo, sino que habría que sostener que no estamos

⁴⁰ Vela Sánchez, A. J., "La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler" *Diario la Ley*, n. 7608, 2011, (disponible en:

[⁴¹ Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", *El notario del siglo XXI*, n. 63, 2015 \(disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestacionpor-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta 29/10/2020\).](https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC1N0U7DMAz8GvISCXWwqfCQl1LeJoSg4t1NrCZSljDbKevfY9gsnXzWne_ODWmb8CLuNduAhD5WC1Z3I0qkNAPbEwRCVt1CPreUkQxvpZbt5CZqaARmdo_7u953ip3iwYCXBnms3j398bTiBLPrTCWtGTZIUgXyB-pnbzjWnzdY0wKSahmArsEpBDdOnc7usH8-9GZFYjW4r7RgETQxLfGokKufEcjHd1jQHRMLaHrLAqHyPfd35aYPTUQzZimf_7fxWfcIgi-QsYRb-y-LvaQdHAEEAAA==WKE ; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



ante un caso de orden público interno, sino de un orden público internacional de derecho privado definido por el TS, en su sentencia de 06/02/2014,⁴² como los principios y valores fundamentales del OJ español. Por ello, no habría que dejar inaplicada una norma de derecho internacional privado.

Ahora bien, a nuestro juicio, se debe criticar los argumentos desarrollados por Atienza -orden público del que parte-, puesto que, como ha señalado mayoritariamente la doctrina, ya toma el concepto de la sentencia citada de orden público de derecho internacional privado y, por ello, también el TS e, incluso, la DGRN sostienen lo mismo que la doctrina. Así, la doctrina científica ha propugnado que, en "nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores",⁴³ no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las TRA vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Por otra parte, en la Resolución, de 11 de julio de 2014,

⁴² STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

⁴³ Jiménez Muñoz, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 400-419.



de la DGRN,⁴⁴ se pretende justificar la concordancia de la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, con la STS, de 6 de febrero de 2014. En definitiva, pese a ello, como se ha podido observar, la Instrucción no tuvo buena acogida ni entre los que piensan que se está legalizando un contrato nulo ni entre los que piensan que se debería reconocer de modo automático el convenio en el RC.

En definitiva, la decisión de la DGRN no ha contentado ni a los partidarios ni a los detractores⁴⁵ de la maternidad subrogada. Los partidarios han negado que el recurso al principio del ISM puede llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de ley⁴⁶.

1.2.3. ÚLTIMAS INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN): DE LA INSTRUCCIÓN DEL 14 A LA DEL 18 DE FEBRERO DE 2019

El 14 de febrero de 2019⁴⁷, se emite una nueva

⁴⁴ Esta circular es nombrada por múltiples artículos científicos, pero no la citan convenientemente. González Carrasco, M.C., "Gestación por sustitución: ¿Regular o Prohibir?", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n. 22, 2017, p. 138.

⁴⁵ Jiménez Muñoz, F.J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución, cit., pp. 402-417.

⁴⁶ Vela Sánchez A.J., "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 2013, pp. 1 y ss.

⁴⁷ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

La DGRN aprobó la instrucción, aunque no llegó a publicarla en el BOE. (disponible en: <https://e00->



Instrucción por parte de la DGRN. Posteriormente, cuatro días más tarde, el 18 de febrero de 2019, se dicta una nueva Instrucción, recuperando lo que disponía la resolución de 5 de octubre de 2010 (que ya hemos comentado). Precisamente, la primera Instrucción en el tiempo pretendía actualizar la del año 2010 por las novedades jurisprudenciales o doctrinales, como indica en su texto.

La Instrucción, de 18 de febrero de 2019,⁴⁸ introduce la novedad de que, en los supuestos que no exista resolución judicial, se pueda establecer la filiación del bebé fruto del convenio de gestación por sustitución. Así, se hace una remisión a un procedimiento para fijar la filiación llevada a cabo en España, en principio podría ser judicial o extrajudicial, al no establecerse nada al respecto. Nada más aporta esta instrucción. En los restantes aspectos, se sigue con lo que disponía la resolución de 5 de octubre de 2010. Por lo que, la novedad de esta es baja, salvo el aspecto puntualizado.

La resolución de 14 de febrero de 2019, que no está en vigor, dado que, cuatro días más tarde, fue sustituida por otra resolución, de 18 de febrero de 2019, sí que era verdaderamente innovadora, por los novedosos e incoherentes aspectos que introducía. De este modo, esta Instrucción disponía que, en los casos que no se pudiera obtener una resolución judicial en el país que había tenido lugar el contrato de gestación por sustitución, se permitía la inscripción cuando se consiguiera probar que la madre o el padre comitente

elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf; última consulta 01/06/2021)

⁴⁸ Instrucción, de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 45, de 21/02/2019)



había aportado su óvulo o espermatozoide.

Como medio de prueba podría ser el ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores, aunque no se descartaban otros posibles medios probatorios. Asimismo, se debía aportar la certificación registral extranjera o declaración y certificación médica del nacimiento del menor, donde conste la identidad de la madre gestante que acredite el nacimiento y la filiación.

En cambio, con la finalidad de evitar la discriminación al conculcarse el art. 14 de la CE, Vela propone que se debería reconocer al padre biológico, cuando consiga probar que ha aportado los gametos masculinos suyos y, además, inscribir a la madre gestante en el RC. Este planteamiento, aunque no exprese y admita la conveniencia e idoneidad de la primera de las instrucciones, se aparta de lo que disponía la primera resolución de la DGRN, ya que esta permite la prueba del ADN de la madre, no únicamente del padre.

Esto contraviene el principio de nuestro ordenamiento: la madre es la que da a luz al bebé, y no la genética. Es más, con la anterior situación se exigía "la obtención para el nacido del pasaporte del país en el que tuvo lugar el convenio de gestación por sustitución supone el transcurso de varios meses en los que los comitentes o padres de intención se encuentran atrapados en el país donde se ha producido la gestación", con los consecuentes gastos que esto provoca e, incluso, la pérdida del puesto de trabajo⁴⁹. Ahora bien, si en España la maternidad subrogada está prohibida, lo lógico es que se obstaculice.

Todo ello, incluso, a pesar de reconocer, la primera

⁴⁹ Álvarez Álvarez, H., "Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil", cit., p. 104.



Instrucción de 2019, los motivos de la exigencia de una resolución judicial previa -que venía requerida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010- con la finalidad de dotar de garantías al procedimiento y para la mejor protección y garantías de los intereses concurrentes (ISM y la protección de las madres gestantes). Así, aun admitiendo la motivación y necesidad de la resolución judicial previa, introduce esta facilidad en la inscripción de la filiación en España.

No obstante, según la Instrucción, se pretendía dar cabida a lo que se producía en la práctica: en los RCs consulares, se venía inscribiendo la filiación paterna mediante la acreditación de la paternidad por prueba de ADN o admitiendo otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación cuando esta no se hubiera fijado mediante sentencia judicial extranjera⁵⁰. Aunque esta práctica carecía de cobertura legal alguna e incumplía la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Por otra parte, esta flexibilización del reconocimiento de la filiación en España suponía incrementar las facilidades a los contratos de maternidad subrogada e introducir incentivos a una práctica prohibida.

El antecedente más relevante de la polémica Instrucción se correspondería con el decimosexto: "si la comitente presenta un vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, resultará obligado aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de

⁵⁰ Andreu Martínez, M. B., "Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10, 2019, pp. 66-68.



determinar la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante”.

La Instrucción analiza la colisión de dos principios que afectan al orden público español: el ISM y la nulidad e interdicción de los contratos de maternidad subrogada. Termina por prevalecer el ISM, amparándose en el art. 2 de la LOPJM⁵¹. Esta decisión la tomaría (la DGRN) por la situación de desamparo en la que se encontraban muchos menores en el país en el que habían desarrollado el contrato de gestación por sustitución sin resolución judicial previa -especialmente Ucrania por su incidencia en los medios de comunicación, pero también otros países como Georgia con menos repercusión mediática-

La resolución que se está comentado -la del 14 de febrero- hace un repaso del estado jurídico actual de la cuestión, como cuando recuerda la sentencia del TEDH del caso Paradiso y Campanelli, de 24 de enero de 2017, en referencia a la relevancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores, entre muchos otros pormenores. También aborda otros aspectos, como el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos (de acuerdo con el art. 12 de la Ley 54/2007 de adopción internacional⁵², el art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 28 de diciembre de 1989, y en la STS, de 21 septiembre 1999).

En el antecedente décimo, incorpora, como criterio básico, la necesidad del consentimiento de la madre gestante libre y que sea después de dar a luz al bebé. Para ello, se apoya en la jurisprudencia de las APs, como

⁵¹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17/01/1996).

⁵² Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE n. 312, de 29/12/2007).



el Auto, de 18 de noviembre de 2014 de la AP, de Barcelona (secc 18^{a53}). Con ello, queda descartado un único consentimiento en el momento de celebrar el contrato de gestación por sustitución. La Instrucción no entra a detallar si debe existir un plazo una vez se ha dado a luz para determinar el consentimiento o sería suficiente con el consentimiento en el posterior e inmediato momento al alumbramiento.

Este extremo no es considerado ni contemplado en la propuesta de la Sociedad Española de Fertilidad (en adelante, SEF), pero otros autores consideran acertada esta previsión, como Lamm⁵⁴. En el Reino Unido, sí que se contempla este aspecto, al exigirse un plazo de seis semanas para otorgar de nuevo el consentimiento una vez ha nacido el niño. Da la impresión de que la Instrucción está normalizando -una vez más- la maternidad subrogada, basándose en una jurisprudencia menor de las APs. Este extremo -si este consentimiento debe conferirse en el momento de la firma del contrato, con anterioridad al nacimiento del niño o si, posteriormente al nacimiento del niño, debe volver a dar dicho consentimiento- es problemático y objeto de las propuestas regulatorias.

El MJ -por la fuerte polémica que surgió- decidió, acertadamente, retirar esta nota controvertida que abría las puertas a la "maternidad genética". La determinación de la filiación por el material genético hubiera puesto en juego la "teoría de la preferencia de la gestante" (mater siempre certa est: la madre es siempre conocida),

⁵³ Auto de la AP de Barcelona de la Sección 18^a, de 18 de noviembre de 2014.

⁵⁴ Lamm, E., *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions D.L, Barcelona, 2013, p. 150.



consagrada en el OJ español, a favor de la “teoría de la contribución genética”. De este modo, la resolución, en su punto tercero, dispone la aplicación de forma análoga del art. 10.3 de la LTRHA a la madre comitente, siempre que la madre intencional haya aportado un óvulo suyo, recordemos que este artículo está pensado para determinar la filiación paterna del comitente.

Asimismo, el RC del país en el que se ha llevado la gestación por sustitución deberá establecer la filiación a favor de la madre comitente (no la gestante) y se deberá constatar la negativa de la madre gestante de hacerse cargo del/de la menor, con el objetivo de evitar la desprotección del niño/de la niña. La Instrucción resulta sorprendente al afirmar que la mencionada negativa podría deducirse cuando no exista manifestación expresa de la madre gestante, por el simple hecho de haber formalizado un contrato de gestación por sustitución.

También es de destacar que la resolución está pensando en mujeres solteras u homosexuales, pues afirma “únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”.

Una instrucción de la DGRN no debería tener una repercusión tan trascendental en el sistema, por lo que nos parece acertada la rectificación llevada a cabo por el MJ. Aunque lo anhele, la DGRN no se puede apoderar del poder legislativo, sin más (por razones obvias). La principal razón, sin embargo, de esta decisión se encuentra en: “...quedará desprotegido en el país donde se produjo la gestación, estando sin embargo inscrito en él, en el correspondiente Registro Civil, como hijo de la madre comitente...”. Es por ello, que la protección del menor, sobre todo, la debería otorgar el país que ha dado cobertura legal a los contratos de maternidad subrogada y ha causado esta desprotección. Para no atentar contra



la soberanía de los países que proscriben los vientres de alquiler, los Estados, en los que es legal la maternidad subrogada, deberían permitir esta práctica, exclusivamente, cuando uno de los dos padres comitentes sea un nacional suyo.

Por otra parte, en lo que respecta a la Instrucción de 18 de febrero de 2019 -que no es tan extensa como la anterior de veinte páginas-, se aplica desde el día de su publicación en el BOE (el veintiuno de febrero de 2019), de acuerdo con lo que dispone en su apartado primero. Por lo que, la Instrucción de 14 de febrero únicamente ha estado vigente desde el 18 de febrero -día de su publicación- hasta el día 21 del mismo mes. En el artículo primero, de la Instrucción de 18 de febrero, se establece: "Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019.....en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción".

Se aplicaría tanto a los que han nacido en dicho intervalo temporal como a los que han iniciado el procedimiento de inscripción en el RC, si nos atenemos al tenor literal de la Instrucción. Parece que está mal redactada, al poder dar a entender que la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se aplica a los niños que han nacido con anterioridad a la fecha de publicación de la segunda Instrucción. Es también reiterativa cuando repite expresiones como "a todos los efectos derogatorios" y también "queda sin efecto".

En esta Instrucción, se recuerdan trascendentes argumentos, en la exposición de motivos, como por qué no se debería legalizar la maternidad subrogada, entre otros: el tratamiento como un objeto o simple mercancía del niño nacido fruto del contrato, al atender contra la dignidad, establecida en el art. 10.1 de la CE; la situación



de vulnerabilidad, de indefensión y de abusos en la que se encuentran las mujeres gestantes.

Vela carga duramente (a nuestro juicio, injustamente y sin una fundamentación sólida) contra los anteriores razonamientos, calificando de "insultante" la exposición de motivos, mientras que considera acertada y alaba la solución planteada en la primera Instrucción del año 2019, es decir, la del 14 de febrero⁵⁵. El principal razonamiento que esboza es el siguiente: "no es un instrumento para abusar de menores o de las madres gestantes", sino que se trata de "un mecanismo para solventar los problemas de la infertilidad o esterilidad humana no salvables a través de las técnicas reproductivas permitidas". Ante la necesidad de solucionar los problemas de fertilidad, se debe recurrir a un contrato de gestación por sustitución como "único medio que queda a muchas parejas" para llegar a ser madres o padres biológicos. Ahora bien, olvida la posible explotación y situación de vulnerabilidad de las madres gestantes. Por lo que, parece acertada la segunda Instrucción, en contra de lo que piensa Vela, pues incorpora la perspectiva de género, con el objetivo de intentar luchar contra los abusos a los que se pueden ver

⁵⁵ Vela Sánchez, A., "Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.", cit. (disponible en: [346](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2OwWrDMMBEvyZ7CRQ5bOq56BDHLhhMGmq197W82KKq1EorN_77qnUPXRh2YB7DfCYKi6Iby9Nlk4TQRdt0Tbet6nZbd-rlWj-ezuoJ4uK8W96lComAsY_y_mFz0CKryNoBak5oK69l8ePNTAr7DIEPA4VyqQLYM9pninIPcfJfF5zNiGy8KzGsxWYYZKVEvt1xfzwImCnEDMhXM5JjgsmMU5vFKx8Jg56uOJJsNHHG32H8uIF1b3II9xv-B8vEnMt6dmsG2uZfIdMZLbnhb8Y3BE1HihQBAAA=WKE#tDT0000295970_NOTA12; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



sometidas las madres gestantes⁵⁶.

Los ataques realizados a la segunda Instrucción nos parecen no ajustados a la lógica o susceptibles de matización, por dos motivos, básicamente. En primer lugar, resulta evidente que el propósito principal de los que acuden al convenio de gestación por sustitución no es más que colmar sus deseos de ser padres. Esto no quiere decir que, en ocasiones, el contrato no produzca efectos indeseados, incluso se producirían con la mejor de las regulaciones posibles. No se llegarían a eliminar todos los riesgos que afectan a colectivos especialmente vulnerables, como son los menores y las mujeres, en muchas ocasiones, en situación de pobreza extrema. En una ponderación de los bienes que se encuentran en juego, no deberían prevalecer los problemas de infertilidad y el supuesto "derecho a ser padres". En segundo lugar, resulta correcto que es el único medio para ser padres o madres biológicos/cas, pero no es el único medio para lograr ser padres o madres, puesto que pueden recurrir a la adopción de los menores, como reconoce el autor al calificarla de "muy antigua y loable institución".

Por otra parte, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 se refiere, expresamente, en su apartado dos, a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, recupera nuevamente el requisito fundamental para establecer la filiación: una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda. Nos remitimos al apartado correspondiente en

⁵⁶ Quicios Molina, S., "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, n. 103, 2019, p. 38.



el que se aborda dicha Instrucción. Además, deja claro - en el mismo apartado, pero en distinto párrafo- que, en el RC consular, no se puede realizar la inscripción, con fundamento en la ausencia de pruebas susceptibles de apreciación en un procedimiento consular. Por ello, no se puede iniciar un procedimiento consular en el RC, con la salvedad de que se cuente con una resolución judicial. En los casos en los que no exista resolución judicial firme, para velar que se cumplen todas las garantías con rigor probatorio, se deberá proceder, una vez en España, con los correspondientes pasaportes de los menores emitidos por el país en el que nace el niño, al inicio del correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del MF, o la interposición de acción judicial de reclamación de la filiación. Es por ello, que “[e]l cambio fundamental introducido es que la inscripción de la filiación – cuando no existe sentencia judicial como se da en los países antes mencionados – no será estimada ante el Registro Civil consular – tal y como venía realizándose –...”⁵⁷.

En conclusión, al no imponer obstáculos a la inscripción de la filiación que procede de países en los que no se emite una resolución judicial que determine la filiación del bebé fruto de un contrato de gestación por sustitución, se está favoreciendo que los padres comitentes no recurran a los países en los que no se emita una resolución judicial. En otras palabras, las instrucciones de la DGRN lo que hacen es desincentivar la contratación de estos servicios en los países que no emiten una resolución judicial, como sucede en Ucrania, entre otros países que tampoco emiten una resolución

⁵⁷ Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez-Solana Journoud, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo n. 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 2, 2019, p. 686.



judicial para la determinación de la filiación de los bebés que nacen a través de esta modalidad contractual. Sin embargo, ya se han expuesto los motivos por los que se exige una resolución judicial previa.

1.3. LA JURISPRUDENCIA DESARROLLADA A DIFERENTES NIVELES

1.3.1. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Como se ha comentado en un apartado anterior, el JPI de Valencia anula, el 15 de septiembre de 2010, la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, ante la demanda del MF, pues consideraba que la anterior resolución infringía el art. 10 de la LTRHA y, además, se conculcaba el orden público español. Frente a este fallo, los comitentes recurren en apelación la anterior sentencia ante la AP de Valencia. Sin embargo, la AP de Valencia desestima el recurso el 23 de noviembre de 2011⁵⁸. Por ello, los comitentes llegan hasta el TS en casación.

El TS, en la STS de 6 de febrero de 2014⁵⁹ y en el ATS del 2 de febrero de 2015, se opone a la inscripción del nacimiento, como hijo natural, y a la filiación natural por estimar que el contrato, por el que se acuerda la gestación por sustitución, es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

Ahora bien, el TS desarrolla la "Teoría de los Rodeos", así denominada doctrinalmente, en la que reconoce la nulidad del contrato de gestación por sustitución y

⁵⁸ SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

⁵⁹ STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero.



deniega la inscripción registral como hijos naturales de los comitentes, puesto que así lo establece el art 10 de la LTRHA. No obstante, reconoce que el padre biológico, en base al artículo citado anteriormente, puede reclamar la paternidad, mientras que el comitente que no ha aportado ningún gameto propio puede recurrir a la figura de la adopción (este punto en concreto ya lo hemos aclarado anteriormente). Frente a esta postura, algunos abogan por el reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero en beneficio del ISM, con la finalidad de evitar doble filiación⁶⁰.

El tribunal reconoce que atribuir la filiación natural a los padres comitentes, como sucede en California, contraría el orden público, dado que atenta contra valores constitucionales, como la protección de la infancia, la dignidad de la persona y la integridad moral de la misma. De lo anterior se puede extraer lo siguiente: el TS español no deja desprotegidos a los niños, a diferencia de lo que sucede con los tribunales franceses en los que no se da alternativa a los menores, más allá de reconocer la nulidad del contrato realizado entre la madre gestante y los comitentes. Por ello, cuando el TEDH se ha tenido que pronunciar sobre el caso francés, ha compelido al Estado francés a que inscribiera a los menores para que no se encontraran desamparados, legislativamente hablando.

Además, la STS establece que para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la CE y en los convenios internacionales

⁶⁰ Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n. 2, 2015, pp. 105-111.



de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

No obstante, el magistrado Seijas Quintana formuló un voto particular (al que se adhirieron tres magistrados más: Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol), centrando sus esfuerzos en el concepto de "orden público". Esta definición había que entenderla en un sentido "atenuado". En este voto particular, la vulneración del orden público tendría que comprobarse caso por caso (no puede aceptarse sin más -sostuvieron- que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la madre gestante y del niño), y que, en todo caso, el interés del menor debe ponerse por encima del orden público. No son incompatibles el ISM y el orden público. La discusión surge, según Barber, cuando se identifica erróneamente el ISM con la exigencia de la filiación establecida en el contrato de maternidad subrogada, el derecho del niño a tener una identidad única y que el niño sea cuidado por los padres comitentes o de deseo. De hecho, esta interpretación atenta contra el ISM, ya que le priva del derecho a su propia identidad, e imposibilita conocer y mantener relaciones maternofiliales con la madre gestante⁶¹.

De este modo, el TS, en la mencionada sentencia, dicta que el principio del ISM tiene la consideración de primordial por el sistema de fuentes a la hora de colmar lagunas e interpretar la legislación, pero, en ningún caso, un tribunal puede contrariar lo establecido en la legislación al ser esta una función reservada al parlamento o al poder legislativo, que es el organismo

⁶¹ Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 89, n. 739, 2013, pp. 2944-2946.



en el que reside la soberanía nacional, pues el juez está sometido al imperio de la ley (art. 117.1 de la CE). Incluso cita el art. 3, relativo al ISM, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁶². En este precepto, el ISM presenta una consideración de primordial, por el que deben velar todos los organismos del Estado, ya sean públicos o privados.

En definitiva, este tribunal realiza una ponderación por la colisión de bienes jurídicos que se encuentra en continuo conflicto en el contrato de maternidad subrogada. Este juicio de proporcionalidad acaba decantándose por el ISM, en detrimento de determinadas vulneraciones de derechos como la evidente mercantilización de la maternidad y del proceso procreacional, la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la posible explotación de estas mujeres o la cosificación de las mujeres, entre otras posibles vulneraciones de derechos.

Ahora bien, se ha señalado que, ante la necesidad de protección del menor, no debería producirse la legalización de la práctica, pues toda situación de ilegalidad precisada de protección debería legalizarse bajo este argumento, lo que el derecho no se puede permitir en ningún caso⁶³. La STS llega a afirmar: "la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que

⁶² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (n. 313 BOE 31/12/1990).

⁶³ Nuño Gómez, L., "Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler", *Isegoría*, n. 55, 2016, pp. 691 y 692.



hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él". Es por ello, que el TS admite la compraventa de niños en contextos socioeconómicos desfavorables a favor de padres con un alto poder adquisitivo, pues afirma "cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido", si se asumen los argumentos alegados por la parte⁶⁴.

Se puede diferenciar entre el ISM in concreto (la estabilidad emocional y la integración social, lo que es mejor para el menor) e in abstracto del mencionado interés⁶⁵. Ahora bien, el ISM es un "Concepto Jurídico Indeterminado" (o CJI), no existiendo unanimidad en determinar todos los extremos que comporta este CJI. Así, no hay consenso que lo ideal para el bebé fruto de un contrato de maternidad subrogada sea el reconocimiento de la filiación respecto de los comitentes, en lugar de la madre gestante. Por ello, el tribunal podría estar creando una regla de determinación de la filiación contraria a lo que establece el OJ español.

En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del ISM no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos

⁶⁴ Crevillén Verdet, P., *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 452.

⁶⁵ Guilarte Martín-Calero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 13-18.



de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley, y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

El ISM es un concepto jurídico indeterminado que, en casos como este, tiene la consideración, de acuerdo con el TS, de "concepto esencialmente controvertido" al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del ISM no permite al juez alcanzar cualquier resultado.

Asimismo, debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación o cosificación de la mujer gestante y del menor. Así, la protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que le dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

Para Balaguer, el contrato de maternidad subrogada no conculca únicamente la dignidad de la mujer, sino que también se estaría vulnerando la dignidad del menor y, en consecuencia, se acabaría atacando al ISM. Llega a esta conclusión en base a sólidos argumentos: en primer lugar, el deseo de ser padres no los hace necesariamente buenos padres ni tampoco menos negligentes que los padres y las madres que no acuden a la gestación por sustitución; en segundo lugar, debido a la pluralidad de padres, en función de los óvulos o espermatozoides



utilizados, el menor podría llegar a tener hasta cinco madres y padres distintos; en tercer lugar, se estaría vulnerando el derecho de los niños y las niñas a investigar la paternidad, al privarles de conocer a la madre biológica, como recoge el art. 29 de la CE en el párrafo 2, según el cual: "La ley posibilitará la investigación de la paternidad" o el art. 180.3 del CC que regula el derecho a que las personas adoptadas puedan conocer sus orígenes biológicos⁶⁶.

Aunque también se conculca el principio constitucional de dignidad de la persona, del artículo 10 de la CE, en lo que respecta a la vulnerabilidad de las madres gestantes, ya que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social⁶⁷.

El anterior argumento, habría que partir de la consideración de la noción kantiana de dignidad, concretamente de la segunda formulación del imperativo categórico, que dice así: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"⁶⁸ Para Manuel Atienza, esta prohibición de instrumentalizar al ser humano (al ser racional) se entiende, a veces, equivocadamente, como una prohibición de tratar a otro (o a uno mismo)

⁶⁶ Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017, pp. 119 -120.

⁶⁷ Corral García, E., "El derecho a la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n. 38, 2013, p 69.

⁶⁸ Kant, M., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 84.



como un medio, como un instrumento⁶⁹.

Por último, el TS no discrimina a los padres/madres comitentes por razón de sexo, al denegar la inscripción en el RC, puesto que el resultado es el mismo en los siguientes supuestos: pareja/matrimonio homosexual integrado por mujeres, pareja/matrimonio heterosexual, pareja/matrimonio homosexual integrado por varones e, incluso, una persona sola. Esto es debido a que, en el OJ español, el contrato de gestación por sustitución es nulo.

Más tarde, surge el ATS, de 2 de febrero de 2015 (recurso n. 245/2012)⁷⁰, en el que se desestima un incidente de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 de la LOPJ y el art. 228 de la LEC, interpuesto por los comitentes de la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, ya que el TEDH se acababa de pronunciar en el caso *Menesson Labassee* contra Francia, que en el siguiente apartado comentaremos. Dicho auto trata sobre la posibilidad de que la solución en la anterior sentencia del TS fuera contraria a la jurisprudencia del TEDH, concretamente con la STEDH, de 26 de junio de 2014, casos *Labassee* y *Menesson* contra Francia. Asimismo, determina que la solución adoptada en la sentencia del TS, de 6 de febrero de 2014, no conculca el derecho a la intimidad familiar ni el derecho a una tutela judicial efectiva ni el derecho a la igualdad.

El ATS llega a la conclusión que la jurisprudencia española emanada del TS en esta materia, no es contraria a la jurisprudencia del TEDH y que, en consecuencia, no había lugar a la declaración de nulidad de la sentencia del TS, de 6 de febrero de 2014. Esto es

⁶⁹ Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", cit. (disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista63/5373-gestacionpor-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta 12/12/2020).

⁷⁰ ATS de la Sala de lo Civil 335/2015, de 2 de febrero.



así, ya que Francia no reconocía ningún tipo de filiación a favor de los menores concebidos a través de la gestación por sustitución, hecho que no pasa en España, pues el hombre comitente biológico puede solicitar la filiación y reclamar la filiación (recordemos el art. 10 de la LTRHA disponía: "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"). Por otra parte, si el otro comitente no ha aportado material genético, puede adoptar al menor, como comentamos.

Para finalizar con este apartado, en el año 2019, la AP de Barcelona, concretamente la Sección Cuarta,⁷¹ se tuvo que pronunciar ante la resolución de contrato por incumplimiento contractual de un convenio de gestación llevado a cabo en el estado de Tabasco de México, lugar donde era legal esta práctica, a través de los servicios prestados por parte de una empresa española llamada SUBROGALIA, S.L. (agencia intermediadora). Dos parejas homosexuales presentaron una demanda, porque no se produjo ningún nacimiento, habiendo garantizado la mercantil española el nacimiento de un menor (niño o niña)⁷².

Lo sorprendente y llamativo del pronunciamiento de la

⁷¹ SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

⁷² El propio contrato la llama "Garantía de Éxito": "*SÉPTIMO. GARANTÍA DE ÉXITO. LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin. Para que la COMPAÑÍA asuma esta garantía es necesario que EL/A/LOS CLIENTE/A/ES hayan seguido en todo momento las instrucciones de LA COMPAÑÍA, y que no se hayan negado a continuar con el proceso. Si EL/A/LOS CLIENTE/A/ES se niegan a continuar con el proceso, por cualquier motivo o razón, LA COMPAÑÍA no vendrá obligada a devolver cantidad alguna...*"



AP de Barcelona es que resuelve el litigio, sin haber declarado de oficio la nulidad del convenio de gestación por sustitución, como se tendría que haber hecho, pues así se establece en el art. 10 de la LTRHA. Es más, tampoco declara la nulidad de los contratos de mediación que se establecen con la agencia intermediadora ni nombra, la AP de Barcelona, el art. 10 de la LTRHA en toda la sentencia. Esto mismo sucede en la sentencia del JPI n. 55 de Barcelona.

Frente a esta situación, a Gálvez Criado le surgen dudas acerca de si el contrato de gestación por sustitución es nulo en España, aunque asevera que "la tarea de juzgar no es sencilla, pero un buen punto de partida suele ser aplicar la ley"⁷³. Coincidimos plenamente, puesto que el juez o tribunal no puede (o no debería) saltarse la ley a su antojo. Asimismo, este pronunciamiento resulta sorprendente, pues ni el TS ni el TEDH (cuando se ha pronunciado en el caso de Francia, Estado en el que también se establece la nulidad como en España) ni la DGRN y, en general, ningún órgano se había planteado la no nulidad del contrato de gestación por sustitución.

⁷³ Gálvez Criado, A., "¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable", *Diario La Ley*, n.9444, 2019 (disponible en: [358](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2OQU DMAyFf w2-IE3tBto45NAuCCHBQF3h7qZWGy1LIHKK-u8xIAOWniz7fXr2Z6Y4t3Rh9Vy1983hUVf6-vhWNy8Pla4gzT74-azamAkYu6Q2N1dbU4hK0RrQcEang1HI5mewE7XYCQUh9hTrWRXAgdE1IATZQhrD1wEnOyDb4GuMS7bte6XbQmp9d7srdzBRTAKodzuQZ4LRDuOTiBc-EUYzvuJASo7nszBhhenjAs6fZHP89f-zdWaWvI794oFxoUy7dGR7 8--QbitWVPEQEAAA==WKE#nDT0000295818 NOTA17; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



1.3.2. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CON POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

El TEDH, en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 (casos Labasee⁷⁴ y Mennesson⁷⁵) ha condenado, por unanimidad, a Francia al no permitir la inscripción de los menores en el RC francés⁷⁶. En ambas sentencias, se trata de hijos nacidos en EE. UU., concretamente en el estado de California y el de Minnesota, mediante gestación por sustitución llevada a cabo con óvulos de una donante y también con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente, al ser estéril la mujer, pero fértil el varón. La paternidad legal de los comitentes fue declarada por el TS de California, aunque se les deniega, en Francia, la inscripción de los menores y la trascripción de la respectiva acta de nacimiento por tratarse de un caso de maternidad subrogada prohibido en Francia. Al regresar a Francia, los comitentes inician un procedimiento judicial con el objetivo de conseguir la citada inscripción, pero no lograron sus ansiadas pretensiones, debido a la normativa francesa en la materia.

También el TEDH ha condenado a Francia por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna, la filiación derivada de la posesión de estado o la filiación por adopción por parte de los comitentes. De acuerdo con el tribunal, esta situación: "...supone una

⁷⁴ STEDH 65941/11, de 26 junio de 2014.

⁷⁵ STEDH 65192/11, de 26 junio 2014.

⁷⁶ El 26 de julio del año 2016, el TEDH dictó sentencia conjuntamente en los casos Foulon y Bouvet, por hechos muy similares a las sentencias de los párrafos anteriores. STEDH 9063/14 y 10410/14, de 21 de octubre de 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia.



situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio” de Roma. En este artículo, se establece el derecho al respeto a la vida privada y el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad, derecho del que deriva la filiación. Este punto no se estipula respecto a los comitentes, sino que se determina respecto de los menores de edad. El TEDH considera que nos encontramos ante una familia de facto, ya que, en ambos casos analizados (Labassee y Mennesson), los padres comitentes desempeñaron de padres desde el mismo nacimiento.

Se ha cuestionado cuando, en el párrafo 100, el Tribunal de Estrasburgo afirma lo siguiente: “Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad y también “no puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento.” De este modo, se señala que puede llegar a ser controvertida la vinculación de la paternidad biológica con la identidad y, por extensión, con la vida privada, en base al vínculo biológico que une a los niños concebidos en el contrato de gestación por sustitución y el padre comitente⁷⁷.

Una vez determinado este extremo, el tribunal procede a determinar si la injerencia en el ejercicio de los derechos que el Estado francés ejecuta es conforme a lo que se establece en el segundo párrafo de este artículo: la persecución de un fin legítimo, la previsión de la

⁷⁷ Farnós Amorós, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 36, 2016. (disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000100008; última consulta: 20/05/2021).



injerencia en una determinada ley, la proporcionalidad entre la injerencia y el fin perseguido con la misma. En base a estos parámetros, aplicados a los derechos de los menores gestados mediante un contrato de gestación por sustitución, el TEDH a establecer que no existe un amplio margen de apreciación por parte del Estado francés. En contra de este planteamiento, se encuentra Iliadou:⁷⁸ ante la falta de consenso entre los propios países europeos en este asunto, que la propia sentencia reconoce, se debería adoptar un mayor y amplio margen de apreciación.

Asimismo, a los menores se les estaría negando o restringiendo determinadores derechos relativos a la identidad filial: se les estaría reduciendo a legatarios, negándoles la figura de herederos o limitando sus derechos sucesorios; lo concerniente a la responsabilidad paterna; y restringiéndoles el reconocimiento de la nacionalidad francesa. A estos argumentos, se suma la situación de desprotección y de inseguridad jurídica en la que quedan los menores de edad, se estaría poniendo en riesgo el ISM, según el TEDH. Es por todo ello, por lo que el tribunal termina condenando al Estado francés a reparar el daño moral originado a cada uno de los menores, cuya cantidad ascendía a cinco mil euros. Hemos de realizar dos precisiones: la primera, esta reparación se realiza en favor de los menores, puesto que, a los comitentes, no se les ha conculcado su derecho a la vida familiar y privada; en segundo lugar, cuando el TEDH dictó sentencia, los menores tenían en torno a 13-14 años de edad, por la excesiva dilación del procedimiento.

⁷⁸ Iliadou, M., "Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 62, 2017, p. 10.



En cambio, la respuesta de los tribunales y la regulación española son completamente diferentes al caso francés, dado que, en España, sí que se reconoce y se considera siempre como madre a la gestante, es decir, no se atribuye la maternidad a la genética. Posteriormente, el padre biológico podría ejercitar la acción de reclamación de paternidad y que, tras ello, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado.

Por otra parte, la sentencia "Paradiso e Campanelli"⁷⁹, en la que el TEDH considera contrario al orden público italiano recurrir a esta técnica, otorgando la razón a Italia. En este caso de Campanelli, se deniega la inscripción de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia. De este modo, a la vuelta de los comitentes a Italia, les denegaron la inscripción de la filiación a favor del matrimonio, aunque no les retiraron la custodia de los menores. Cuando, después (trascurridos seis meses de convivencia con el menor de edad), detectaron que el menor no guardaba ningún tipo de vinculación genética con el matrimonio Campanelli, se procedió al traspaso del bebé a otra familia distinta mediante la figura de la adopción.

En un principio, sin embargo, la Sección Segunda del TEDH, del 27 de enero del año 2015, dio la razón al matrimonio Campanelli al entender que se transgredía el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁰ (CEDH, en adelante) y al considerar que, tras unos seis

⁷⁹ STEDH de la "Gran Sala" 25358/2012, de 24 enero 2017.

⁸⁰ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE n. 108, de 6 de mayo de 1999).



meses conviviendo con el matrimonio, ya se habían originado vínculos afectivos merecedores de una tutela por parte del sistema, por lo que no se encontraba justificada la retirada de la custodia de los menores y la entrega a otra familia de adopción. Más aún, según el Tribunal de Estrasburgo, si se tiene en cuenta la declaración de aptitud que los comitentes obtuvieron en el año 2006, aunque ya había transcurrido bastante tiempo desde tal declaración hasta el nacimiento del bebé fruto del contrato de gestación por sustitución.

Posteriormente, el Estado italiano recurre la sentencia, estimando la Gran Sala del TEDH el recurso interpuesto (dos años más tarde, en el año 2017), al fallar, por mayoría (seis votos en contra y once votos a favor), que los vínculos o lazos existentes, que en este caso no se aprecian como suficientes y, en consecuencia, no pueden generar una violación de la ley italiana. De hecho, no considera la existencia de una vida familiar entre los comitentes y el menor por la corta duración de la convivencia entre ellos y la inexistencia de vínculos biológicos. Así, se produce una injerencia estatal en la vida privada de los demandantes, siendo dicha intromisión legítima, ya que responde al ejercicio de la autoridad estatal en la materia, por ser el Estado italiano exclusivamente competente para determinar que la filiación se forma, únicamente, a través del vínculo biológico o la adopción legal. Es por ello, que el TEDH no considera que se ha vulnerado el art. 8 del CEDH, relativo a la vida familiar del niño.

En definitiva, en esta última sentencia, el TEDH considera necesaria la injerencia llevada a cabo por parte de Italia. Asimismo, el tribunal aprecia que el CEDH no recoge un derecho a ser padres o madres. Finalmente, hemos de señalar que el voto concurrente en la sentencia de Paradiso e Campanelli (emitida por los seis



jueces discrepantes con la sentencia: De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, entre otros) apunta a que estamos frente a tráfico de seres humanos, cuando no existe vínculo ni gestacional ni biológico entre la gestante y los comitentes, encuadrándose esta práctica en el Protocolo relativo a la venta de niños y a la prostitución infantil⁸¹.

En suma, de las sentencias invocadas se observa que el TEDH ha fallado en la sentencia *Paradiso y Campanelli* en contra de la maternidad subrogada, aseverando que no existe un derecho a ser padre, mientras que, en otros Estados, como Francia, ha obligado a inscribir a los niños procedentes de un contrato de gestación por sustitución. De acuerdo con lo establecido por Simón Yarza,⁸² existe una "falta de coherencia entre las sentencias", pues en una se admite el derecho al hijo, mientras que en otra no. Ahora bien, hemos de señalar que la situación de desprotección que se producía en Francia, no se daba en Italia (por los motivos expuestos anteriormente), siendo las circunstancias de cada caso completamente diferentes.

1.4. DICTAMEN CONSULTIVO DEL TEDH

El dictamen, de 10 de abril de 2019,⁸³ se elabora tan solo

⁸¹ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE» n. 27, de 31 de enero de 2002).

⁸² Simón Yarza, F., "Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 19-20.

⁸³ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born



seis meses después de la petición de la Corte de Casación de Francia, de 5 de octubre de 2018, en relación con el caso *Menesson*,⁸⁴ en el cual el padre comitente había aportado también el material genético, pero la madre comitente no había aportado gametos, y la filiación entre el padre comitente y el bebé se encuentra reconocida en el derecho del país en el que se pretende que produzca efectos la gestación por sustitución, esto es, Francia. Esta es la primera vez -desde sus orígenes- en la que dicta una opinión consultiva el TEDH, en aplicación del Protocolo n. 16⁸⁵.

Concretamente, se formulan al TEDH dos preguntas. En primer lugar, si el respeto al artículo 8 del Convenio exige o no que el derecho interno de cada Estado prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente, en aquellos casos en que no exista vínculo genético con ella, al no haber aportado los óvulos, pero sí con el padre comitente, puesto que ha aportado gametos masculinos. En segundo lugar, si el reconocimiento de la filiación entre la madre comitente no genética y el menor tendría que adoptar obligatoriamente la forma de inscripción en el

through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother P16- 2018-001, de 10 abril 2019

⁸⁴ Arrêt de la Corte Casación francesa 638, de 5 de octubre de 2018.

⁸⁵ Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 2 de diciembre de 2013 (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf; última consulta: 04/01/2021)

Este Protocolo todavía no ha sido ni firmado ni ratificado por España, ni tampoco parece que se vaya a producir este hecho por ahora, al igual que más de treinta Estados del CEDH.



registro nacional de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si, por el contrario, el uso de otros medios, como la adopción, daría igualmente cumplimiento a las exigencias derivadas del CEDH.

De este modo, el Dictamen Consultivo del TEDH trata el supuesto de determinación de la filiación de la maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, como consecuencia del fenómeno del turismo reproductivo, que más adelante, en otro apartado, se detallará. En lo relativo a la primera de las cuestiones anteriormente enunciadas, en dicho Dictamen Consultivo se estipula que los países deberían regular en su OJ interno para que la madre comitente, sea o no sea aportadora de gametos, se considere como madre legal a través del certificado extranjero de nacimiento que cumpla todos los requisitos en el ordenamiento jurídico de otro Estado extranjero en el que se desarrolla el contrato de gestación por sustitución. Es más, este tribunal asevera y subraya que “se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente” cuando el menor de edad nacido mediante un convenio de gestación subrogada se concibe con los propios gametos femeninos (óvulos) de la madre comitente.

En lo que respecta a la segunda de las cuestiones plantadas, el tribunal determina que el reconocimiento como madre legal no tiene que realizarse exclusivamente a través de la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, en el país de residencia de los comitentes, sino que se puede recurrir a la figura jurídica de la adopción por parte de la madre comitente, siempre y cuando este expediente no conlleve dilación en el tiempo innecesaria (concretamente el dictamen habla de “prontitud y eficacia”), con la finalidad de salvaguardar el ISM. Es por ello, que la opinión no exige que los países



reconozcan la filiación a través de la inscripción registral del certificado extranjero, dejando un reducido margen de apreciación a los Estados, es decir, se propone la consecución de un resultado, pero se deja margen de maniobra y libertad para lograrlo. Así las cosas, se tienen dos vías alternativas discrecionales por parte de los Estados para reconocer la filiación a los comitentes. Con ello, según dicho dictamen, quedaría salvaguardado el art. 8 del Convenio de Roma.

Esta opinión del TEDH es criticada por "el riesgo de que, en caso de divorcio de la pareja, no pueda la madre comitente acceder a la adopción (arts. 175.4, 176.2 y 178.2 CC). En estos casos, la declaración que realiza el TEDH sobre el reconocimiento del vínculo de filiación con la madre comitente podría verse comprometida en la práctica"⁸⁶. Ahora bien, también ha sido alabada: "visto desde el punto de vista del hijo, responde a su interés superior; visto desde la óptica de los comitentes, les permite lograr el resultado pretendido; y visto desde la perspectiva del Estado, le permite defender su sistema de valores y su ordenamiento jurídico y encauzar legalmente la atribución de esa filiación"⁸⁷.

Las repercusiones de este dictamen, no vinculante en el OJ español, son realmente escasas. En nuestra normativa, nada impide que la madre comitente adopte al hijo fruto de un contrato de maternidad subrogada que ha tenido lugar en un país extranjero. Así, cuando el padre comitente sea portador de material genético,

⁸⁶ Andreu Martínez, M. B., "Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", cit., p. 75.

⁸⁷ Nanclares Valle, J., "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 31, 2020, p. 30.



según el art. 177.2.3 del CC, pasados treinta días desde el parto, la madre gestante renuncia a la filiación y, entonces, la madre comitente puede adoptar al bebé (en este supuesto no se necesita la declaración de idoneidad del art. 176 del CC)⁸⁸.

De ser una pareja de homosexuales, en vez de la madre comitente, sería el otro padre comitente el que puede adoptar, en las mismas condiciones que la madre comitente. De este modo, se refuerza la solución que adoptó el TS español en la STS de 6 de febrero de 2014 y ATS de 2 de febrero de 2015. La celeridad y rapidez que se sugiere en la opinión del TEDH es un poco más discutida en España por la excesiva burocracia, que puede derivar en una lentitud inapropiada en la tramitación del expediente. Ahora bien, la dilación de los trámites, según Barber, no afecta ni pone en peligro alguno al menor. Es más, sin la celeridad y rapidez en los trámites burocráticos, el niño seguiría dentro de su núcleo familiar, denotaría el respeto a los principios emanados por el OJ y, además, se produciría una disuasión del fenómeno del turismo reproductivo a escala internacional⁸⁹.

Por otra parte, en el apartado 34, el TEDH explica que su función no consiste en fundamentar su respuesta ni tampoco en responder a todos los motivos. El art. 4.1 del Protocolo n. 16, sin embargo, dispone que las "opiniones consultivas serán motivadas". A pesar de esta desafortunada afirmación, la opinión se encuentra suficientemente motivada y fundada, pues incluso realiza

⁸⁸ Cerdà Subirachs, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN", *Diario La Ley*, n. 4893, 2011, p. 3.

⁸⁹ Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", cit., 2013, p. 2947.



un análisis del estado de la regulación de los 43 Estados que conforman el CEDH, en los apartados del 20 al 24. Desde un punto de vista formal, apuntamos cuatro notas: la insuficiente alusión a las observaciones formuladas por las partes; el insuficiente desarrollo del supuesto de hecho; la escasa justificación de la necesidad de la opinión consultiva (posiblemente, porque es evidente); y en cuarto lugar, la reducida extensión y concisión de la opinión consultiva.

Ahora bien, este instrumento permite una disminución de los casos que llegan hasta el TEDH y, además, revigora el principio de subsidiariedad de los jueces y tribunales de los Estados parte en el convenio. Por último, y al margen de lo dispuesto en la opinión consultiva, la utilización de la adopción mediante los instrumentos anteriormente mencionados, cuando el comitente aporta gametos (con la finalidad de evitar la aplicación de la prohibición legal), supone verdaderamente un fraude de ley del art. 6.4 del CC⁹⁰.

Siguiendo el anterior razonamiento, una corriente doctrinal contraria a la permisividad de la gestación por sustitución se ha llegado a preguntar irónicamente por qué no se admite directamente la gestación por sustitución al ser los efectos prácticos idénticos a una admisión en nuestro OJ y, por ello, califican tal utilización práctica como "absurda" y se debería revertir inmediatamente⁹¹. Consideramos que, de forma indirecta, se está consiguiendo el resultado de la

⁹⁰ Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 4 y ss.

⁹¹ De Verda y Beamonte, J. R., "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, n. 7501, 2010, p. 5.



maternidad subrogada, pese a lo que se establece en el art. 10 de la LTRHA, y podría cometerse un claro fraude de ley.

2. SITUACIÓN DE DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: EL TURISMO REPRODUCTIVO

Por la imposibilidad de realizar este contrato en España, nos parece interesante comentar el fenómeno de la internacionalización, que se ha denominado "turismo reproductivo", aunque, en términos más amplios, el turismo médico o de circunvalación⁹² no es exclusivo de la maternidad subrogada, sino que también se produce en otros ámbitos como el aborto o el suicidio asistido. Este fenómeno implica que, en los países en los que no se encuentra permitida la maternidad subrogada, los comitentes se dirigen hacia países en los que esta práctica está totalmente legalizada. Ahora bien, este fenómeno, según nuestro criterio, va más allá, puesto que no solamente se produce cuando se da la situación de que en un país es legal, en el que se ejecuta el contrato, y en otro país es ilegal, en el que se pretende que se reconozca la filiación.

Esto también se va a producir, según la lógica del mercado, desde países en que es legal la maternidad subrogada hacia países en los que también es legal la maternidad subrogada, pero que tienen distinto poder adquisitivo y, en consecuencia, resultando más asequible el país de destino. Esto se produce en el campo sanitario de las operaciones estéticas que no cubren los sistemas autonómicos de salud. En España, no se encuentra prohibida la realización de injertos de pelo, de aumentos

⁹² Cohen, G., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, n. 23, 2014, p. 27.



mamarios o de cualquier operación estética, pero los ciudadanos españoles de clase media recurren a países en los que los costes son menores, como, por ejemplo, Turquía.

En otras palabras, desde países desarrollados (en los que el coste del contrato sería más elevado) hacia países en vía de desarrollo o subdesarrollado en los que sería mucho más barato realizar este tipo de prácticas. Para obtener una definición más precisa que las formuladas: desplazamiento de posibles receptores o usuarios de TRAs desde una institución, jurisdicción o país, donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, es más cara o es ilegal, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla, sin inconvenientes.

La diferencia de precios que puede llevar a la internacionalización es evidente cuando este tipo de contratos cuesta en EE. UU. en torno a 100 000 dólares, cuando en países en vía de desarrollo o incluso subdesarrollados este importe se reduce hasta más de la mitad. Así, según los datos que ha proporcionado el medio de comunicación BBC News, en India, cuesta de media 47 350 dólares; en Tailandia, 52 000 dólares; en Ucrania, 950 dólares; en México, 45 000 dólares...⁹³

A la hora de analizar el fenómeno del turismo reproductivo es necesario hacer referencia a los riesgos que surgen tanto en el país de origen de los comitentes como en el país de origen de la madre gestante o el de destino de los comitentes.

Desde el punto de vista jurídico, ya hemos visto que genera una serie de problemas por la recepción, que

⁹³ Cheung, H., "Surrogate babies: where can you have them, and is it legal", *BBC News*, 6 de agosto de 2014 (disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020>; última consulta 28/ 01/ 2021).



tiene lugar en nuestro OJ, de la filiación que se ha originado en un tercer país. También podría valorarse el choque con los valores arraigados en la sociedad española y la colisión de valores en la sociedad de destino, puesto que, en países, como India, la homosexualidad está mal vista, normalmente acuden parejas a la maternidad subrogada por su incapacidad biológica. Además, habría que considerar los casos de negligencia en el extranjero que después tienen que ser resueltos en el país de origen, situación que puede incomodar a los profesionales sanitarios y llegar a tener consecuencias en la relación de confianza que debe existir en la atención sanitaria.

Siguiendo lo comentado anteriormente, los principales proveedores de la maternidad subrogada son los siguientes países: Tailandia, India, Nepal. En estos países, se permite la maternidad subrogada con fines comerciales, pero no es posible analizar la normativa desarrollada por estos países por el reducido tamaño del trabajo que se presenta. Únicamente, hemos de comentar que, en ocasiones, la información que reciben las mujeres va a ser escasa, oscura y muchas veces contradictoria, acentuándose este problema con el hecho de que en ocasiones se ven obligadas a firmar un papel en un idioma diferente del que entienden, no pudiendo ser capaces de comprender todos los extremos del contrato que van a firmar.

Por otra parte, también sería interesante abordar el fenómeno de internacionalización, con las consiguientes consecuencias negativas. Deonandan sostiene que nos encontramos ante una nueva "neocolonización", en la antigüedad, explotábamos los recursos mineros como el oro o la plata, mientras que, en la actualidad, la explotación es el sometimiento al que se encuentran expuestas las mujeres que aceptan la maternidad



subrogada⁹⁴.

Para finalizar, exponemos algunos argumentos curiosos, como la defensa que realiza Vela al propugnar el “considerable ahorro de costes que para los españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada”⁹⁵.

También resulta curioso el comentario realizado respecto a la prohibición en España: es evidente que muchas personas evaden y recurren a esta práctica realizándola en otros países para satisfacer sus deseos de ser padres. Y, en consecuencia, el problema que implica su prohibición es la generación de un mercado clandestino, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovechan de las situaciones de vulnerabilidad⁹⁶.

⁹⁴ Deonandan, R., Green, S. y Van Beinum, A., “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *Journal of Medical Ethics*, n. 38, 2012, pp. 741-743.

⁹⁵ Vela Sánchez, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, n. 8055, 2013, (disponible en: [⁹⁶ Camacho, J.M., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2O3UrEMBCFn6a5CUi73fpzkYutVRAWkbUIXk7TMR3MJjWZ1u3bm24dOMzA-ThzfiYMS4sXVkeQBiODpzmzK86_SydEHiU5DMF72GHuUaCW41cbCUqQoUXu34WfSK2VlgwH14EVcnHfLWbVhQsHQRVXuszdJxVJOWGaJ7CN16pab5qhxS5BwocQ72oXLBnsCeM6rYScfC_rzCTASbvaghbMvW9ato8TfFwX1WVmDHEBKgPMugYxUBmOCbxpvgp_GZLGNogEF9Ph1O2W4vr7PLi1JEhKCHNzCoXhxp8jcQx4uw7jt1fb-aW9QG1hNzetex2zyhbdopGx_Bouv_i_4BCFmdtWkBAAA=WKE; última Consulta 13/05/2021).</p></div><div data-bbox=)



Ahora bien, ambos argumentos terminan desmontándose cuando la evidencia muestra que, aun permitiéndose la maternidad subrogada, los comitentes optan por el extranjero, dado que, en países menos desarrollados que España, los costes son menores. Por ello, los anteriores argumentos quedan desmontados, ya que la legalización no terminaría con el recurso a otros países por lo expuesto.

3. CONCLUSIONES

-PRIMERA: El legislador español ha declarado nulo el contrato de gestación por cuenta ajena, pero no ha legislado nada más en la materia, dejando una inseguridad jurídica en el OJ español. Si realmente lo que pretende el legislador es prohibir esta técnica de manera eficaz y eficiente, debe establecer una legislación que imposibilite a los intermediarios que proveen estos servicios al mercado, a través de multas de una elevada cantidad que les haga poco interesante este tipo de actividad mercantil.

-SEGUNDA: Con la situación legislativa actual de fracaso, pese a parecer que claramente la voluntad del legislador es la de prohibir esta técnica, se está corriendo el riesgo de que la sociedad empiece a aceptar esta práctica por ver su uso normalizado sin ninguna consecuencia jurídica para nadie. Con el paso de los años, estamos casi seguro que el legislador cambiará y se terminará haciendo una regulación permisiva de la gestación por sustitución. A no ser que se adopten las medidas que se señalan en la presente obra académica.

-TERCERA: El fenómeno de la maternidad subrogada se ha internacionalizado para sortear los obstáculos que se

de sus detractores”, 2009 (disponible en: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última Consulta 13/05/2021).



ponen, esto es, lo que se denomina turismo reproductivo. Tratar este problema requiere legislar vía tratado internacional para garantizar todos los intereses que se encuentran en juego. Si no se llega a legislar a través del derecho internacional, se corre el riesgo de permitir la gestación por sustitución, en contra de la legislación de otro Estado. Se puede incluir un artículo en los propios ordenamientos que permiten la maternidad subrogada en el que se exija como requisito que uno de los dos comitentes sea un nacional de ese propio Estado. Esto evitaría el problema de la internacionalización.

4. FUENTES DE INFORMACIÓN

4.1 BIBLIOGRAFÍA

Albert Márquez, M.M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, n.7863, 2012.

Álvarez Álvarez, H., "Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 49, 2019.

Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, n. 10, 2010.

Andreu Martínez, M. B., "Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica*



Iberoamericana, n. 10, 2019.

Andrews, L.B. y Douglass, L., "Alternative Reproduction", *South California Law Review*, n. 65, 1991.

Aragón Gómez, C., "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes Arechедerra Aranzadi, L. I., No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", *El notario del siglo XXI*, n. 63, 2015

Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017.

Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 89, n. 739, 2013.

Bowlby. J., *El Apego y la Pérdida*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J., "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n. 2, 2015.

Cerdà Subirachs, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN", *Diario La Ley*, n. 4893, 2011.



Cohen, G., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, n. 23, 2014.

Answorth, M. D., "Attachment beyond infancy", *American Psychologist*, n. 44, 1989, pp. 709-716.

Corral García, E., "El derecho a la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n. 38, 2013.

Corredor Agulló, Á., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Crevillén Verdet, P., *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

De Verda y Beamonte, J. R., "Inscripcion de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, n. 7501, 2010.

De Verda y Beamonte, J. R., "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en Conte G. y Landini S. (coord.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.



Deonandan, R., Green, S. y Van Beinum, A., "Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism", *Journal of Medical Ethics*, n. 38, 2012.

Díaz Romero, M.R., "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, n. 7527, 2010.

Fabre, C., *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, University Press, Oxford - Nueva York, 2006.

Farnós Amorós, E., "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 36, 2016.

Gálvez Criado, A., "¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable", *Diario La Ley*, n. 9444, 2019.

González Carrasco, M.C., "Gestación por sustitución: ¿Regular o Prohibir?", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n. 22, 2017.

González Moreno, J. M., "La maternidad subrogada como laboratorio de Biopolítica", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, vol. 54, 2020.

Guilarte Martín-Calero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

Heredia Cervantes, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI,



fascículo II, 2013.

Iliadou, M., "Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 62, 2017.

Jiménez Muñoz, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014.

Kant, M., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1973.

Lamm, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2008.

Lamm, E., *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions D.L, Barcelona, 2013.

Lasastere Álvarez, C., "La reproducción asistida", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012.

Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez-Solana Journoud, A., "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo n. 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 2, 2019.

Leonseguí Guillot, R. A., "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 7, 1994.



López Peláez, P.P., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012.

Nanclares Valle, J., "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 31, 2020.

Nuño Gómez, L., "Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler", *Isegoría*, n. 55, 2016.

Pantaleón Prieto, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988.

Pantaleón Prieto, P., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993.

Paternan C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

Quicios Molina, S., "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, n. 103, 2019.

Roncesvalles Barber, C., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.739, 2013.

Simón Yarza, F., "Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*,



n. 25, 2017.

Trabucchi, A., "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXXII, n. 5, 1986.

Vela Sánchez A.J., "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 2013.

Vela Sánchez, A. J., "La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario la Ley*, n. 7608, 2011.

Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

Vela Sánchez, A., "Análisis estupestacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.", *Diario La Ley*, n. 9453, 2019.

Vela Sánchez, A.J., "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho", *Diario La Ley*, n. 8055, 2013.

Vela Sánchez, J., "La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional", *Diario La Ley*, n. 8927, 2017.

4.2 NORMATIVA



Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE n. 296, de 11/12/1958).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (n. 313 BOE 31/12/1990).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE n. 251, de 20 de octubre de 1999).

Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE n. 27, de 31 de enero de 2002).

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE n. 108, de 6 de mayo de 1999).

4.3 INFORMES, OPINIONES E INSTRUCCIONES

Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement



abroad and the intended mother P16- 2018-001, de 10 abril 2019.

Camacho, J.M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009 (disponible en:

<https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última Consulta 13/05/2021).

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF; última consulta: 12/12/2020)

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE n. 243 07/10/2010).

Instrucción, de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n. 126, de 27/05/2006)

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE n. 175, 22/07/2011).



Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE n. 312, de 29/12/2007).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17/01/1996).

Ley, de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n. 151, 10/06/1957).

Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 2 de diciembre de 2013 (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf; última consulta: 04/01/2021)

4.4 DECISIONES JUDICIALES

Arrêt de la Corte Casación francesa 638, de 5 de octubre de 2018.

ATS de la Sala de lo Civil 335/2015, de 2 de febrero.

Auto de la AP de Barcelona de la Sección 18ª, de 18 de noviembre de 2014.

SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

STEDH 65192/11, de 26 junio 2014.

STEDH 65941/11, de 26 junio de 2014.

STEDH 9063/14 y 10410/14, de 21 de octubre de 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia.

STEDH de la "Gran Sala" 25358/2012, de 24 enero 2017.

STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de



2014.
STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero.

4.5 PRENSA

Cheung, H., "Surrogate babies: where can you have them, and is it legal", *BBC News*, 6 de agosto de 2014 (disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020>; última consulta 28/ 01/ 2021).

E.B., "El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido", *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacion-subrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>; última consulta 10/02/2021).

5. ABREVIATURAS EMPLEADAS

ADN: ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO.
AP: AUDIENCIA PROVINCIAL.
APs: AUDIENCIAS PROVINCIALES
Art.: ARTÍCULO.
Arts.: ARTÍCULOS.
ATS: AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO.
BOE: BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.
Cap.: CAPÍTULO.
CC: CÓDIGO CIVIL.
CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
CEDH: CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
CJI: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.
CS: CIUDADANOS.
DGRN: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
EE. UU.: ESTADOS UNIDOS.
ISM: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.



JPI: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.
LEC: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
LO: LEY ORGÁNICA.
LOPJ: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.
LRG: LEY DEL REGISTRO CIVIL.
LTRHA: LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.
MF: MINISTERIO FISCAL.
MJ: MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA.
N.: NÚMERO.
OJ: ORDENAMIENTO JURÍDICO.
P.: PÁGINA.
Párr: PÁRRAFO.
PP.: PÁGINAS.
RC: REGISTRO CIVIL.
RCs: REGISTROS CIVILES.
RDGRN: RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
RRC: REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL
S.L.: SOCIEDAD LIMITADA.
SAP: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
SEF: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD.
SJPI: SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.
Ss: SIGUIENTES.
STEDH: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
STS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
TRA: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (HUMANA).
TS: TRIBUNAL SUPREMO.
UE: UNIÓN EUROPEA.
Vol.: VOLUMEN.



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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA UNIÓN EUROPEA REGULA EL INTERNET: CONTENIDOS, TRANSPARENCIA Y ALGORITMOS EN LA NUEVA DSA

THE EUROPEAN UNION REGULATES THE WEB: CONTENTS, TRANSPARENCY AND ALGORITHMS IN THE NEW DSA

D. Salvatore Gabriele

Student of the LLM in EU Law at the European Law & Governance School (an international University School by EPLO, European Public Law Organization).

Resumen: La Unión Europea quiere regular Internet y, junto al Digital Markets Act, el Digital Service Act es la principal herramienta para crear un "entorno online seguro y responsable". El plan es ambicioso y su proyecto interesante: la transparencia y la divulgación de los algoritmos están en el centro del documento precisamente porque son cruciales para lograr una web más consciente y abierta.

El estudio intenta acompañar el desarrollo del trabajo legislativo para tener una visión transversal de las innovaciones y sus efectos en los temas investigados. Se dividió en un análisis inicial, más descriptivo, de la sustancia general de la DMA y *la DSA*, para proseguir con una investigación de la norma inherente a la



libertad de expresión y el uso de mecanismos automatizados en la armonización de las responsabilidades de las plataformas en Internet. Es de presumir que el interés en estos temas aumentará en los próximos años debido a la entrada en vigor de este audaz "paquete" de la UE, ya que los servicios digitales serán radicalmente redefinidos, en contra de los que deseaban un entorno en línea modelado en base a la maximización económica exclusiva, rehén de oscuros algoritmos y dark patterns. Estos temas serán primordiales en el análisis de la eficacia del Reglamento y del futuro de Internet.

Palabras clave: Internet, transparencia, algoritmo, plataformas, mercados y servicios digitales, evaluación de riesgos, supervision - aplicación

Abstract: The European Union wants to regulate the internet, and, alongside the Digital Markets Act, the Digital Service Act is the main tool to create a "safe and accountable online environment". The plan is ambitious and its blueprint intriguing: transparency and disclosure of algorithms are at the core of the paper precisely because they are crucial to achieving a more conscious and open web.

The study attempted to follow the legislative work in order to have a diagonal slant on the innovations and their effects on the themes investigated. It was divided into an initial, more descriptive analysis of the general substance of DMA and DSA, and then proceeded with an investigation of the rule inherent in freedom of expression and the use of automated mechanisms in the harmonisation of the responsibilities of online platforms. Interest in these areas will presumably increase in the coming years due to the entry into



force of this bold EU “package” because the digital services will be literally redefined, against those who desired an online environment modeled on exclusive economic maximization, hostage to obscure algorithms and dark patterns. These topics will be paramount in the analysis of the efficacy of the Regulation and the future of internet.

Key words: Internet, transparency, algorithm, platforms, digital markets and services, risk assessment, monitoring - enforcement

Sumario:

Introduction

1. The European Union regulates the web

1.1 The Digital Market Act, a general overview

1.2 The Digital Service Act, for a better internet environment

1.2.1 Overview of the proposal

1.2.1.1 General provisions

1.2.1.2 Liability of providers of intermediary service

1.2.1.3 Due diligence obligations for a transparent and safe online environment

1.2.1.4 Implementation, cooperation, sanctions and enforcement

1.2.1.5 Final Provisions

1.2.2 Possible proposals for improvement

2. Moderation of contents and transparency

2.1 Definition and Scope of the DSA on disinformation



2.1.1 Provisions for all providers of intermediary services and online platforms

2.1.2 Special Provisions for Very Large Online Platforms and Very Large Online Search engines

2.2 Algorithm disclosure

2.3 What is illegal offline will be also illegal online?

Conclusions

TABLE OF ABBREVIATIONS

BEUC: European Consumer Organization

BOT: Robot

CPS: Core Platform Service

DMA: Digital Market Act

DSA: Digital Service Act

DSC: Digital Service Coordinators

EBDS: European Board for Digital Services

EC: European Commission

ECD: E-Commerce Directive

EU: European Union

G7: Group of 7 (States)

GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft

GDPR: General Data Protection Regulation

NATO: North Atlantic Treaty Organization

SME: Small and Medium Enterprise

VLOP: Very Large Online Platform

VLOSE: Very Large Online Search Engine

TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union

TEU: Treaty of the European Union

U.S.: United States



INTRODUCTION

The proposal for a broad regulation on the topic of digital suggests a clear intention of the EU legislator who, as for the General Data Protection Regulation¹ (GDPR) a few years ago, wants to regulate an entire sector that is very delicate but not to be postponed, as the web giants are taking advantage of excessive freedom in shaping the market and the services offered with a clear distortion of the mechanisms of economic freedom and equality of competitiveness. It was in that perspective that the European Commission delivered on the plans proposed in the European Digital Strategy, "Shaping Europe's Digital Future"², by proposing two acts for the governance of digital in the EU.

The digital world will have quite a few shocks because of the introduction of regulations that are about to change several procedures, introducing burdens and obligations regarding the online marketplace and online services sector. As for the discipline of the web, which also encompasses the Commission's proposal of the Digital Market Act³, reference will be made to it only in the first

¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

² EU COM, "Shaping Europe's Digital Future" (European Commission, February 2020).

³ Proposal for a Regulation on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), COM (2020) 842 final, 15.12.2020.



few paragraphs since the investigative field must necessarily adhere to a scientifically rigorous line of inquiry, and for the aims of the research, the topic of digital services seems, perhaps due to personal inclination, more akin to upgrading the web milieu in its entirety. Therefore, the discipline of the Digital Service Act⁴ is seen as better responding to the urgencies of the present, as well as having an imperative relevance. Far from asserting itself as the solver of all evil, the paper will also strive to highlight the controversial aspects of the proposal and possible potential refinements that can be made.

It will be deepened the argument of transparency deemed into the new Regulation, with a focus on disinformation and algorithm disclosure. The reasons for these two issues are mostly tied to current affairs because they have now become a grave problem in the online world and - conversely - in reality. Virtual world has gained influence, yet more and more are the risks of a far-west in the absence of stringent regulation and, accordingly, transparency. Online people interact, and Web 2.0⁵ has made blatant the dangers of being consumers-users of everything that can be bought-read-shared on the Internet, and especially having profiles inherent to one's personality to interact with. It is indeed

⁴ Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM (2020) 825 final, 15.12.2020.

⁵ The also knows as participative web refers to "websites that emphasize user-generated content, ease of use, participatory culture and interoperability (i.e., compatibility with other products, systems, and devices) for end users", from Wikipedia, link: https://en.wikipedia.org/wiki/Web_2.0.



on social networks (and more globally on search engines) that false information and outright misinformation circulate the most, with BOTs⁶ increasingly nimble in untangling the plots of limits and alerts to share and spam as much as possible genuine diversionary sources from reality. Since 2016, following the pro-Brexit campaigns and pro-Trump propaganda in the U.S. presidential election, the deterioration of the information environment circulating on social media (especially Facebook and Twitter) has become visible; however, it is only since 2020, following the Codiv-19 pandemic, that these platforms have begun to use so-called label-flags to mark falsehood-prone content. Even, both the platforms have distinguished itself by blocking former President Trump's account contextually to the hoaxes it was releasing during the Capitol Hill assault. Disinformation online - but also offline - is a very serious issue that should be urgently addressed at the educational level as well. On the web, moreover, the spread of hoaxes and speciously false news is a real emergency, aggravated by algorithms that individualize each platform for each person, with blatant profit-maximizing aims. Thus we are dealing with private mechanisms for platforms that act as public agoras, reaching millions of users: that represents a challenge

⁶ Bots will be regulated with a new Regulation on AI, for which there is a Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, Brussels, 21.4.2021, COM (2021) 206 final.



that must only be addressed at the Community level and should lead to decisive changes for the ecosystem of our online profiles and, consequently, of our democracies. The European Commission has accepted the challenge with a daring proposal, the outcome of a legislative process that has brought important innovations.

Transparency is the watchword for the Digital Service Act, so this Russian doll model system⁷ by which obligations were arranged for different platforms based on their “degrees of influence” could be a novelty that might be replicated for other areas. Openness in the Regulations stands for cognizance of the mechanisms by which these platforms work - including algorithmic systems. The preference of these issues over others contained in the Proposal (such as the Good Samaritan clause might be, or the effectiveness of enforcement and compliance) lies in its topicality and the arduous task of transmuting such delicate and intricate proposals into legislation. It is precisely for this reason that the sections on insights will be compared with the text that will be adopted: the modifications and expansions of responsibility that the legislative process has succeeded in achieving will be highlighted, with novelties that are truly remarkable and will affect the extent of Regulation.

1. THE EUROPEAN UNION REGULATES THE WEB

Mapping out the difference between Digital Service Act (DSA) and Digital Market Act (DMA) is significant, if only

⁷ For this comparison, see M. Cappello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act package*, IRIS Special, European Audiovisual Observatory, Strasbourg (2021), p. 2.



to define the different scope of application of the two European regulations, which provide for many changes in the relevant internal procedures to create a safe online world and define the lines of illegality on the web - as Commission President Ursula Von der Leyen enthusiastically put it - on the same footing as offline: "what is illegal offline will also be illegal online". This prediction is arduous to envisage with certainty, considering that this is only a proposal that has indeed had the positive consensus of Parliament and the Council.

Digital is the only sector that grows even during a pandemic, and recent history has shown us that with alacrity. Although it is difficult to keep up with technological transformations and evolutions, the Union would seem to want to demonstrate that it is regulating a field of action that is rather complex and always in flux. It is to be hoped that this discipline on digital can evoke what has happened for the protection of privacy with the famous GDPR, since this matter also falls within the protection of fundamental rights put at risk by an "under-ruling" (typical of common-law systems), from which, moreover, come the greatest threats in these sensitive contexts. The novelty that the Digital Services Act and the Digital Markets Act (together with the Data Governance Act) would bring is represented by their scope of application that would not only include platforms formally established on the territory of the European Union, but would also have as recipients actors from all over the world, being characterized by an, at least potential, extraterritorial application of EU law or,



as it has been effectively said, a form of “territorial extension” with the aim of achieving the “European sovereignty”.

1.1 The Digital Market Act, an overall perspective

The Commission's intentions were to regulate digital with a single regulation, but the requirement to divide the discipline into two pieces became apparent due to its intended purposes: The DSA refers to intermediary service providers and online platforms by virtue of their quality as conduits for innumerable services that users refer to in navigating the web; while the DMA targets “gatekeepers” dispensers of “core platform services”, i.e., platforms on the web that have such a huge share of recipients, within their ambit, as to generate market phenomena and constraint often bordering on dependence and anti-competitiveness.

The DMA proposal was released the 20th of December 2020. It was prepared by the European Commission following several years of work. The proposal is based upon some companies designated as “gatekeepers”: these are presumed to maintain power over “core platform services” by virtue of incumbency advantages or bad business behavior (as well about the extension of gatekeepers control over “ancillary services”, and of relative tipping effects). It is built on “strong evidence” of high concentration, trading partner dependence, and unfair conduct. The purpose is to cover several types of core platform services: online intermediation services (including software application stores), online search



engines, online social networking services, video-sharing platform services, number-independent interpersonal communication services, operating systems, cloud computing services, advertising services, web browsers, virtual assistants.

The Act foresees that targeted regulation of gatekeepers would enhance the raising of alternative platforms, improve innovation levels, and drive prices down in the digital sector

The DMA Explanatory Memorandum notes that “a small number of large online platforms capture the biggest share of the overall value generated” and that these platforms intermediate “many transactions between end users and business users”. The necessary trade-off between certainty and aleatory results could be drawn by the methodology followed: the choice of the *ex-ante* regulation could be symptomatic of a legal certitude⁸, although, on the other side it could remain anchored to an outdated cataloging in a field that is constantly being updated and developed. It goes without saying that the scope of the DMA are dynamic markets where practices and market features are subject to rapid change, a flexible and future-proof approach is needed to ensure agility of the applicable legal framework, whilst

⁸ P. Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, *European Law Review* (2022). Into the paper, however, is positively argued about the modalities chosen by the Commission, p. 3. It is also noted that: “it lacks flexibility in comparison to competition law enforcement which is conducted on a case-by-case basis”.



simultaneously providing sufficient legal certainty to the regulated entities⁹. It is for this reason that the Proposal enshrines into the article 10 a clause providing for the eventual updating of bonds for gatekeepers following a “market investigation” through which the Commission may identify the need for new obligations to address practices that limit contestability or are unfair in the same way as the practices addressed by the obligations in Articles 5 and 6¹⁰. These two statements include, respectively, “obligations” and “obligations susceptible of being further specified”. The extensive list of bonds shall be met within six months of the platform's being designated as gatekeeper inherent in its core platform service¹¹.

⁹ For an acknowledgement of the necessity to balance these different interests, see e.g. Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany), Ministère de L'Économie, des Finances et de la Relance (France), Ministry of Economic Affairs and Climate Policy (The Netherlands) (“The Friends of an Effective DMA”), Letter and Proposal: Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement (2021), available at <https://www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2021/09/9/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement> p.1.

¹⁰ P. Akman, *cit.*, p.13. The author stresses out into the notes that the European Parliament, IMCO, Compromise Amendments (n 4) Article 10(1a) also provides the Commission with the ability to adopt delegated acts to clarify the extent to which an obligation applies to certain core platform services; the extent to which an obligation applies only to a subset of business users or end users; or how the obligations shall be performed in order to ensure the effectiveness of those obligations.

¹¹ As stated expressly in the article 3(7) of the DMA proposal.



The Commission's proposal focuses on qualitative and quantitative thresholds to establish obligations to which gatekeepers must comply to avoid the exploitation of a conglomeration "ecosystem" that reinforces extant barriers to market entry for platforms (or even offline markets). The proposal adopts a framework that determines the criteria under which a platform service provider will be designated as a "gatekeeper" by the Commission either following the application of a (rebuttable) presumption based on quantitative parameters, or, as a result of a separate procedure (i.e., a "market investigation") in cases where the quantitative criteria are not met, or the presumption has not been countered.

Going into details, the rules of a competitive market were established by this regulation as a background for gatekeepers to follow, with the possibility of proving the legality of conduct falling under the obligations enshrined in Article 5 and 6¹². This system foregrounds the default discipline that seems to enhance an automatism for the classification of online platforms in the category just mentioned, and, by the mere fact of falling into that category, they have specific obligations to comply. The intent is that of achieving greater competitiveness in the online marketplace, concealed under the concepts of "fairness" and "contestability". On that sense must be

¹² The obligations defined in these articles form "the substantive core of the regime", according to P. Ibáñez Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* (2021). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3790276>, p.9.



stressed out whether a platform “has a significant impact on the internal market”: a similar notion is expressed to that of Article 102 TFEU (the holding of a dominant in a “substantial part” of “the internal market”)¹³. The quantitative criteria are specified as presumption of substantiality when the platform belongs to a group with a turnover exceeding €7.5 billion or represents a market capitalization more than €75 billion in at least three Member States¹⁴.

Either when a gatekeeper meets the quantitative criteria of Article 3(2) but makes “sufficiently reasoned arguments” under Article 3(4) or when the Commission considers whether a Core Platform Service (CPS) provider that does not meet the quantitative thresholds of Article 3(2) should be designated as a gatekeeper on the basis of Article 3 paragraph 6, the Commission should consider the elements listed in Article 3(6) in its evaluation and then follow the procedure in Article 15, which provides that the Commission “*may conduct a market investigation for the purpose of examining whether a basic platform service provider should be designated as a gatekeeper under Article 3(6) [...]*”. The implication of Article 15 that the Commission has the discretionality to commence a market survey for designating gatekeepers indicates that the initiation of such a survey will be optional. When it starts the market

¹³ P. Akman, cit., p.20, in which it is stated that: “the DMA explicitly leaves open the possibility of applying competition law on top of the DMA, but currently lacks any rules to clarify the implementation and coordination processes, a situation that should be remedied ‘in the interests of legal certainty and efficiency”.

¹⁴ This concept could be more specified in delegated acts.



survey, the Commission must attempt to conclude it by adopting a decision within one year of the initiation of the survey. When a CPS provider meets the thresholds in Article 3(2) but has made significantly substantiated arguments under Article 3(4), the Commission shall endeavor to conclude the market investigation within five months of its initiation. It has to be pointed out that the hidden purpose of the regulation would be to speed up the implementation of web related market's challenge, that have risen in the last years as the obligations represent issues that were at the core of past or ongoing competition cases at national and European layers: the idea would be to expedite the enforcement of the web-related concurrency gauntlet, which has been rising in terms of competition in recent years and the length of which has often taken years to resolve¹⁵.

The Panel of economic experts has stated, on this framework, that: *"in the platform economics literature, entrenched market power is often measured by the extent and cost of multi-homing. More competition and substitution on one side of the platform market can reduce its market power on that side. We suggest that the Commission could use objectively measurable proxies for this, including for example (a) dependence*

¹⁵ See N. Petit, The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review, 2021. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3843497>. Of the same opinion is the paper of Giorgio Monti, The Digital Markets Act, Institutional Design and Suggestions for Improvement (2021). TILEC Discussion Paper No. 2021-04, Available at: <https://ssrn.com/abstract=3797730>.



on referral traffic from major search engines, social media and advertising, and (b) the extent of multi-homing by users on each side of the market.”¹⁶

Another skeptical consideration could be done about the Article 6 blacklist. the disposition could specify that following the “*regulatory dialogue*” the Commission will decide that a given obligation does not apply to a given gatekeeper. The idea here is not to weaken the obligations but to ensure the approach is conceptually sound and to confer it greater legitimacy¹⁷.

The DMA opts for the so called “semi-flexible” option that provides for: a defined closed list of “essential platform services” and a blending of quantitative and qualitative criteria to designate providers of essential platform services as “gatekeepers”. The basic definition of gatekeepers for the purposes of the DMA includes three core concepts that are arguably not “objective”, despite the legislative initiative’s claim to the contrary. The concepts of “significant impact on the internal market”, “gateway”, and “established and enduring” current or

¹⁶L. Cabral et al., The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, The EU Digital Markets Act, Publications Office of the European Union, Luxembourg, Boston University Questrom School of Business Research Paper No. 3783436 (2021), p. 9. Available at https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC122910/jrc122910_external_study_report_-_the_eu_digital_markets_act.pdf.

¹⁷ A. Geradin, The Digital Markets Act proposal: Is this a sound document?, the author observes that the blacklist: “should be modified into a proper grey list offering more adaptability to the Commission”. Available at: <https://theplatformlaw.blog/2021/01/20/the-digital-markets-act-proposal-is-this-a-sound-document/>.



“foreseeable” position all require clarification, which are not present in the Proposal. Hence, establishing the gatekeeper's position through a market survey based on economic and empirical evidence means, however, that the adoption of a designating decision (thus placing the gatekeeper under the mandatory requirements of the DMA) will take longer, be more burdensome and costly for the Commission, and provide less legal certainty for the affected service provider *ex ante*.

That said, given that there is the possibility of a platform seeking to disprove the presumption arising from meeting the quantitative criteria, there appears to be nothing in the DMA that currently prevents such gatekeeper designation from being delayed in all instances. As long as the possibility of rebutting the presumption exists - and must be to safeguard the rights of the defense - the possibility of delaying the nomination decision will likewise remain. The only limiting principle currently seems to be that the platform must present “sufficiently substantiated arguments”¹⁸ to rebut the presumption for the Commission to conduct a market investigation for the designation decision. At first glance this might sound like a paradox, however, the guarantee of this right of objection despite the possibility of lengthening the time for designation and giving the platform’s future classification less degree of certainty, lends the elasticity necessary for the Commission to assure that the gatekeepers' roster includes platforms

¹⁸ As it is stated in the Articles 3(4), (6) and 15 of the DMA proposal.



with real digital market conditioning, regardless of the quantitative criteria.

In conclusion, adding that the enforcement is all on the Commission duties, the concepts of fairness and contestability - not defined in the proposal - could rise less stringent compliance than those ones resulting from competition law¹⁹. It must be interpreted as an attempt to contrast dominance in general, and not the abuse of it. We, as European citizens, wish that, even if the balance seems difficult to outline and the path embarked upon is one of perhaps exasperated elasticity, nevertheless required for a sector where enforcement is a laggard and progress uncountable.

1.2 The Digital Service Act, for a better internet environment

The Digital Service Act is a Proposed European Union Regulation that intends to bring about a change in the rules of the Internet play as society and all citizens have hitherto understood it.

It is not so significantly the scope of the legal instrument used (the Regulation) that defines the cogency of the new European rules, but rather the substance, which is truly innovative in a sector - the web - that has enjoyed enormous degrees of latitude since its inception, to the point where it has come to hold large shares of our attention in the contemporary day with the millions of services it offers²⁰.

¹⁹ P. Ibáñez Colomo, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, cit. p. 19.

²⁰ Datareportal, Digital 2022: Global Digital Overview: "Global mobile users: More than two-thirds (67.1 percent) of the world's population now uses a mobile phone, with unique users



reaching 5.31 billion by the start of 2022. The global total has grown by 1.8 percent over the past year, with 95 million new mobile users since this time last year.

Global internet users: Global internet users have climbed to 4.95 billion at the start of 2022, with internet penetration now standing at 62.5 percent of the world's total population. Data show that internet users have grown by 192 million (+4.0 percent) over the past year, but ongoing restrictions to research and reporting due to COVID-19 mean that actual growth trends may be considerably higher than these figures suggest.

Global social media users: There are 4.62 billion social media users around the world in January 2022. This figure is equal to 58.4 percent of the world's total population, although it's worth noting that social media "users" may not represent unique individuals (learn why). Global social media users have grown by more than 10 percent over the past 12 months, with 424 million new users starting their social media journey during 2021".

The report also states that: internet users have more than doubled over the past 10 years, climbing from 2.18 billion at the start of 2012 to 4.95 billion at the start of 2022. That results in a compound annual growth rate (CAGR) of 8.6 percent for the past decade, but annual growth rates have fluctuated meaningfully from one year to another. In addition, "social media users have seen even faster growth than internet users over the past decade.

Today's total of 4.62 billion social media users is 3.1 times higher than the 1.48 billion figure we published in 2012 and means that social media users have grown at a CAGR (Compound Average Growth Rate) of 12 percent over the past decade". About the growth "the latest data indicate that 424 million users started their social media journey over the past year, equating to an average of more than 1 million new users per day, or roughly 13½ new users every single second".

The report OECD (2020), Digital Transformation in the Age of COVID-19: Building Resilience and Bridging Divides, Digital Economy Outlook 2020 Supplement, OECD, Paris, available at:



Often these services are offered without any obligation of monetary performance, although it is peacefully accepted that the algorithmic systems underlying the large online platforms exploit our data and browsing trajectories to display products or other cognate services in the advertising channels linked to them.

The resulting problems are innumerable and growing, notably in the aftermath of the Covid-19 pandemic that has mandated prolonged (even forced) periods of being at home, and, playfully, online activity has not only increased, as was to be expected, but more importantly

www.oecd.org/digital/digital-economy-outlook-covid.pdf, noted how, in addition to the impressive increase in online users, the pandemic nonetheless highlighted the digital divide and generational differences in browsing: "Although 58% of those aged 50-74 used the Internet daily in 2019 – up from only 30% in 2010 – this remains well below the average share of daily Internet users aged 16-24 (the so-called "digital natives"), which was close to 95%. There are also persistent skills gaps across demographic groups and countries, with people of higher skill or income levels making better use of the Internet and online activities, and being better able to access knowledge, job opportunities, and health and education services. Addressing the digital gender divide remains an important policy goal, as well: women more frequently experience job stress associated with frequent computer use at work (OECD, 2020d), and skills in high demand in digital intensive sectors are more frequently displayed by men (OECD, 2018).



shifted, with reports²¹ testifying to how consumption²² and leisure habits²³ have undergone major changes²⁴.

²¹ R. Y. Kim, The Impact of COVID-19 on Consumers: Preparing for Digital Sales, in *IEEE Engineering Management Review*, vol. 48, no. 3, pp. 212-218, 1 third quarter (2020) available at: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9076858>. "(...) even the late adopters, who never used online shopping before, are prompted to shop online as there is no alternative when sheltering in-place. A significant portion of those late adopters who were averse to shop online have inflowed into electronic markets after COVID-19. Among those surveyed, 11% of Generation Z (Gen Z), 10% of Millennials, and 12% of Generation X (Gen X), and 5% of Boomers have bought something online for the first time due to the pandemic. Consequently, at least 66% of Gen Z, 68% of Millennials, and 73% of Gen X, and 68% of Boomers have adopted online shopping after the sharp increase in the number of online shoppers due to the pandemic. (...) Although at least 60% of people plan to cut spending on consumer electronics, web traffics to online tech retailers surged by 16% since the COVID-19 outbreak. Consumers were already shopping online increasingly more before COVID-19, and the pandemic has accelerated the structural change.

²² A. A. Zoltners et al., How Sales Teams Can Thrive in a Digital World, *Harvard Business Review*, 2018. Cf. S. Perez, Grocery Delivery Apps See Record Download Amid Coronavirus Break, *Tech Crunch*, 2020: "Daily downloads of grocery apps have doubled during a week since March 11th when the World Health Organization officially declared COVID-19 a pandemic", to make a substantial example.

²³ For a general overview of how and how much media use has changed as a result of the pandemic see: K. Jones, 2020, *This is how COVID-19 has changed media habits in each generation*, World Economic Forum, available at: <https://www.weforum.org/agenda/2020/04/covid19-media-consumption-generation-pandemic-entertainment/>, which in conclusion makes the following observation about variations in online habits: "Understandably, people are becoming



The premise is in order to introduce the case for an instrument that imposes conditionalities and limits on the actors at stake on the net. The scheme that the Commission has hatched in its Proposal is structured as a system of concentric circles where constraints are imposed on intermediary service providers, which increase for online platforms, and in turn there are additional ones for VLOPs, the Very Large Online Platforms. This system of different regulation for different entities of online (and conversely offline) platform sizes seems to meet exigencies of internal market functioning, as it is “justified” in the

increasingly worried about how much time they are dedicating to their screens. However, research suggests that screen time itself is no cause for concern. Rather, it’s the content we choose to consume that could have a significant impact our psychological well-being”.

²⁴ “The importance in our economy and society, but also the growing risks brought by digital services will continue to scale” says the impact assessment of the DSA Proposal.



proportionality and subsidiarity prerequisites, which mention Article 114²⁵ TFEU and not 102²⁶.

This legal basis expresses a rather clear-cut choice of field on the part of the Commission: the protection that is about to be guaranteed is more encompassing than that which would have been afforded through the safeguard of online competitiveness alone. The recent

²⁵ The choice of the legal basis is explained in the Explanatory Memorandum as follows: "The primary objective of this proposal is to ensure the proper functioning of the internal market, in particular in relation to the provision of cross-border digital services (more specifically, intermediary services). In line with this objective, the proposal aims to ensure harmonized conditions for innovative cross-border services to develop in the Union, by addressing and preventing the emergence of obstacles to such economic activity resulting from differences in the way national laws develop, considering that several Member States have legislated or intend to legislate on issues such as the removal of illegal content online, diligence, notice and action procedures and transparency. At the same time, the proposal provides for the appropriate supervision of digital services and cooperation between authorities at Union level, therefore supporting trust, innovation and growth in the internal market".

²⁶ As it enshrines at the Explanatory Memorandum of the Proposal: "The primary objective of this proposal is to ensure the proper functioning of the internal market, in relation to the provision of cross-border digital services (more specifically, intermediary services). In line with this objective, the proposal aims to ensure harmonized conditions for innovative cross-border services to develop in the Union, by addressing and preventing the emergence of obstacles to such economic activity resulting from differences in the way national laws develop, taking into account that several Member States have legislated or intend to legislate on issues such as the removal of illegal content online, diligence, notice and action procedures and transparency".



past of regulation of the legal recipients of the Proposal is the E-Commerce Directive (ECD)²⁷ of more than 20 years ago, which for the tech world represents a geological era.

The evolution of the field, more or less predictably, has had unimaginable implications not only from a sectoral standpoint in broad terms, but has changed personal, social and economic customs. That generic premise having been made, this ever-expanding sector has, of course, also had adverse impacts. Just to mention the proposed illegal items and content, fake news, the lack of transparency of algorithms (used to maximize profits), the dissemination of hate speech content on social networks.

It is worth adding the growth of a few actors in providing major online services that has been exponential, the massive leverage that has resulted, and the limited extent to which European attempts at soft law²⁸ have

²⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

²⁸ For instance: European Commission, Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C (2018) 1177 final); or the 2018 Code of conduct on countering illegal hate speech online, the 2019 Joint Action of the consumer protection cooperation network authorities and the EU Internet Forum against terrorist propaganda online launched in 2015. See DSA Inception Impact Assessment, 2020, p. 1., available at:

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12417-Digital-Services-Act-deepening-the-internal-market-and-clarifying-responsibilities-for-digital-services_en.

For a comment on the efficacy of these legal instruments see: I. Buri, J Van Hoboken, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, *Digital Services Act (DSA) Observatory Institute for Information Law (IViR)*, University of



been effective in tempering these burgeoning, and worrying, trends.

To this purpose, individual Member States have moved in a piecemeal fashion to counter this "drift" of the web in general²⁹, especially with the aim of thwarting the spread of illegal content, with the effect of having caused uncertainty and splintering in an area (especially considering that small internet service providers would have a disincentive to adapt to different legislation among European states).

This scenario, consequently, would seem to justify a European initiative that results in at least a general and uniform regulation for all member states, with no possibility of uncertainty for small and large platforms, indeed regulation is diversified depending on the service offered and the size of the digital player, therefore having to assume the cogent and equitable enforcement of a unique, European, legal font.

Amsterdam, Discussion paper (2021): "These initiatives have to a certain extent complemented the e-Commerce Directive and have increased awareness on the risk and harms brought by the digital transformations, including as regards the implications for the protection of fundamental rights. However, as acknowledged by the Commission, such interventions inevitably fail to address the systemic societal risks posed by digital services and online platforms. Crucially, the lack of updated and harmonized rules hinders appropriate levels of protection for fundamental rights, adding legal uncertainty and fragmentation to an already complex regulatory landscape", p. 5.

²⁹ National laws such as German Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz or "NetzDG") of 30 June 2017; French "Avia" Law 2020-766 of 24 June 2020 on online hateful content. Kommunikationsplattformen-Gesetz (KoPI-G) Bill, presented by the Austrian government on 3 September 2020.



The European Commission accounted three main policy options, as it has been explained in the impact assessment³⁰, The first involves the introduction of procedural requirements for intermediaries in relation to illegal activities and the strengthening of cooperation mechanisms to address cross-border supervisory issues. The second option, in addition to the measures of the first, would introduce fully harmonized proceedings to foster fundamental rights and advertisement transparency, and harmonize the terms and conditions for the removal of unlawful content. The third of these options, in addition to the above-mentioned remedial measures, included the adoption of an asymmetrical strategy with strengthened duties for large platforms, explanations on the liability exoneration for intermediaries, and a robust governance regime characterized by heightened regulatory oversight and enforcement. The EC's assessment identified the third alternative as the most effective and appropriate to address the challenges posed by the emergence of digital services and, in specific, large online platforms.

1.2.1 Overview of the proposal

The system of increasing responsibility is already clearly manifested by analyzing the structure of the Proposal. The outline of the format of the proposal is succinctly but effectively set forth in point 5 of the Explanatory Memorandum, titled: "Detailed explanation of the specific provisions of the proposal", where verbatim Chapter I sets out general provisions, including the subject matter and scope of the Regulation (Article 1)

³⁰ Impact Assessment accompanying the Proposal for a Digital Services Act, SWD (2020) 348 final. Web: [Impact assessment of the Digital Services Act | Shaping Europe's digital future \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/euipo/impact-assessment-of-the-digital-services-act).



and the definitions of key terms used in the Regulation (Article 2).

Chapter II contains provisions on the exemption of liability of providers of intermediary services, while the third chapter (which “sets out the due diligence obligations for a transparent and safe online environment, in five different sections”) affirms the structure of increasing liability involving the various levels of online platforms, the first section contains obligations for all providers of intermediary services, the second additional obligations for hosting service providers, and the third obligations for online platforms (in addition to those in the first sections). The real novelty, however, is the fourth section, which provides the additional obligations for VLOPs, Very Large Online Platforms, “to manage systemic risk”. To complement the overview, the fifth section “contains transversal provisions concerning due diligence obligations”.

In addition, the fourth section provides the implementing and enforcement measures, while the last one provides the concluding predictions.

1.2.1.1 General provisions

The first two articles are about scope and definitions. The latter, foreseeably, always contain that degree of aleatoriness typical of the inclusion or exclusion of a category or the breadth of its range³¹ (in particular the exemption for the instant messaging).

³¹ The analysis of such questions is purposely skipped, without thereby underestimating their salience. For an insight, see: European Parliament, Committee on Legal Affairs (JURI), Opinion on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Single Market for Digital Services (Digital Services Act), Rapporteur J. Didier, 2021,



1.2.1.2 Liability of providers of intermediary services

The exemption of liability for the activities of intermediary service providers of mere conduit, caching and hosting for third-party content shall apply only if conduct under the “Good Samaritan” clause³² is demonstrated, whereby the online provider is exempt from liability “*merely by carrying out voluntary investigations or other activities on its own initiative aimed at detecting, identifying and removing illegal content or disabling access to it, or taking the necessary measures to comply with the requirements of Union law*”³³.

This prescription is the real innovation regarding the Internet intermediary service providers’ liability in terms

available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-AD-694960_EN.pdf; or also: EDRI, DSA should tackle the root cause of polarization, not just its symptoms, available at: <https://edri.org/our-work/dsa-should-tackle-the-root-cause-of-polarisation-not-just-its-symptoms/>; P. Breyer, Digital Services Act: Legal Affairs Committee attacks user privacy and free speech online (2021), available at: <https://www.patrick-breyer.de/en/digital-services-act-legal-affairs-committee-attacks-user-privacy-and-free-speech-online/>.

³² Article 6 DSA introduces in the EU liability framework a type of protection for intermediaries which corresponds to the one granted under the Communications Decency Act (CDA) Section 230 under U.S. law, known as “Good Samaritan” protection. According to Section 230, of which the scope is wider, as it offers absolute immunity to intermediaries non only when they undertake voluntary initiatives, but also when - because of a decision or just by mistake - they do not act against such content. It is noted by Kuczerawy, *The Good Samaritan that wasn’t*, Verfassungsblog, 2021.

³³ Article 6, DSA Proposal.



of incentivizing targeted monitoring and voluntarily cracking down on content designated as illegal, although it should be noted that “necessary measures” is a general clause to encompass a wide array of behaviors in the tackling of the aforementioned online activities.

Confirmed, conversely, is the banning of general online monitoring³⁴, in addition to the provision whereby the active pursuit of illegal activities is also precluded, thus preserving the web space from “bounty hunters”.

Chapter Two is rounded out with provisions concerning “orders to act against illegal content” or “to provide information” (both of which must meet the specificity requirement³⁵) to authorities that have issued such orders to counter such activity that contravenes European or national law.

Also of interest is the coordination of the activities of Digital Service Coordinators (DSCs): precisely, the DSC of the Member State whose judicial or administrative authority has issued the order - under both articles -

³⁴ For a comparison between this provision and other European Directives, see: M. Senftleban and C. Angelopoulos, *The odyssey of the prohibition on general monitoring obligations on the way to the digital services act: between article 15 of the e-commerce directive and article 17 of the directive on copyright in the digital single market*, Institute for Information Law (IViR)-University of Amsterdam and Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL)-University of Cambridge, 2020.

³⁵ These orders, must, in other terms, refer to the specific (even presumed) illegal information or content; otherwise there would also be a vulnus in the prohibition of general monitoring enshrined in Article 7 (albeit in the latter case it would be the issuing authority that would be generally monitoring the activity of the online platform, and not the recipient's activity).



must inform³⁶ all other DSCs in other Member States about it.

1.2.1.3 Due diligence obligations for a transparent and safe online environment

The analysis in the next section is most pertinent to the innovative purpose that the Proposal would like to bring to the world of the Web. The examination, therefore, will have numerous insights, mostly with regard to the issues of content moderation and transparency, which, in the writer's opinion, represent the most cogent challenges that the European legislature faces with.

The multi-tiered system of accountability, already presented in the Introduction, ought to be evidenced as comprehensive in the sense of the most stringent obligations falling on a few platforms, which, however, are the most relevant on the Internet.

To this point DIGITALEUROPE³⁷, the representative of these platforms (including the so-called GAFAMs³⁸), complained that the definition of VLOP is overly all-

³⁶ The Articles 8 and 9 recite specifically to “transmit a copy of the order referred to in paragraph 1 to all Digital Services Coordinators through the system established in accordance with Article 67”.

³⁷ DIGITALEUROPE, Digital Services Act position paper, p. 6-7, available at: <https://www.digitaleurope.org/wp/wp-content/uploads/2021/03/FINAL-DSA-Paper-March-2021-1.pdf>.

³⁸ GAFAM is an acronym for five popular U.S. tech stocks: Google (Alphabet), Apple, Facebook (Meta), Amazon, and Microsoft. GAFAM is quite close to, but nonetheless different than, the more popular FAANG acronym which collectively indicates U.S. technology stocks: Facebook, Apple, Amazon, Netflix, and Google.



embracing; on the other hand, BEUC³⁹ called the absence of small and medium-sized enterprises from the group of online platforms to which the Regulation is addressed as counterproductive⁴⁰.

Brief note is worth of the point of contact and legal representatives (covered in Articles 10 and 11), which in any rate are pertinent for the ensuing obligation for intermediary service providers to establish a single point for communications with the authorities and the Commission, and, most particularly, for those not established in the Union, to appoint a legal representative in one of the Member States where they offer the service, with the purpose of serving as a point of reference for national and European authorities for the objectives of the Regulation. Subsequent articles introduce interesting new features relevant to freedom of expression themes. It should be remarked how these obligations serve as the basis for additional requirements for the largest and most prominent online platforms.

Accordingly, Articles 12 and 13 are important in the sense of providing, for mere intermediary service providers already to incorporate, in its Terms and

³⁹ BEUC position paper on the DSA, p. 15, link: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-032_the_digital_services_act_proposal.pdf.

⁴⁰ This point of view has been stressed by: I. Buri, J Van Hoboken, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, cit.: "Considering that an enterprise with up to 50 employees and up to 10 million turnover qualifies as small enterprise, it can be argued that at least some of the key obligations of Section II of Chapter III DSA (internal complaint and out of-court dispute settlement; traceability of traders; online advertising and recommender systems) should not be covered by this exclusion and should therefore apply to small enterprises". p. 19.



Conditions⁴¹, “*information on any restrictions that they impose in relation to the use of their service in respect of information provided by the recipients of the service*” the provision further goes on to impose transparency on online content moderation and “*including algorithmic decision-making and human review. It shall be set out in clear and unambiguous language and shall be publicly available in an easily accessible format*”⁴². In addition to transparency requirements on any disclosable information to be incorporated into “*reports on any content moderation they engaged in during the relevant period*”, that must include the number of orders received from Member States’ authorities, the number of notices submitted in accordance with Article 14 (for provider of hosting services), the content moderation engaged in at the providers’ own initiative and the number of complaints received through the internal complaint-handling system referred to in Article 17 (regarding the internal complaint-handling system for online platforms)⁴³.

Section 2, by providing additional obligations only for intermediary hosting service providers, has already outlined a probable mechanism for users of such services to notify and take appropriate action if they believe there

⁴¹ BEUC, cit., points out that: “the definition is good, but it is important to clarify in a recital that terms and conditions should be in line with applicable EU and Member State laws. This is important because the use of unfair terms by online platforms is unfortunately widespread, despite existing laws and various national judgements on the matter”, referring to the action brought forward by UFC-Que Choisir, the French Tribunal de Grande Instance, which has found to Twitter, Google and Facebook in the aggregate a total of nearly 1,000 illegal or unlawful clauses.

⁴² Article 12, DSA Proposal.

⁴³ As is established in paragraphs a), b), c), d) of Article 13, respectively.



is illegal content (by electronic channels only). It should be emphasized that this regime is limited to illegal content⁴⁴, without embedding harmful ones⁴⁵, which would certainly have had greater effectivity but also an undoubtedly larger and far messier degree of enforceability.

About harmful content, a specification must be made since it is not part of the duties of all intermediaries online, it can be incorporated into the duties of very large online platforms (VLOPs)⁴⁶ in the mitigation of systematic risks and related attenuation, as per Articles 26 and 27⁴⁷ of the Proposal. It is relevant to specify how

⁴⁴ Article 12 of the Preamble enshrines that the concept of “illegal content” should be defined broadly and covers information relating to illegal content, products, services and activities. In particular, that concept should be understood to refer to information, irrespective of its form, that under the applicable law is either itself illegal, such as illegal hate speech or terrorist content and unlawful discriminatory content, or that relates to activities that are illegal, such as the sharing of images depicting child sexual abuse, unlawful non-consensual sharing of private images, online stalking, the sale of non-compliant or counterfeit products, the non-authorized use of copyright protected material or activities involving infringements of consumer protection law. In this regard, it is immaterial whether the illegality of the information or activity results from Union law or from national law that is consistent with Union law and what the precise nature or subject matter is of the law in question.

⁴⁵ See M. Buiten, *Combating Disinformation and Ensuring Diversity on Online Platforms: Goals and Limits of EU Platform* (2022), p.18. Available at: SRN: <https://ssrn.com/abstract=4009079>.

⁴⁶ *Idem*

⁴⁷ This point is particularly made evident by analyzing the textual provisions of Article 27(1): “Very large online platforms shall put in place reasonable, proportionate and effective



the terminology used to describe these responsibilities is indeed rather open to interpretation. Such expressions befit a greater suppleness that conversely conduces to an encompassing of a wide variety of different practices for risk containment and is to be welcomed⁴⁸.

mitigation measures, tailored to the specific systemic risks identified pursuant to Article 26". The third paragraph, moreover, generically provides for some duties for the Commission, that, "in cooperation with the Digital Services Coordinators, may issue general guidelines on the application of paragraph 1 in relation to specific risks, in particular to present best practices and recommend possible measures, having due regard to the possible consequences of the measures on fundamental rights enshrined in the Charter of all parties involved".

⁴⁸ I. Buri, J Van Hoboken, *The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview*, cit. confronts two opposite points of view. The one of the EDPS "imposing additional transparency obligations on hosting services to provide further details on the technology employed and the criteria informing their decision (...). It warned about the risk that rules on content moderation might further aggravate the already intense monitoring of individuals behaviour online. In this regard, it advocated for express language on the fact that content moderation must not consist in "the monitoring or profiling of the behaviours of individuals, unless the provider can demonstrate, on the basis of a risk assessment, that such measures are strictly necessary to mitigate the categories of systemic risks identified in Article 26". In contrast, the amendments proposed in the JURI opinion introduce an exceptional extension of the notice and action procedure set out in the Commission's proposal. Under the JURI's Article 14(1), providers of instant messaging services (used for non-private or commercial purposes) and hosting services are required to make available tools to notify content which is either illegal or "in breach of their terms and conditions". Furthermore, the same article introduces a 72-hours deadline for the service providers to process the notices and remove or deactivate access to the content at issue. The JURI's notice



Section two focuses on a notification and action mechanism and the rationale for removing specific information provided by service recipients or disable access to the same, only for hosting and online platform providers (including VLOP). Apart from the content requirements of both the notification⁴⁹ and the action⁵⁰, the scheme has prompted doubts about its effectiveness from EDRI, which has argued that it may incentivize the so called “delete first, think later”⁵¹.

The following provisions target all online platforms and are pertaining to the third section, the first article of which excludes small-medium sized enterprises from its scope. The internal complaint handling mechanism⁵²,

and action mechanism, characterized by very short timeframes and an extension of the procedure to more providers (such as instant messaging services) and to more content (...) appears extremely problematic from a fundamental rights perspective”.

⁴⁹ The elements required are specified in art. 14 (2) DSA: the reasons why the content is illegal; its electronic location; name and email of the notifier; a good faith belief statement.

⁵⁰ The elements required are specified in art. 15(2) DSA: the outcome and scope of the decision; the facts and circumstances taken into consideration for the decision; information on the use of automated decision-making means; for allegedly illegal content, a reference to the legal ground relied on and explanations as to why the information is considered to be illegal; where the decision is based on the alleged incompatibility of the information with the terms and conditions, a reference to the contractual ground relied on and explanations; vi. information on the possibilities available to the user to challenge the decision (internal, out-of-court and judicial redress mechanisms).

⁵¹ EDRI, Delete first, think later, 2021, available at: <https://edri.org/our-work/delete-first-think-later-dsa/>.

⁵² The decision of such an internal mechanism must be reversed without undue delay where the complaint offers



regulated in Article 17⁵³, and the out-of-court dispute resolution, in art. 18, are clearly designed to bring about a “way out of tribunals”⁵⁴ for disputes between users and online platforms. Decisions are “appealable” only to the user and any compensation in the event of losing this first extrajudicial phase is applicable solely to the online platform. All the above does not preclude from going to

“sufficient grounds” to determine that the content(s) at issue is (are) not illegal or incompatible with the terms and conditions.

⁵³ A. Savin, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* No. 21-04, *Journal of Internet Law*, notes that: “The status of this mechanism is not entirely clear as it does not replace any other legal or contractual means of dispute resolution (courts or arbitration). It also does not limit itself to “complaints that could not be resolved by means of the internal complaint-handling” but includes them instead, meaning that an out-of-court mechanism could be used as a primary port of call for disputes against takedown decisions”. available at: <https://ssrn.com/abstract=3786792>.

On the same page is the BEUC position paper on DSA: “Art 17 is insufficient to promote the transparency of the internal complaint handling mechanism. Intermediary service providers need to be obliged to disclose the rules of procedure”, p. 22.

⁵⁴ DIGITALEUROPE (position paper on DSA, p. 10) observes that the industry argued that access to the out-of-court settlement procedure should be made conditional upon the exhaustion of the internal complaint procedure. On reverse, I. Buri and J. van Hoboken, *The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview*, cit. p.24, sustain that “(...) in light of the fundamental right issues at stake, it seems reasonable to consider that the recipients of a decision should be capable of bringing their claims directly before the out-of-court settlement body”.



the competent judicial body to resolve the dispute, without any economic dispensation⁵⁵.

Trusted flaggers (Art. 19) are another relevant innovation in the proposal, mainly because any entity so recognized by the Digital Service Coordinator can be one of them and in order to have accreditation, entities must meet a series of cumulative conditions listed under Article 19(2) DSA: a) particular expertise and competence in detecting, identifying and notifying illegal content; b) representation of collective interests and independence from any online platform; c) submission of notices in a timely, diligent and objective manner. It must be underlined that the qualification could be removed by the DSC if it submits "a significant number

⁵⁵A critical review of the usage of such alternative methods of dispute settlements is J. Wimmers, *The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act - A disservice to its own goals*, 12 (2021) JIPITEC 381 para 1. "The uploader whose content has been removed or account blocked may select any certified body for an out-of-court dispute settlement in any Member State. Furthermore, the DSA does not provide any guidance for which criteria and which standard the redress body shall apply in examining the alleged illegality of the content in question. (...) The DSA gives no guidelines at all on the standard the certified out-of-court settlement bodies shall apply in finding their decision. Article 18(2) DSA only requires generally, that such body has demonstrated "the necessary expertise in relation to the issues arising in one or more particular areas of illegal content". It is not clear, what "necessary expertise" means". In the closing remarks of the article, the author argues that this mechanism is not only counter-productive but is also violative of the right to an effective remedy and due process of law (ex. Art. 47 of the European Charter of Human Rights), as well as disproportional and adverse to the "Good Samaritan" provisions contained in Article 6 of the Proposal. Link: <https://www.jipitec.eu/online-first-articles-1/5357>.



of insufficiently precise or inadequately substantiated notices” (communicated by the platform, and for which there is the right to reply for the flagger involved). These concepts are still to be furthered. On this purpose, the Commission, in the last paragraph, open the chance for issuing “guidance to assist online platforms and Digital Services Coordinators in the application of paragraphs 5 and 6”⁵⁶.

The article 20 is central in defining the measures of suspension contemplated if whether both service recipients and trusted flaggers who frequently provide respectively manifestly unfounded content or complaints. It is paragraph 3 that is indeed generic in defining the duty for the platform to assess “all relevant facts and circumstances apparent from the information available”. These relevant facts must include a list of requirements to be met⁵⁷, and, crucially, it is deferred to the general conditions to define the severity and relative term of suspension, as well as the “general policy” in respect to the aforementioned abuses⁵⁸.

⁵⁶ DSA proposal, article 19 (7).

⁵⁷ Art. 20 (3) of the Proposal: Those circumstances shall include at least the following:

- a) the absolute numbers of items of manifestly illegal content or manifestly unfounded notices or complaints, submitted in the past year;
- b) the relative proportion thereof in relation to the total number of items of information provided or notices submitted in the past year;
- c) the gravity of the misuses and its consequences.
- d) the intention of the recipient, individual, entity or complainant.

⁵⁸ I. Buri, J Van Hoboken, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, cit., p.26, on that regard notes that: “The language of Article 20 seem to exclude permanent suspension and suspension after a single episode; however, the terms of service of the platforms could be stricter than



Notification, enshrined in Article 21, confers numerous responsibilities on platforms and brings up serious doubts regarding the information to be shared which raises concerns of due process and procedural protections⁵⁹.

Article 22 strengthens Article 5 of the E-Commerce Directive (which is often inapplicable) by providing traceability obligations for sellers on platforms, who are required to disclose various information to the online platform, including details of the trader, details of the economic operator, register number in the trade register and a self-certification of the compliance of the trader with the relevant rules deriving from the EU law. The possibility of being incorrect or incomplete for the trader's disclosure is settled by the trader's suspension from the platform, and nothing is provided in the case of reiteration or false information as far as the trader's liability is involved (particularly about the falsity or unlawfulness of the products offered, not just the information about the seller⁶⁰).

Article 20 and provide for these types of measures against misuse”.

⁵⁹ *Idem*: “the EDPS recommended that the co-legislators specify which criminal offences (other than child sexual abuse, mentioned by recital 48) trigger the notification obligation and define more precisely what constitutes “relevant information”.⁸⁹ With regard to the categories of offences subject to notification, BEUC supported extending the reporting obligation to illegal activities such as fraudulent ads and the sale of illegal products”.

⁶⁰ See S. Stolton, *MEP vies to target rogue traders in Digital Services Act*, Euractiv (2021), available at: <https://www.euractiv.com/section/digital/news/mep-vies-to-target-rogue-traders-in-digital-services-act/> and IMCO Committee draft report on the DSA, Arts. 13(b) new and 22.



The last two articles of the section, 23 and 24, deal with transparency obligations for online platforms. The first article is in addition to the obligations for intermediary service providers and covers significant details to be shared inherent in disputes, suspensions, and automatic means of content moderation⁶¹. The second has as its substance the transparency of online advertisements. They will be analyzed together with the VLOPs obligation on transparency, as a whole⁶².

Section 4 is the most intriguing as it is the truly innovative. The dissection may only commence with the introduction of the category of Very Large Online Platforms, a definition of which is traced in Article 25 of the Proposal, as "online platforms which provide their services to a number of average monthly active recipients of the service in the Union equal to or higher than 45 million, calculated in accordance with the methodology set out in the delegated acts referred to in paragraph 3"⁶³. Pursuant to paragraphs 2 and 3, the Commission shall, by means of delegated acts, adjust

⁶¹ They shall include (as enshrined in art. 23, p.1):

- a) the number of disputes submitted to the out-of-court dispute settlement bodies referred to in Article 18, the outcomes of the dispute settlement and the average time needed for completing the dispute settlement procedures;
- b) the number of suspensions imposed pursuant to Article 20, distinguishing between suspensions enacted for the provision of manifestly illegal content, the submission of manifestly unfounded notices and the submission of manifestly unfounded complaints;
- c) any use made of automatic means for the purpose of content moderation, including a specification of the precise purposes, indicators of the accuracy of the automated means in fulfilling those purposes and any safeguards applied.

⁶² See below, chapter 2.

⁶³ Article 25 (1) of the DSA Proposal.



the number of monthly average recipients⁶⁴ of the service in the Union and establish a specific methodology for calculating the number of monthly average active recipients of the service in the Union. of monthly average active recipients of the service in the Union. All with the supervision of the Digital Service Coordinator, on a semi-annual basis.

The next article introduces risk assessment, which, as stipulated in paragraph 1, must include systemic risks⁶⁵ and how their schemes of content moderation, recommendation and selection and visualization of advertising affect those risks, including the potentially rapid and wide dissemination of illegal content and of information that is incompatible with their terms and conditions. Article 27 places the onus on VLOPs to mitigate the systemic risks referred to in the previous article⁶⁶. While Article 28 establishes the annual audits

⁶⁴ BEUC, in its position paper, p.16, argued that the concept of “active” is very unclear (and about the threshold established for the VLOP definition to apply that is too much).

⁶⁵ (a) the dissemination of illegal content through their services;

(b) any negative effects for the exercise of the fundamental rights to respect for private and family life, freedom of expression and information, the prohibition of discrimination and the rights of the child, as enshrined in Articles 7, 11, 21 and 24 of the Charter respectively;

(c) intentional manipulation of their service, including by means of inauthentic use or automated exploitation of the service, with an actual or foreseeable negative effect on the protection of public health, minors, civic discourse, or actual or foreseeable effects related to electoral processes and public security.

⁶⁶ Art. 27 (1) states that for the mitigation’s measures it may be includable:



to which VLOPs must undergo through independent organizations that have “proven expertise around risk management, technical competence and capabilities”, as well as demonstrated “objectivity and professional ethics, based in particular on adherence to codes of practice or appropriate standards”⁶⁷. A report must be compiled from each audit with a list of items to be included, which includes the rating (positive, positive with comments or negative). The fourth paragraph of the provision⁶⁸ is noteworthy because the recommendations included in the audit with negative judgment must be fulfilled within one month with an implementation report,

-
- (a) adapting content moderation or recommender systems, their decision-making processes, the features or functioning of their services, or their terms and conditions;
 - (b) targeted measures aimed at limiting the display of advertisements in association with the service they provide;
 - (c) reinforcing the internal processes or supervision of any of their activities in particular as regards detection of systemic risk;
 - (d) initiating or adjusting cooperation with trusted flaggers in accordance with Article 19;
 - (e) initiating or adjusting cooperation with other online platforms through the codes of conduct and the crisis protocols referred to in Article 35 and 37 respectively.

⁶⁷ As stated in the Art. 28 paragraphs b) and c).

⁶⁸ It enshrines: “Very large online platforms receiving an audit report that is not positive shall take due account of any operational recommendations addressed to them with a view to take the necessary measures to implement them. They shall, within one month from receiving those recommendations, adopt an audit implementation report setting out those measures. Where they do not implement the operational recommendations, they shall justify in the audit implementation report the reasons for not doing so and set out any alternative measures they may have taken to address any instances of non-compliance identified”.



otherwise they must justify different decisions with planned alternative measures.

Subsequent articles refer to recommender systems (of which the main parameters used and the option to change or influence them, including one involving non-profiling of data, must be specified); supplementary obligations regarding transparency of online advertising (contained in a registry kept available for at least one year after the last display of advertising); access to data and monitoring by the Commission; obligations to designate a compliance officer for each platform; and transparent reporting.

These items will be returned to in the next chapter as they are central to the risk assessment and further detailed examination that will be made of the online disclosure inherent in the new mandates and future impacts on users and platforms (either generically or specifically for VLOPs).

Section V ("Other provisions concerning due diligence obligations") is itself additional to the obligations and provisions set out in the previous sections and has some interesting new features, especially regarding codes of conduct⁶⁹, encouraged by the Board and the Commission)⁷⁰ and crisis protocols (limited to situations

⁶⁹ BEUC, in its position paper, p. 27, clearly termed such means as futile: "Article 36 should be deleted as experience proves soft tools of regulation such as codes of conduct are not effective or enforceable".

⁷⁰ "To contribute to the proper application of this Regulation, taking into account in particular the specific challenges of tackling different types of illegal content and systemic risks, in accordance with Union law, in particular on competition and the protection of personal data", as stated in art. 35 of the Proposal of the Digital Service Act. It must be outlined as well that the next article (36 (1)) in its provision envisions the activity of encouraging and facilitating from the Commission



impacting public safety or public health)⁷¹. This section will also be covered again in the next chapter as these are additional obligations to those in the previous sections and shall be parsed as an integral whole in the analysis of content moderation and transparency in the digital world as set forth in the proposed DSA.

1.2.1.4 Implementation, cooperation, sanctions and enforcement

“the drawing up of codes of conduct at Union level between, online platforms and other relevant service providers, such as providers of online advertising intermediary services or organisations representing recipients of the service and civil society organisations or relevant authorities to contribute to further transparency in online advertising beyond the requirements of Articles 24 and 30”.

⁷¹ In this case, the obligations for the Commission are strenuous in defining, as established in art. 37 (4) of the DSA Proposal:

- (a) the specific parameters to determine what constitutes the specific extraordinary circumstance the crisis protocol seeks to address and the objectives it pursues;
- (b) the role of each participant and the measures they are to put in place in preparation and once the crisis protocol has been activated;
- (c) a clear procedure for determining when the crisis protocol is to be activated;
- (d) a clear procedure for determining the period during which the measures to be taken once the crisis protocol has been activated are to be taken, which is strictly limited to what is necessary for addressing the specific extraordinary circumstances concerned;
- (e) safeguards to address any negative effects on the exercise of the fundamental rights enshrined in the Charter, in particular the freedom of expression and information and the right to non-discrimination;
- (f) a process to publicly report on any measures taken, their duration and their outcomes, upon the termination of the crisis situation.



The Chapter IV of the DSAs introduces a set of detailed and wide-ranging measures and enforcement mechanisms. Unlike the E-Commerce Directive, the DSA explicitly regulates the national authorities responsible for enforcement. In this respect, The DSA analogously with the General Data Protection Regulation⁷² sets out the supervisory authority by the location of the main establishment of the service (Art. 40).

To accelerate enforcement by national authorities, each member state must appoint a digital services coordinator: an independent and transparent authority (Art. 39) responsible for accountable for the supervision of intermediary services established in its member state and coordinate with expert authorities (Art. 38). The basic idea seems to be to designate a primary contact person in cases where member states have more than one competent authority.

Art. 41 gives extensive powers to digital service coordinators. They can request the cooperation of whoever is in possession of relevant information on violations, conduct on-site inspections at premises used by intermediaries, which includes the right to seize information pertaining to a suspected violation, as also the power to question any employee. Although the measures are primarily aimed at intermediaries, coordinators can also levy fines or periodic penalties on other noncompliant entities or individuals.

Coordinators' annual reports on activities, cross-border cooperation between DSCs, and joint investigations (in Arts. 44, 45, and 46, respectively) are part of that transparency in implementation to be judged positively

⁷² A. Savin, The EU Digital Services Act: Towards a more responsible Internet, Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 21-04, *Journal of Internet Law*, available at: <https://ssrn.com/abstract=3786792>.



in terms of cooperation between bodies at the community level, ensuring unanimous implementation of the regulations. Analogous to the GDPR, the DSA provides for a European coordinator - the European Board for Digital Services (EBDS) - in Articles 47-49 of the Proposal.

Section III governs the different responsibility and enforcement regime for VLOPs. Note that initial inspection powers fall to the DSCs and the EBDS⁷³, whereas the prosecution for the imposition of sanctions and periodic penalty payments (articles 59 and 60)⁷⁴ falls under the Commission's powers⁷⁵ (and this differs from the GDPR framework)⁷⁶.

⁷³ For an examination of the powers of the EBDS related to those of DSCs, see: L. Mustert and M. Bledog, *The DSA Enforcement Framework, Lessons Learned from the GDPR?*, *EU Law Enforcement* (2021), available at: <https://eulawenforcement.com/?p=8038>.

⁷⁴ The prescription term for either the imposition of sanctions or their enactment is 5 years. Notice that the following Article 63, laying out the right to be heard and access to the file for Online Platforms.

⁷⁵ For a general overview of the legislative process, see: L. Bertuzzi, *DSA: enforcement for very large online platforms moves toward EU Commission*, link: <https://www.euractiv.com/section/digital/news/dsa-enforcement-for-very-large-online-platforms-moves-toward-eu-commission/>.

⁷⁶ See B. Wagner and H. Janssen, *Verfassungsblog* (2021). Link: [A first impression of regulatory powers in the Digital Services Act - Verfassungsblog](#). On this same opinion: M. C. Buiten, *The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation*, *Zeitschrift für Europarecht (EuZ)* 102 (2021): "This choice appears to be a response to the difficulties in enforcing the GDPR: experience with the GDPR has shown that the Irish authority was overwhelmed and therefore slow to respond to complaints. The integration of the national digital services coordinator into the European Board



From this point at issue, the Commission can avow to itself (on the recommendation of the Board or on its own initiative after consultation with the Board) the initiation of proceedings on suspicion of violations or established responsibility for breach of any of the additional obligations set forth in Ch. 3, sec. 4 and, at the same time, it is conferred the power to request information from VLOPs (Art. 52), the authority to hold hearings and gather any person's or legal entity's information (Art. 53), even to conduct on-site inspections (Art. 54), and to impose provisional measures (Art. 55), as well as to prepare actions for monitoring (Art. 57). There is an option in Article 56 of the Proposal to “engage” the very large platform to ensure compliance with the provisions of the Regulation during proceedings (which the Commission shall reserve the right to make compulsory)⁷⁷. Beyond Art. 64 on the Commission's duty of transparency required to publish decisions taken, it can demand access restrictions⁷⁸ and cooperate with the appropriate judicial authorities of member states for the purpose of the same, in accordance with Art. 65. Under the same article, in the event of persistent non-compliance, the Commission may request the national

for Digital Services allows the Commission to circumvent the country-of-origin principle and avoid that all complaints about big tech platforms end up with one national authority. The solution in the DSA maintains the country-of-origin principle while ensuring that it can enforce the DSA swiftly”.

⁷⁷ M. Berberich, F Seip, *Der Entwurf des Digital Services Act, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax)* (2021).

⁷⁸ The article sets as pre-condition: “to bring about the cessation of an infringement of this Regulation have been exhausted, the infringement persists and causes serious harm which cannot be avoided through the exercise of other powers available under Union or national law”.



coordinators to act in accordance with Art. 41(3) and request the national judicial authorities to temporarily suspend services or access⁷⁹.

The last sections⁸⁰ cover common enforcement provisions and delegated acts for which the authority is bestowed on the Commission, advised by the Digital Services Committee.

1.2.1.5 Final provisions

The final chapter contains the concluding provisions, among which it is worth emphasizing Article 71, which provides for the replacement of Articles 12 to 15 (deleted) of the E-commerce Directive with Articles 3, 4, 5 and 7 of the Regulation; and the five-year evaluation of the Regulation following its entry into force, to be submitted to the Parliament, the Council and the Economic and Social Committee (Article 73).

1.2.2 Possible proposal for improvement

A brief analysis needs to be made to elucidate what and how many points of improvement the proposed Regulations may have.

Article 6 is set out in negative form and could be better regulated. The stipulation, taken from the U.S. discipline⁸¹, attempts to create incentives for service providers to take more action against illegal content without any immediate risk of being branded “active” and losing immunity. The bland wording on “solely

⁷⁹ It is imperative to observe how the *condicio sine qua non* is stipulated in paragraph 1: “Where all powers pursuant to this Article to bring about the cessation of an infringement of this Regulation have been exhausted”.

⁸⁰ Specifically Sections 4 and 5 of the Chapter IV.

⁸¹ See note n. 28.



because they carry out voluntary own initiative investigations” leaves room for interpretation, and nothing is specified about passive or neutral roles of online intermediaries or varying degrees of active ones that they may play in detaining and combating all the activities listed therein⁸². On the contrary, EDRI argues that “intermediaries should only become liable for user-uploaded content if they refuse to remove content that has been declared illegal by a valid court decision”⁸³, to dispel any doubts about practices at risk for immunity. To this end, it can be seen that on the one hand the new framework incentivizes this kind of mechanism, on the other hand, in the next article it provides for “No general monitoring or active fact-finding obligations”, and this might sound like a somewhat contradiction on a slightly closer reading. The damaging contents referred to in the general conditions raise more than one question. Although the Regulations aim to put the onus of transparency on intermediary service providers regarding a lot of information, they do not specify whether content moderation can contain harmful content, or at least whether it can be considered and limited to a certain extent. In addition, the notice and action mechanism would seem to decentralize into the online platforms’ hands the typical powers of administrative or judicial authorities, without, moreover, providing for any clarification/resolution process between the recipient of the service and the notifier. It

⁸² “Detecting, identifying and removing, or disabling of access to, illegal content, or take the necessary measures to comply with the requirements of Union law”, as stated in the article referred to.

⁸³ European Digital Rights (EDRi), Position Paper on DSA, available at: https://edri.org/wp-content/uploads/2020/04/DSA_EDRiPositionPaper.pdf.



has also been observed how the generality of the term “expeditiously” can lead to not inconsiderable application uncertainties⁸⁴.

The exemption of SMEs in the scope of the third section would seem to make little sense. This assessment is made appropriate by the important provisions contained therein that would give a competitive advantage to such firms, and, moreover, of the subterfuge absolutely permitted by the provisions of Article 16. Provisions such as anti-abuse measures, notification of suspected offenses, and, absurdly, traceability of traders would not be undergirded. The only plausible justification should be the protection of small traders in an environment, such as that on the web, where in any case they often act little or under the aegis of very large platforms. This, however, still results in a huge unequal treatment that has few to do with the competitiveness of the European marketplace.

What has been termed “oversight bureaucracy”⁸⁵: the DSCs in the individual Member States, and the EBDS (as well as the Commission), thus the introduction of a of several intermediate levels of oversight charged with the task of enforcing compliance and implementing the Regulation and which could lead to an overall monitoring of an impressive amount of data and information and, above all, to the age-old dilemma of “who oversees the auditors”. Especially when it comes to control how the model of application of the general conditions have been enforced by providers of intermediary services, namely all private societies. There are doubts on who might be

⁸⁴ See J. Barata, Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act, Center for Democracy & Technology blog (2020).

⁸⁵ As said by A. Peukert, Five Reasons to be Skeptical About the DSA, *VerfBlog*, (2021) <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-04/>.



designated DSC at national level, how they function in hierarchies of and in relation to other national regulators, and whether they might fragment the national regulatory landscape. A concern regards how far ahead the private sector, and mostly very large platforms, will be in comparison with public authorities. For this reason, it is vital that public administration overcomes this disadvantage through collaborating with centers of excellence in interdisciplinary research in order to develop a sustainable and competitive framework of technology applicable to investigations and enforcement.

1. MODERATION OF CONTENTS AND TRANSPARENCY (ALSO IN REGARD TO THE APPROVED TEXT OF THE DSA⁸⁶)

The final chapter will analyze the text of the original Proposal in comparison with the newly enacted final text that will enter into force in 14 months or, at the latest, in January 2024. The major innovations introduced will involve the items significant to content moderation and online transparency, for the sake of necessity.

The European Union has had different attitudes with respect to online content moderation and disinformation⁸⁷ in general. Over the past years, these matters have assumed an increasing significance,

⁸⁶ From here onward I refer to the text approved and entering effect as the "New Text".

⁸⁷ In contrast to misinformation, disinformation involves the deliberate spreading of untrue facts. Misinformation, on the other hand, is merely false information that is not true but is not intentionally misleading (and in the Commission's Synopsis Report of the Public Consultation on Fake News and Online Disinformation, 2018, the term fake news was replaced by the broader term disinformation).



consequent to the centrality that the web has heightened in recent times. Even neologisms and expressions (such as *infodemic*⁸⁸) have been created to explain the enormous power of this continuous and ever-growing flow of news, often inescapable with the use of media, social networks and the online environment.

The Communitarian legislator has always had reservations about defining the stakes of the use of such tools, partly because of obvious connotations of compression of freedom of expression and, of necessity, different sensitivities of individual Member States to such issues.

Keeping to an introductory context, some authors⁸⁹ have pointed out the repercussions on people's social and economic rights attributable to the development of online platforms with increasingly bursting power. It was

⁸⁸ Infodemic is the most famous, to make evident the exploitation of news about the pandemic, even glaringly false info: it is defined by the World Health Organization as follows: "an excessive amount of information about a problem, which makes it difficult to identify a solution. They can spread misinformation, disinformation, and rumors during a health emergency. Infodemics can hamper an effective public health response and create confusion and distrust among people". World Health Organization, Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Situation Report-45, 2020, available at: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf?sfvrsn=ed2ba78b_4 visited on 12.07.2022; World Health Organization.

⁸⁹ See A. Mozo Seoane, *Los límites de la tecnología. Marco Ético e regulación jurídica*, Reus editorial (2021); M. B. Andres, *Fundamento del Derecho de Internet*, Foros y debates, CEPC (2017). A. Q. Pastrana, *Reforma del Derecho y revolución digital. Las garantías sociales en la economía de plataformas*, in: B. P. Cociña, A. Q. Pastrana, *El derecho ante la transformación digital, Oportunidades, riesgos y garantías*, Atelier (2020).



stressed that there is scant social return for the developments of said economies (consider the point that a few actors concentrate much of the market in many online sectors and that they are often real intermediaries of primary needs at both the economic and bureaucratic levels, increasingly expanding their sphere of influence). Social platforms are becoming progressively more pivotal about the services they perform, becoming necessary intermediaries for all kinds of online, but especially offline, activities. All this blurs the divide between the digital and the real, creating not just preceptive but also regulatory vulnus, as such assets are commonly on the edge between the public and the private.

Just remember search engines (Google has been fined many times by the Commission⁹⁰) or digital distribution platforms (Apple Store or Play store), which, alongside social networks and few online platforms, are gradually replacing physical venues for researching and purchasing news, services, and commodities, without the legislator being able to set preemptively limits for manifest cognitive and timing constraints.

Given this backdrop, the national and European legislators' struggle to go farther than using so-called soft law to regulate progressively more sensitive areas is quite manifest, resulting in the need to resort to non-binding legal solutions. The instruments, furthermore, are not so broad, given that the principles of subsidiarity and proportionality must be imperatively respected. So far they encompass promulgation of the Action Plan on

⁹⁰ Google has been fined three times for a total of 9.4 million euros, of which the 2018 and 2017 penalties are the largest ever imposed by the European Commission.



Democracy⁹¹, that includes of a Code of Practice on disinformation⁹² - complementary to the DSA and to the Proposal of a Regulation for the targeting for political advertising⁹³- but also the European Cooperation Network on Elections⁹⁴ and several initiatives from the Commission to tackle the disinformation⁹⁵.

⁹¹ The European Democracy Action Plan (available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2250), of which the main aims are promoting free and fair elections, strengthening media freedom and countering disinformation.

⁹² EU Code of Practice on Disinformation of 2018 and the Strengthened Code of Practice on Disinformation of 2022, that "will become part of a broader regulatory framework, in combination with the legislation on Transparency and Targeting of Political Advertising and the Digital Services Act. For signatories that are Very Large Online Platforms, the Code aims to become a mitigation measure and a Code of Conduct recognized under the co-regulatory framework of the DSA", as described in the link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

⁹³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising, COM (2021) 731 final, 25 November 2021. Link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12826-Political-advertising-improving-transparency_en.

⁹⁴ It brings together representatives of Member States' authorities with competence in electoral matters and allows for concrete and practical exchanges on a range of topics relevant to ensuring free and fair elections, including data protection, cyber-security, transparency and awareness raising. Available at: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/eu-citizenship/democracy-and-electoral-rights/european-cooperation-network-elections_en.

⁹⁵ The full list is available at: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>.



Prolonged efforts to the supranational tier to date have been sparse and mostly destined to have non-binding impact, whereby numerous private initiatives to moderate/label content deemed harmful or illegal have proliferated. The true novelty of the DSA proposal, in this respect, is the imposition of layered obligations based on the size of the online intermediary even about countering disinformation and its future foreseeable impact on the freedom of expression in the world, not only the EU.

2.1 Definition and Scope of the DSA on disinformation

The concept of ‘illegal content’ is crucial for the purpose of the continuation. Article 2 of the DSA defines it as: “any information, which, in itself or by its reference to an activity, including the sale of products or provision of services is not in compliance with Union law or the law of a Member State, irrespective of the precise subject matter or nature of that law”. It is pertinent to note how the divergent sensitivities of different Member States in individual disciplines of countering disinformation have been picked up and an all-encompassing synthesis of the approaches of different national disciplines has occurred in defining illegal content at the European level. This, though, could be counterproductive to the goals of the implementation of the internal market since the reference to the domestic law of each State various standards of unlawfulness⁹⁶.

⁹⁶ R. Ó Fathaigh, N. Helberger, & N. Appelmann, The perils of legally defining disinformation. *Internet Policy Review*, 10(4) (2021). <https://doi.org/10.14763/2021.4.1584>.



2.1.1 Provisions for all providers of intermediary services and online platforms

The duty for the generality of online intermediaries inherent in content moderation is contained in Article 12. It is a real elephant in the room (or, as it has been called, a paper tiger⁹⁷), in that every intermediary must inform about restrictions on the use of its services as stated in its Terms and Conditions. Policies, procedures, measures and tools for moderating content, along with algorithmic decision making, must be specified there. We are in the domain of restrictions inherent in content and related transparency, which, it should be noted, must also detect the use of algorithms. The second paragraph, however, mentions to consider legitimate rights and interests, inclusive of fundamental rights. In the latest approved text, the specification of freedoms of expression and media pluralism is added to this provision (admittedly rarely enforceable, except ex-post through judicial measures). It is likely that these additions may emphasize in Commission, judicial or administrative actions the special importance to be given to shared content and its online restraint.

The intermediary service providers on the web will have to “activate” Good Samaritan clause if they want exemption from liability for illegal content they host or have hosted, in addition to the enormous power given to them by Article 12 of the Regulation, whereby in their general terms and conditions they can provide for

⁹⁷ N. Appelman, J.P. Quintais, R. Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation: Is Article 12 DSA a Paper Tiger?, in Richter, H., Straub, M. and Tuchtfield, E., To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package (2021), Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-25, Available at [SSRN: https://ssrn.com/abstract=3932809](https://ssrn.com/abstract=3932809).



whatever pertains to content moderation, including “algorithmic decision-making and human verification”. Hosting service providers have what is known as notice and action for the removal of specific information that people or entities believe to be illegal, with specific duties in pointing out such content (the art. 14 of the Proposal). This could lead to an over-removal of content just because of receiving numerous notifications, perhaps even specious or even proposed by BOTs⁹⁸. The mechanism of trusted flaggers, moreover, is relevant to the extent that these bodies must have stringent requirements which, however, may not always be perpetual. To this end, giving priority and definite timeframes to the notifications put in force by these entities is a novelty to be welcomed, even though they are always susceptible to revocation of their status by the same DSC that granted it to them if they have submitted “a significant number of notifications that are insufficiently accurate or inadequately substantiated”. The rather open formulation of these open-ended locutions (such as sufficiently precise or adequately substantiated) implies, as pointed out above, that the draft Regulations are intended to be as comprehensive and inclusive as possible of all online interaction, even though it was noted⁹⁹ that the harmonization is only

⁹⁸ See J. Barata, *The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations*, Plataforma por la libertad de informacion, 2021 (available at: <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2021/06/DSA-AND-ITS-IMPACT-ON-FREEDOM-OF-EXPRESSION-JOAN-BARATA-PDLI.pdf>) and M. Buiten, *Combating Disinformation and Ensuring Diversity on Online Platforms: Goals and Limits of EU Platform* (2022). Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4009079>.

⁹⁹ Savin, *The EU Digital Services Act: Towards a more responsible Internet*, Copenhagen Business School, CBS LAW



procedural, as the illegal content that can be raised for removal is basically not delineated and all is referred to national legislations (except for terrorism, child sexual exploitation, hate speech, content sharing¹⁰⁰).

For online platforms, there is an internal complaint handling system for the removal/suspension of content or accounts, with in addition the presence of trusted reporters¹⁰¹ that increases the accountability and relevance of such notifications (which only adds primacy for their notifications under the mechanism under Art. 14), as well as traceability of traders and transparency in communication inherent to disputes, suspensions, and tools used for content moderation.

Article 20 also addresses the terms and conditions to extrude the definition of “manifestly illegal content” to justify suspension for a reasonable length of time for recipients of the service: the text that is being enacted introduces in the circumstances to be taken into account when providing such a provision also the specific length of time considered; moreover, it must be assessed the absolute and relative number of obviously illegal content or unfounded reports, as well as the severity of the

Research Paper No. 21-04, Journal of Internet Law, available at: <https://ssrn.com/abstract=3786792>.

¹⁰⁰ Expressly it concerns: Directive (EU) 2017/541 on Combating Terrorism 88/6, 31.3.2017; Directive 2011/93/EU on Combating the Sexual Abuse and Sexual Exploitation of Children and Child Pornography 335/1, 17.12.2011; Framework Decision on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, OJ L 328 of 6.12.2008; Directive 2019/790 Copyright in the DSM 130/92, 17.5.2019.

¹⁰¹ About trusted flaggers, it must be pointed out that the text approved and being promulgated adds that these entities must act in their designated area of expertise, implicitly diversifying their adjudication of this designation into various sectors, to be defined.



abuses and their consequences, and the intentions pursued. About this last point, important consideration is that the new text of paragraph 3 inherent in the suspension of the account, with the change, becomes merely optional to its detectability¹⁰². In the last paragraph, emphasis was placed on considering, in the terms and conditions, the obligations arising from paragraph 2 of Article 12, which refers in turn to the observance of rights and legitimate interests, including the fundamental rights laid down by the Charter¹⁰³.

The information obligations (in addition to Article 13, which applies for intermediary service providers) all relate to the additional provisions online platforms have with respect to the aforementioned providers: out-of-court disputes, blocking and the use of automated tools for the purpose of content moderation.

With reference to this article and the next one, Article 24, there are to note many new features included in the text that will come into force. A publicly accessible machine-readable database managed by the Commission (without personal data) is newly inserted, and an Art. 23a with cogent design settings for platform websites in which the onus to have a "non-mystifying" interface is commendable, followed by Commission

¹⁰² The new provision states: "where it is possible to identify it, the intention of the recipient of the service, individual, entity or complainant".

¹⁰³ Art. 12 (2) which likewise, in the approved text, explicitly refers to rights like: fundamental rights of the recipients of the service, such as the freedom of expression, freedom and pluralism of the media, and other fundamental rights and freedoms, as it was noted in the below paragraph.



guidelines in paragraph 3 to prevent such asphyxiating practices¹⁰⁴.

The largest changes are precisely in targeting and online advertising: the DSA that will come into effect will have several tools to limit and make more transparent the use of data for publicity purposes and the introduction of new norms for the protection of minors as well. In particular, the introduction of the ability to shift parameters for service recipients is sought. New paragraph 3 prohibits the use of sensitive data for targeting¹⁰⁵. Article 24a, additionally, confers an obligation with effects all to be evaluated since it mandates transparency of the principal system recommender parameters¹⁰⁶ (i.e. the usage of algorithm) already in the terms and conditions of the online platforms (including the criteria used and the rationale for the related significance of the parameters), and an interface on the online platform where information is prioritized of “a functionality allowing the

¹⁰⁴ Notably, they are, as the article states: a) giving more prominence to certain choices when asking the recipient of the service for a decision; (b) repeatedly requesting a recipient of the service to make a choice where such

a choice has already been made, especially by presenting a pop-up that interferes with user experience; (c) making the procedure of terminating a service more difficult than subscribing to it.

¹⁰⁵ Data based on “profiling within the meaning of Article 4(4) of Regulation 2016/679 using special categories of personal data” as defined by the GDPR, which includes sexual orientation, political opinions, racial or ethnic origin, etc.

¹⁰⁶ As referred in the art. 2(o) ‘recommender system’ means a fully or partially automated system used by an online platform to suggest or prioritise in its online interface specific information to recipients of the service, including as a result of a search initiated by the recipient of the service or otherwise determining the relative order or prominence of information displayed.



recipient of the service to select and to modify at any time their preferred option”.

The real new feature, though, is the specific provision for the protection of minors in Article 24b in order to ensure a high level of privacy, safety, and security on their service and even more pressing is the obligation not to profile users’ data for promotional purposes when “they are aware with reasonable certainty that the recipient of the service is a minor”.

What the European legislature has introduced, therefore, is a disclosure of the methods and mechanisms used to target data for advertising aimed at increasing the time of use of such platforms and hence the earnings from the selling of ads in the proper slots. Truly noticeable is the attempt, evidenced by the legislative negotiations (with these articles being the ones with the most amendments and changes), to overhaul a truly unclear sector and to envisage alternatives to the process of indiscriminate use of data, even sensitive ones.

There is already criticism on the basis that it will impact the online ecosystem, and even the idea of banning targeted ads¹⁰⁷ has been restricted to the category of underage users, partly since there had already been complaints¹⁰⁸ about the effectiveness of such measures in tackling misinformation and rampant promotion.

¹⁰⁷ In the lawmaking process, the intention of an amendment suppressing all kinds of targeted promotional ads filtered out.

¹⁰⁸ “(...) a move to ban “targeted” advertising would penalize SMEs and small publishers without necessarily having any material impact on online disinformation”, says IAB Europe, in the IAB Europe Launches New Campaign On Targeted Advertising At Crunch Time For The Digital Services Act (DSA), available at: <https://iab europe.eu/all-news/iab-europe-launches-new-campaign-on-targeted-advertising-at-crunch-time-for-the-digital-services-act-dsa/>.



2.1.2 Special Provisions for Very Large Online Platforms and Very Large Online Search engines

The great challenge of the articles found in Section IV is to seek the balance between respect for fundamental rights and a congenial determination of illegality and risk for all 27 Member States. Paradoxically, the goal of harmonizing these rules for platforms operating within the EU system could result, in the absence of certainty of terminology or adaptation to these new norms, in problems not only of interpretation but, above all, in a lack of concreteness that jeopardizes their purpose and effectiveness.

The obligations for very large online platforms should be treated as a totality and most of all, analyzed also because of the implications that the enacted amendments to the text that will come into force entail. The yearly risk assessment and mitigation have raised many questions as to predictable effects but also as to the freedom of action of the platforms themselves. The provisions are described as written to curtail as many risks as possible and their wide contrast, with purposefully vague and all-encompassing terminology. Regarding risk moderation there are uncertainties about what the word risk involves, with a grey list of things to include (that could still encompass others) such as illegal content, repercussions on certain fundamental rights, and deliberate manipulation of the service, considering content moderation and recommendation systems. On these articles, the legislative process has also made important improvements, also in view of the breadth and the generic nature of the content, which had received



criticism¹⁰⁹ especially for delegating risk assessment in an excessively open manner and without specifying what to take due regard to accurately or at any rate recalling respect for fundamental rights all, and not merely a paltry list¹¹⁰.

The major criticism concerns the enormous burden given to platforms as an ex-ante mechanism for risk detection and mitigation. The issue may be how such blank waivers given to VLOPs might coexist with freedom of expression

¹⁰⁹ J. Barata, The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations, cit.

¹¹⁰ In the proposal have to be considered, in the risk assessment, as stated in the art. 26 (1)(b): any negative effects for the exercise of the fundamental rights to respect for private and family life, freedom of expression and information, the prohibition of discrimination and the rights of the child. It must be underlined that the new text includes all the fundamental rights, as it enshrines: any actual or foreseeable negative effects for the exercise of fundamental rights, in particular the fundamental rights to human dignity, respect for private and family life, the protection of personal data, freedom of expression and information, including the freedom and pluralism of the media, the prohibition of discrimination, the rights of the child and consumer protection. The same art. introduces, at the paragraph 1 (ca): any actual or foreseeable negative effects in relation to gender-based violence, the protection of public health, minors and serious negative consequences to the person's physical and mental well-being. This was suggested by LIBE (available at: <https://iabeurope.eu/blog/draft-dsa-imco-libe-reports-european-parliament-needs-to-set-dsa-work-in-the-context-of-existing-eu-rules-on-digital-advertising/>) and Amnesty International (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/european-union-digital-services-act-agreement-a-watershed-moment-for-internet-regulation/>).



and, more importantly, with the mitigation of such risks in broad terms. The most probable possibility is that such practices will, on the contrary, be normalized as a result of the first measures undertaken by the autonomous audits¹¹¹ to which the same platforms will undergo annually. The alternative would have been to incentivize stricter or lighter codes of conduct¹¹² (with the participation of stakeholders, researchers, and civil society), perhaps following settling periods with the supervision of the European Board for Digital Services and the Digital Service Coordinators¹¹³ of the respective Member States, which should have provided for ex-post monitoring thereafter upon an initial settling phase¹¹⁴. The path taken, conversely, has been that of full imposing liability on the platforms, so the expected effect is one of over-blocking, especially in the imminent stages of the Regulation's entry into force. The take-down mechanism for such content may already be exacerbated by the inclusion in the terms and conditions of stringent and over-performing provisions for the curtailment of such content.

¹¹¹ See C. Cauffman, C. Goanta, A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection, *European Journal of Risk Regulation*, 12 (2021), pp. 758–774.

¹¹² It is suggested by M. Buiten, *Combating Disinformation and Ensuring Diversity on Online Platforms: Goals and Limits of EU Platform*, cit. p.18. Available at: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4009079>.

¹¹³ Indeed, enough so that the supervisory system for DSA enforcement (but also data monitoring) has already been designed as "Communication Oversight Bureaucracy", as said by A. Peukert: *Five Reasons to be Skeptical About the DSA*, *VerfBlog*, (2021) <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-04/>.

¹¹⁴ J. Barata, *The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations*, cit.



Article 26, however, has been vastly improved in the new DSA text: first, risk from platform design has been included, which should cover the algorithm and those from feature developments that are likely to affect critical risk. The incorporation of all fundamental rights among the elements to be considered in the above analysis is a distinct addition. Paragraph 2 states that the design of their recommender systems and their algorithm should be considered in the evaluation of risk. The former text referred to recommender systems, content moderation, and advertising selection and display, while the new one refers, in addition, to the assessment of design of recommender systems and any other relevant algorithm, applicable terms and conditions for execution, and data practices. Service manipulation has been shifted to the second paragraph, and there is no longer reference to adverse effects in the specific matters specified therein, effectively broadening the range of considerations to be raised for VLOPs, who therefore will not have to assess the risk arising from service manipulation, but take it into account, though for any kind of intentional manipulation. What sticks out is a clarification of these assessments, which, in effect, provided for overly exorbitant burdens for platforms: with these changes, the scope of assessment to which platforms must undergo is broadened (especially considering the incorporation of all fundamental rights, design and especially algorithms, included twice in the new legislation).

Upon scrutiny of the risk assessment, Article 26 is rather meager in defining the severity of the risk that should be followed by its mitigation; also lamentable is the absence of various duties of assessment¹¹⁵ commensurate with

¹¹⁵ As underlined by M. Cappello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act package*, cit., p. 19.



the impact and relevance of those who share or spread them¹¹⁶.

Speaking of the same article, the paragraph (1)(c)¹¹⁷ should be deleted, as it has been suggested¹¹⁸ due to the excessive genericity of the textual wording of this provision: particularly the control of the risk of manipulation of the service provided by the VLOP with foreseeable effects on some extremely broad matters, especially considering that there is no reference to illegality or contrariety to the terms and conditions of the online platform. It is plainly a disproportion of power at the head of such platforms that could pull in so much content. The intention is to limit the use of BOTs to distort public speech in the areas of child health, politics, minors, and civic discourse in general, but the dispensation seems rather sweeping.

It could be inferred that these platforms, to which Very Large Online Search Engines (VLOSE) have been added in the new text¹¹⁹, may benefit from these broad evaluative powers to rewrite, or otherwise avow to themselves other powers, without overly addressing the definition and mitigation of risk, as well as the damage

¹¹⁶ Suffice it to consider the extremely influential role played by so-called influencers on popular social media, or the social pages of editorial outlets, as suggested by M. Cappello (ed.), *idem*.

¹¹⁷ It entails "intentional manipulation of their service, including by means of inauthentic use or automated exploitation of the service, with an actual or foreseeable negative effect on the protection of public health, minors, civic discourse, or actual or foreseeable effects related to electoral processes and public security".

¹¹⁸ A. Peukert, Five Reasons to be Skeptical About the DSA, cit.

¹¹⁹ In fact, from now forward, when reference is made to the new text, implicitly along with VLOPs, VLOSEs will also be covered.



that can be done to society and the economy. In this regard truly intriguing is the gauntlet to which these kinds of actors and European and national intermediate bodies are subjected, with an obvious disproportion of power counterbalanced by the determination of soft law to come for Commission and the EBDS. From this standpoint, the adaptability and supplementary measures that will be embarked upon will dictate the path that will seek to be taken¹²⁰.

These measures are provided for in Article 27 below. In the proposal for the Regulation it constitutes the main provision related to risk in general but also to misinformation and the use of the algorithm, being complementary to Article 26 which, as already explored, foresees “only” the identification of risk. The flexibility given to online platforms in mitigating risks with reasonable, proportionate and effective measures should be emphasized immediately. The new text again includes “particular consideration to the impacts of such measures on fundamental rights” and a more detailed delineation of what such measures may include. The most important novelties include the updating of design, enforcement of terms and conditions, the notice-and-action mechanism and, more so, algorithmic systems as well as the addition of the implementation of decisions of out-of-court dispute settlement bodies. Separate mention for the addition of three subsections (ea) taking awareness-raising measures and adapting their online interface for increased user information; eb) taking targeted measures to protect the rights of the child, including age verification and parental control tools, tools aimed at helping minors signal abuse or obtain support, as appropriate; (ec) ensuring that an item of

¹²⁰ M. Cappello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act package*, cit. p. 52.



information, whether it constitutes a generated or manipulated image, audio or video that appreciably resembles existing persons, objects, places or other entities or events and falsely appears to a person to be authentic or truthful is distinguishable through prominent markings when presented on their online interfaces. Must be provided, in addition, an easy-to-use functionality which enables recipients of the service to indicate such a content, which increase considerably the weight of such mitigating actions on the patchwork of material circulating on the Internet.

It is a truism to note that those and so many powers, greatly increased under the new text, besides, lead to an utterly paramount role for VLOPs. Their centrality in conducting risk assessment and mitigation on such a wide plethora of content makes them undisputed players not (anymore) only in the dissemination of online content but also in restricting what will be shared and shown to their users. It leaves to be figured out how this threat can also comprise diverse and less relevant content than simply illegal ones, of which, moreover, many (if not almost all) will eventually fall under the axe of the notice and action mechanism¹²¹.

The resulting risk will be scrutinized and mitigated, with all that can be expected from this, all the more so considering that this scrutiny will have to take place every year and that the last paragraphs included in the final text have included platform design, protection of minors, reporting of miscreant content and, above all, the algorithm, increasing the concreteness of the Proposal and shall render the rules less vague and more effective and influential on web openness and the fight against misinformation. In short, pioneering the regulation of the coming age of the digital world.

¹²¹ I. Buri, J Van Hoboken, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, cit. p. 34.



Deserving a distinct comment is the crisis response mechanism which is an absolute newness of the revised text and which determines an extensive power for Commission (upon recommendation of EBDS) to counter situations of serious threat to public security or public health stemming from exceptional events: through its 11 paragraphs it would be the real breakthrough of the innovations made as it will have the capacity to require VLOP to assess such risk and to identify and to implement specific, proportionate and effective measures (also in this respect there is a specific reference to the implications and possible repercussions on the fulfillment of the rights of the Nice Charter). To this purpose, the decision undertaken by the Commission must be necessary, justified and proportionate, having regard to the severity of the situation and the urgency of the measure and respecting a time frame, which in any case must not exceed 3 months (extendable for an equal amount of time), with the added task of monitoring the implementation of such action.

This new article giving such and so many powers to the Commission should dispel doubts about the intentions of the European legislature to provide the same discipline even in situations of exceptional severity. The response (doubtless spurred by the 2020 pandemic crisis and the Russian invasion of Ukraine) is a resolute stance, with an anchored role for the Commission and giving much more teeth to what in the Article 37 crisis protocols that are optional and, thereby, discretionary.

Audits on Chapter 3 obligations and commitments under Articles 35, 36 and 37¹²² must be conducted by independent organizations with proven experience,

¹²² Referred to codes of conduct and crisis protocols.



competence, capacity, objectivity and deontology¹²³ (according to article 28). The jarring element of this provision is the absence of compulsoriness, as the last paragraph, states that in the event of a negative response of the audit, one may not implement what has been stipulated upon justification and the indication of alternative measures. We will get to see with the implementation of these powers how and how much this waiver will be used, absent any countervailing power on the part of DSCs or the Commission. The next article contains an important novelty in the text that will be approved: unlike the text of the proposal (cryptic to say the least), in recommender systems, VLOPs are required to provide at least one non-profiling option¹²⁴. For online advertisements there is a transparency requirement for pertinent information via a registry for at least one year after it is displayed on their interface¹²⁵. On the same page is the art. 31: the expansion of transparency obligations ensures that the DSCs of the place of establishment or the Commission has access to the data necessary to monitor and evaluate compliance with the Regulation¹²⁶. The rules provided therein are quite

¹²³ The text to be adopted also adds time requirements to be met, such as forbidding the same VLOP or VLOSE from rendering such an audit for longer than 10 years.

¹²⁴ Within the meaning of Article 4, point (4), of Regulation (EU) 2016/679, as specified by the same article.

¹²⁵ Of particular note is the addition of the letter ba) the natural or legal person who paid for the advertisement, where that person is different from the person referred to in point (b) (that was referred to "the natural or legal person on whose behalf the advertisement is presented").

¹²⁶ The new text placed burdens on both controllers and controlled persons by appending the following subparagraphs:

1a. Digital Services Coordinators and the Commission shall use that data accessed pursuant to paragraph 1 only for the



literally the completion of Articles 26 and 27, as detailed in paragraph two of the text to be adopted¹²⁷; in the same, access to data has also been provided to vetted researchers¹²⁸ for the identification, understanding and detection of risks (this last, very important innovation

purpose of monitoring and assessing compliance with this Regulation and shall take due account of the rights and interests of the providers of very large online platforms and the recipients of the service concerned, including the protection of personal data, the protection of confidential information, in particular trade secrets, and maintaining the security of their service.

1b. For the purposes of paragraph 1, providers of very large online platform shall, upon request from either the Digital Service Coordinator of establishment or from the Commission, explain the design, logic the functioning and the testing of their algorithmic systems, including their recommender systems.

¹²⁷ The previous textual disposition referred only "to the identification and understanding of systemic risks as set out in Article 26(1)".

¹²⁸ Vetted researchers which, sparsely regulated in the original text, have undergone numerous changes in the legislative process, with a list of requirements to be met and the introduction of 4 sub-paragraphs in paragraph 4 increasing their duties and powers considerably, while also placing constraints on some of the gaps in regulation, as highlighted by M. Vermeulen, *The Keys to the Kingdom*, Knight First Amendment Institute at Columbia University, p. 27 ("researchers can unintentionally expose research subjects to a range of harms, including identity theft, financial fraud, harassment, abuse, or reidentification" 121 Potential GDPR violations can also be added to this list"), available at <https://knightcolumbia.org/content/the-keys-to-the-kingdom>.



introduced in the legislative process)¹²⁹. It was also highlighted that enabling disclosure of ads and data access for researchers is a direct application of the 2018 Code of Practice on Disinformation became binding in the DSA¹³⁰.

The compliance function, as it has been redefined by the text of Art. 32 that will be adopted, will have one or more compliance officers who will serve as monitors of the platforms' compliance with the DSA¹³¹ "from the inside", indeed with quite delicate tasks to expand this widespread control with respect to online activities and related risks to other parties as well. While central will be the role of the semi-annual reports that VLOPs will have to prepare for the purpose of assessing the impact of these new rules: in particular, reference is given to reports inherent to the application of Art. 13 (in itself inherent to transparency regarding orders received from Member State authorities, notifications under Art.14, complaints collected through the internal system under Art.17 and own-initiative content moderation activities) and 23 (number of disputes referred to non-judicial bodies under Art.18, suspensions under Art.20, and any usage of automated tools for content moderation)¹³²; the

¹²⁹ Adopted the proposal contained in the EDPS Opinion on the DSA, p. 18. link: https://edps.europa.eu/system/files/2021-02/21-02-10-opinion_on_digital_services_act_en.pdf.

¹³⁰ See M. Buiten, Combating Disinformation and Ensuring Diversity on Online Platforms: Goals and Limits of EU Platform (January 14, 2022) cit., p.18.

¹³¹ Single obligations are set out in paragraph 3 of Article 32. In the new text, compliance for Articles 26, 27, 35, 36 and 37 are expressly cited apart from Article 28. In addition, 3 paragraphs of supplementary obligations pertaining to Art. 26 and risk assessment are also added.

¹³² Inserted in the new text, wherein there is a requirement to also include detailing the human resources that the provider of very large online platforms dedicates to content moderation



following paragraph 2 has undergone a very significant change in the newly revised text: a report is no longer required in the case of a non-positive audit under Art. 28 (4), but pursuant to all audit reports¹³³ (ex-Art. 28 para.3), i.e., increasing noticeably the burden on large platforms to share such reports and, therefore, the transparency of how risk is assessed and mitigated, as far as both audits and non-positive response audits are involved.

Here we have a key feature to ensure that VLOPs fulfil their obligations to root out the risks from their platforms - including disinformation - and that they do so in a way which is measured, critiqued, and subjected to independent oversight from auditors, the Digital Services Coordinator, the Commission, and - notably - the public. The need for greater oversight and these kinds of mechanisms are a significant step in the regard of the disclosure of the functioning of these influential black boxes¹³⁴. Multi-layered transparency obligations compel VLOPs to not only to make us understand how they work, but to show how they have “managed” the risk in a timely and reasoned manner.

The articles that follow pertain to the so-called soft laws already discussed *supra*¹³⁵ in relation to the

and their qualifications and linguistic expertise. It should further be noticed that the deadlines within which to prepare such reports have been changed from no longer than 30 days after the adoption of the non-positive audit implementation report to at the latest three months after the receipt of each audit.

¹³³ Even considering that the wording reads: “Providers of VLOPs shall make publicly available and transmit to the Digital Services Coordinator of establishment and the Commission”.

¹³⁴ M. Cappello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act package*, cit., p.57.

¹³⁵ See Paragraph 2.1.2.



harmonization of norms that may be a departure point, a fortiori in the teething months of application of the new Regulation. The standards and codes of conduct¹³⁶ to be “encouraged” and “facilitated” by the Commission and EBDS have also already been mentioned, and on the success of these measures much will depend on how widely these bodies will exercise this mere optional power, as envisaged also in the “voluntary crisis protocols for addressing crisis situations strictly limited to extraordinary circumstances affecting public security or public health”¹³⁷ for the crisis protocols.

2.2 Algorithm disclosure

The algorithm has been included in numerous dispositions of the new text, which may be good news, considering that in the Proposal it was mentioned several times in the initial remarks of the Proposal and that in the textual dispositions it was cited only in Articles 12 (terms and conditions), 54 (power to carry out on-site inspections) and 57 (monitoring options). It is a total reform that has resulted from the legislative process, which has added it in the plots of Articles 26, 27 and 31. As analyzed in the previous section, these three articles are among the most notable ones for detecting and combating risks and for transparency. As well as with the wording of “automated means” inserted in Articles 14(6), 15(2)(c), and 17(5), about the notification and action mechanism, the related justification for the removal of specific information from the platform, and the internal

¹³⁶ The approved text of the DSA will contain standards for targeted measures to protect minors online in the art. 34(1) and into the Codes of conduct for online advertising (art.36(2)) meaningful information on data monetization.

¹³⁷ As enshrined in the disposition of the art. 37(1) of the new text of the DSA.



complaint handling system. The first two articles provide for the duty of information inherent in these tools, while the third article places a limitation on the exclusive reliance on automated means for the decision of the complaint. We should elaborate on the insertion of the duty of transparent disclosure under Article 23, which included in paragraph 2(c) the indication of automated means for content moderation (including their purpose, accuracy and any safeguards; in the new text, relevantly, they have now been inserted in Article 13, and thus, for all intermediary service providers, the number of notices processed by using automated means and the median time needed for taking the action. Absolute novelty that enhances the transparency of all online actors and certifies its higher effectivity, even in view of the vagueness of the previous provision.

Reference has already been made above to the novelty introduced by the new text in Art. 24(a), which provides for transparency in the use of recommender systems for online platforms, at the same time as the paragraph 1 of Art. 29 (which stipulated the same burdens but with respect to VLOPs solely) is eliminated. Art. 29 will be complementary to Art. 24 and will “only” provide for the mandatory option of algorithmic choice not based on data profiling, instead leaving platforms with the burden of the option to alter such a system.

These novelties could lead to a substantial improvement in the knowledge of internal procedures regarding the operation of mechanisms for viewing and using online content. Transparency alone is not enough, especially if in addition to risk, one must then identify any harm done to users, and to really have an awareness of algorithmic systems, they would have to be understandable even to “the average user” of Internet.

Algorithms are used to decide which information is presented to users or is visible in a position rather than



another one. Online platforms use “automated means” to filter out relevant information and recommend it to their users, making it easier to navigate the flood of information on the internet (and to create the so-called filter-bubbles¹³⁸ for each user). Selection and ranking algorithms aim to make content accessible by suggesting the most relevant content to the user from an unmanageable abundance of content and ranking it. These algorithms thus filter content, as they only show users certain info that they consider to be relevant. Conversely, this means that other content is hidden at the same time. Differing from traditional media that have editorial roles and rules to abide by, these VLOPs, as private companies that they are, aim to maximize the sales of advertising space and, therefore, increase the user’s attention. In this context, it is obvious that this leads to unequal treatment, even considering that online platforms are often carriers of information and news related to actualities of all kinds, in fact becoming competitors for traditional media.

Algorithms can be utilized both as a content recognition tool and as a filtering tool; they can easily classify, and consequently delete illegal user-generated content; on the other side they can also profile users, creating rankings among them, and this can easily lead to the new form of discrimination. Therefore, is to be commended the disposal that forces the providers of online platforms to “set out in their terms and conditions, in plain and intelligible language, the main parameters used in their recommender systems”¹³⁹ (provided for in Art. 24(a)), symptomatic of how the main parameters

¹³⁸ E. Pariser, *The filter bubble: How the new personalized web is changing what we read and how we think*, 2011.

¹³⁹ “As well as any options for the recipients of the service to modify or influence those main parameters”, the article continues.



may include all those patterns that induce what each person sees, and especially “any options for the recipients of the service to modify or influence those main parameters”, allowing effective user control.

Finally, the European Commission’s response, with the Proposed DSA and the text that will come into force, is a determined attempt to force these actors to be more transparent about content (with stringent obligations especially for illegal content) and how it is displayed and how risky it may be and how much risk is under control. Ensuring that such “internal” systems of the platforms are knowable will also curb those rather obscure dynamics (hence known as dark patterns¹⁴⁰) whereby often borderline-legal or speciously fake content has rather high engagement. And algorithms, which will also have to be considered in the analysis and mitigation of risks, as well as in the moderation of content inherent in terms and conditions (notwithstanding the sensitive area of harmful but not illegal content), will accordingly be part of the new multi-tiered burdens of intermediary service providers, platforms and VLOPs. The use of these automated means, which are affecting more and more the choices of billions of people, is not necessarily deplorable; on the contrary, with the right incentives it could lead to a safe and aware online experience. Consider their use for content moderation or to the indexing of searches on search engines, which are quite often extremely accurate and rapid. Putting rules to

¹⁴⁰ The term “dark patterns” was first coined by UX specialist H. Brignull to describe the ways in which software can subtly trick users into doing things they didn’t mean to do or discouraging behavior that’s bad for the company. As explains the article of WIRED, How to Spot -and Avoid- Dark Patterns on the Web, available at: <https://www.wired.com/story/how-to-spot-avoid-dark-patterns/>.



automated mechanisms is always difficult, however, including some more stringent proposals such as the final human-in command principle or the external audits might be a suggestion at least as it pertains to the Codes of Conduct in Article 35 and 36.

The algorithm unveiled to prevent distortions and dark patterns and ensuring with this “sharing” process an open online space in order that the key word in this context looks to be transparency. It will include algorithms, which excessively shape the parcelization of virtual realities that we all know and will experience, definitely with enhanced awareness and insight.

2.3 What is illegal offline will also be illegal online?

Answering the question of whether what is illegal offline will also be illegal online is complex. More than ever, one must wait for the new rules to become effective and be enforced in practice to determine a judgment that could be truthful. Predictably, it is bound to be a revolution, complete with varying degrees of obligations for online platforms, especially large ones. In dealing with the fight against misinformation and the transparency of online automated processes, the road is still steep. The guidance followed for the discipline that is going to enter place is pertaining to diligence requirements, self-regulation, and independent oversight (with public scrutiny mechanisms), with a broad defining intent clearly to include as much content mitigation as feasible. The result is that the risk to be assessed and mitigated is rather indefinite at the time of writing. Illegal content - only illegal content - is likely to get easily eliminated via the tools provided for all online platforms (notice and action mechanism) and, presumably, will not reach the center of concerns related to VLOPs and systemic risks.



Harmful content, which seems likely to be subject to self-regulation since the moderating procedures foreseen in the general conditions of each intermediary service provider, is another point. For this reason, Article 26 has been accused of being not only indefinite but also content-wise narrow with the longstanding duty on the part of the courts (and administrative authorities in charge) to delineate the contours of what the European legislature, alas, could not rigorously define, perhaps due to the very rapid evolution of the field at hand.

The European Union seems to be intentioned about countering disinformation and the spread of fake news, and there are many indications to prove it. In recent times the problem has become relevant and obvious, and manifest are the strains with numerous soft and hard law disciplines. The most important one to note in this context is definitely the Reinforced Code of Practice against Disinformation of 2022¹⁴¹, which includes new features compared to the 2018 code and is of importance since it could be adopted as a code of conduct under Art. 35 of the DSA. So it provides for a reference to a regulatory source whereby a gradual updating of the Code is surely to be expected as technology moves forward and the open clauses of the DSA permit flexibility.

In the hard laws, in addition to those envisaged in the DMA and DSA that are the subject of the detailed analysis, two Regulations can certainly be counted,

¹⁴¹ It includes commitments to transparency in political advertising, demonetization of disinformation and reducing methods of spreading disinformation, such as fake accounts and bot-driven amplification. It clearly states that: "Actions under the Code will complement and be aligned with regulatory requirements and overall objectives in the Digital Services Act (DSA) once it enters into force".



which are expected to be incisive, and which will cover central issues inherent to digital and its prospective uses: these are the Political Advertising Regulation¹⁴² and the AI Regulation¹⁴³ that will identify risks and likely solutions to problems intimately intertwined with those of DMA and DSA, with great eagerness to hear about their provisions and layouts.

Thus, everything will come to the shaping as a result of the first assessment and mitigation measures, as well as the enactment of the Commission's guidelines and the refreshed Code of Practice on Disinformation. The certainty is that there will be significant changes on internet of tomorrow, and they will start from today, from this audacious European Regulation. With certainty online the environment will be more secure, and transparent. We will see how and how much.

CONCLUSIONS

"The Digital Services Act is a major milestone", said Internal Market Commissioner Thierry Breton, and we should be upbeat about this decisive step taken by Brussels, which definitively signals a caesura with the past and propels the continent into a coming era steeped in tighter control and transparency.

The Europeanization of web regulation is good tidings: the Internet has formed part of our lives for several years now, and the technological process has steered it along routes unimaginable even to the most optimistic. The pace of this rise has been extremely rapid, and

¹⁴² See footnote n. 3.

¹⁴³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising, Brussels, 25.11.2021, COM (2021) 731 final.



innovations will be accelerating and unpredictable, obliging the entire society to keep up in terms of survival. Given this, the legislative process has already made important changes¹⁴⁴ and so much will be concretely enacted in the coming months, which for this reason will turn out to be decisive (all the more so considering the many soft laws and open clauses that the Proposal contains).

Even former U.S. President Barack Obama has spoken enthusiastically with respect to the European effort on disinformation¹⁴⁵, testifying to how global the world of technology - especially Web 2.0 - is and how big tech is feared even overseas. The supportive chorus of such measures was joined by Frances Haugen, the whistleblower of some strict internal documents of Facebook (that proved how the company knew about the contribution to harms ranging from its impact on teens' mental health and the extent of misinformation on its

¹⁴⁴ The main changes were described in the previous chapter.

¹⁴⁵ Talking at a conference hosted by the Cyber Policy Center and Obama Foundation, he said: "As the world's leading democracy, we have to set a better example. We should be able to lead on these discussions internationally, not [be] in the rear. Right now, Europe is forging ahead with some of the most sweeping legislation in years to regulate the abuses that are seen in big tech companies (...) Their approach may not be exactly right for the United States, but it points to the need for us to coordinate with other democracies. We need to find our voice in this global conversation" Adding that: "Solving the disinformation problem won't cure all that ails our democracies or tears at the fabric of our world, but it can help tamp down divisions and let us rebuild the trust and solidarity needed to make our democracy stronger. Available at: <https://fsi.stanford.edu/news/barack-obama-addresses-intersection-online-disinformation-regulation-and-democracy-stanford>.



platforms, to human traffickers' open use of its services)¹⁴⁶.

The very recent Conclusions of the Council of the European Union¹⁴⁷ as a response to the crisis caused by Russia's invasion of Ukraine also merits brief comment. Foreign information manipulation and interference (FIMI) includes a statement of intent to warn of the need for a common and effective response to "the urgency of tackling foreign information manipulation and interference targeting not only Russian, but global audiences" as the July 18th press release says, in which moreover the principles of the Digital Service Act and the Code of Practice on Disinformation in combating disinformation are recalled, as well as cooperation with NATO and G7 partners and with civil society and the private sector. This conclusion was matched by another for an EU approach to the challenges posed by new digital technologies for a European digital diplomacy that also involves strategic partners for a more holistic plan against possible interference on internal and also external policies on cyber security, including foreign information manipulation and interference¹⁴⁸, with an

¹⁴⁶ For a deeper insight: <https://time.com/6121931/frances-haugen-facebook-whistleblower-profile/>. The Facebook's files involved are available at: <https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>.

¹⁴⁷ It is available at: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/foreign-information-manipulation-and-interference-council-approves-conclusions-stepping-up-eu-s-engagement-and-ability-to-respond/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Foreign+information+manipulation+and+interference%3a+Council+approves+conclusions+stepping+up+EU%27s+engagement+and+ability+to+respond.

¹⁴⁸ The point n.6 of the Conclusion recalls: Contribute to safeguarding the EU's security also in the context of countering



“human-centric approach to digital technologies, promoting partnerships and coalitions with like-minded countries”¹⁴⁹. This testifies to a worldwide emphasis that may also prove strategic for a Western perspective (though we should call it democratic) on freedom and information.

Returning to the theme of my research, crucial will also be the adaptability of the Regulations, both DSA and DMA, to the demands of the future. Of note, it has already been written that the generality of some of the terminology used can be a double-edged sword. Allow the metaphor, which is useful to intend that overthinking broad outlines could cause one to lose sight of today’s goal, that cannot be postponed. On the urgency of regulating these broad matters, confirmation also comes from the many regulations passed in recent years and those still in their infancy, mentioned in the last paragraph.

The European Union, audaciously, is embarking on a winding path: never to commence means to abandon

hybrid threats, cyberattacks, and foreign information manipulation and interference (FIMI), including state-sponsored interference, as well as combatting violence and hate speech. The point 18 points out that “The Council stresses the importance of applying online the same rights that apply offline”.

¹⁴⁹ As put in the press release of the Council of the European Union. Link:

https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/eu-digital-diplomacy-council-agrees-a-more-concerted-european-approach-to-the-challenges-posed-by-new-digital-technologies/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=EU+digital+diplo+mac+3a+Council+agrees+a+more+concerted+European+approach+to+the+challenges+posed+by+new+digital+technologies.



oneself to the far-west (or far-web, as it has been called in Italy¹⁵⁰), and this is no longer postponable, for the sake of democracy. Moreover, it should not be ignored, however, that digital literacy must be based on education and operate the levers of deterrence with uniform enforcement of the law. Thus, this gateway can be pivotal in operating a secure and transparent online environment, as European Union, and its citizens, demand it of us. Today more than ever.

BIBLIOGRAPHY

A. Zoltners, P. Sinha and S. E. Lorimer, *How Sales Teams Can Thrive in a Digital World*, Harvard Business Review, 2018.

A. Mozo Seoane, *Los límites de la tecnología. Marco Etico e regulación jurídica*, Reus editorial, 2021.

A. Q. Pastrana, *Reforma del Derecho y revolucion digital. Las garantías sociales en la ecomía de plataformas*, 2020.

A. Peukert, *Five Reasons to be Skeptical About the DSA*, VerfBlog, 2021.

A. Savin, *The EU Digital Services Act: Towards a more responsible Internet*, Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 21-04, Journal of Internet Law, 2020.

B. P. Cociña, A. Q. Pastrana, *El derecho ante la transformación digital, Oportunidades, riesgos y garantías*, Atelier, 2020.

¹⁵⁰ M. Grandi, *Far Web. Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei social*, Rizzoli, 2017.



B. Wagner and H. Janssen, A First Impression of Regulatory Powers in the Digital Services Act, *Verfassungsblog*, 2021.

C. Cauffman, C. Goanta, A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection, *European Journal of Risk Regulation*, 12, 2021.

E. Pariser, The filter bubble: How the new personalized web is changing what we read and how we think, 2011.

E. Shattock, Self-regulation 2:0? A critical reflection of the European fight against disinformation, *Harvard Kennedy School (HKS) Misinformation Review*, 2(3), 2021.

G. Frosio, C. Geiger, Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime (2020). *European Law Journal*, 2022.

H. Richter, M. Straub and E. Tuchtfield, To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-25*, 2021.

I. Buri, J Van Hoboken, The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview, *Digital Services Act (DSA) Observatory Institute for Information Law (IViR)*, University of Amsterdam, Discussion paper, 2021.

J. Barata, Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act, *Center for Democracy & Technology blog*, 2020.



J. Barata, The Digital Services Act and its impact on the right to freedom of expression: special focus on risk mitigation obligations, *Plataforma por la libertad de informacion*, 2021.

J. Barata, The Digital Services Act and the Reproduction of Old Confusions: Obligations, Liabilities and Safeguards in Content Moderation, *VerfBlog*, 2021.

J. Mchangama, N. Alkiviadou, R. Mendiratta, Thoughts on the DSA: Challenges, Ideas and the Way Forward through International Human Rights Law, *The Future of Free Speech - Rebuilding the Bulwark of Liberty*, 2021.

J. Wimmers, The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act - A disservice to its own goals, 12, *JIPITEC* 381, 2021.

K. Jones, This is how COVID-19 has changed media habits in each generation, *World Economic Forum*, 2020. Kuczerawy, The Good Samaritan that wasn't, *Verfassungsblog*, 2021.

L. Cabral and others, The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, *The EU Digital Markets Act*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, Boston University Questrom School of Business Research Paper No. 3783436, 2021.

L. Mustert and M. Bledog, The DSA Enforcement Framework, *Lessons Learned from the GDPR?*, *EU Law Enforcement*, 2021.

M. B. Andres, *Fundamento del Derecho de Internet*, *Foros y debates*, CEPC, 2017.



M. Berberich, F Seip, *Der Entwurf des Digital Services Act, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (GRUR-Prax)*, 2021.

M. C. Buiten, *Combating Disinformation and Ensuring Diversity on Online Platforms: Goals and Limits of EU Platform*, 2022.

M. C. Buiten, *The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation*, *Zeitschrift für Europarecht (EuZ)* 102, 2021.

M. Cappello (ed.), *Unravelling the Digital Services Act package*, *IRIS Special*, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2021.

M. Grandi, *Far Web. Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei social*, Rizzoli, 2017.

M. J. Scott, *Achieving Joined-Up Digital Policy in the EU*, 2022.

M. Leistner, *The Commission's vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer*, 2021.

M. Senftleban and C. Angelopoulos, *The odyssey of the prohibition on general monitoring obligations on the way to the digital services act: between article 15 of the e-commerce directive and article 17 of the directive on copyright in the digital single market*, Institute for Information Law (IViR)-University of Amsterdam and Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL)-University of Cambridge, 2020.



M. Vermeulen, The Keys to the Kingdom, Kinght First Amendment Institute at Columbia University

N. Appelman, J.P. Quintais, R. Fahy, Using Terms and Conditions to apply Fundamental Rights to Content Moderation: Is Article 12 DSA a Paper Tiger?, VerfBlog, 2021.

P. Akman, Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act, European Law Review, 2022.

P. Breyer, Digital Services Act: Legal Affairs Committee attacks user privacy and free speech online, 2021.

P. Cesarini, Regulating Big Tech to Counter Online Disinformation: Avoiding Pitfalls while Moving Forward, Media Laws, 2021.

R. Gorwa, R. Binns, C. Katzenbach, Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance, Big data and society, 2020.

P. G. Picht, H. Richter, The Proposed EU Digital Services Regulation 2020: Data Desiderata. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-21, 2021.

P. Ibáñez Colomo, The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis, 2021.Y

R. Ó Fathaigh, J. Van Hoboken, Regulating Disinformation in Europe: Implications for Speech and Privacy, 6 UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law 9, 2021.



R. Ó. Fathaigh, N. Helberger, & N. Appelman (2021). The perils of legally defining disinformation. *Internet Policy Review*, 10(4), 2021.

R. Y. Kim, "The Impact of COVID-19 on Consumers: Preparing for Digital Sales," in *IEEE Engineering Management Review*, vol. 48, no. 3, pp. 212-218, 1 third quarter, 2020.

S. Perez, Grocery Delivery Apps See Record Download Amid Coronavirus Break, *Tech Crunch*, 2020.

S. Stolton, MEP vies to target rogue traders in Digital Services Act, *Euractiv*, 2021.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



**EL JUICIO DE VIABILIDAD DE LA
OFERTA INICIALMENTE INCURSA EN
PRESUNCIÓN DE ANORMALIDAD, PESE
A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA, NO
PUEDE CONVERTIRSE EN UN ACTO DE
FE CIEGA**

**THE ASSESSMENT OF THE VIABILITY
OF A TENDER INITIALLY PRESUMED TO
BE ABNORMAL, NOTWITHSTANDING
TECHNICAL DISCRETION, CANNOT
BECOME AN ACT OF BLIND FAITH**

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
en UDIMA
Funcionario de Carrera en Excedencia
Orcid: 0000-0002-1622-5162

D^a. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Especialista en Contratos Públicos



Resumen

Análisis amplio de la doctrina concordante al Acuerdo nº 393/2022, de 13 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Recurso nº 393/2022), que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Fuenlabrada, de fecha 22 de agosto de 2022, por el que se dispone la adjudicación de la contratación conjunta del "Servicio de Mantenimiento de Instalaciones Petrolíferas, Revisión, Reparación e Inspección de Depósitos de Combustible en Centros Educativos, Escuelas Infantiles e Inmuebles Municipales del Ayuntamiento de Fuenlabrada y en Centros pertenecientes al Organismo Autónomo Patronato Municipal de Deportes (PMD), dividido en dos lotes (expediente nº 2022/000170), dejando sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, y no apreciando la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

Abstract

Comprehensive analysis of the concordant doctrine to Agreement No. 393/2022, dated October 13, of the Administrative Court of Public Procurement of the Community of Madrid (Appeal No. 393/2022), which dismisses the special appeal on procurement matters filed against the Agreement of the Local Government Board of the Fuenlabrada City Council, dated August 22, 2022, which provides for the award of the joint procurement of the "Maintenance Service of Oil Installations, Review, Repair and Inspection of Fuel



Tanks in Educational Centers, Nursery Schools and Municipal Buildings of the City Council of Fuenlabrada and in Centers belonging to the Autonomous Body of the Municipal Sports Board (PMD), divided into two lots (file no. 2022/000170), leaving without effect the automatic suspension provided for in Article 53 of the LCSP, and not appreciating the concurrence of bad faith or recklessness in the filing of the appeal.

Palabras clave

Ofertas anormales - Justificación - Juicio de viabilidad - Motivación - Arbitrariedad - Exclusión

Keywords

Anormal offers - Justificación - Viability Judgment - Motivation - Arbitrariness - Exclusion

SUMARIO:

- I.- Motivos de la impugnación
- II.- Consideraciones del Tribunal
- III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

La empresa adjudicataria no acompañaba a la justificación de su oferta incurso en temeridad un estudio o análisis económico de los costes asociados a la ejecución del contrato que permitiera analizar en detalle la efectiva viabilidad del mismo por el precio ofertado.



Por otro lado, el escrito de justificación de la oferta realizaba, a juicio de la recurrente, una exposición vaga, imprecisa y genérica, pero en modo alguno justificaba los costes ofertados en la licitación, y mucho menos explica una bajada tan considerable del precio. Se limitaba a ofrecer datos genéricos relativos a la experiencia de la empresa, mencionando contar con personal cualificado y acuerdos con colaboradores, que no fueron acreditados a través de la documentación justificativa que adjuntaba.

Ante la levedad de las justificaciones aportadas, la recurrente sostenía que eran insuficientes para que por parte del órgano de contratación y su servicio técnico pudiera realizarse el juicio de viabilidad de la oferta, por lo que debió procederse a la exclusión de la misma.

Alegaba, así mismo, que el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta no fundamentaba de forma suficiente y adecuada el carácter satisfactorio de las explicaciones dadas por la misma y, por ende, la aceptación de la oferta, convertida en una cuestión de fe.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, antes entrar en el fondo del asunto, admite que la adjudicataria, al evacuar el trámite de alegaciones con motivo de la interposición del recurso especial, expone un cuadro de precios unitarios y orientativo, ya que, según la misma, *"el coste de este expediente variará mucho en función del resultado de las inspecciones, las correcciones en instalaciones que haya que hacer, el número de depósitos que se vayan a inertizar y dejar fuera de servicio, la capacidad de cada*



uno de los tanques en los que haya que intervenir, etc.; aspecto que tampoco podría justificar con números absolutos ninguna de las empresas que se dediquen a este sector y quisieran licitar a este tipo de obras” – Nos preguntamos por qué no aportó ese cuadro de precios en su momento procesal oportuno, es decir, al justificar su oferta, y qué significado tiene que el Tribunal haga referencia a ello al entrar a resolver sobre el fondo del asunto -.

También añade el Tribunal que la adjudicataria indica en las alegaciones que aunque el listado de precios de uno de sus proveedores que aportó junto con la justificación de su oferta es público, su oferta se mejora con los descuentos que le aplica dicho proveedor sobre dichas tarifas, que no son aplicados a otras empresas del sector – cuestión de fe -. Nos resulta, cuanto menos, llamativa esta mención del Tribunal porque da la impresión de que la oferta incursa en presunción de anormalidad podría tener una segunda instancia de justificación ante los Tribunales de Recursos Contractuales por la vía de las alegaciones a la interposición del recurso especial.

Añade el Tribunal que *“la ley requiere solicitar explicaciones sobre la composición de la oferta y una valoración de los diferentes elementos puestos de manifiesto en la justificación y de las características de la propia empresa para poder apreciar de forma motivada si es posible o no el cumplimiento de la proposición en términos satisfactorios que ponga de manifiesto que esa anormalidad no afectará a la ejecución del contrato”*.

Respecto a la justificación de la oferta, manifiesta dicho Tribunal que la información justificativa va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta



formulada, "y con la justificación de su desglose", se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta ha de ser rechazada. Sin embargo, el Tribunal no se pronuncia sobre la alegación de la recurrente relativa precisamente a esa ausencia de desglose de la justificación ofrecida por la adjudicataria.

Y, reiterando que la función del Tribunal de Recursos Contractuales en estos casos es de control, no pudiendo sustituir el juicio técnico, considera el Tribunal madrileño que el informe técnico de valoración de la justificación de la oferta emitido en el presente caso - que se limita a considerar suficiente la justificación de la oferta presentada incluyendo como motivación los propios argumentos ofrecidos por la adjudicataria, sin valorar los mismos - está suficientemente motivado y no es arbitrario.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Analizamos, en consecuencia, un aspecto relevante en lo que a las ofertas incursas en presunción de anormalidad se refiere ¿cómo ha de justificarse la oferta?

Así, debemos tener en cuenta que *"la apreciación de que la oferta tiene valores anormales o desproporcionados no es un fin en sí misma, sino un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello, la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser*



consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible su aplicación automática” (Resolución del TACRC nº 24/2011, de 9 de febrero).

Sentada esta premisa, “la justificación del licitador temerario debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma. Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que se propone asumir, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato” (Resolución del TACRC nº 188/2018, de 23 de febrero).

No es preciso que el licitador cuya oferta ha incurrido en presunción de anormalidad justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino que se trata de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo (Resolución del TACRC nº 60/2015, de 20 de enero).



No obstante, ello no significa que deba considerarse suficiente cualquier justificación que pueda ofrecer el licitador incurso en anormalidad, resultando esclarecedora en este sentido la Resolución nº 124/2022, de 3 de febrero del TACRC cuando argumenta que

"En este sentido, ante la levedad de las justificaciones aportadas, difícilmente el órgano de contratación, y específicamente su servicio técnico, puede valorar adecuadamente si la oferta es realizable en sus propios términos. La ausencia del desglose de los costes laborales es ejemplificativa de las limitaciones de las justificaciones, e incluso los datos que sí obran en la misma reflejan insuficientes previsiones (caso de los gastos generales) que suscitan dudas sobre los cálculos que sostienen el resto de las partidas que no aparecen desglosadas... Frente al hecho objetivo de la anormalidad de la oferta por la existencia de una bajada en el precio, el procedimiento contradictorio no permite incorporar elementos de juicio que motiven o justifiquen, ni siquiera indiciariamente, la viabilidad de la oferta. Los datos aportados son insuficientes para que pueda realizarse ese juicio de viabilidad, por lo que debe procederse a la exclusión".

Y es que, como revela el Acuerdo 90/2018, de 11 de septiembre del TACP de Navarra, "se atribuye al licitador incurso en anormalidad la carga de destruir tal presunción, correspondiéndole a él aportar una justificación que explique razonablemente los bajos costes propuestos y, por ende, la viabilidad de su oferta; de donde no cabe sino concluir que una deficiente justificación de tal extremo, imputable por ello al interesado, deviene insuficiente a tales efectos y determina la legalidad de su exclusión del procedimiento de adjudicación".



Cierto es que la exhaustividad de la justificación que debe aportar el licitador cuya oferta está incurso en valores anormales o desproporcionados ha de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta. Sin embargo, como el propio TACP de Madrid sostuvo en su Resolución nº 2/2017 de 11 de enero, *"el contenido de la justificación ha de ir referido a las prestaciones objeto del contrato. Las empresas deciden libremente la composición de sus ofertas económicas de acuerdo a los criterios establecidos en el Pliego y son conocedoras de los factores de todo tipo que han tenido en cuenta para su formulación en los términos en que la han presentado, valorando incluso el riesgo de exclusión al que se exponen, si sus propuestas son anormalmente bajas y el riesgo de no resultar adjudicatarias, si los precios que proponen son demasiado altos o cercanos a los máximos establecidos por el Pliego"*.

Ese mismo Tribunal en la Resolución 78/2022, de 24 de febrero, pone de manifiesto la necesidad de desglosar la oferta y justificar ese desglose cuando señala que *"la información justificativa, tal como está diseñado el procedimiento contradictorio de verificación de la oferta anormal o desproporcionada va dirigida a convencer al órgano de contratación de que con la oferta formulada, anormalmente más baja en comparación con las demás del mismo procedimiento competitivo, y con la justificación de su desglose, se pueden cumplir las prestaciones objeto del contrato, de manera que si la justificación es insuficiente o motivadamente no garantiza adecuadamente la ejecución del contrato, atendiendo a la inicial presunción y para preservar el interés público de la licitación la oferta, ha de ser rechazada"*.



A la vista de esta doctrina y pese a entender que el rechazo de la oferta exige de una resolución debidamente motivada que razone por qué las justificaciones del licitador no explican satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados, “motivación reforzada”; y que, por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva¹, a nuestro juicio, para la aplicación de este último supuesto debe haber una previa y mínima justificación de la oferta, como exige igualmente la doctrina vinculante, que destruya esa presunción de anormalidad, de manera que la valoración de la justificación de la misma no se convierta en un acto de fe al que se adhiere ciegamente el Tribunal.

¹ Resoluciones del TACRC nº 877/2017, 803/2018 y 10/2019



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

RECENSIONES DE LIBROS



PINTOS SANTIAGO, J., LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO HUMANO Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, EDITORIAL INAP, COLECCIÓN MONOGRAFÍAS, MADRID, 2017. ISBN: 978-84-7351-581-8

Autor recensión:

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Castilla-La Mancha

Uno de los objetivos fundamentales del vigente Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública viene dado por su uso estratégico y la necesidad de que las administraciones y entidades públicas utilicen las compras públicas, que suponen alrededor de una quinta parte del PIB europeo¹, en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la

¹ Comisión Europea: "Fichas temáticas del semestre europeo. Contratación Pública", https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester-thematic-factsheet-public-procurement-es.pdf (fecha de consulta 17 de marzo de 2022).



prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles².

Así lo consagra la norma de cabecera del Derecho de la Unión en la materia, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que sigue la hoja de ruta marcada por la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador³.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 22 de abril de 2021, Comisión/Austria, asunto C-537/19 (ECLI:EU:C:2021:319), recuerda en su fundamento jurídico 42 que "la Directiva 2004/18, al igual que las demás directivas en materia de contratos públicos, persigue el objetivo, como se desprende en esencia de su considerando 2, de garantizar que, en la adjudicación de contratos públicos, se respeten en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de dichas libertades, en particular, la igualdad de trato, la no discriminación, la proporcionalidad y la transparencia, y de garantizar que la adjudicación de los contratos públicos esté abierta a la competencia (sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, EU:C:2001:401, apartados 52 y 75, y de 27 de

² GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 y *La Ley de contratos de sector público 9/2017 sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

³ Documento de la Comisión COM 2010, 2020.



noviembre de 2019, Tedeschi y Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, apartado 33)”

El libro de PINTOS SANTIAGO, abogado experto en contratación pública y profesor de la Universidad a Distancia de Madrid, que recoge la investigación desarrollada para su tesis doctoral, defiende la positivización de los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública en el marco de las directivas de contratación pública y la legislación española de trasposición de las mismas.

Destaca la publicación la decisiva importancia en el Derecho de la contratación pública de los principios generales, que se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias. El autor, que maneja destacadamente el acervo comunitario europeo a lo largo de todo su trabajo, subraya la doctrina al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos es la esencia de la regulación normativa de éstos.

El fruto de la investigación del Dr. PINTOS SANTIAGO se ha visto posteriormente reflejado en la doctrina del Tribunal del TJUE, que, en su relevante sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C 395/18 (ECLI:EU:C:2020:58), declara en su fundamento jurídico 38, que:

“El artículo 18 de la Directiva 2014/24, titulado «Principios de la contratación», es el primer artículo del



capítulo II de esta Directiva, dedicado a las «normas generales» relativas a los procedimientos de contratación. Por tanto, al establecer en el apartado 2 de dicho artículo que los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, el legislador de la Unión quiso erigir este requisito en principio, al igual que los demás principios contemplados en el apartado 1 del citado artículo, a saber, los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, así como de prohibición de excluir la contratación del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 o de restringir artificialmente la competencia” (el subrayado es añadido).

De ello se deduce para el TJUE que los requisitos sociales y ambientales constituyen, en la configuración general de la Directiva sobre contratación pública, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros en virtud del propio tenor literal del artículo 18, apartado 2, de la misma norma.

Se aborda en la monografía, con una perspectiva más amplia, el Derecho global administrativo y su progresivo desarrollo en el ámbito de la contratación pública.

En este sentido, la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible⁴, plantea los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS), entre los cuales el objetivo nº 12, de carácter transversal, propone garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles y “promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” (meta 12.7).

⁴ Resolución de Naciones Unidas “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/70/L.1).



También la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP), consagra estos principios y llega más allá incluso que la Directiva 2014/24 que incorpora al ordenamiento jurídico español, con su artículo 1.3 al frente, al determinar la aplicación en toda la contratación pública “de manera transversal y preceptiva” de criterios sociales y medioambientales⁵.

Sin embargo, el proceso hacia una verdadera compra pública sostenible y estratégica se encuentra en una fase inicial y queda todavía mucho camino por recorrer para su consecución⁶, debiendo superar dificultades entre las que se encuentra, como ha advertido BLANCO LÓPEZ⁷, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, fijada en resoluciones como la 660/2018 o las 234 y 235/2019, que están limitando de forma considerable la introducción de aspectos sociales en los procedimientos de contratación⁸.

⁵ MEDINA ARNÁIZ, T., “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Observatorio de los contratos públicos 2018* (dir. GIMENO FELIÚ y coord. DE GUERRERO MANSO), Aranzadi, 2019, Cizur Menor, p. 273.

⁶HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.I., “El largo camino hacia la contratación pública socialmente responsable”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Dr. D. Francisco CLAVIJO HERNÁNDEZ* (Dir. ROMERO PI y GÉNOVA GALVÁN; coord. Melero Bosch y Navarro Frías), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

⁷BLANCO LÓPEZ, F., “La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 18 (2018, ejemplar dedicado a “La Ley de Contratos del Sector Público”), págs. 139 y ss.

⁸ Puede verse en este sentido SANMARTÍN MORA, M. A., “Los planes de igualdad en la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, www.obcp.es, consultado el 16 de marzo de 2022



El "Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020" de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que además de dar cumplimiento a las obligaciones de información impuestas por las directivas europeas de contratación pública, también pretende "servir de apoyo en el diagnóstico de las debilidades y fortalezas de nuestro sistema de contratación pública" (pág. 7), reflexiona sobre la complejidad de la contratación pública estratégica, identificando como una fuente de inseguridad jurídica la falta de una interpretación unívoca del principio de vinculación de las cláusulas estratégicas (sociales, medioambientales, innovadoras) con el objeto del contrato.

En este marco normativo y jurisprudencial, obras como la del profesor PINTOS SANTIAGO impulsan una mejor contratación pública y su dimensión más humana, sostenible y estratégica, lo que resulta esencial en el actual momento de ejecución de los fondos de recuperación "Next Generation EU"⁹.

⁹ GIMENO FELIÚ, "Los fondos europeos "next generation" como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: Hacia una nueva cultura funcional y no formal", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 214 (2021), págs. 39-74.



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

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social



de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.



III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera



de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el



nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título



incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra *Verdana*¹⁰. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán

¹⁰ Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.



tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:



Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.
- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación



entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación “*op. cit.*,” de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura “pág.” el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras la abreviatura “págs.” se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los



solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor¹ (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)



Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.-

A) *Tercer epígrafe.*- a) *Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

