

Nº 24
Cuarto trimestre 2020

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 24. Diciembre 2020

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

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex 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

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

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

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 del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.



D. Jordi Gimeno Bevia

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

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

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.



SUMARIO

EDITORIAL	
El Consejo de Redacción	11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LAS MODIFICACIONES DE CONTRATOS PÚBLICOS EN LA LCSP 2017	
D ^a Patricia Portero Hernández	15
CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA REGIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA	
D ^a . Lucía Gómez García de la Torre.....	55
EL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESPECIAL MENCIÓN A CASTILLA-LA MANCHA	
D. Alberto Campos Jiménez	93
EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6/2019	
D ^a Beatriz Sánchez-Girón Martínez	129
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REY EMÉRITO	
D. Javier Garcés Urzainqui	179



**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ESTUDIO SOBRE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y
COMERCIALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA
VENEZOLANA

D. Alejandro Canónico Sarabia 285

BASES DE PUBLICACIÓN..... 347



EDITORIAL

En el número 24 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional cinco artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D^a. Patricia Portero Hernández con el artículo que lleva por título "Las modificaciones de contratos públicos en la LCSP 2017." Como señala la autora se trata un aspecto fundamental tanto por la complejidad de su regulación como por el abuso de su uso en la práctica de la contratación pública.

A continuación, D^a Lucía Gómez García de La Torre analiza en un trabajo brillante la contratación pública responsable: análisis crítico de las medidas adoptadas en la región de Castilla-La Mancha.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Alberto Campos Jiménez, que aborda el paisaje en la legislación española, con especial mención a Castilla-La Mancha, y la futura ley que lo regulará.

Beatriz Sánchez-Girón Martínez en su artículo "El Derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, y su redacción en el RDL 6\2019" analiza cómo la normativa ha ampliado la regulación de algunos derechos laborales contenidos



Estatuto de los Trabajadores. Una de estos derechos, el cual constituye el objeto de este trabajo, es la relativa al derecho de adaptación de la jornada laboral contenida en el artículo 34.8 ET, al objeto de modificar el horario laboral para que el trabajador pueda hacer frente a las responsabilidades familiares, sin reducir por ello el tiempo de trabajo efectivo y el salario.

D. Javier Garcés Urzainqui, analiza el régimen jurídico del Rey emérito. El autor realiza un análisis pormenorizado del proceso seguido para hacer efectiva la decisión tomada por el entonces monarca español de apartarse de la Jefatura del Estado.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de Alejandro Canónico Sarabia se centra en el estudio de las alianzas estratégicas y comerciales. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general. Los contratos de alianzas estratégicas y comerciales, previstos en las normas de la contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, deben cumplir las reglas fundamentales de esa materia, lo que incluye sus principios generales.

El Consejo de Redacción



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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LAS MODIFICACIONES DE CONTRATOS PÚBLICOS EN LA LCSP 2017¹

AMENDMENTS TO PUBLIC CONTRACTS UNDER LCSP 2017

D^a. Patricia Portero Hernández

Gestora de Contratación Pública. Banco de España

Resumen: En este trabajo se aborda un elemento fundamental de la contratación pública que, si bien no forma parte del procedimiento de contratación, por afectar a la fase de ejecución del contrato, no es óbice para restarle interés, tanto por la complejidad de su regulación como por el abuso de su uso en la práctica de la contratación pública.

La motivación en el estudio de esta materia proviene de la inquietud por conocer en detalle las dificultades que

¹ Trabajo final del Título Universitario de “Especialista en Contratos Públicos” de la Universidad a Distancia de Madrid, 2^a Edición, febrero 2020, dirigido por el Dr. Jaime Pintos Santiago.



conlleva la materialización en la práctica de las modificaciones de contratos públicos, conforme a las previsiones que establece la ley y la enorme casuística que configura la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y los numerosos pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, con la finalidad de ser consciente de la trascendencia de realizar un uso excepcional de esta figura, los mecanismos para evitar un uso irregular, así como encontrar instrumentos de mejora.

Con este fin, se comienza plasmando la evolución jurídica de las modificaciones de los contratos públicos, lo que obliga a tratar el *ius variandi* de la Administración Pública y el importante papel que ha desempeñado el TJUE, como garante del cumplimiento de los principios generales, ante el tradicional vacío normativo en esta materia. A continuación, se describe el régimen general que configura la regulación actual de las modificaciones de contratos públicos, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP 2017), sin adentrarse en las especialidades previstas para ciertos tipos de contratos. Finalmente, se pone de manifiesto la problemática del uso abusivo de las modificaciones de los contratos y la importancia de su control para garantizar la integridad en la contratación pública y luchar contra la corrupción.

Abstract: This paper addresses a crucial component of the public procurement which, even if it is not part of procurement procedures, by affecting the contract execution phase, this should not prevent us from downplaying it, both due to the complexity of its regulation and also to the abuse of its use in the practice of public procurement.



The motivation on the study of this issue comes from the concern about knowing in detail the difficulties involved in putting into practice the amendments to public contracts, in accordance with the provisions of the law and an enormous casuistry that shapes the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and the several pronouncements of the Administrative Courts of Contractual Resources and the Consultancy Boards for Administrative Contracting, in order to be aware of the significance of the exceptional use of this figure, the mechanisms to avoid an irregular use, as well as finding improvement tools.

To this aim, this paper starts by reflecting the legal developments in the amendment to public contracts, which forces us to treat the *ius variandi* of the Public Administration and the important role that the CJEU has played, as a guarantor of the compliance with the general principles, due to the traditional lack of regulation on this matter. The general regime which sets the current regulation of amendments to public contracts is described below, under Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts (LCSP 2017), without entering into the special provisions for certain types of contracts. Finally, it is stressed the problematic of the abusive use of amendments to public contracts and the importance of their control to ensure the integrity of public procurements and fight against corruption.

Palabras clave: *ius variandi*, principios generales de la contratación pública, resolución del contrato, poder adjudicador, pliego de cláusulas administrativas particulares, contratos sujetos a regulación armonizada, perfil del contratante, Diario Oficial de la Unión Europea, recurso especial en materia de contratación pública, profesionalización de la contratación pública.



Key words: *Ius variandi*, general principles of public procurement, contract resolution, contracting authority, schedule of specific administrative clauses, contracts subject to harmonized regulation, contractor profile, Official Journal of the European Union, special appeal in public procurement, professionalization of public procurement.

Sumario: I. RÉGIMEN JURÍDICO. EVOLUCIÓN NORMATIVA. 1. EL IUS VARIANDI Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. DERECHO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. 3. NORMATIVA NACIONAL SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. II. SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO PÚBLICO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN GENERAL. A) *Modificaciones previstas*. B) *Modificaciones no previstas*. a) *Modificaciones para la inclusión de prestaciones adicionales a cargo del mismo contratista (artículo 205.2.a) de la LCSP 2017)*. b) *Modificaciones derivadas de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (artículo 205.2.b) de la LCSP 2017)*. c) *Modificaciones no sustanciales (artículo 205.2.a) de la LCSP 2017)*.- III. LAS MODIFICACIONES DE CONTRATO IRREGULARES. 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. 3. MECANISMOS DE CONTROL EXISTENTES. A) *Procedimiento de modificación*. a) *Modificaciones no previstas (del art. 205 LCSP 2017)*. b) *Modificaciones previstas (del art. 204 LCSP 2017)*. B) *Publicidad*. a) *Perfil del contratante*. b) *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)*. C) *Recurso especial*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.



I. RÉGIMEN JURÍDICO. EVOLUCIÓN NORMATIVA

1. EL *IUS VARIANDI* Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tradicionalmente, el régimen español de modificaciones de contratos públicos no contemplaba límites a la potestad de modificar unilateralmente el contrato. En efecto, durante la segunda mitad del siglo XX se consagró en España un modelo de modificación de contratos basado en la prerrogativa de modificación unilateral, esto es, en el llamado *ius variandi* o *potestas variandi*².

Dicha potestad constituye, sin duda, la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones, en relación con los contratos civiles³. Así, frente al principio de inmutabilidad de los contratos privados y al correspondiente carácter estático de éstos, los contratos administrativos presentan una naturaleza dinámica, permitiéndose la alteración unilateral del contrato sobre el contratista por razones exclusivamente de interés general o público⁴.

² CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., La modificación de los contratos y la protección del interés general, Tesis doctoral, 2017, pág. 366.

³ GIMENO FEILÚ, J.M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", Revista de Derecho Administrativo, 2016, pág. 21.

⁴ VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La Modificación de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Navarra (España), 2015, pág. 46



Tradicionalmente, se creía que el interés público del contrato prevalecía sobre su inalterabilidad. Fruto de una doctrina tradicional, excesivamente permisivista con las modificaciones contractuales, el alcance que la jurisprudencia nacional ha dado al principio de inmutabilidad considera a los modificados una excepción y una facultad exorbitante de la Administración (STS de 18 de octubre de 1984 – RJ 1984\5000 –).⁵

Cualquier modificación contractual ha de estar debidamente motivada en razones de interés público. Sin embargo, la potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos, nunca puede entenderse como una potestad sin límites, ni mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante⁶. Asimismo, sólo por interés público, y no por interés del contratista o de la Administración, se puede realizar una modificación contractual.⁷

Si bien, la existencia de poderes exorbitantes de la Administración Pública ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administrativos, el nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino en base al respeto de los principios generales de la contratación pública, caracterizados por su transversalidad y a los que se les confiere una primacía

⁵ VÁZQUEZ MATILLA, *La Modificación de los (...)*, op. cit., pág. 53.

⁶ GIMENO FELIU, J. M., “El régimen de las modificaciones de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista de Derecho Administrativo*, 2011, pág. 33.

⁷ VÁZQUEZ MATILLA, *La Modificación de los (...)*, op. cit., pág. 53.



absoluta⁸. El cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también éstos tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos⁹.

Efectivamente, se ha producido un cambio de paradigma en la legislación europea sobre contratación pública, que fue incorporado al derecho español por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), norma que, en su articulado, define su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Antes del citado TRLCSP, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública de 2001, fijaba como objetivo de la normativa la garantía de los intereses públicos dentro del contrato¹⁰.

⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I., La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública, X Congreso AEPDA, pág. 2.

⁹ PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", La contratación Pública: problemas actuales, Cano Campos y Bilbao Alexiades (Coords.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154.

¹⁰ NAVERRETE MEDINA, P., "La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile", Cuadernos Críticos del Derecho, Aletheia, Pintos Santiago, J., 2016, págs. 37-58, pág. 44.



2. DERECHO EUROPEO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La modificación del contrato no ha sido objeto de atención por parte de las tres primeras generaciones de directivas sobre contratación pública. Éstas se centraron en regular la licitación y adjudicación del contrato, olvidando la fase de ejecución, fase en la que se materializan las modificaciones de contrato.

Por este motivo, la interpretación de la jurisprudencia del TJUE ha jugado un papel crucial en esta materia. Los principios generales de la contratación pública fueron interpretados por el TJUE y expresamente aplicados en materia de modificaciones contractuales, limitando la utilización de la potestad de modificar un contrato. Así, se configuraron las bases para su regulación normativa.

El TJUE interpreta las normas con arreglo a los principios y libertades de los tratados de la Unión, especialmente con los principios rectores de la contratación pública. Considera que, cuando se produce una modificación sustancial del contrato, resultan vulnerados los principios de igualdad y transparencia.¹¹

La primera ocasión que el Tribunal de Justicia se pronunció de forma directa sobre los límites a la modificación del contrato público fue en la célebre STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/9912, que tuvo su origen en un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de terceros Estados. Según las condiciones iniciales de la

¹¹ VÁZQUEZ MATILLA, *La Modificación de los (...)*, op. cit., págs. 167-168.



contratación, el pago se haría en manzanas o naranjas según el lote del que se tratase. No obstante, una vez adjudicados los contratos, la Comisión permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos retirados del mercado¹². El TJUE, pues, vino a establecer que una modificación del contrato, tras la celebración del mismo, vulnerará los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en todo caso, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación; o que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y de que, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.¹³ Dicho pronunciamiento constituye la base legal de la regulación actual y conlleva que la aplicación de los principios de igualdad y transparencia no cesa con la adjudicación del contrato, sino que su vigencia se extiende a todo el ciclo contractual¹⁴.

¹² GALLEGO CÓRCOLES, La Modificación de los Contratos (...), op. cit., pág. 5.

¹³ VAZQUEZ MATILLA, F.J., "La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público", Revista Española de Derecho Administrativo, 2009, páginas. 529 -564.

¹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, La Modificación de los Contratos (...), op. cit., pág. 6.



Otro importante pronunciamiento del TJUE, proviene de la sentencia de 19 de junio de 2008, Pressetext, C-454/0614, donde el Tribunal tuvo ocasión de aclarar y sistematizar cuándo una modificación contractual contraviene el Derecho de la Unión Europea y ejemplifica supuestos en los que existe una modificación sustancial del contrato.

Con la cuarta generación de directivas¹⁵, la Directiva 2014/24/UE, regula, por vez primera, la fase de ejecución e incorpora una regulación novedosa relativa a la modificación de los contratos durante su vigencia (artículo 72), como resultado de incorporar la doctrina jurisprudencial del TJUE¹⁶. Dicho precepto prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial del contrato, en cuyo caso será necesaria una nueva licitación, e indica los supuestos en los que existe una modificación sustancial del contrato¹⁷. Asimismo, la Directiva 2014/24/UE, introduce una previsión importante sobre la resolución de los contratos, en el artículo 73. Dicho artículo dispone que “los Estados

¹⁵ La cuarta generación de directivas está compuesta por:

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

¹⁶ Adicionalmente, el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, regula las modificaciones de los contratos de concesión.

¹⁷ NAVERRETE MEDINA, “La modificación de los contratos públicos (...)”, op. cit. pág. 45.



miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, (...) cuando el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72”.

3. NORMATIVA NACIONAL SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

El *ius variandi* fue reconocido, por primera vez, en la Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Esta regulación no estableció límites de carácter objetivo a la modificación del contrato. Como único requisito se señalaba que se requería que la modificación se justificara en razones de interés público y que mediara el consentimiento del contratista cuando se superara el porcentaje del 20% del precio inicial.

Posteriormente, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos, siempre que se justificase en razones de interés público, amparadas en necesidades nuevas o causas imprevistas y que esta situación se justificase suficientemente en el expediente. En estos términos lo mantuvo el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, considerando, además, que la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración, siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato.



La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP 2007) introdujo, por vez primera, límites a la modificación de los contratos, fruto de las exigencias comunitarias. Se podían introducir modificaciones en el contrato por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente, siempre que no afectara a las condiciones esenciales del contrato. Con esta normativa se eliminaba la posibilidad de justificar las modificaciones en el surgimiento de necesidades nuevas y se prohibía que se alterara sustancialmente el contenido del contrato.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) estableció un régimen más estricto en materia de modificaciones de contratos, por indicación de la Comisión Europea, que abrió un expediente contra España por considerar que la legislación española “confería a las entidades adjudicadoras poderes muy amplios, casi ilimitados, para modificar cláusulas esenciales de los contratos públicos tras su adjudicación, en condiciones que no se atenían a los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia fijados por las normas sobre contratación pública de la UE (...)”. Esta regulación, introducida por la LES a la LCSP 2007, se incorporó íntegramente al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)¹⁸. Las modificaciones más significativas introducidas por la LES fueron las siguientes:

- i. la normativa sobre modificación de los contratos pasa a ser de aplicación a los contratos privados, esto es, a aquellos

¹⁸ NAVERRETE MEDINA, “La modificación de los contratos públicos (...)”, op. cit. pág. 51.



celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública.

- ii. se establece la obligación de computar, dentro del valor estimado del contrato, las posibles modificaciones del contrato que se hallen previstos en la documentación que rige la licitación.
- iii. se diferencia entre la modificación del objeto del contrato y las modificaciones subjetiva, temporal (prórroga) y, la que supone la revisión de precios.
- iv. se diferencia entre las modificaciones previstas y las no previstas en la documentación que rige la licitación, y se establecen las circunstancias que deben concurrir para llevar a cabo una modificación no prevista en los pliegos o el anuncio de licitación, que no podrá suponer una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación.
- v. dentro del concepto de alteración de las condiciones esenciales, se contempla expresamente las modificaciones del contrato, no previstas en la documentación que rige la licitación, que igualen o excedan en más o en menos el 10% del precio de adjudicación. Superado el mismo, la ley establece la obligación, por parte del órgano de



contratación. de proceder a la resolución del contrato¹⁹.

En la actualidad, la LCSP 2017 regula las disposiciones generales de las modificaciones de contrato en los artículos 203 a 207, si bien, a estos se añaden remisiones a otras partes del articulado, como los artículos 20 a 23, 63, 153, 191, 207, 213.6. El contenido de este articulado será objeto de desarrollo en el epígrafe siguiente.

En virtud de la LCSP 2017, se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En particular, es en el artículo 204 donde se transpone el contenido del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE²⁰.

Por otra parte, las disposiciones especiales sobre modificaciones de contrato se recogen en el capítulo de la LCSP 2017 que corresponda al contrato al que afecta, que no serán objeto de estudio en este trabajo:

- i. Modificaciones de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco, artículo 222.

¹⁹ Modificación del contrato de obras, julio 2020.

https://contratodeobras.com/images/T18_Modificacion-del-contrato_Rv-04.pdf

²⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., "Las cláusulas de modificación de los contratos públicos en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales", Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, 2018, págs. 114-122.



- ii. Modificación del contrato de obras, artículo 242.
- iii. Modificaciones del proyecto y de las obras de las concesiones de obra, artículos 255 y 262.
- iv. Modificación de las concesiones de servicio, artículo 290.

La aplicación de estas reglas puede resultar, en algunos supuestos, controvertida. En este sentido, la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales y los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y autonómicas, en relación con la validez de las cláusulas de modificación incluidas en la documentación contractual, constituyen fuentes de gran utilidad en la aplicación de la normativa.²¹

II. SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

Los supuestos de modificación del contrato están recogidos en los artículos 203 a 205 de la LCSP 2017, donde se regula el régimen general.

La disposición transitoria primera de la LCSP 2017 dispone que, “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. Por tanto, los

²¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., “Las cláusulas de modificación de los contratos públicos (...)”, op. cit., págs. 114-122.



supuestos de modificación que regula la LCSP 2017 resultarán de aplicación a los contratos cuya adjudicación se produzca en fecha posterior a su entrada en vigor (el 9 de marzo de 2018).

Los supuestos relativos a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, tradicionalmente considerados como modificaciones de contrato, son excluidos de las mismas bajo la normativa actual. Según se desprende del artículo 203 de la LCSP 2017, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público, en los casos y en la forma previstos en esta Ley.

Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia, cuando se dé alguno de los siguientes supuestos (artículo 203.2 LCSP 2017):

- a. Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;
- b. Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso, previa convocatoria y sustanciación de una



nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley.

Por último, el artículo 211.1.g) reconoce, como causa de resolución del contrato, “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”. Este último supuesto de resolución del contrato constituye una novedad en la LCSP; estaba previsto para el contrato de obras en el ordenamiento anterior y la LES lo había eliminado²².

2. RÉGIMEN GENERAL

A) *Modificaciones previstas*

La LCSP 2017 pretende dotar a las modificaciones del contrato derivadas de previsiones contractuales de la mayor seguridad y previsibilidad, evitando cláusulas generales que pudieran dar a lugar a un margen de decisión al poder adjudicador que resulte incompatible con los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y transparencia. Esto es, que los pliegos establezcan con toda precisión tanto el supuesto ante el que cabe

²² BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Documentación Administrativa, 2017, págs. 52-70, pág. 55.



modificar el contrato como el contenido y los límites de esta modificación²³.

A estos efectos, el artículo 204 dispone que, “la formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos”.

Dicho precepto establece que la cláusula de modificación debe reunir los siguientes requisitos:

- i. deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.
- ii. deberá precisar con el detalle suficiente el alcance, límites y naturaleza de la modificación.
- iii. deberá establecer las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.
- iv. deberá precisar el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.

²³ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., “La modificación de los contratos en la nueva LCSP”, Actualidad Administrativa, Sección Actividad económica de la Administración, 2018, págs. 3-4.



Por otra parte, se establecen los siguientes límites que no pueden sobrepasar las modificaciones derivadas de previsiones contractuales:

- i. El montante económico de la modificación no puede sobrepasar el 20% del precio del contrato (al alza o a la baja).
- ii. No podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.
- iii. No puede implicar modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. Según se desprende del artículo 204.2 de la LCSP 2017, se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato "si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato". Sin embargo, "no se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual"²⁴.

Estos límites constituyen una novedad introducida por la LCSP 2017.

B) Modificaciones no previstas

Según dispone el artículo 205.1 de la LCSP, las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido

²⁴ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, "La modificación de los contratos (...)" op. cit., pág. 4.



previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- i. Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.
- ii. Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

El artículo 206 sostiene que las modificaciones no previstas serán obligatorias para el contratista “cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”. En caso contrario, la modificación de contrato solo será acordada por el órgano de contratación cuando cuente con la conformidad por escrito del contratista, resolviéndose el contrato de no obtenerla. En efecto, según lo mencionado anteriormente, este supuesto está previsto en la LCSP 2017 como causa de resolución del contrato.

El art. 205.2 de la LCSP 2017 recoge tres supuestos de modificaciones no previstas en la documentación contractual, que se clasifica de la forma siguiente:

- a) *Modificaciones para la inclusión de prestaciones adicionales a cargo del mismo contratista (artículo 205.2.a) de la LCSP 2017)*

El supuesto de hecho habilitador de esta modificación es la necesidad de añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados.



La necesidad de las obras o servicios adicionales debe entenderse en relación con la continuidad del servicio público al servicio del cual se haya celebrado el contrato y, posiblemente, encuentre su ámbito de aplicación más adecuado en los contratos de concesión (de larga duración y complejidad). Lo normal, será que derive de un cambio de circunstancias que requiera de la adaptación del servicio o de las infraestructuras construidas a las exigencias del funcionamiento de los servicios públicos. En todo caso, esta necesidad de adición vendrá dada por su adecuación para satisfacer los fines públicos que justificaron y motivaron el contrato que se modifica²⁵.

La Ley exige que se cumplan los requisitos siguientes:

- i. el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo, que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas.
- ii. el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista, por lo que el tiempo y

²⁵ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, "La modificación de los contratos (...)" op. cit., pág. 5.



costes que a ella son inherentes no puede servir como argumento para justificar la modificación de contrato²⁶.

Asimismo, se exige el siguiente límite cuantitativo:

- i. la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

b) Modificaciones derivadas de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (artículo 205.2.b) de la LCSP 2017)

El supuesto de esta causa de modificación es que aparezcan circunstancias sobrevenidas que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se reúnan los requisitos siguientes:

- i. la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- ii. la modificación no altere la naturaleza global del contrato (concepto anteriormente analizado).

²⁶ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, "La modificación de los contratos (...)" op. cit., pág. 5.



Asimismo, se exige el límite cuantitativo previsto para la tipología anterior:

- i. la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

c) Modificaciones no sustanciales (artículo 205.2.a) de la LCSP 2017)

Las modificaciones no sustanciales se delimitan por oposición a las sustanciales, entendidas estas últimas como aquellas que tengan como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

Se entiende que son modificaciones sustanciales, según el artículo 205.2.c), los siguientes casos particulares:

- i. Las que alteren las condiciones de la licitación, introduciendo condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Específicamente, se incluyen las modificaciones que den lugar a un contrato



- que requiera de una clasificación del contratista diferente a la original.
- ii. Las que alteren el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista. Caso específico de este supuesto es el de la introducción de unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50% del presupuesto inicial del contrato (esta modificación de las unidades de obra incluye el supuesto de sustitución de unas por otras).
 - iii. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Este supuesto se da cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:
 - a. que el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15% del precio inicial del mismo, si se trata del contrato de obras, o de un 10%, cuando se refiera a los demás contratos, en ambos casos IVA excluido.
 - b. que el valor de la modificación supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación para los contratos sujetos a una regulación armonizada.
 - c. que las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.



Asimismo, cuando nos encontremos ante un supuesto de modificación no sustancial, la Ley exige justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

III. LAS MODIFICACIONES DE CONTRATO IRREGULARES

1. INTRODUCCIÓN

La modificación de los contratos ha sido uno de los problemas más importantes de la contratación pública desde el mismo nacimiento del contrato administrativo²⁷.

La idea de equilibrio de intereses debe estar presente cuando se habla de la modificación. La modificación de los contratos públicos se ha explicado como la respuesta a la tensión que surge entre el principio de eficacia en el servicio al interés público y el principio de libre competencia. El primero, demandaría la continuidad del contrato ante las diversas circunstancias que surgen en su ejecución. El segundo, que se respete el contenido de lo licitado. El Derecho español ha dado, tradicionalmente, una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo²⁸.

La modificación de los contratos puede ser una poderosa y útil herramienta al servicio de la Administración para la consecución de los intereses generales y como fuente

²⁷ CODINA GARCÍA-ANDRADE, La modificación de los contratos (...), op. cit., pág. 40.

²⁸ GALLEGO CÓRCOLES, La Modificación de los Contratos (...), op. cit., pág. 2.



de incremento en la eficiencia de la relación contractual. Es un instrumento que, bien utilizado, le dota de gran flexibilidad. Pero, a la vez, entraña grandes riesgos que puedan desembocar en conductas abusivas. El mal uso de la modificación del contrato impacta en el propio sistema de contratación; se derivan consecuencias para los fondos públicos, la relación contractual, la entidad adjudicadora, el contratista y los terceros, especialmente, los licitadores pospuestos. Obviamente, todo ello se reconduce al impacto que la modificación tiene sobre los intereses generales. Si hasta ahora ha sido la satisfacción de éstos lo que justificaba la existencia de esta institución, ahora son precisamente los mismos los que la cuestionan²⁹.

El interés público viene siendo utilizado no sólo como fundamento legitimador de toda potestad pública, sino también, y además, como límite infranqueable frente a las apetencias de dominio de los grupos de presión o simples particulares investidos de autoridad que, desde el seno de la Administración, traten de enmascarar como públicos sus propios intereses.³⁰ De modo que, se pretende evitar que la justificación de la modificación provenga del propio interés del contratista o de otros sujetos.³¹

Una correcta regulación de la modificación debe ir encaminada a cumplir ciertos objetivos: la protección para ambas partes contratantes, el uso correcto de los

²⁹ CODINA GARCÍA-ANDRADE, La modificación de los contratos (...), op. cit., pág. 60 y 109.

³⁰ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas", Revista de administración pública, Nº 100-102, 1983, pág. 160.

³¹ VÁZQUEZ MATILLA, La Modificación de los (...), op. cit., pág. 273.



fondos públicos, el adecuado funcionamiento del sistema de contratación y la salvaguarda de los principios de competencia, igualdad de trato, transparencia, libre concurrencia y licitación pública, así como de la propia imagen de la Administración.³²

2. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

El sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad. Como importante novedad de la LCSP 2017, que trae causa en la trasposición de la Directiva 2014/24/UE, se encuentra la introducción del principio de integridad en la contratación como objetivo fundamental de nuestro derecho, que se encuentra estrechamente ligado a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia.

Para garantizar la integridad en la contratación se introduce el artículo 64 de la LCSP 2017, que obliga al conjunto de Administraciones Públicas a adoptar múltiples decisiones y a efectuar numerosos cambios en la organización y procedimientos de contratación en consonancia con lo dispuesto en este precepto³³: "los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y

³² CODINA GARCÍA-ANDRADE, La modificación de los contratos (...), op. cit., págs. 109-110

³³ CAMPOS ACUÑA, C., "Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión", *Un año de compra pública con la LCSP 2017*, Pintos Santiago, J., Gabilex Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha, marzo 2019, págs. 101-118, pág. 25.



la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”.

La regulación actual, presidida por el paradigma de la integridad, incide en la fase de ejecución y, en especial, en una de sus vulnerabilidades más relevantes, las modificaciones de contrato. En este sentido, la fase de ejecución de los contratos resulta especialmente vulnerable a la corrupción y a las quiebras de la integridad, pues, el medio más usualmente empleado a tal efecto, ha sido el uso indebido o abusivo de las modificaciones de los contratos en el curso de su ejecución³⁴.

3. MECANISMOS DE CONTROL EXISTENTES

El régimen de contratación pública actual dispone de mecanismos y garantías inherentes al propio procedimiento de formalización de la modificación de contrato y de carácter ex post, que permiten luchar contra la corrupción, en aras de la defensa de los principios de integridad, transparencia, igualdad y libre concurrencia. Se trata de los mecanismos siguientes:

³⁴ Guía de Integridad en la Contratación Pública Local, julio 2020, pág. 267.

<https://www.gobiernolocal.org/guia-de-integridad-en-la-contratacion-publica-local/>



A) Procedimiento de modificación

El procedimiento de modificación de los contratos difiere en función de la modalidad de que se trate. Se distinguen dos procedimientos:

a) Modificaciones no previstas (del art. 205 LCSP 2017)

Según el artículo 203 de la LCSP 2017, los contratos administrativos serán modificados “de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207”.

La conjunción de ambos preceptos configura un procedimiento que debe incluir los siguientes trámites³⁵:

- i. deberá darse audiencia al contratista
- ii. deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicio para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.
- iii. se requiere previo informe del servicio jurídico.
- iv. será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio inicial del

³⁵ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, “La modificación de los contratos (...)” op. cit., pág. 2.



contrato, IVA excluido y su precio sea igual o superior a seis millones de euros.

- v. en el caso de modificaciones de contrato de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, será necesaria la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido (artículo 319 LCSP 2017).

b) Modificaciones previstas (del art. 204 LCSP 2017)

En este caso, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Sin embargo, este procedimiento deberá ajustarse a las reglas esenciales del procedimiento administrativo y, consecuentemente, contemplar necesariamente la audiencia del contratista.



No obstante, se excluye el carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado respecto de este tipo de modificaciones³⁶.

Por tanto, el procedimiento de formalización de las modificación de contrato que prevé la LCSP 2017 constituye un elemento de control previo a la aprobación de la modificación por el órgano de contratación, por cuanto se estipula como obligatoria la audiencia al contratista, al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, se exige la revisión del expediente por el servicio jurídico, previo dictamen del Consejo de Estado (salvo para las modificaciones previstas) y autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local que corresponda, en su caso.

B) Publicidad

En virtud del artículo 203.3 LCSP 2017, “las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63”.

La publicidad de las modificaciones de contrato se ha visto fortalecida con la LCSP 2017, en aras de una mayor garantía del principio de transparencia, y supone un instrumento de gran relevancia como paso previo al control de legalidad y al ejercicio de los derechos e intereses legítimos de cualquier persona física o jurídica

³⁶ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, “La modificación de los contratos (...)” op. cit., pág. 2.



que, directa o indirectamente, se pueda ver afectada por la modificación de un contrato público.

La LCSP 2017 establece un doble mecanismo de publicidad:

a) Perfil del contratante

En todos los supuestos de modificación de contrato, con independencia de si está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, resulta preceptivo publicar un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días (naturales) desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación (los informes jurídicos y de intervención).

El perfil de contratante adquiere en la LCSP 2017 una funcionalidad concreta, más allá de servir de medio adicional de la publicidad, y permite incrementar significativamente la visibilidad de la contratación electrónica y el nivel de transparencia e integridad al establecer mayores obligaciones de publicidad³⁷.

b) Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)

En el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, salvo determinadas excepciones (los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los supuestos de modificaciones no previstas de los artículos 205.2.a) y 205.2.b) de la LCSP

³⁷ Guía de Integridad en la Contratación Pública Local, op. cit. pág. 199.



2017), se deberá publicar un anuncio en el DOUE, que deberá contener la información que el Anexo III de la LCSP 2017 preceptúa para este tipo de anuncios³⁸.

C) Recurso especial

El sistema de recursos cobra especial relevancia en la contratación pública, como instrumento de integridad y mejora en la gestión³⁹.

El recurso especial en materia de contratación tiene carácter potestativo y es gratuito. Su ampliación a los supuestos de modificaciones de contrato, encargos ilegales y rescates de las concesiones constituye una novedad introducida por la LCSP 2017.

La ampliación del ámbito objetivo a las modificaciones de contrato responde a la demanda de amplios sectores doctrinales en aplicación de los pronunciamientos del TJUE y trae causa directa de la trasposición de la Directiva 2014/24/UE.⁴⁰ Se configura como un importante instrumento de prevención de la corrupción y pro transparencia. De ahí el impulso que a esta figura

³⁸ GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, “La modificación de los contratos (...)” op. cit., pág. 3.

³⁹ GIMENO FEILU, J.M., “El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control”, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, 2016, pág. 9.

⁴⁰ RÍOS MARÍN, E., “Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la ley de contratos del sector público”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2018, págs. 207-243, pág. 218.



se da en la LCSP 2017, fundamentalmente, a través de la ampliación de su ámbito objetivo de aplicación⁴¹.

De conformidad con el artículo 44.2.d) de la LCSP 2017, podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación “las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación” de aquellos contratos administrativos celebrados con un poder adjudicador que superen los umbrales exigidos, en función de la cuantía (contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros), en el artículo 44.1 LCSP 2017.

Cabe mencionar que, fruto de la regulación actual (y no por ello exento de críticas), se han visto reducidas las cuantías de los contratos susceptibles de recurso especial (limitado bajo la normativa anterior, el TRLCSP, a los contratos sujetos a regulación armonizada), lo que, a pesar de no justificar su subordinación a la cuantía del contrato, ha ampliado notablemente la posibilidad de acudir a esta vía especial para la defensa de los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas a las que el art. 48 de la LCSP 2017 atribuye legitimación para recurrir⁴².

⁴¹ Anexo “El recurso especial en materia de contratación en la nueva LCSP”, Memoria 2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, pág. 45.
http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria_tacpcm_2017.pdf

⁴² PÍRIZ URUEÑA, J., “El recurso especial en materia de contratación: un año de aplicación de la LCSP”, *Un año de compra pública con la LCSP 2017*, Pintos Santiago, J., Gabilex



Según el mencionado precepto, podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso, así como las organizaciones sindicales cuando esté justificado y, en todo caso, la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados (artículo 48 de la LCSP 2017). La legitimación activa de estas dos últimas figuras también constituye una novedad de la LCSP 2017.

El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles desde el día siguiente a aquel en que la modificación se haya publicado en el perfil de contratante (artículo 50 de la LCSP 2017) ante el Tribunal Administrativo competente.

Por último, cabe mencionar como vía adicional al recurso especial, la jurisdiccional civil y la jurisdicción contencioso-administrativa.

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha profundizado tanto en la evolución normativa como en la regulación actual de las modificaciones de contrato, con el fin de poner de manifiesto la complejidad de la regulación en esta materia, en la que ocupan un papel primordial los principios generales de contratación pública del Derecho

Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha, marzo 2019, págs. 709-728, pág. 23.



Europeo y el papel del TJUE, como garante del respeto de los mismos y del cumplimiento de la legalidad.

La excepcionalidad en la formalización de las modificaciones de contrato, unido al estricto sometimiento a los requisitos que contempla la Ley y a su extensa doctrina, en un régimen tendente a hacer un uso abusivo de las modificaciones de los contratos públicos, en la búsqueda de la satisfacción de los intereses privados del contratista o del propio poder adjudicador, deriva en la necesidad de establecer mecanismos de control que eviten una práctica contractual alejada de la ley.

A pesar de los esfuerzos del legislador de endurecer la regulación en materia de modificaciones de contrato, en la práctica habitual de nuestros días, se sigue produciendo un uso abusivo de esta figura.

Al margen del endurecimiento de la normativa, por medio del establecimiento de unos requisitos más estrictos (lo cual podría conllevar un uso excesivamente restrictivo de las modificaciones de contrato, en perjuicio de los beneficios que otorga esta figura al régimen de contratación pública) y de un fortalecimiento en los mecanismos de control, bajo la normativa actual, se disponen de los mecanismos adecuados tendentes a mejorar el control de la legalidad de las modificaciones de contrato, en aras de garantizar el respeto de los principios generales de la contratación y la lucha contra la corrupción.

Como aportación final a este trabajo, se mencionan dos vías de mejora para fortalecer el control de la legalidad de las modificaciones de contrato, bajo el régimen legal vigente en la actualidad.



En primer lugar, cobra vital importancia la profesionalización de los especialistas de la contratación pública en materia de modificación de contratos. En efecto, si los órganos de contratación se encuentran dotados de personal suficientemente cualificado y especializado, el margen de error ante la tramitación de un procedimiento de modificación se reduce, por lo que se otorgan mayores garantías en su adecuado uso.

Asimismo, una correcta planificación en la fase de preparación del contrato, por medio de un ejercicio intenso de previsión y anticipación de las posibles circunstancias que puedan ser objeto de modificación, conforme a los límites legalmente establecidos, por medio de la introducción de una cláusula de modificación de contrato (modificaciones previstas, que cumplan los requisitos exigidos en el artículo 204 LCSP 2017), facilitaría la formalización de una posterior modificación de contrato, así como el respeto de los principios generales de contratación y de la legalidad vigente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Anexo “El recurso especial en materia de contratación en la nueva LCSP”, Memoria 2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, pág. 45.
http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria_tacpcm_2017.pdf,
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Documentación Administrativa, 2017, págs. 52-70, pág. 55.



- CAMPOS ACUÑA, C., "Compliance en la contratación pública: mapa de riesgos corrupción y claves para su gestión", Un año de compra pública con la LCSP 2017, Pintos Santiago, J., Gabilex Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha, marzo 2019, págs. 101-118, pág. 25.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., La modificación de los contratos y la protección del interés general, Tesis doctoral, 2017, pág. 40, 60, 61, 109, 110, 366.
- DE LA MORENA y DE LA MORENA, L., "Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas", Revista de administración pública, Nº 100-102, 1983, pág. 160.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Las cláusulas de modificación de los contratos públicos en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales", Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, 2018, págs. 114-122.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública, X Congreso AEPDA, pág. 2, 5, 6.
- GIMENO FEILU, J.M., "El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control", Revista Internacional de Transparencia e Integridad, 2016, pág. 9.



- GIMENO FEILÚ, J.M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", Revista de Derecho Administrativo, 2016, pág. 21.
- GIMENO FELIU, J. M., "El régimen de las modificaciones de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", Revista de Derecho Administrativo, 2011, pág. 33.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., "La modificación de los contratos en la nueva LCSP", Actualidad Administrativa, Sección Actividad económica de la Administración, 2018, págs. 3-5.
- Guía de Integridad en la Contratación Pública Local, julio 2020, págs. 199, 267.
<https://www.gobiernolocal.org/guia-de-integridad-en-la-contratacion-publica-local/>
- NAVERRETE MEDINA, P., "La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile", Cuadernos Críticos del Derecho, Aletheia, Pintos Santiago, J., 2016, págs. 37-58, pág. 44, 45, 51.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", La contratación Pública: problemas actuales, Cano Campos y Bilbao Alexiades (Coords.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154.
- PÍRIZ URUEÑA, J., "El recurso especial en materia de contratación: un año de aplicación de la LCSP", Un año de compra pública con la LCSP 2017, Pintos Santiago, J., Gabilex Revista del gabinete



jurídico de Castilla-la Mancha, marzo 2019, págs. 709-728, pág. 23.

- RÍOS MARÍN, E., "Novedades en el recurso especial en materia de contratación pública en la ley de contratos del sector público", Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2018, págs. 207-243, pág. 218.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La Modificación de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Navarra (España), 2015, pág. 46, 53, 167, 168, 273.



**“CONTRATACIÓN PÚBLICA
RESPONSABLE: ANÁLISIS CRÍTICO DE
LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA
REGIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA⁴³”**

**“RESPONSIBLE PUBLIC
PROCUREMENT: CRITICAL ANALYSIS
OF THE MEASURES TAKEN IN THE
CASTILLA-LA MANCHA REGION”**

D^a. Lucía Gómez García de la Torre

Interventora Delegada Adjunta de la Junta de
Comunidades de Castilla-La Mancha

Resumen: La contratación pública ha asumido un papel protagonista en los últimos años como herramienta jurídica en la defensa y promoción de objetivos medioambientales y sociales. Esta perspectiva instrumental, actualmente en desarrollo y constante evolución, ha sido identificada con el nombre de Contratación Pública Responsable.

⁴³ El presente análisis forma parte del Trabajo Final del Máster “Derecho de la Contratación Pública”, impartido por la Universidad de Castilla-La Mancha en el curso 2019-2020.



El presente trabajo tiene como objetivo principal ofrecer una visión general y un análisis crítico de las medidas asumidas a lo largo de los años por la Comunidad de Castilla-La Mancha en el proceso de adopción de la visión instrumental o estratégica de la contratación pública. El grueso del análisis desarrolla la Instrucción de Consejo de Gobierno del año 2016 sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, así como los principales problemas planteados en torno a la misma y los nuevos desafíos asumidos en aras de alcanzar un uso estratégico pleno de la contratación pública.

Palabras clave: Contratación pública responsable, medioambiente, cláusulas sociales, visión instrumental o estratégica, Comunidad de Castilla-La Mancha.

Abstract: Public procurement has assumed a leading role in recent years as a legal tool in the defense and promotion of environmental and social objectives. This instrumental perspective, currently under development and in constant evolution, has been identified as Responsible Public Procurement.

The main objective of this paper is to offer a general vision and a critical analysis of the measures taken over the years by the Castilla-La Mancha Region, in the process of adopting the instrumental or strategic vision of public procurement. Most of the analysis develops the Government Council's Instruction of 2016 on the inclusion of social, gender-related and environmental clauses in the regional public procurement, as well as the main problems raised by this Instruction and the new challenges assumed in order to achieve a full strategic use of public procurement.



Keywords: Responsible public procurement, environment, social clauses, instrumental or strategic vision, Castilla-La Mancha Region.

Sumario:

- I. CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE.**
- II. EVOLUCIÓN Y BASE NORMATIVA.**
- III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN LA REGIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA.**
 - 1. Primeras medias.**
 - 2. Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016.**
 - 3. Nulidad de la Instrucción de Consejo de Gobierno.**
 - 4. Resoluciones del TACRC: la obligatoria subrogación del personal empleado.**
 - 5. Últimas medidas**
- IV. CONCLUSIONES.**
- V. BIBLIOGRAFÍA.**

I. CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE.

Durante muchos años, el ordenamiento jurídico español no ha concretado qué debe entenderse por responsabilidad o sostenibilidad en materia de contratación pública. El término podría definirse como el resultado o la culminación de un proceso marcado en los últimos años por la tensión y el conflicto existente entre la defensa del servicio al interés público y la garantía de libre concurrencia en el mercado interior europeo.



El concepto surgió así a raíz de la siguiente reflexión, *“la contratación no sólo debe tender a la búsqueda de la eficiencia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población”*⁴⁴. La idea principal que sustenta la incipiente responsabilidad en la contratación pública es el apoyo mutuo que deben prestarse el crecimiento económico, el progreso social y la sostenibilidad del medio ambiente. Ello implica que la legislación en la materia debe tener en cuenta, además del principal fomento económico, la preocupación por el bienestar de la población, de forma que el precio deje de ser el factor determinante en la adjudicación de los contratos públicos y entre en juego su equilibrio con aquellos que pretenden satisfacer necesidades y exigencias medioambientales y sociales. De este modo, la contratación pública no debe considerarse una política abstracta o ajena de las demás políticas públicas, sino que puede y debe ser un medio relevante para el logro de objetivos medioambientales y sociales⁴⁵.

Se puede afirmar, por tanto, que no existe una única definición del precepto, sino que a lo largo de los años han ido surgiendo diferentes conceptos que representan la integración y el apoyo mutuo de los fines mencionados en el párrafo anterior. De esta forma, compra pública sostenible o responsable hace referencia a *“la integración de aspectos sociales, éticos y ambientales en los procesos y fases de la contratación pública”*⁴⁶, como

⁴⁴ GIMENO FELIÚ, J.M, *“La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”*, Civitas, Madrid 2006, pág. 47.

⁴⁵ PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, *“La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”* en *“La contratación pública a debate: presente y futuro”*, Dialnet, 2014, págs. 345-380.

⁴⁶ LÓPEZ TOLEDO, PURIFICACIÓN, *“La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública”*.



también a *"la herramienta para el logro de los objetivos de las políticas sociales y medioambientales relacionadas con el cambio climático, la integración social, la utilización de recursos y la producción y el consumo sostenibles"*⁴⁷

De un modo reciente, el *"Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017"*, aprobado por la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, sí desarrolla el concepto de contratación pública estratégica socialmente responsable. A tenor del mismo, se define como *"aquella que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del sector público estatal contratan obras, servicios, suministros o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de este procedimiento, criterios sociales de acuerdo con lo dispuesto en la LCSP de 2017"*⁴⁸.

II. EVOLUCIÓN Y BASE NORMATIVA.

Durante años, los poderes públicos no han tenido en cuenta el valor medioambiental y social de los productos, servicios u obras objeto de los contratos públicos. Frente

Régimen de su nueva regulación", Gabilex, núm.14, julio 2018, págs. 17-18.

⁴⁷ CAETANO BARRERA, ABILIO, *"Impacto de la contratación pública sostenible en la lucha contra el cambio climático"*, Proyecto Fin de Master, Ingeniería Química y Ambiental, Universidad de Sevilla, 2007, pág.6.

⁴⁸ Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, que publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 12 de abril de 2019.



a esa postura y con nuevo criterio, el contexto político y económico global ha ido cambiando y evolucionando hasta la aparición del fenómeno de la compra pública responsable. Así, de forma motivada por el aludido cambio de pensamiento y de criterio, se ha ido consolidando la necesidad de tener en cuenta, más allá de las cuestiones económicas, las medioambientales y sociales en las compras públicas. En palabras del profesor Gimeno Feliú, *"la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o políticas públicas"*⁴⁹.

La visión estratégica de la contratación pública fue muy discutida a nivel europeo en la década de los noventa por la cuestionada compatibilidad del derecho de la competencia con la promoción de cláusulas sociales y medioambientales. Como se refirió en el epígrafe anterior, el concepto de contratación pública responsable surge tras años de conflicto y tensión entre la defensa del interés público, por un lado, y la protección de la libre competencia y el mercado interior, por otro. Debe apuntarse, como señala Razquín Lizagarra, que *"la persecución de los objetivos medioambientales y sociales puede ir con contra de la competencia"*⁵⁰. Pese a ello, y sin perder de vista este conflicto europeo que años más tarde inclinará su balanza en favor de la

⁴⁹ GIMENO FELIÚ, J.M, *"Las nuevas directivas en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública"*, Revista española de derecho administrativo, núm. 159, julio-septiembre 2013, pág. 42.

⁵⁰ RAZQUIN LIZAGARRA, MARTÍN MARÍA, *"Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España"*, Revista de Administración Pública, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015, pág. 112.



contratación responsable, lo cierto es que a nivel nacional la inclusión de consideraciones sociales en materia de contratación pública ya se contempló en las leyes de contratos de las administraciones públicas de los años 1995 y 2000⁵¹.

Progresivamente, a nivel comunitario se fue instaurando esa la visión instrumental de la contratación pública. La Comisión Europea fue consciente en el año 1996 de que la normativa de contratación pública podía contribuir al desarrollo de políticas sociales y medioambientales⁵². Esta visión tuvo su reflejo directo en dos Comunicaciones de la Comisión Europea del año 2001⁵³, las cuales dieron respuesta a la necesidad de abandonar la exclusividad económica y atender objetivos de interés general por medio de la contratación pública.

Conforme a esta nueva visión y en aras de seguridad jurídica, los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública fueron codificados años más tarde

⁵¹ La Ley de 1995 contemplaba en su artículo 20 d) como prohibición de contratar la condena por delitos en el orden social y en la DA 8ª la preferencia en los contratos con empresas con trabajadores en plantilla minusválidos. La Ley del 2000 contemplaba en su DA 8ª la contratación con empresas con trabajadores en plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro.

⁵² Comunicación de la Comisión Europea, *“Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”*, 27 de noviembre de 1996, a propuesta del señor MONTI, pág. 33.

⁵³ COM (2001) 274 final, de 4 de julio de 2001 sobre *“la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública”* y COM (2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001, sobre *“la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”*.



en la normativa europea a través de las Directivas 2004/17/UE y 2004/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, las cuales consolidaron el marco legal en la materia. En ellas se contempló por primera vez, de manera expresa y específica, la posibilidad de perseguir objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público, ya fuera por medio de especificaciones técnicas, criterios de selección y adjudicación o a través de cláusulas de cumplimiento de los contratos. En palabras de Valcárcel Fernández, *"hasta la aprobación de las Directivas de 2004, la incorporación de la vertiente ambiental en los contratos públicos se movió básicamente en el campo de las posibilidades, invitaciones y recomendaciones a las Administraciones Públicas"*⁵⁴.

Tras las referidas Directivas, en los últimos años la normativa europea establece que la contratación pública debe ser un instrumento estratégico para la consecución de cuestiones y políticas medioambientales y sociales⁵⁵. Ello demuestra que el derecho comunitario ya no solo asume su compatibilidad con el mercado interior, sino que fomenta y motiva la utilización estratégica de la contratación pública. Esta última visión tuvo como base la Comunicación de la Comisión Europea del año 2010, denominada *"Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"*⁵⁶. A partir de ella se interiorizó el importante papel a desempeñar por la contratación pública en la Estrategia

⁵⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, *"Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación"*, Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 1, 2011, pág. 6.

⁵⁵ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, ponencia sobre *"Cláusulas sociales en la contratación pública"*, celebrada en Sevilla, IAAP, 12 de diciembre de 2017.

⁵⁶ COM (2010) 2020 final, Bruselas, de 3 de marzo de 2010.



Europa 2020 como uno de los instrumentos del mercado a utilizar para el alcance de un uso más racional de los fondos públicos y de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁵⁷.

El siguiente hito en la evolución de la contratación pública responsable viene marcado por las llamadas Directivas de Cuarta Generación, en especial la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, Directiva 2014/24/UE), entre cuyos grandes objetivos, incide su considerando segundo en permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Con base en el anterior considerando, la nueva directiva incorpora múltiples herramientas al servicio de la contratación pública responsable, aludiendo expresamente a aspectos sociales en la definición del objeto, en los motivos de exclusión de contratistas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución de los contratos públicos. La Directiva 2014/24/UE habilita así la incorporación de consideraciones sociales en todo el ciclo contractual, potenciando la contratación reservada a empresas sociales, regulando las denominadas etiquetas sociales, admitiendo criterios sociales para la selección de la mejor oferta o configurando la mejor relación calidad-precio a partir del cálculo del coste del ciclo de vida, que incluye el impacto social, ambiental o de innovación. Entre las razones que justifican esta nueva normativa se encuentran la consecución de los objetivos de la estrategia *Europa 2020*, el aumento de la eficiencia del

⁵⁷MORENO MOLINA, J.A, "*Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español*", Gabilex, número extraordinario mayo 2015, pág. 233.



gasto público, el fomento de la participación de las PYMES o el uso de la contratación pública en apoyo de objetivos sociales, ambientales y laborales⁵⁸.

La implantación de un modelo estratégico de compra pública a nivel nacional se vio impulsada por la obligación de transposición de la mencionada Directiva y por la Comisión Europea a través de su Comunicación *“Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa”*⁵⁹. Si bien el carácter obligatorio de la contratación responsable no se impuso desde la óptica comunitaria, su transposición en la normativa nacional lleva aparejada un plus de exigencia y obligatoriedad. De este modo, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) no solo ha transpuesto los objetivos de la Directiva 2014/24/UE, sino que, además, ha previsto consideraciones no citadas expresamente en la misma. El propio preámbulo de la norma destaca entre sus principales novedades la incorporación en los contratos públicos de criterios sociales, ambientales y de innovación y precisa su posible introducción como criterios de adjudicación de carácter cualitativo o como condiciones especiales de ejecución, siempre bajo la necesaria relación con el objeto del contrato.

En suma, con apoyo jurídico en la nueva regulación normativa, la visión estratégica se ha convertido en el eje principal de la contratación pública⁶⁰. El propio

⁵⁸ FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, *“Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública”*, en el marco del Proyecto de Investigación titulado: *“Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia”*, 2012, pág. 6.

⁵⁹ COM (2017) 572 final, de 3 de octubre de 2017.

⁶⁰ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, *“La introducción de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación*



articulado de la LCSP, en el trascendental apartado 3 del artículo 1 establece que, *“en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”*. Se impone así, desde el propio pórtico de la norma y con carácter obligatorio para todos los órganos de contratación del sector público, la incorporación de los citados criterios bajo la convicción de que ello contribuye de forma indubitada a conformar la mejor oferta de la prestación contractual, superando el modelo estrictamente economicista de la contratación pública. Con trascendental importancia también, el artículo 28 de la LCSP al regular la necesidad e idoneidad del contrato dispone que, *“las entidades del sector público valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública”*.

De este modo, la visión estratégica de la contratación pública a nivel nacional y lo que se ha venido denominando contratación pública responsable, late y tiene su reflejo a través de toda la norma, pudiendo afirmarse que la LCSP ha marcado un antes y un después en la estrategia contractual, pues ya no alude a la inclusión voluntaria de criterios sociales y ambientales,

pública” D.A Nueva Época, núm. 4, enero-diciembre 2017, pág. 96.



sino que se apostilla por primera vez el carácter imperativo de la contratación pública responsable⁶¹.

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DE CASTILLA-LA MANCHA.

1. Primeras medidas.

Una vez estudiada la evolución, el conflicto inicial existente a nivel europeo y la actual normativa comunitaria y estatal que engloba el concepto de contratación pública responsable y, antes de focalizar el trabajo en el análisis de las medidas concretas y actuales existentes en la materia en Castilla-La Mancha, se pretende por medio de este epígrafe desarrollar los primeros pasos en el recorrido de la región, determinados por una creciente preocupación por el desarrollo de políticas públicas ambientales y sociales.

El primer esfuerzo por mejorar los niveles de salud y calidad de vida de los ciudadanos castellano-manchegos tuvo lugar en 1991, con motivo del nacimiento en la Comunidad de la "Red de Ciudades Saludables de Castilla-La Mancha", vinculada al Programa de "Ciudades Saludables" de la Organización Mundial de la Salud. En su desarrollo, esta Red fue asumiendo objetivos de sostenibilidad ambiental como parte de su filosofía, combinando así criterios de salud y sostenibilidad, llegando a convertirse en un híbrido denominado "Red

⁶¹ PUERTA SEGUIDO, FRANCISCO, "El impacto de los criterios sociales, de género y medioambientales en la contratación pública", Aula de Contratación Pública Sostenible y Responsable, mayo 2018.



de Ciudades Saludables y Sostenibles de Castilla-La Mancha”.

Años más tarde, con motivo de la suscripción de un Protocolo y Convenio de Colaboración entre la Junta de Comunidades y la Federación Española de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, denominado “*Pacto Ciudad-Habitable*”, surgió en 2001 en sustitución de la anterior, la “*Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha*”, como muestra del compromiso de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las corporaciones locales de la región en la implantación de políticas de desarrollo sostenible⁶². El compromiso asumido motivó, a partir de ese momento, la integración de consideraciones medioambientales, sociales y económicas en todas las políticas públicas regionales.

Fruto del compromiso referido en el párrafo anterior, se inició a partir del año 2001 el proceso de implantación de la Agenda 21 Local en Castilla-La Mancha, en la que, desde entonces, la mencionada Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha opera como promotora del trabajo conjunto y coordinado de las entidades locales. La Agenda 21 Local surgió a nivel internacional en el año 1992 como muestra del compromiso de los pueblos y ciudades con el desarrollo sostenible, bajo las premisas de la Carta de Aalborg, un programa universal para hacer compatible el progreso con el respeto del medio ambiente⁶³. En la propia memoria elaborada por la Red de Ciudades y Pueblos

⁶²<https://www.castillalamancha.es/gobierno/desarrollosostenible/estructura/vicmedamb/actuaciones/sostenibilidad>. [Fecha última consulta: 10 de mayo de 2020]

⁶³ CAÑIZARES RUIZ, MARÍA DEL CARMEN, “*Bases teóricas de la Agenda 21 Local y su aplicación en Castilla-La Mancha*”, Dialnet, Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, núm.52, 2010, pág. 315



Sostenibles de Castilla-La Mancha, la Agenda 21 Local se define como *"un protocolo que implica gestionar los municipios con criterios de calidad"*⁶⁴. Se configuró, por tanto, como una herramienta de gestión local cuyo objetivo principal fue alcanzar el desarrollo sostenible de los municipios, mediante la defensa del equilibrio entre políticas económicas, sociales y ambientales.

A partir de su implantación, las actividades de la Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha se enfocaron en el cumplimiento de objetivos como la integración social y la garantía de cohesión social y económica, en aras de alcanzar el concepto de sostenibilidad⁶⁵. Fruto de esta colaboración, se desarrolló en el año 2004 por parte de la Federación de Municipios y Provincias y la Junta de Castilla-La Mancha una guía para el diseño, implantación y desarrollo de las Agendas 21 Locales en el marco de la Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha⁶⁶.

Tras referir las primeras medidas que demuestran la creciente preocupación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por las realidades medioambientales y sociales, su integración tuvo reflejo y comenzó a hacerse patente en una de las principales políticas de la región, la contratación pública. Muestra de ello fue el

⁶⁴ Memoria de la Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha, 30 de junio de 2006- 21 de febrero de 2007, 2007.

⁶⁵ CAÑIZARES RUIZ, *"Bases teóricas de la Agenda 21 Local y su aplicación en Castilla-La Mancha"* (...) *"op. cit."*, pág. 330.

⁶⁶<https://www.dipucuenca.es/documents/12423/d2c27a15-9dcc-4cf5-afa5-ae67f3d87682>. [Fecha última consulta: 28 de mayo de 2020]



Panel de Indicadores de Sostenibilidad Local⁶⁷, una medida de obligado cálculo para los municipios abordada por la Red de Ciudades y Pueblos Sostenibles de Castilla-La Mancha. Entre los citados indicadores y con repercusión en las compras públicas, destacó el número 24, *“Gestión sostenible de la autoridad local y las empresas locales”*, el cual contemplaba el gasto público en bienes y servicios que aunaban criterios verdes, responsables y éticos. Otro reflejo que ejemplifica la integración de consideraciones sociales en la contratación pública fue la creación en el año 2001 de la *“Red de Comercio Justo y Consumo Responsable en Castilla-La Mancha”*, la cual nació con intención de crear una conciencia solidaria que promoviera la aplicación de valores y actitudes más justas y equitativas en el desarrollo de las actividades comerciales y desarrolló diferentes áreas como la compra pública ética y sostenible.

Posteriormente en el año 2007, gracias precisamente al trabajo de la Red de Comercio Justo y Consumo Responsable, se elaboró por primera vez una *“Guía para todas las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha sobre Compra Pública Ética y Sostenible”*, la cual demostró el compromiso de la región por impregnar la solidaridad y el respeto por el medio ambiente en sus políticas de contratación y compra pública. La citada Guía, definió la Compra Pública Ética y Sostenible como *“la compra y contratación por parte de la Administración de bienes y servicios contemplando, además de los criterios económicos, otros de carácter ambiental, social y cultural del producto, servicio o proveedor”*.

⁶⁷https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20130207/panel_indicadores_sostenibilidad.pdf.
[Fecha última consulta: 12 de mayo de 2020]



El siguiente esfuerzo de la comunidad por conseguir un cambio en el patrón del consumo de sus recursos naturales, fue la publicación en el año 2010 de la *"Guía Práctica sobre Criterios Sociales y Medioambientales en la Contratación Pública"*, promovida por la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha. Su principal objetivo fue facilitar una herramienta práctica a los gestores públicos para la utilización de criterios éticos y sostenibles en la contratación pública, definiendo de nuevo la compra pública sostenible como aquella capaz de integrar aspectos ecológicos, éticos y sociales⁶⁸. Sus principales argumentos y métodos trataron de demostrar, una vez más, la importancia de tomar en consideración criterios de índoles ambiental y social en materia de contratación pública.

2. Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016.

Tras el análisis de las primeras medidas asumidas en el ámbito de Castilla-La Mancha, se pretende por medio de este epígrafe dar a conocer el contenido de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional⁶⁹. Se puede establecer, sin ningún género de dudas, que la misma constituye el mayor impulso del gobierno regional en la defensa y promoción de la contratación pública responsable. La elaboración de la aludida Instrucción se produjo, conforme indica su

⁶⁸ BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA, *"Guía práctica: criterios sociales y medioambientales en la contratación pública"*, Federación de Municipios y Provincias de CLM, CR 565-2010, pág. 15.

⁶⁹ Publicada mediante Resolución de 19/10/2016, de la Secretaría General de Hacienda y AAPP.



propio anexo introductorio, en un momento normativo en el que, del carácter voluntario de la inclusión de consideraciones sociales en la contratación del sector público, se estaban dando pasos hacia su obligatoria imposición.

Este nuevo impulso regional tuvo como base y justificación la ya vigente Directiva 2014/24/UE y el esfuerzo europeo por promocionar e implantar los criterios sociales y medioambientales en las compras públicas. Desde la aprobación en el año 2014 de la mencionada Directiva, existe en toda Europa y ello tiene su reflejo también en el ámbito regional, una apuesta decidida por la contratación pública socialmente responsable, en aras de conseguir que todos los poderes públicos terminen asumiendo como obligatoria la incorporación de aspectos de índole social y ambiental en los contratos públicos⁷⁰.

El principal objetivo de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 2016 fue garantizar la incorporación efectiva de cláusulas sociales en los contratos públicos. Con ese fin pretendió, tanto establecer criterios homogéneos de actuación por parte de los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, como servir de guía para la inclusión de criterios sociales en aquellos supuestos en los que la normativa no obligaba a hacerlo, contemplando la posibilidad de incorporar cláusulas sociales en cualquiera de las fases de vida del contrato y asociando, de esta forma, su posible inclusión al objeto, necesidad y finalidad perseguida en cada momento.

⁷⁰ PUERTA SEGUIDO, *“El impacto de los criterios sociales, de género y medioambientales en la contratación pública”* (...) *“op. cit, p.7”*



Interesa, de este modo, analizar a través de las distintas fases procedimentales, las posibilidades ofrecidas por la Instrucción para la incorporación de criterios sociales o medioambientales.

- Fase de preparación de los contratos públicos:

La primera fase objeto de análisis viene referida a la preparación de los contratos, cuya regulación jurídica aparece reflejada en el Capítulo II de la Instrucción. Se muestran así, en los artículos 6, 7 y 8, tres momentos específicos para la inclusión de cláusulas sociales: con la definición del objeto del contrato, por medio de la redacción de pliegos o mediante las condiciones de solvencia de los licitadores.

Por un lado, el artículo 6 contempla de forma expresa la posibilidad de introducir, con motivo de la definición del objeto del contrato, criterios como la perspectiva de género y el valor social o medioambiental.

Por su parte, artículo 7 impone una serie de cláusulas sociales de inclusión obligatoria en los pliegos administrativos o de prescripciones técnicas particulares. Estas cláusulas se refieren, entre otras, a la obligación de no tributar en paraísos fiscales, a la obligación de redactar toda la documentación en una lengua no sexista o a la adquisición de productos o servicios tecnológicos accesibles para las personas discapacitadas. A su vez, el apartado 6 recoge otra serie de cláusulas sociales de obligada inclusión relacionadas con el respeto de normas laborales, la protección de menores, la igualdad entre hombres y mujeres o la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Por último, el artículo 8 contempla la posible introducción de cláusulas sociales relacionadas con la solvencia técnica o profesional requerida a los licitadores,



imponiendo así la obligación de acreditar mediante declaración responsable la disposición en plantilla de un número de personas con discapacidad igual o superior al dos por ciento, vinculando la incorporación de dichas cláusulas como requisito de solvencia a la inclusión en el contrato de un fin institucional de carácter específicamente social.

- Fase de adjudicación de los contratos públicos:
La siguiente fase objeto de análisis se refiere a la adjudicación de los contratos. El Capítulo III de la Instrucción regula en los artículos 9, 10 y 11, la introducción de cláusulas sociales por medio de criterios de adjudicación o de desempate.

En primer lugar, el artículo 9 contempla la posibilidad de incluir con carácter facultativo, criterios de adjudicación sociales, medioambientales o basados en la perspectiva de género, siempre bajo su vinculación directa con el objeto del contrato y bajo el respeto de los principios generales del derecho comunitario de la contratación pública. No obstante, esta exigente vinculación con el objeto del contrato se flexibiliza por medio de la citada Instrucción, al igual que ya sucedió a nivel comunitario y posteriormente estatal, con ocasión de los artículos 67.3 de la Directiva 2014/24/UE y 145.6 LCSP, respectivamente. De este modo, se desprende del apartado segundo del artículo 9 de la Instrucción, que los criterios de adjudicación se entienden vinculados al objeto del contrato *"en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso de producción, prestación o comercialización, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material"*.

Además de las posibilidades mencionadas, el artículo 10 permite al órgano de contratación, en caso de igualdad



de proposiciones, establecer unos criterios que marcan la preferencia en la adjudicación de contratos a determinadas empresas. Así, los criterios que deben reunir las empresas para alcanzar el desempate son: la disponibilidad en plantilla de mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al dos por ciento, la calificación como empresas de inserción o la calificación como entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social y asistencial.

El último punto a destacar de la Instrucción en la fase de adjudicación de los contratos públicos se contempla en el artículo 11, el cual atribuye a los criterios sociales el carácter de parámetros que permiten determinar si las ofertas anormales o desproporcionadas pueden ser cumplidas en contratos en los que el componente de mano de obra sea fundamental.

- Fase de ejecución de los contratos públicos:

La introducción de criterios sociales durante la fase de ejecución del contrato encuentra su regulación jurídica en el Capítulo IV de la Instrucción, siendo esta fase, sin lugar a dudas, la que mayores problemas de aplicación y conflictos de redacción ha generado.

El artículo 12 contempla así la posible introducción de criterios sociales como condiciones especiales de ejecución de los contratos públicos, bajo la condición de su previsión en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato y de su compatibilidad con el derecho comunitario. El principal conflicto planteado, cuya legalidad ha sido cuestionada por la Abogacía de Estado y enjuiciada por los tribunales recursos contractuales, lo que será objeto de un análisis más detallado epígrafes posteriores, ha sido la inclusión obligatoria de determinadas cláusulas sociales como condiciones de



ejecución de los contratos. De este modo, la Instrucción establece de obligada inclusión disposiciones como la perspectiva de género, el compromiso de subrogación empresarial de trabajadores o la prohibición de contratar nuevo personal durante la ejecución del contrato por jornada inferior a 20 horas semanales.

Por último, merece especial relevancia señalar que el artículo 15 atribuye el carácter de obligación contractual esencial a la obligación de subrogación de trabajadores y a la prohibición de contratación de personal por jornada inferior a 20 horas semanales, cuyo incumplimiento constituye causa de resolución contractual. Esta disposición ha sido una de las referencias contenidas en la Instrucción más polémicas y conflictivas, lo que ha llevado a la Abogacía del Estado a cuestionar su legalidad.

3. Nulidad de la Instrucción del Consejo de Gobierno.

Tras el análisis de su contenido, se aborda por medio de este epígrafe el razonamiento llevado a cabo por Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (en adelante, TSJ) sobre la referida Instrucción, el cual condujo a sentenciar su nulidad.

Si bien la Instrucción del Consejo de Gobierno de 2016 ha sido la mayor plasmación regional de la contratación pública responsable, su legalidad ha sido enjuiciada en los últimos años por causa de su propia naturaleza y forma jurídica. La Abogacía del Estado recurrió y el TSJ de Castilla-La Mancha enjuició, por medio de la Sentencia de 5 de noviembre de 2018, que la forma normativa adoptada como Instrucción no fue la adecuada, pues su marcado carácter y contenido normativo debió conducir al gobierno regional a respetar



el procedimiento legalmente establecido para la elaboración de reglamentos o disposiciones de carácter general⁷¹.

La Abogacía del Estado en su recurso invocó, en primer lugar, la nulidad de la Instrucción por regular derechos y obligaciones que afectaban directamente a futuros adjudicatarios y, producir con ello, efectos jurídicos frente a terceros. En segundo lugar, aludió de forma más explícita a la nulidad de determinados preceptos de la misma por entender que excedían del ámbito subjetivo del contrato administrativo, referidos concretamente a la subrogación de trabajadores o a la prohibición de celebrar contratos de duración inferior 20 horas semanales, argumentando, además, que se trataba de cuestiones laborales sobre las que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha carecía incluso de competencias.

De este modo, el recurso planteado por la Abogacía del Estado condujo al TSJ de Castilla-La Mancha a fallar la nulidad de la Instrucción, fundamentada en cuestiones formales y de naturaleza normativa. A tenor de la sentencia *"no se puede admitir que la disposición en cuestión, tenga efectos meramente internos. La eficacia extramuros de la disposición es indiscutible desde el momento en que prevé que las condiciones especiales de ejecución contempladas en el artículo 12.3 b) y c) tienen el carácter de obligación contractual esencial, constituyendo una causa de resolución contractual. Es decir, no puede asumirse que la disposición únicamente presenta efectos internos a modo de reglamentación auto organizativa, pues de su simple lectura se aprecia*

⁷¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 5 de noviembre de 2018, nº 280/2018, Rec. 532/2016, pág. 5.



la influencia material sobre el desarrollo de los propios contratos y, lo que es más importante, sobre los propios contratistas. Además, esa eficacia a terceros se observa nítidamente a través de una visión del conjunto normativo, pues se impone al órgano de contratación el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas”.

En suma, se puede concluir que si bien la aludida Instrucción fomentó e impulso en la región el uso de la contratación pública responsable y nació con una vocación organizativa a fin de homogeneizar los criterios de trabajo de los gestores de la contratación pública y de servir de guía para la inclusión de cláusulas sociales, lo cierto es que su propio contenido excedió el ámbito de dichas funciones, imponiendo obligaciones en la configuración de los pliegos que han conducido, junto a su inapropiada forma normativa, al TSJ de Castilla-La Mancha a sentenciar su nulidad.

4. Resoluciones del TACRC: la obligatoria subrogación del personal empleado.

Una vez desglosada la importancia y el contenido principal de la Instrucción de 2016 y a pesar de su reciente nulidad sentenciada por el TSJ, resulta importante focalizar el análisis por medio de este epígrafe en uno de los principales problemas y conflictos generados en torno a la misma: la obligada imposición como condición especial de ejecución de subrogación del personal empleado. Para ello, resulta de interés el razonamiento efectuado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC), a través de las Resoluciones nº 662/2018 y nº 910/2018, referidas ambas al ámbito regional de Castilla-La Mancha.



El punto de conflicto encuentra su justificación normativa en el artículo 12.3 b) de la Instrucción del Consejo de Gobierno, a través del cual se impone que los pliegos de cláusulas administrativas contemplen como condición de ejecución, la obligación de los nuevos adjudicatarios de contratos de servicios o de gestión de servicios públicos, de subrogarse en los contratos de los trabajadores que la empresa que cesa en la prestación del servicio hubiera adscrito a la realización del mismo, con independencia de lo previsto al respecto en el convenio colectivo que resulte de aplicación.

El razonamiento llevado a cabo por el TACRC en las aludidas resoluciones, se resume en la insuficiente fuerza de la Instrucción del Gobierno de Castilla-La Mancha para imponer por sí misma que el pliego de condiciones obligue a la subrogación. Se argumenta, además, la necesidad de poner en relación dicha previsión con el contenido del ahora vigente artículo 130 de la LCSP, el cual dispone que la obligación de subrogación debe venir impuesta por una norma de rango legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva.

No obstante, este último avance normativo, la doctrina favorable a la necesaria previsión legal o por convenio colectivo ya venía siendo común entre los tribunales de recursos contractuales, mediante el argumento de que la subrogación de trabajadores es una cuestión de derecho laboral exigible en un contrato público exclusivamente bajo la previsión de ley o de convenio colectivo. Así, por medio de la Resolución del TACRC, nº 134/2013, de 5 de abril de 2013 ya se argumentaba que *"la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo depende de si esta obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos*



excederá de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto".

De un modo similar, pero referido ahora al ámbito regional de Castilla-La Mancha, el TACRC razona textualmente, *"debe considerarse contraria a los principios que rigen la contratación, la fijación de la cláusula de subrogación, al ser ajena al ámbito de las relaciones que rigen el vínculo entre la Administración y el adjudicatario incidiendo en cuestiones cuyo conocimiento si quiera corresponde al ámbito contencioso-administrativo"*⁷². En el mismo sentido y abordando la Instrucción del Consejo de Gobierno de 2016, el TACRC justifica que *"la citada Instrucción en la que se apoya la obligación de subrogación, no recoge o expresa ser el resultado de una negociación entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, ni resulta posible concluir que la misma es el resultado de una negociación colectiva. De este modo, la falta de previsión en un convenio colectivo o acuerdo, resultante de la negociación colectiva de la subrogación laboral, unido a que tampoco la misma tiene apoyo en una norma legal, supone encontrarnos ante una obligación con origen en una previsión de los pliegos, que conforme a la doctrina de este tribunal, y ahora también de conformidad con la previsión del artículo 130 LCSP, no es posible considerarla ajustada a derecho"*⁷³.

Con base en estos razonamientos, resulta oportuno señalar que, a día de hoy, éste es el único ámbito en el

⁷² Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso nº 529/2018 CLM 37/2018, Resolución nº 662/2018, de 6 de julio de 2018, pág. 17.

⁷³ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Recurso nº 770/2018 CLM 52/2018, Resolución nº 910/2018, de 11 de octubre de 2018, págs. 8-9.



que existe uniformidad en la contratación responsable. Tanto los tribunales contractuales como el propio Tribunal Supremo, se muestran de acuerdo en negar que los pliegos puedan legislar y establecer la subrogación de trabajadores como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, sin que ello esté previsto en el estatuto de los trabajadores ni en el convenio colectivo que resulte de aplicación⁷⁴.

5. Últimas medidas

Una vez analizada la evolución de la compra pública responsable en la región de Castilla-La Mancha, su impulso por medio de la Instrucción del Consejo de Gobierno de 2016 y los conflictos planteados en torno a la misma, resulta oportuno desembocar el trabajo en el estudio de las últimas medidas adoptadas en la materia.

- Aula de Contratación Pública Responsable y Sostenible.

En esta línea de análisis, el siguiente hito destacable en la compra pública responsable, enfocado en el ámbito docente y universitario, fue la constitución del Aula de Contratación Pública Responsable y Sostenible en el área de derecho administrativo del campus de Cuenca, mediante un convenio de colaboración firmado el 6 de junio de 2018 entre el Ayuntamiento de Cuenca y la Universidad de Castilla-La Mancha. El mismo se plantea como un espacio de colaboración entre el Ayuntamiento de Cuenca y la Universidad para el mejor cumplimiento de los objetivos de la nueva legislación española y

⁷⁴ Sentencia Tribunal Supremo nº 227/2017, Recurso nº 1874/2015, 23 de enero de 2017.



europea en la materia⁷⁵. Además, se constituye como un foro de debate y de capacitación sobre cuestiones como políticas y prácticas de innovación en la contratación pública, planes de acción en el marco de la aplicación de medidas antifraude en la aplicación de fondos europeos, diseños de planes de formación y difusión de buenas prácticas y diseños de códigos de conducta e integridad institucional en contratación pública⁷⁶.

- Nueva Consejería de Desarrollo Sostenible.

Más allá del avance en el ámbito docente referido en el párrafo anterior, se analiza ahora con una trascendencia general en la región de Castilla-La Mancha, la creación de la Consejería de Desarrollo Sostenible en julio de 2019, como el órgano de la administración autonómica encargado de la propuesta y ejecución de directrices del Consejo de Gobierno en materias como medio ambiente, economía circular, agenda 2030 y consumo, entre otras. Su importancia en materia de contratación responsable se justifica bajo la reflexión de que los poderes públicos deben utilizar los contratos públicos para apoyar objetivos sociales comunes como los objetivos de desarrollo sostenible, configurándose como una suerte de alianza público-privada entre la administración y sus proveedores para desarrollar políticas sociales y facilitar los deberes constitucionales en relación con el medio ambiente⁷⁷. Así, las obligaciones de los poderes públicos

⁷⁵https://www.uclm.es/perfiles/empresa/colaboracionmecena-zgo/catedrasaulasempresa/aula_ayuntcuenca. [Fecha última consulta: 8 de mayo del 2020]

⁷⁶<https://feder.cuenca.es/aula-contratacion-publica-responsable> [Fecha última consulta: 8 de mayo de 2020]

⁷⁷ MESEGUER SÁNCHEZ, J. VICTOR, *“La contratación pública como herramienta de fomento de la RSC y los ODS”* como parte del libro *“Contratación pública responsable: consideraciones jurídicas, percepciones y experiencias desde la Región de Murcia”*, cesrm cuadernos, 2019, pág. 17.



obligan a obrar en pro del desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente⁷⁸.

Como parte de la estructura de la nueva Consejería de Desarrollo Sostenible surgen dos direcciones generales con repercusión en materia de contratación responsable, la Dirección General de Agenda 2030 y Consumo y la de Economía Circular.

La Agenda 2030 fue adoptada en el año 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas y constituye un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, con intención de favorecer la paz universal y el acceso a la justicia. En definitiva, se trata de una hoja de ruta que compagina lo social, medioambiental y económico. Se compone de 17 objetivos para el desarrollo sostenible, dentro de los cuales y de suma importancia en contratación responsable, destaca el objetivo número 12, el cual sirve de impulso para garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles. Tal y como se define en la página web ofrecida por Naciones Unidas para el tratamiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, *"el consumo y la producción sostenible consisten en fomentar el uso eficiente de los recursos y la energía, la construcción de infraestructuras que no dañen el medio ambiente, la mejora del acceso a los servicios básicos y la creación de empleos ecológicos, justamente remunerados y con*

⁷⁸ FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, *"Los criterios de adjudicación de los contratos públicos"*, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado, *"El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales"*, 2015, pág. 1389.



*buenas condiciones laborales*⁷⁹. De la lectura del precepto puede intuirse la importancia que tiene en contratación responsable la Agenda 2030, el desarrollo de sus objetivos y la creación a nivel regional de una Dirección General que sirve de soporte y motor a su cumplimiento. En este sentido, la séptima meta del citado objetivo número 12, persigue textualmente la promoción de prácticas de adquisición pública sostenibles. En palabras del propio Director General de Agenda 2030 y Consumo, *“la Consejería de Desarrollo Sostenible está trabajando con el departamento de Hacienda en la elaboración de unas instrucciones o un futuro Decreto de compra pública responsable”*⁸⁰.

Por otro lado, la creación de la nueva Dirección General de Economía Circular, también ha resultado favorable al desarrollo responsable de la contratación pública. Tal y como se describe en la propia página web de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, *“la economía circular constituye un cambio de paradigma en el modo de utilizar nuestros recursos naturales y, por tanto, de relacionarnos con el medio ambiente. En la economía circular se optimiza el valor de los productos, materiales y recursos, manteniéndolos el mayor tiempo posible en el ciclo económico y reduciendo al mínimo la generación de residuos”*⁸¹.

⁷⁹<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>. [Fecha última consulta: 8 de mayo de 2020]

⁸⁰https://www.eldiario.es/clm/Castilla-La-Mancha-clausulas-responsable-contratos_0_949105283.html. [Fecha última consulta: 10 de mayo de 2020]

⁸¹<https://www.castillalamancha.es/gobierno/desarrollosostenible/estructura/dgecocir/actuaciones/consulta-p%C3%BAblica-sobre-la-estrategia-de-econom%C3%ADa->



En el marco de este ambiente regional, influenciado a su vez por la Comisión Europea a través de su Comunicación de 2 de diciembre de 2015 titulada, *“Cerrar el círculo: un plan de acción de la Unión Europea para la Economía Circular”*, el gobierno de la región aprobó la Ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha, con el fin de imponer con carácter transversal los objetivos de la economía circular como principios rectores de toda la política económica y social de la región. En su propia exposición de motivos el legislador señala que se trata de impulsar la adaptación de la sociedad castellano-manchega a las directrices de la lucha contra el cambio climático, al uso eficiente de los recursos y al impulso de la competitividad, la innovación, el ahorro, la eficiencia energética, el uso de energías renovables, la creación de puestos de trabajo y la integración y cohesión social, a la vez que señala el compromiso de incentivar la implantación de empresas en el ámbito de la economía circular mediante la contratación del sector público regional. Se advierte de este modo, la incidencia que la promulgación de esta nueva ley tiene en materia de contratación pública responsable, pues la mayoría de objetivos y principios promovidos por la economía circular, son a su vez perseguidos por la compra pública responsable. Además de ello, la ley manifiesta la necesidad de elaborar una estrategia regional de economía circular que, conforme su artículo 6, *“contemplará medidas transversales específicas relacionadas con la administración y el buen gobierno, especialmente con el fomento de la compra pública verde y la contratación pública circular”*. Se observa así, claramente, como uno de los objetivos particulares de la Ley de Economía Circular se basa en la adopción de la

circular-de-castilla-la-mancha. [Fecha última consulta: 22 de mayo de 2020]



contratación pública circular, definida como *"un proceso por el cual las autoridades tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida"*⁸².

- Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha.

Conviene poner de manifiesto, por último y antes de concluir el trabajo, la influencia que las entidades del tercer sector social de la región pueden desplegar como fomento de los criterios sociales en la contratación pública. Así, como complemento de la visión estratégica de la contratación pública destaca la previsión regional respecto las especialidades de contratación pública de los servicios sociales. Su normativa ha sido recientemente objeto de desarrollo por la Ley 1/2020, de 3 de febrero, del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, revelando su fundamental colaboración en el desarrollo de las políticas públicas de la administración autonómica.

Con carácter general el artículo 114 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 11.6 de la LCSP, excluyen de su ámbito de aplicación la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos. En relación a ello, la nueva LCSP incluye en su disposición adicional cuadragésima novena que *"lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social"*. De este modo, las citadas disposiciones reconocen a las Comunidades Autónomas la posibilidad de gestionar los servicios

⁸²https://www.eldiario.es/clm/Castilla-La-Mancha-fomentara-objetivo-Espana_0_847266062.html. [Fecha última consulta: 22 de mayo de 2020]



sociales por vías alternativas a la contratación pública, pudiendo aplicar diversas vías de gestión de servicios sociales. Con base en ello, la disposición adicional tercera de la citada Ley 1/2020, dispone que la provisión de los servicios sociales por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se encomiende prioritariamente a las entidades del tercer sector social mediante concierto, convenio o contrato, lo que significa a su vez, que las prestaciones del sistema público de servicios sociales puedan ser provistas mediante cualquiera de las fórmulas de gestión indirecta o de colaboración previstas en el ordenamiento jurídico⁸³.

No obstante, lo anterior y, sin perjuicio de las distintas formas disponibles por la administración autonómica para la prestación de servicios sociales, la previsión de la citada ley demuestra la todavía importante influencia que tiene el tercer sector social en el desarrollo de la contratación pública responsable. Si bien la fórmula del concierto social empezó a ser objeto de desarrollo por diversas Comunidades Autónomas y la propia disposición final segunda de la ley impone al gobierno regional el desarrollo de un decreto sobre el concierto social, lo cierto es que muchos de los servicios sociales promovidos o financiados por la administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se instrumentan por el procedimiento de contratación pública, siendo numerosas, todavía, las entidades del tercer sector social que continúan acudiendo a la contratación pública para la prestación de servicios a sus beneficiarios.

⁸³<https://www.castillalamancha.es/gobierno/bienestarsocial/actuaciones/consulta-publica-sobre-el-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-regula-el-concierto-social-para-la>. [Fecha última consulta: 25 de mayo de 2020]



En definitiva, pese a la singularidad reconocida por la normativa a los servicios sociales, lo cierto es que en la región de Castilla-La Mancha la contratación pública sigue siendo uno de los principales medios utilizados por las administraciones públicas en su provisión. Es evidente que los cambios legislativos y la promoción del concierto social suponen reconfigurar las fórmulas tradicionales de gestión de los servicios sociales, sin embargo, habrá que esperar todavía tiempo para ver reflejada esa virtualidad en la práctica, lo que a su vez resalta la gran importancia que sigue desempeñando la contratación pública responsable en la prestación de este tipo de servicios.

IV. CONCLUSIONES.

La visión estratégica de la contratación pública nació y se vio impulsada por un cambio de pensamiento político y social, generado tras la superación del primer rechazo europeo a la introducción de criterios sociales y medioambientales motivado por la rigurosa defensa de la competencia y del mercado interior. Fruto de ese cambio, las normativas comunitarias, estatales y autonómicas avanzaron, otorgando a la contratación pública el papel y valor fundamental que merece en la defensa y promoción de intereses generales y configurando una nueva forma de entender la contratación pública desde una perspectiva de responsabilidad social y medioambiental.

Una vez instaurada a nivel europeo y estatal la visión estratégica de la contratación pública, defendida principalmente por la Directiva 2014/24/UE y la LCSP, se forjó conveniente también en el ámbito autonómico de Castilla-La Mancha, e incluso en algunos aspectos



preceptiva, la incorporación de valores éticos, sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación pública. Con ese fin, por medio de la Instrucción del Consejo de Gobierno del año 2016, el gobierno regional demostró su intención de emplear estratégicamente la contratación pública como una nueva forma de provisión de los bienes, obras y servicios, ya no solo al menor coste posible, sino mediante la consecución simultánea de fines de interés general de carácter medioambiental, social y laboral.

Tras el importante impulso ofrecido por la referida Instrucción, a día de hoy en la región de Castilla-La Mancha se siguen desarrollando mecanismos y medidas que defienden y apuestan por la contratación pública responsable, como lo demuestra la reciente creación de la Consejería de Desarrollo Sostenible llevada a cabo en 2019 con motivo de la formación de gobierno tras la celebración de las últimas elecciones autonómicas. El gobierno regional sigue defendiendo e impulsando el carácter instrumental o estratégico de la contratación pública como eje del cumplimiento efectivo de los objetivos de desarrollo sostenible. La creación de diferentes direcciones generales y la promulgación de nuevas leyes, como la de Economía Circular o la del Tercer Sector Social de Castilla-La Mancha, demuestran que la contratación pública es y debe ser uno de los principales pilares sobre los que se asiente la consecución de un desarrollo económico, social y medioambientalmente sostenible.

Estas últimas medidas desarrolladas constatan en la práctica la normativa regional existente en materia de contratación responsable, construyendo de este modo un nuevo modelo de contratación pública en el territorio de Castilla-La Mancha. Como señala el profesor Gimeno Feliú, en uno de sus trabajos más recientes, *"es tiempo*



de rearmar un modelo de crecimiento sostenible que integre lo social, ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes para avanzar en una sociedad realmente inclusiva”⁸⁴

En suma, se puede concluir este trabajo resaltando el importante esfuerzo y estímulo desarrollado en los últimos años por las administraciones públicas de todos los niveles territoriales en la promoción y defensa de la contratación responsable, si bien se debe reconocer al mismo tiempo la existencia de importantes limitaciones en su desarrollo, pues el mismo se ve influenciado por multitud de variables como la calidad de normas, el compromiso político, la profesionalización o la claridad de estrategias. A pesar del esfuerzo, estas limitaciones siguen constatando, como puso de manifiesto la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en el Informe anual de supervisión de la contratación pública en España, aprobado el 18 de diciembre de 2019, la todavía importante ausencia de un uso estratégico global de la contratación pública, lo que hace patente el necesario y constante esfuerzo por su implantación en todos los niveles territoriales y en cada uno de los procedimientos de contratación.

⁸⁴ GIMENO FELIÚ, J.M, “*La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*”, Revista Economía Industrial, núm. 415, 2020. pág. 95.



V. BIBLIOGRAFÍA.

BRUNETE DE LA LLAVE, MARÍA TERESA, *"Guía práctica: criterios sociales y medioambientales en la contratación pública"*, Federación de Municipios y Provincias de CLM, CR 565-2010, pág. 15.

CAETANO BARRERA, ABILIO, *"Impacto de la contratación pública sostenible en la lucha contra el cambio climático"*, Proyecto Fin de Master, Ingeniería Química y Ambiental, Universidad de Sevilla, 2007, pág.6.

CAÑIZARES RUIZ, MARÍA DEL CARMEN, *"Bases teóricas de la Agenda 21 Local y su aplicación en Castilla-La Mancha"*, Dialnet, Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles, núm.52, 2010, pág. 315

FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, *"Los criterios para adjudicar los contratos y el nuevo derecho europeo de la contratación pública"*, en el marco del Proyecto de Investigación titulado: *"Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia"*, 2012, pág. 6.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, RAFAEL, *"Los criterios de adjudicación de los contratos públicos"*, trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado, *"El tiempo de las reformas administrativas: hacia la excelencia en la contratación pública a través de compras eficaces, estratégicas y transnacionales"*, 2015, pág. 1389.

GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, *"La introducción de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública"* D.A Nueva Época, núm. 4, enero-diciembre 2017, pág. 96.



GIMENO FELIÚ, J.M, *"La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española"*, Civitas, Madrid 2006, pág. 47.

GIMENO FELIÚ, J.M, *"Las nuevas directivas en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública"*, Revista española de derecho administrativo, núm. 159, julio-septiembre 2013, pág. 42.

GIMENO FELIÚ, J.M, *"La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad"*, Revista Economía Industrial, núm. 415, 2020. pág. 95.

LÓPEZ TOLEDO, PURIFICACIÓN, *"La consideración de aspectos ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen de su nueva regulación"*, Gabilex, núm. 14, julio 2018, págs. 17-18.

MESEGUER SÁNCHEZ, J. VICTOR, *"La contratación pública como herramienta de fomento de la RSC y los ODS"* como parte del libro *"Contratación pública responsable: consideraciones jurídicas, percepciones y experiencias desde la Región de Murcia"*, cesrm cuadernos, 2019, pág. 17.

MORENO MOLINA, J.A, *"Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al derecho español"*, Gabilex, número extraordinario mayo 2015, pág. 233.

PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, *"La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público"* en *"La contratación pública a debate: presente y futuro"*, Dialnet, 2014, págs. 345-380.



PUERTA SEGUIDO, FRANCISCO, *"El impacto de los criterios sociales, de género y medioambientales en la contratación pública"*, Aula de Contratación Pública Sostenible y Responsable, mayo 2018.

RAZQUIN LIZAGARRA, MARTÍN MARÍA, *"Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España"*, Revista de Administración Pública, núm. 196, Madrid, enero-abril 2015, pág. 112.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, PATRICIA, *"Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes; de la posibilidad a la obligación"*, Actualidad Jurídica Ambiental, núm. 1, 2011, pág. 6.



EL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESPECIAL MENCIÓN A CASTILLA-LA MANCHA

D. Alberto Campos Jiménez

Abogado

Resumen: El Convenio Europeo del Paisaje elaborado por el Consejo de Europa, aprobado en Florencia el 20 de octubre de 2000, supuso un hito en la introducción de la protección del paisaje en los ordenamientos jurídicos. La protección del medio ambiente había sido objeto de regulación, en mayor o menor medida, pero no así el paisaje, con igual importancia y que debía ser objeto de regulación, tras la ratificación por España del CEP el 26 de noviembre de 2007. Tras el análisis histórico y comparado de la protección del medio ambiente al igual que del paisaje es necesario analizar la legislación estatal y autonómica al respecto para conocer como han legislado, en particular, las comunidades autónomas al respecto, además de conocer cómo se augura que será la futura ley del paisaje de Castilla-La Mancha, imprescindible para un desarrollo sostenible.

Abstract: The European Landscape Convention drafted by the Council of Europe, approved in Florence on October 20, 2000, was a milestone in the introduction of landscape protection into legal systems. The protection of the environment had been subject to regulation, to a greater or lesser extent, but not the landscape, with



equal importance and which should be subject to regulation, after the ratification by Spain of the CEP on November 26, 2007.

After the Historical and comparative analysis of the protection of the environment, as well as the landscape, it is necessary to analyze the state and regional legislation in this regard to know how they have legislated, in particular, the autonomous communities in this regard, in addition to knowing how it is predicted that the future will be landscape law of Castilla-La Mancha, essential for sustainable development.

Palabras clave: Protección del paisaje; Constitución; Ordenación del territorio.

Keywords: Landscape protection; Constitution; Planning of the territory.

Sumario:

1.-ANTECEDENTES Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.

1.1. Introducción.

1.2. Constitución Española e influencia normativa europea.

1.3. El medio ambiente en la legislación de la Unión Europea.

1.4. Significado del término "paisaje".

2.- ANTECEDENTES DEL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. PROBLEMA COMPETENCIAL.

3.- EL PAISAJE EN LA LEGISLACION DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.

3.1. Legislación estatal.

3.2. Legislaciones Autonómicas.

4.- PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN CASTILLA-LA MANCHA.



1.- ANTECEDENTES Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.

1.1. Introducción

El interés por el medio ambiente supuso una novedad en la parte dogmática de la Constitución española (en adelante CE) y en el derecho comparado.

Esto sucede debido a la enorme preocupación que la sociedad española tenía por el medio ambiente¹ y que el constituyente plasmo en la CE de 1978. Está claro que ese interés es constante y va en aumento, y más ahora cuando el cambio climático es irreversible y deben buscarse medidas jurídicas para intentar limitar sus efectos devastadores. Sobre esto, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Organismo especializado de las Naciones Unidas para la meteorología (Organización Meteorológica Mundial) en su Quinto Informe de Evaluación de 2013² fue taxativo indicando de forma clara y concisa que “el calentamiento en el sistema climático es inequívoco y, desde la década de 1950, muchos de los cambios observados no han tenido precedentes en los últimos decenios a milenios.

¹ Véase a MARCO MARCO, J: “Constitución y Medio Ambiente, una cuestión todavía por definir”, en *La Constitución Española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, MARTINEZ SOSPEDRA, m., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs.179 y ss.

² Texto disponible en la web: www.ipcc.ch; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.



La atmósfera y el océano se han calentado, los volúmenes de nieve y hielo han disminuido, el nivel del mar se ha elevado y las concentraciones de gases invernaderos han aumentado”.

Nos remontaremos al reinado de Alfonso X “el Sabio”, para analizar los precedentes del derecho medioambiental en la península ibérica. En concreto, el Código de las Siete Partidas³ establecía que “las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo son estas: el aire y las aguas de la lluvia y el mar y su ribera, pues cualquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas según le fuere menester, y por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando y navegando y haciendo allí todas las cosas que entendiere que a su provecho serán.” (Partida III, Título XXVIII, Ley III)⁴.

De forma más contemporánea, el 30 de julio de 1968, el Consejo Económico y Social recomendó, mediante la Resolución 1346 (XLV)⁵, a la Asamblea General de Naciones Unidas que considerase la posibilidad de llevar

³ Texto disponible en la web <https://boe.es/publicaciones>; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.

⁴ Véase la web:

www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis ; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.

⁵ Los motivos que suscitan la convocatoria de una conferencia internacional sobre los problemas del medio humano son, entre otros, “la deterioración constante y acelerada de la calidad del medio humano causada por factores como la contaminación del aire y las aguas, la erosión, y otras formas de deterioración del suelo, los efectos secundarios de los biocidas, los desechos y el ruido... Puede consultarse en las web <https://undocs.org> ; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.



a cabo una conferencia para tratar los problemas del medio ambiente humano.

Siguiendo sus indicaciones, la conferencia fue convocada mediante la Resolución 2398⁶ (XXIII) de 3 de diciembre de 1968, celebrándose en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano establece en su Principio I, que “el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

Con carácter previo a la aprobación de nuestro actual texto constitucional, aparece el término medio ambiente en la legislación nacional. En concreto en el vigente Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas⁷. Su artículo 1 indica que el reglamento “tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes sean oficiales o particulares, públicos o privados a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de “actividades”, produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”.

⁶ Disponible en la web <https://undocs.org> ; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.

⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 292, de 7 de diciembre de 1961.



1.2. Constitución Española e influencia normativa europea

Las normas constitucionales continentales de nuestro entorno, anteriores a la aprobación de la CE, no utilizan el término medio ambiente de forma taxativa e inequívoca, sino que será a través de referencias, pero que servirán para la redacción definitiva del artículo 45 CE.

La Constitución de la República Italiana de 1947 no dice nada del medio ambiente, pero sin embargo si recoge el término paisaje. El artículo 9 reconoce la obligación de la República de salvaguardar “el paisaje y patrimonio histórico y artístico de la Nación⁸”.

El artículo 15 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece que “la tierra y el suelo, los recursos naturales y los medios de producción podrán, con fines de socialización, ser transferidos a la propiedad pública”. De forma más reciente, se llevaron a cabo modificaciones, estableciéndose en el artículo 20^{a9} la protección de los fundamentos naturales de la vida y de los animales, pero sin mencionarse de forma expresa al medio ambiente, solo de forma indirecta.

⁸ Texto disponible en la web www.ces.es ; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020

⁹ Establece que “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial”. Texto disponible en la web: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> ; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.



La Constitución portuguesa de 1976¹⁰ recoge la obligación del Estado de promover “la mejora progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses¹¹” y el derecho de todas las personas “a un ambiente humano de vida, salubre y ecológicamente equilibrado¹²”.

En esta línea, el artículo 45, apartado 1 de la CE recoge que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. La amplia visión que contiene el artículo 45 CE engloba una “extensa, compleja e indeterminada definición del medio ambiente como bien jurídico que el mismo protege¹³”.

Este artículo se encuadra dentro del título I, que recoge los derechos y deberes¹⁴ fundamentales, y del capítulo tercero que establece los principios rectores de la política social y económica. Nos encontramos con un derecho de disfrutar el medio ambiente, unido a un deber de conservación, añadiéndose además el mandado dirigido a los poderes públicos para su protección. Es clara la

¹⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, L, “Concepto de Medio Ambiente” en *Tratado de Derecho Ambiental* (Coord. R. DE VICENTE MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 43.

¹¹ Artículo 66.4.

¹² Artículo 66.1.

¹³ LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 39.

¹⁴ En este sentido, RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2001, pág. 31, señala que «los deberes que para los individuos resultan de la legislación protectora del medio ambiente son simplemente medios que la norma emplea para asegurar su objetivo directo, que es la de proteger determinadas realidades físicas».



importancia de este derecho, ligada de forma expresa al artículo 10 CE, puesto que un medio ambiente de calidad conllevará al desarrollo de la dignidad de la persona.

El desarrollo jurisprudencial ha sido constante en este sentido, señalando por entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de julio¹⁵. En ella, se acude a la Real Academia de la Lengua para comprender el significado y alcance del medio ambiente, llegando a la conclusión de que estamos ante un término que “ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional, y por tanto interdisciplinar (STC 64/1982)¹⁶”. Ello se verá reflejado en la legislación preconstitucional, que, en menor o mayor medida, recoge el derecho al medio ambiente. Será así, por ejemplo, en el aún vigente aunque de forma parcial, Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas¹⁷ cuando aparezca dicho término. La expresión seguirá

¹⁵ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 131, el 31 de julio de 1995. Disponible en la web www.tribunalconstitucional.es; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.

¹⁶ F.J. 4º

¹⁷ El artículo 1 del Decreto 2.414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas recoge que “El presente Reglamento, de obligatoria observancia en todo el territorio nacional tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la nominación de «actividades», produzca incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente ocasionando daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”.



utilizándose en otra legislación, como en el Decreto 2.107/1968, de 16 de agosto¹⁸, en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre¹⁹, o bien usando también otros como el de “seguridad ambiental” que se recoge en el Decreto 2.183/1968, de 16 de agosto²⁰. Posterior a la aprobación del texto constitucional la mención al derecho al medio ambiente ha sido de indudable importancia, incentivado por la aplicación de la normativa europea al respecto como a continuación veremos.

¹⁸ El artículo 2 del Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, sobre el régimen de poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o perturbaciones por ruidos y vibraciones contempla que “los Ayuntamientos a que se refiere el artículo anterior y a los efectos prevenidos en el mismo, elaborarán una o varias ordenanzas de protección del medio ambiente contra la emisión de gases, polvos, humos y aerosoles o, en su caso, de ruidos y vibraciones, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido”.

¹⁹ El Preámbulo de la Ley 38/1972, de 22 de noviembre, de protección del medio atmosférico indica que “la degradación del medio ambiente constituye, sin duda alguna, uno de los problemas capitales que la Humanidad tiene planteados en esta segunda mitad del siglo, problema cuya gravedad no es preciso ponderar”.

²⁰ El Decreto 2183/1968, de 16 de agosto, por el que se regula la aplicación del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, en las zonas de dominio público y sobre actividades ejecutables directamente por órganos oficiales, recoge en el artículo 1 la obligación de someterse al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas “de cuantos establecimientos, almacenes, industrias, instalaciones y actividades potencialmente productoras de efectos perniciosos para la higiene y seguridad ambiental...”.



1.3. El medio ambiente en la legislación de la Unión Europea

A nivel europeo, los Tratados Comunitarios de la Comunidad Europea no recogen nada relativo al medio ambiente. Será con el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²¹, cuando se recoja la obligación de la Unión Europea²² de obrar "en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente"²³.

En esta línea avanzan otros textos normativos europeos, instaurando como un derecho básico la protección del medio ambiente. Así, la Carta²⁴ de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁵ supuso un

²¹ Firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

²² La versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 26 de diciembre de 2012, establece como competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, entre otras, el medio ambiente (artículo 4.2.e). Además, el artículo 11 (antiguo artículo 6 TCE) obliga a que todas las políticas y acciones de la Unión conlleven la protección del medio ambiente con la finalidad de fomentar un desarrollo sostenible.

²³ Artículo 2.3. Texto disponible en la web <http://eurlex.europa.eu>; fecha de la consulta el 5 de marzo de 2020.

²⁴ Aprobada en Niza el 18 de diciembre de 2000.

²⁵ La Carta, mediante el Tratado de Lisboa, adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión. En este sentido lo señala el artículo 6.1 que dice: "la Unión reconoce los



elemento de referencia por los Estados miembros para reconocer este derecho por aquellos países que no lo hubieran hecho hasta ese momento. Ya en el Preámbulo reconoce que “la Unión trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento”. En esta línea el artículo 37, relativo a la protección del medio ambiente, indica que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”. Este reconocimiento no deja de ser laxo y muy alejado de un derecho reconocido con un contenido subjetivo. La CE, pese a ser aprobada más de dos décadas anteriores a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce de forma más social y progresista el derecho al medio ambiente. Coincidiendo con la profesora ALONSO GARCÍA, se “consagra dentro del contenido a disfrutar del medio ambiente una dimensión subjetiva que permite acometer las acciones necesarias para evitar que el deterioro ambiental no sólo evite daños a la persona, sino también mejore la calidad de vida de ésta, propiciando su adecuado desarrollo frente a todo tipo de injerencias producidas en el entorno en la que aquélla se desenvuelve²⁶”.

derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

²⁶ ALONSO GARCIA, M^a.C., “La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente”, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 24-25.



1.4. Significado del término “paisaje”

La palabra “paisaje” es de indudable importancia para delimitar el objeto de este estudio. En el marco internacional y europeo, este término no fue recogido en un principio.

Como señalamos en el epígrafe 1.2, la Constitución de la República Italiana de 1947, citaba el término paisaje pero sin llevar a cabo una definición del mismo. En esta misma línea, la Conferencia de Estocolmo, celebrada por Naciones Unidas en 1972, tampoco recogerá de forma expresa la protección del paisaje²⁷. Tendremos que esperar al año 2000 cuando el Consejo de Europa concluya el Convenio de Europeo del Paisaje²⁸(en adelante CEP), ratificado por España el 26 de noviembre de 2007²⁹, y entrando en vigor el 1 de marzo de 2008.

Al ratificar España el CEP se comprometió, en atención al artículo 5, apartados a y b del mismo, a reconocer jurídicamente los paisajes como elemento fundamental del entorno humano, así como a definir y aplicar en materia de paisajes, políticas destinadas a la protección, gestión y ordenación del paisaje.

²⁷ El Principio 2 establecerá que: “Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

²⁸ Véase al respecto la web del Ministerio de agricultura, pesca y alimentación <https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/desarrolloterritorial/convenio.aspx>, consultada el 5 de marzo de 2020.

²⁹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 2008.



El Preámbulo del CEP establece la importancia del paisaje indicando que “el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, y que constituye un recurso favorable para la actividad económica y que su protección, gestión y ordenación pueden contribuir a la creación del empleo. Conscientes de que el paisaje contribuye a la formación de las culturas locales y que es un componente fundamental del patrimonio natural y cultural europeo, que contribuye al bienestar de los seres humanos y a la consolidación de la identidad europea. Reconociendo que el paisaje es un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones en todas partes: en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos”.

En esta línea, el artículo 1.a) define paisaje como “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”.

Posterior a la aplicación del CEP, y ante un término como es el de “paisaje”, tan vago e indeterminado, se adoptó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁰ la Recomendación sobre las Orientaciones para la aplicación del CEP³¹ (CE/REC(2008)3). Se establece así la necesidad de que el paisaje, no sólo englobe “la calidad de los lugares donde vive la población, reconocida como condición esencial para el bienestar

³⁰ 1017^a reunión celebrada el 6 de febrero de 2008.

³¹ Texto disponible en la web

https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/desarrollo-territorial/09047122800d2b4d_tcm30-421588.pdf , consultado el 5 de marzo de 2020.



individual y social (entendido en el sentido físico, fisiológico, psicológico e intelectual), para un desarrollo sostenible y como recurso que favorece la actividad económica... La atención se dirige al conjunto del territorio, sin distinción entre partes urbanas, periurbanas, rurales y naturales; ni entre partes que pueden ser consideradas como excepcionales, cotidianas o degradadas; no se limita a los elementos culturales, artificiales o naturales: el paisaje forma un todo, cuyos componentes son considerados simultáneamente en sus interrelaciones”.

Atendiendo a la definición del paisaje y posteriormente a las Recomendaciones sobre la aplicación del CEP, todos los paisajes, sea cual fueren gozarían de protección, por lo que sería algo inoperante que, conllevaría a que no habría “forma de saber realmente qué es el paisaje ni, por lo tanto, qué es lo que se protege ni cuáles son las obligaciones de los estados miembros, al ser tan impreciso el objeto protegido³²”.

Lo que está meridianamente claro es que el CEP supuso, como ya hemos dicho, un giro copernicano en el entendimiento político del paisaje³³.

2.- ANTECEDENTES DEL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. PROBLEMA COMPETENCIAL

En España, se recogerá aunque sin definir, el término de paisaje natural a través de la Ley de Parques

³² MORENO MOLINA., A.M., “Urbanismo y Medio Ambiente”, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 123.

³³ Véase a PRIORI, M., “Droit de l’environnement, Dalloz, 2001.



Nacionales³⁴ (en adelante LPN). Dicho texto normativo tendrá como precedentes³⁵ de inspiración, las declaraciones como parques naciones norteamericanos de Yellowstone (1872) y Yosemite(1890), que conllevaron la conservación para la posterioridad de vastos territorios naturales. Además, hay que añadirle al caso español la necesidad de conservar el patrimonio natural de nuestro país, para protegerlo de agresiones, fruto de las desamortizaciones de 1855 y de la tentación de impulsar en ese momento de la historia la construcción de infraestructuras y la explotación de fuentes de energía, dejando de lado la protección del medio.

La LPN introducirá por primera vez la figura de los espacios naturales protegidos además de la de paisajes, definiéndolos como "aquellos sitios o parajes excepcionalmente pintorescos, forestales o agrestes del territorio nacional, que el Estado consagra, declarándoles tales, con el exclusivo objeto de favorecer su acceso por vías de comunicación adecuadas, y de respetar y hacer que se respete la belleza natural de sus

³⁴ Aprobada el 7 de diciembre de 1916.

³⁵ Debemos destacar, ahora que se está tratando el asunto del desarrollo del medio rural para luchar contra el descenso demográfico que conlleva a la despoblación, que, entre la inspiración del articulado de esta ley, se introdujo "la necesaria complementariedad entre la conservación de los parques nacionales y el desarrollo de las poblaciones locales que habitan en ellos, especialmente en lo que se refiere a los accesos y comunicaciones, pero sin dejar de lado el turismo como fuente de crecimiento a futuro". Establecía así un nexo de unión entre conservación de parajes y el turismo, básico para el desarrollo de las poblaciones locales, algo más que significativo si tenemos en cuenta que ha pasado más de un siglo desde su promulgación.



paisajes, la riqueza de su fauna y de su flora y las particularidades geológicas e hidrológicas que encierren, evitando de este modo con la mayor eficacia todo acto de destrucción, deterioro o desfiguración por la mano del hombre³⁶."

Posteriormente, en la Ley sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio histórico-artístico nacional³⁷, se mencionará indirectamente al contemplar el término "parajes pintorescos". En la Ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local³⁸, se recoge expresamente en su Base 11.1.j) la "protección y defensa del paisaje". En el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales³⁹ de 7 de junio de 1952, se establecía la obligación por parte del Alcalde, de "velar por la conservación de castillos, monumentos nacionales, edificios artísticos o históricos y belleza del paisaje⁴⁰". Diversas legislaciones autonómicas han regulado el paisaje, desarrollándolo y dotándolo de contenido propio, como veremos en el punto 3.2 de este trabajo.

El término paisaje plantea un problema fundamental como ya dijimos, desde el momento que la CE no lo recoge en ningún precepto. Atendiendo a esto, no aparece regulado en ninguna de las competencias

³⁶ Artículo 2 de la Ley de Parques Nacionales. Texto disponible en la web del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico https://www.miteco.gob.es/es/red-parques-nacionales/ley-1916-cortes_tcm30-65201.pdf, consultado el 5 de marzo de 2020.

³⁷ Aprobada el día 13 de mayo de 1933.

³⁸ Publicada en el Boletín Oficial del Estado de 18 de julio de 1945.

³⁹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 7 de junio de 1952.

⁴⁰ Artículo 121.11º.



establecidas en los artículos 148 y 149 CE. Habrá que remontarse a la STC 156/1995, que afirmaba el carácter básico de la legislación básica como patrón mínimo indispensable para la protección del medio ambiente.

Así, dejando paso al artículo 148 CE que establece que podrán ser de competencia autonómica, de entre otras muchas, las siguientes: Ordenación del territorio, urbanismo (apartado 3º); los montes y aprovechamientos forestales (apartado 8º); patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma (apartado 16º); el fomento de la cultura (apartado 17º); promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial (apartado 18º). Estas competencias van ineludiblemente unidas al paisaje, y en ocasiones puede suponer un problema, dado que el artículo 149 CE, relativo a las competencias exclusivas estatales, harán necesaria una connivencia de ambas para la protección del paisaje. En este sentido, el uso del Estado del artículo 149.1.23º CE⁴¹ puede conllevar a que competencias que corresponderían a las CC.AA. estén condicionadas, siendo conforme a derecho "cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón de la apreciable repercusión negativa que el ejercicio de la actividad sectorial de que se trate pueda tener⁴²". Como señala el Tribunal Constitucional, el artículo 149.1.23º es también un título

⁴¹ Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias

⁴² STC 5/2016, de 21 de enero, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de febrero de 2016, en colación con las SSTC 69/2013, FJ 3º, y 141/2014, FJ 5).



transversal que tiene una clara fuerza expansiva y requiere igualmente una interpretación restricta.

Atribuye al Estado competencias para establecer una legislación básica que constituya un mínimo de protección medioambiental; será superable por las Comunidades Autónomas mediante el establecimiento de normas adicionales de protección, pero como ya hemos tenido ocasión de explicar en resoluciones anteriores, "en esta materia no se encuadra cualquier tipo de actividad relativa a los recursos naturales, sino sólo la que directamente tienda a su preservación, conservación o mejora"⁴³. (STC 102/1995, FJ 3).

3.- EL PAISAJE EN LA LEGISLACIÓN DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

3.1. Legislación estatal

El paisaje es un elemento clave en la ordenación del territorio y por ende, de los sistemas normativos que lo regularán. Resultado de ello, además de la importancia que tiene la protección del paisaje en la economía rural es que distintas comunidades autónomas lo hayan regulado.

Pese a que el CEP se aprobó en 2008⁴⁴, ya en la diversa legislación urbanística, se recogía con antelación distintos aspectos relacionados con el paisaje en nuestro ordenamiento jurídico.

⁴³ STC 102/1995, FJ 1º.

⁴⁴ Ratificado por España el 26 de noviembre de 2007 y publicado en el BOE de 5 de febrero de 2008.



El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante LS76) ya recogía diversos aspectos del paisaje. En concreto el artículo 12.1.d), determinaba que, entre los distintos elementos que tenía que contener un plan general municipal de ordenación estaban las “medidas para la protección del medio ambiente, conservación de la naturaleza y defensa del paisaje, elementos naturales y conjuntos urbanos e históricoartísticos, de conformidad, en su caso, con la legislación específica que sea de aplicación en cada supuesto”. En el articulado posterior (artículo 17 LS76) haciendo nuevamente mención a los planes generales municipales, a los Planes Directores Territoriales de Coordinación, así como a las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, establecía que si fuere necesario se redactasen “Planes Especiales para la ordenación de recintos y conjuntos artísticos, protección del paisaje y de las vías de comunicación...”.

No es posible dejar de citar el artículo 19⁴⁵ LS76 que define de forma clara y concisa los elementos concretos que son objeto de protección del paisaje, algo que ni siquiera se da en el CEP.

⁴⁵ Son objeto de protección del paisaje: a) Bellezas naturales en su complejo panorámico o en perspectivas que convinieren al fomento del turismo; b) Predios rústicos de pintoresca situación, amenidad, singularidad topográfica o recuerdo histórico; c) Edificios aislados que se distinguen por su emplazamiento o belleza arquitectónica y parques y jardines destacados por la hermosura, disposición artística, trascendencia histórica o importancia de las especies botánicas que en ellos existan; d) Perímetros edificados que formen un conjunto de valores tradicionales o estéticos.



El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (LS92), en su artículo 138, establece la obligación de que las construcciones se adapten al ambiente en el que estuvieren situadas, y en concreto, “en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características históricoartísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo⁴⁶”.

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (en adelante LS2007), instauraba el principio de desarrollo sostenible para determinar, que todas sus políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común, y debían procurar, entre otros, “la eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje⁴⁷”. En esta misma línea se establece el derecho de todos los ciudadanos a “disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible... en un medio ambiente y

⁴⁶ Apartado b) del artículo 138 LS92. Pese a la derogación de la LS92, este apartado siguió en vigor atendiendo a la disposición derogatoria única de la Ley 8/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, y posteriormente sustituida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo. El apartado a) del artículo 138.1 LS92 fue declarado inconstitucional y nulo por STC 61/1997, de 20 de marzo.

⁴⁷ Artículo 2 LS2007.



un paisaje adecuados⁴⁸". Asimismo, se establece la obligación legal de preservar siempre, entre otros "los valores paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable⁴⁹".

Posteriormente se aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo⁵⁰, dado que la disposición segunda de la LS2007 delegó en el gobierno la potestad de dictar un Real Decreto para así refundir el texto, tanto de esa ley como de la LS92, puesto que muchos de sus preceptos aún estaban vigentes. Esta disposición legal siguió la misma línea que había llevado la LS2007 en relación con la protección paisajística.

Nuevamente, con la finalidad de evitar una dispersión normativa, se adopta el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante LSRU), aún en vigor. La LSRU fija como principios de desarrollo territorial y urbano sostenible que "las políticas públicas a la regulación, ordenación,

⁴⁸ Artículo 4.a) LS2007.

⁴⁹ El artículo 13.4 LS2007 recoge además de la protección de los valores paisajísticos, los "ambientales, culturales, históricos, arqueológicos y científicos".

⁵⁰ Este Real Decreto tenía como misión, tal y como señala en su apartado I: "de un lado aclarar, regularizar y armonizar la terminología y el contenido dispositivo de ambos textos legales, y de otro, estructurar y ordenar en una única disposición general una serie de preceptos dispersos y de diferente naturaleza, procedentes del fragmentado Texto Refundido de 1992, dentro de los nuevos contenidos de la Ley de Suelo de 2007, adaptados a las competencias urbanísticas, de ordenación del territorio y de vivienda de las Comunidades Autónomas".



ocupación, transformación y uso del suelo⁵¹... deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a la eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje⁵²". No solo establece una obligación para las administraciones públicas a la hora de fijar sus políticas de desarrollo, sino que además se introduce como un deber del ciudadano de "respetar y contribuir a preservar el paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos⁵³".

Todo este análisis de la legislación urbanística estatal no hace más que dilucidar el interés del legislador nacional por la protección del medio ambiente treinta años antes de que se aprobará el CEP.

3.2. Legislaciones Autonómicas

Diversas comunidades autónomas han legislado para reconocer la importancia del paisaje y dotarlo de una protección jurídica que pueda ser esgrimida frente a los tribunales de justicia. Por ello, debemos analizar como la legislación autonómica lo ha regulado. Además de la normativa urbanística que ha recogido el paisaje, existen varias comunidades autónomas que han regulado de forma expresa, mediante diferentes leyes, el significado,

⁵¹ Artículo 3 LSRU.

⁵² Artículo 3.2.a) LSRU.

⁵³ Artículo 6.d) LSRU



protección y cuidado del paisaje como analizaremos a continuación.

La Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León⁵⁴, tiene por objeto⁵⁵ regular la actividad urbanística en dicha Comunidad. Esta norma obliga a que toda la actividad urbanística pública, que se desarrolle en Castilla y León, busque la consecución entre otros objetivos, de la protección del patrimonio cultural, del medio rural y el paisaje, haciendo especial mención a “los paisajes de interés cultural e histórico⁵⁶”. En esta misma línea, dentro de los deberes de adaptación al ambiente, establece como norma de aplicación directa (en relación con la protección del paisaje) la de que “en áreas de manifiesto valor natural o cultural, en especial en el interior o en el entorno de los Espacios Naturales Protegidos y de los inmuebles declarados como Bien de Interés Cultural, no se permitirá que las construcciones e instalaciones de nueva planta, o la reforma, rehabilitación o ampliación de las existentes, o las instalaciones de suministro de servicios, degraden la armonía del paisaje o impidan la contemplación del mismo”. La pregunta que se suscita es cómo puede llevarse a cabo esta obligación legal. La respuesta sería que el artículo 9.b) indica que las construcciones pueden armonizarse con su entorno y con el paisaje circundante, atendiendo a la “situación, uso, altura, volumen, color, composición, materiales y demás características, tanto propias como de sus elementos complementarios”.

Posteriormente, dentro de Título I, se obliga al planeamiento urbanístico que asuma como objetivo, en

⁵⁴ Publicada en el Boletín Oficial de Castilla y León nº 70, de 15 de abril de 1999.

⁵⁵ Artículo 1.

⁵⁶ Artículo 4.b.10º.



aras de la protección del medio ambiente, llevar a cabo las determinaciones necesarias para la conservación y en su caso recuperación de las condiciones ambientales adecuadas. Así, en relación con el suelo urbanizable se obliga a integrar, dentro de la nueva ordenación “los elementos valiosos del paisaje y la vegetación⁵⁷”.

Esta ley de Castilla y León manifiesta la clara voluntad del legislador de que la normativa de ordenación en su territorio proteja como norma general de obligado cumplimiento, sobre la que girará todo el desarrollo urbanístico que se produzca en su ámbito territorial de aplicación.

La Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria⁵⁸, sigue la misma línea de la legislación castellano leonesa pero más proteccionista. Dentro de la sección 2ª, capítulo III, que regula las normas de aplicación directa para el planeamiento municipal, se recoge de forma expresa en su articulado la protección del paisaje. El artículo 32 introduce la obligación prioritaria que tienen los planeamientos urbanísticos, de conformidad con el Tratado de la Comunidad Europea, de proteger el medio ambiente, su conservación y mejora. A continuación, el artículo 34, se dedica con exclusividad a la “protección del paisaje”. Hace especial hincapié en la obligación de exigir la adaptación al ambiente de las construcciones que se lleven a cabo en los paisajes abiertos, naturales así como en los conjuntos urbanos de características históricas, típicos o tradicionales así como en inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco. La finalidad de lo anterior es no romper la

⁵⁷ Artículo 36.2.b).

⁵⁸ Publicada en el Boletín Oficial de Cantabria nº 128, de 4 de julio de 2001.



armonía del paisaje natural, rural o urbano, desfigurándolo. Destaca también de la normativa cántabra en protección del paisaje el hecho de que se prohíba de forma expresa la publicidad estática, es decir, aquella llevada a cabo por carteles anunciadores de locales y establecimientos mercantiles, principalmente debido además de lo ya indicado, a sus dimensiones, localización o contenido⁵⁹. El apartado 3⁶⁰ del artículo 34 reguló de forma expresa la importancia del paisaje en el planeamiento urbanístico complementando al artículo 32.

Con posterioridad⁶¹ a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria se aprobó la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje⁶², cuyo principal motivo fue la ratificación por España en 2007 del CEP.

Tal y como indica su Preámbulo, parte del reconocimiento al paisaje de una doble composición espacial y temporal, sus múltiples escalas y un carácter

⁵⁹ Véase el artículo 34.1 de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

⁶⁰ Este apartado fue modificado por el apartado uno del artículo 5 de la Ley de Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria, de 30 de julio.

⁶¹ Además de estas leyes, Cantabria aprobó otras normas relativas al paisaje, como la Ley 4/2006, de 19 de mayo, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria, que establecía como un tipo de Espacio Natural Protegido los denominados Paisajes Protegidos, lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales, son merecedores de una protección especial.

⁶² Publicada en el Boletín Oficial de Cantabria ext. nº 67, de 29 de diciembre de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado nº 23, de 27 de enero de 2015.



dinámico, lo que dificulta su caracterización. Además, señala, algo a lo que no hizo mención el CEP, la dificultad de objetivizar lo que es el paisaje. La Ley propone además un conjunto de instrumentos adecuados para alcanzar los objetivos de conservación y gestión del paisaje, implicando para ello a las administraciones con incidencia paisajística. Esta ley destaca por su objeto, dado que le otorga notable importancia al hecho paisajístico, como elemento diferenciador claro e identitario regional, reconociendo jurídicamente “la protección, gestión y ordenación del paisaje de Cantabria, en atención a sus valores naturales, patrimoniales, científicos, económicos y sociales y a su consideración como elemento diferencial de la región, seña de identidad y factor de competitividad, reconociéndose como un activo de singular valor para la Comunidad Autónoma”. También define de forma expresa lo que es paisaje⁶³, además de otras circunstancias que lo determinan, como su calidad⁶⁴,

⁶³ El apartado a) del artículo 3 de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria entiende como tal a “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales o humanos”.

⁶⁴ El apartado b del artículo 3 de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria indica que la calidad del paisaje como el “nivel de excelencia de un paisaje, de acuerdo a sus valores, que le confiere un determinado mérito para no ser alterado o bien para someter su transformación a determinadas condiciones”.



fragilidad⁶⁵, gestión⁶⁶ o integración⁶⁷. Esta ley introduce un catálogo de ámbitos paisajísticos concretos de Cantabria, destacados por sus peculiaridades⁶⁸, a partir de los cuales podrán definirse y protegerse otras unidades a escala local.

⁶⁵ Considera el apartado e del artículo 3 de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria que el paisaje está sometido a una especial fragilidad, entendiéndose por tal al nivel de excelencia de un paisaje, de acuerdo a sus valores, que le confiere un determinado mérito para no ser alterado o bien para someter su transformación a determinadas condiciones.

⁶⁶ La protección del paisaje conlleva que existan acciones encaminadas a garantizar el mantenimiento regular de un paisaje, todo ello justificado por su valor patrimonial derivado de su configuración natural y/o la acción del hombre (artículo 3.f de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria)

⁶⁷ Todas las acciones de gestión del paisaje están encaminadas a garantizar el mantenimiento regular del mismo, (apartado g del artículo 3 de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria), con la finalidad de armonizar todas las transformaciones derivadas de procesos sociales, económicos y medioambientales.

⁶⁸ El artículo 10 de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, del Paisaje de Cantabria establece como ámbitos paisajísticos:

- a) Marina Oriental
- b) Marina Central
- c) Marina Occidental
- d) Liébana
- e) Valle del Nansa
- f) Valle del Saja
- e) Valle del Besaya
- g) Valles del Pas y del Pisueña
- h) Valle del Miera
- i) Valles del Asón
- j) Campoo
- k) Valles del Sur



La Comunidad Valenciana no se quedó atrás en el desarrollo normativo derivado de la protección paisajística con la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje⁶⁹. Esta norma ya trataba en su Preámbulo⁷⁰ la importancia del paisaje y además dedicó su título II (artículos 25 a 36) de forma expresa a la “Protección y Ordenación del Paisaje”. Lo anterior es debido al deseado del legislador autonómico de dar desarrollo y actualizar la concepción más reciente que en aquella época suponía el CEP, aprobado como ya dijimos, en Florencia, el 20 de octubre de 2000. De esta misma forma supone introducir normas paisajísticas diferenciando de forma expresa paisajes en el medio rural y en el medio urbano. Con posterioridad esta ley fue derogada, aprobándose la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana⁷¹. En las primeras líneas de su Preámbulo indica que “la ley también desarrolla el Convenio Europeo del Paisaje, al que el Consell se adhirió el 17 de septiembre de 2004, y es plenamente vigente al ser ratificado por el Gobierno de España el 26 de noviembre de 2007”. El artículo 6 recoge la definición del paisaje así como los objetivos e instrumentos del mismo.

Este artículo ha sido recientemente modificado de forma parcial por la Ley 1/2019, de 5 de febrero, de la

⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma nº 4788, de 2 de julio de 2004 y posteriormente en el Boletín Oficial del Estado nº 174, de 20 de julio de 2004.

⁷⁰ El paisaje es estratégico para el desarrollo de la Comunidad Valenciana y “constituye un patrimonio común de todos los ciudadanos y elemento fundamental de su calidad de vida”.

⁷¹ Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma nº 7329, de 31 de julio de 2014 y posteriormente en el Boletín Oficial del Estado nº 231, de 23 de septiembre de 2014.



Generalitat, de modificación de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat Valenciana⁷², redactando nuevamente el artículo 6.4 y añadiendo el apartado 5 de ese mismo artículo.

La Comunidad Autónoma de Madrid aprobó la Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid⁷³ que derogó el artículo 39.8 de la vigente Ley 9/2001, de 17 de julio del suelo de la Comunidad de Madrid⁷⁴, que recogía el paisaje, dentro de las determinaciones sobre las edificabilidades y los aprovechamientos urbanísticos. Esta comunidad autónoma tiene un paisaje rural más limitado que otras comunidades mucho más prolíferas en este sentido. En dicha ley se establecen una serie de medidas para el embellecimiento, limpieza y calidad de vida de ciudades, es decir, dedicada esa especial protección al medio urbano. Así, el artículo 20, con la finalidad de proteger el paisaje urbano y evitar la degradación arquitectónica, se prohíbe la "realización de grafitis o pintadas en la vía pública, monumentos, estatuas, mobiliario urbano, arbolado, cierres de obras, espacios publicitarios, así como en las fachadas de los edificios y construcciones".

⁷² Publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de 7 de febrero de 2019 y vigente desde el 8 de febrero de ese mismo año.

⁷³ Publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 179, de 30 de julio de 2007 y en el Boletín Oficial del Estado nº 241, de 9 de octubre de 2007.

⁷⁴ Publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 177, de 27 de julio de 2001 y en el Boletín Oficial del Estado nº 245, de 12 de octubre de 2001.



Todo lo anterior sin perjuicio para los ayuntamientos de ceder espacios públicos para la realización de los murales y grafitis de valor artístico.

Otras comunidades autónomas como dijimos al comienzo de este punto, han llevado a cabo desarrollos de cuerpos normativos específicos dedicados al paisaje, además de Cantabria.

Cataluña aprobó la temprana Ley 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión, y ordenación del paisaje⁷⁵, cuando ni siquiera el CEP había sido ratificado aún por el Estado español, siendo su parlamento autonómico el que se adhirió al CEP mediante la Resolución 264/VI, de 14 de diciembre de 2000.

Esta ley tiene como finalidad dar contenido positivo al CEP y sigue sus principios inspiradores, enumerándolos⁷⁶ y estableciendo que deben inspirar a los poderes públicos en materia de paisaje. Destaca la creación de un organismo, el Observatorio del Paisaje⁷⁷. Este órgano es una entidad de asesoramiento de la administración autonómica de Cataluña, con la finalidad de llevar a cabo y colaborar en la elaboración, aplicación y gestión de las políticas de paisaje catalanas. Se organiza en forma de consorcio y entre sus principales objetivos se encuentra el de incrementar el conocimiento de la sociedad de sus paisajes y apoyar la aplicación en Cataluña del CEP.

⁷⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña nº 4407, de 16 de junio de 2005 y posteriormente en el Boletín Oficial del Estado nº 162, de 8 de julio de 2005.

⁷⁶ Artículo 2.

⁷⁷ Artículo 13.



Sobre su composición⁷⁸ se establece que existirá representación de los diversos agentes que actúan sobre el territorio y el paisaje o que están relacionados con el mismo. En concreto, deben estar representados los departamentos de la Generalitat concernidos, entes locales, sectores sociales, profesionales y económicos, entre otros.

En Galicia se aprobó la Ley 7/2008, de 7 de julio, del paisaje.⁷⁹

Siguiendo la estela de otras legislaciones autonómicas antecesores, indica la importancia que tiene el CEP como hito normativo en lo relativo al paisaje.

Buena parte de su Preámbulo lo dedica a la riqueza paisajística de Galicia y a la importancia que tiene la ecología del paisaje para la sostenibilidad y frenar la degradación. El texto normativo gira en torno a cuatro capítulos que fijan sus directrices. El primer capítulo sigue, como otras legislaciones autonómicas, el influjo del CEP fijando los términos empleados en la normativa así como el ámbito territorial de aplicación de la misma, que evidentemente será comunidad autónoma de Galicia. El capítulo segundo indica las políticas de paisaje que debe llevar a cabo la administración actuante y la necesidad de conseguir la cooperación entre todos los

⁷⁸ El Acuerdo de 30 de noviembre de 2004, del Gobierno de la Generalitat, por el que se constituye el Consorcio del Observatorio del Paisaje y se aprueban sus Estatutos, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña nº 4281, de 16 de diciembre de 2004, regula su constitución, domicilio, órganos que lo conforman, funciones y demás.

⁷⁹ Publicada en el Diario Oficial de Galicia nº 139, de 18 de julio de 2008 y posteriormente en el Boletín Oficial del Estado nº 201, de 20 de agosto de 2008.



organismos públicos involucrados con la finalidad de conseguir la efectividad en la conservación y respeto al paisaje. El tercer capítulo establece de forma concreta los instrumentos para la protección, gestión y ordenación del paisaje siendo el capítulo cuarto el que regulará los instrumentos normativos de aplicación y a la elaboración de los catálogos del paisaje por la consellería competente en materia de medio ambiente, en tanto no se constituyera el Observatorio Gallego del Paisaje.

El artículo 13 que recogía este órgano fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia⁸⁰. Será posteriormente mediante el Decreto 19/2018, de 1 de febrero⁸¹, por el que se cree y regule el Consejo Asesor del Paisaje de Galicia, órgano colegiado de carácter técnico y de asesoramiento en materia del paisaje con funciones de colaboración y cooperación entre administraciones públicas.

El País Vasco también ha legislado en relación con la protección y gestión del paisaje. En concreto, mediante el Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio.⁸²

Al igual que Cantabria, Cataluña y Galicia, el País Vasco tomó la decisión por medio del Decreto anteriormente citado, integrar el paisaje y el CEP en las políticas de

⁸⁰ Publicada en el Diario Oficial de Galicia de 19 de febrero de 2016.

⁸¹ Publicado en el Diario Oficial de Galicia de 20 de febrero de 2020.

⁸² Publicado en el Boletín Oficial del País Vasco nº 112, de 16 de junio de 2014.



ordenación territorial, en línea con las Directrices⁸³ de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Al igual que sus leyes autonómicas homólogas determina el ámbito de aplicación, así como los objetivos de la norma. Se otorga importancia al hecho de que participen en los procesos de elaboración de los “catálogos del paisaje” agentes públicos y privados, así como la ciudadanía que pudiera estar afectada, determinándose los instrumentos jurídicos dedicados a la protección, gestión y ordenación del paisaje. Las anteriores medidas buscan fomentar “la participación de la sociedad en el diseño e implementación de las políticas de paisaje promoviendo la representación equilibrada de mujeres y hombres⁸⁴”.

4.- PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN CASTILLA-LA MANCHA

En Castilla-La Mancha todas las materias relativas al urbanismo y a la ordenación del territorio han sido reguladas por la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, habiendo sufrido distintas modificaciones que la han ido adaptado a las nuevas realidades, siendo el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del

⁸³ El instrumento de planificación territorial en el País Vasco son las Directrices de Ordenación, siendo las que actualmente están en vigor las aprobadas por el Decreto 128/2019, de 30 de julio, por el que se aprueban definitivamente las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

⁸⁴ Preámbulo de Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.



Territorio y de la Actividad Urbanística ⁸⁵(en adelante TRLOTAU), el que actualmente está en vigor.

Debido precisamente a la necesidad de actualizar la situación legislativa castellano manchega el legislador autonómico ha decidido llevar a cabo el estudio y proceso legislativo previo para la aprobación de una legislación urbanística moderna y progresista.

Pese a ello, el TRLOTAU encuadraba dentro de los fines de la actividad pública territorial los de proteger “el paisaje urbano y rústico⁸⁶”. Esta protección también es extensible a toda la actividad pública urbanística.⁸⁶

Evidentemente es insuficiente dicha mención que ni siquiera contempla los elementos más básicos que establecía el CEP y que otras muchas legislaciones de distintas comunidades autónomas del estado español si habían recogido. A lo anterior hay que añadir el hecho de que no sólo es que el TRLOTAU se haya quedado obsoleto, sino que ni siquiera se ha llevado a cabo la redacción de una ley concreta relativa a la protección del paisaje, donde el turismo representa un 10 % del PIB y es fundamental dinamizador de la economía de Castilla-La Mancha.⁸⁷

El legislador, consciente de esta situación y del rico y variado patrimonio cultural y natural con el que cuenta la comunidad autónoma, y que deber ser conservado y protegido es por lo que ha iniciado los trámites para la aprobación de una ley del paisaje de Castilla-La Mancha.

⁸⁵ Publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 97, de 21 de mayo de 2010.

⁸⁶ Artículo 5.f) TRLOTAU.

⁸⁷ Artículo 6.2.d) TRLOTAU.



Se busca llevar a cabo una serie de políticas paisajísticas que recoja las directrices establecidas por el CEP. En particular las medidas previstas por los artículos 5 y 6 CEP, reconociendo jurídicamente y definiendo los paisajes, además de integrar el paisaje en todas las políticas transversales, estableciendo procedimientos para la participación ciudadana que sirvan para sensibilizar, formar y educar a la misma.

En esta línea, la futura ley es previsible que haga hincapié en las orientaciones de la Estrategia Territorial Europea⁸⁸(en adelante ETE), que busca un desarrollo equilibrado y sostenible de todos los territorios de la Unión Europea. Entre los fines de la ETE están los de la cohesión económica y social, la competitividad más equilibrado del territorio europea y la de conservación y gestión de los recursos naturales y del patrimonio social, incluyéndose en este última la protección del paisaje.

Los principales objetivos, tanto de la reforma que se llevará a cabo del TRLOTAU como de la nueva ley del paisaje de Castilla-La Mancha es contemplar el paisaje y la economía como elemento inseparable de estímulo para que, desde una doble vertiente, por un lado, se proteja y conserve el paisaje; y por otro lado, se intente frenar la despoblación mediante el impulso del turismo, de la industria agroalimentaria y el impulso claro y firme de fomentar la igualdad de oportunidades de las mujeres en el mundo rural.

No olvidemos el hito que supondrá la aprobación de esta ley del paisaje, puesto que Castilla-La Mancha será la



primera comunidad autónoma de un territorio interior del país que lo lleve a cabo.⁸⁸

BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCIA, M^a.C., "La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente", Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

LÓPEZ RAMÓN, F., La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980.

MARCO MARCO, J., "Constitución y Medio Ambiente, una cuestión todavía por definir", en *La Constitución Española de 1978 después de su trigésimo aniversario*, MARTINEZ SOSPEDRA, m., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORENO MOLINA., A.M., "Urbanismo y Medio Ambiente", Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PRIORI, M., "Droit de l'environnement, Dalloz, 2001.
ORTEGA ÁLVAREZ, L, "Concepto de Medio Ambiente" en *Tratado de Derecho Ambiental* (Coord. R. DE VICENTE MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, 2009

⁸⁸ La Estrategia Territorial Europea es un documento adoptado por los estados miembros y la Comisión Europea en Postdam (Alemania) en 1999, que fijaba una serie de líneas básicas de desarrollo del territorio de la Unión Europea.

EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE JORNADA PARA LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR, Y SU REDACCIÓN EN EL RDL 6\2019

D^a Beatriz Sánchez-Girón Martínez¹

Resumen: En aras de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, el Real Decreto-Ley 6/2019 ha ampliado la regulación de algunos derechos laborales contenidos Estatuto de los Trabajadores. Una de estos derechos, el cual constituye el objeto de este trabajo, es la relativa al derecho de adaptación de la jornada laboral contenida en el artículo 34.8 ET, al objeto de modificar el horario laboral para que el trabajador pueda hacer frente a las responsabilidades familiares, sin reducir por ello el tiempo de trabajo efectivo y el salario. Si bien, no se trata de un derecho de titularidad plena del trabajador, pues está supeditado al sistema productivo y características organizativas de la empresa. Establecer los términos de su ejercicio quedará, preferiblemente, en manos de la negociación colectiva. En vista de que la práctica totalidad de los convenios colectivos no recogen a estos últimos, el RDL dota al trabajador de una serie de garantías para hacer efectivo la conciliación laboral y familiar. En efecto, el empresario debe no solo justificar su negativa, si no también plantear un horario alternativo siempre y cuando fuese posible.

¹Trabajo Fin de Grado, dirigido por la Profesora María del Rosario Cristóbal Roncero, profesora titular de Derecho del Trabajo de la UCM.



Abstract: In order to accomplish the effective sex equality between woman and man within the working context, the Royal Legislative Decree 6/2019 has extended the legislation of the rights included in the Spanish Workers' Statute. One of them, which is the main topic of this paper, is the legal protection, art. 34.8, related to the right to adapt the duration and distribution of their working day. The aim is to achieve the balance between the work duties and family responsibilities, without any reduction of the working time and, therefore, the salary. Nonetheless, the workers are not the owners of this right completely, because in any case it is contingent upon the productive system and organizational characteristics of the company. As the precept said, the terms of its exercise should be established by collective agreements. Taking into account that the almost all of the latter do not include these terms, the RLD provides the worker with a series of guarantees to make effective work and family reconciliation. In effect, the employer must not only justify his refusal, but also propose an alternative schedule as if possible.

Palabras clave: *conciliación familiar, jornada laboral, igualdad entre sexos, adaptación de tiempo de jornada.*

Key words: *Work-life balance, sex equality, working hours, adaptation of working time.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Los derechos de conciliación como medio eficaz para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. 3. El derecho a adaptación de jornada en nuestro ordenamiento jurídico. 3.1. Normas Internacionales y Supranacionales, en especial la DUE 2019/1158. 3.2. La dimensión constitucional de los derechos de conciliación. 4. El artículo 34.8 ET. 4.1. La redacción del 34.8 ET antes del RD 6/2019. 4.2. El artículo 34.8 4.2.1 Fundamento. 4.2.2. Titularidad. 4.2.3.

Contenido. 4.2.4. Límites. 4.2.5. Ejercicio. 5. Conclusiones. Anexo: datos estadísticos. Abreviaturas utilizadas.

1. Introducción

El trabajo constituye la base de nuestra condición humana porque el ser humano vive del mismo. Trabajo es toda aquella actividad intelectual o física desempeñada por los hombres y las mujeres para obtener algún tipo de satisfacción y cubrir sus necesidades. Además, permite a las personas adquirir la plena condición de ciudadanos y todos los derechos que ello conlleva.

El mundo del trabajo tal y como lo conocemos en la actualidad empieza a configurarse con la Revolución Industrial. En efecto, los obreros están sometidos a las órdenes del empresario para quien trabajan a cambio de un salario. Se trata, por tanto, de un trabajo asalariado. En las relaciones laborales reina, desde entonces, el enfrentamiento entre los intereses antagónicos de los dos sujetos implicados: trabajadores, poseedores de la fuerza de trabajo; y patronos, para quien los trabajadores prestan su servicio. En medio de este conflicto de intereses e inestabilidad se levanta el Derecho del Trabajo, con dos objetivos que hoy en día sigue manteniendo. Primero, armonizar el conflicto de intereses entre trabajadores y empresarios. Segundo, proteger los derechos individuales de ambos afectados por la relación laboral; pero, en particular, los de los trabajadores al encontrarse en una posición de inferioridad.

El Derecho del Trabajo es la rama del derecho que regula las relaciones laborales. Los elementos que configuran la relación laboral son aquellos que caracterizan el trabajo asalariado: *«trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica,*



denominada empleador» 1.1 ET. De esta definición se deduce que el campo de aplicación del Derecho del Trabajo se extiende a todas aquellas relaciones que cumplan las notas significativas del artículo 1.1 ET (voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia). Son, precisamente, los elementos configuradores de la relación laboral sobre los que regula el Derecho de trabajo; esto es, el salario, la noción de dependencia del trabajador, la ajenidad, o cómo el empresario hace suyos los frutos del trabajo, el modo y el lugar donde se presta el trabajo, y el tiempo de la actividad laboral.

Sin embargo, poco queda ya del perfil del trabajador industrial decimonónico que cumplía rigurosamente con cada uno de los elementos definitorios del trabajador asalariado. La caracterización del trabajo, lejos de mantenerse estática, ha ido cambiando a lo largo del tiempo para desfigurar los elementos que definían la relación laboral hasta convertirla en una realidad compleja y dinámica. La sociedad evoluciona y el Derecho se perfecciona para adaptarse a estos cambios, y el Derecho del Trabajo responde a los mismos con una facilidad que no se da en otras ramas mucho más inmóviles de nuestro Ordenamiento Jurídico. Por todo ello, el Derecho del Trabajo no solo regula el fenómeno social del trabajo, sino que ha de hacerlo de acuerdo al sistema de valores que prime en la sociedad en cada momento, ya que sus demandas no son las mismas hoy que hace 100 años. Una rápida visión a la evolución del derecho español sirve como ejemplo: el texto original de nuestro Estatuto de los Trabajadores es tan solo de 1995 y ha sufrido hasta la actualidad más de 15 reformas. Es innegable el potente valor del Derecho del Trabajo como instrumento político y su maleabilidad para dar respuestas a los problemas que en cada momento se presenten².

²ARIAS DOMÍNGUEZ A., *¿Qué fue, qué era, qué es, y qué será el derecho del trabajo?*, 1ª ed., Laborum S.L., Murcia, 2018, pp. 28-36.

El objeto del presente trabajo es destacar la importancia de la regulación de los elementos configuradores de la relación laboral y, sobre todo, poner en valor el potencial del Derecho del Trabajo como instrumento de transformación de la sociedad. Entre todos los elementos que atañen al Derecho del Trabajo, nos centraremos en el tiempo de trabajo. Existen diversas razones de fondo que hacen que sea fundamental limitar el tiempo de trabajo y, en concreto, la jornada de trabajo. Todas ellas son de diversa índole: fisiológicas, que miran por las consecuencias negativas del exceso de trabajo sin descanso en el cuerpo humano; sociales, para garantizar la disponibilidad de tiempo para realizar funciones familiares, personales y de ocio; y económicas, porque se ha estudiado que el trabajador no alcanza niveles óptimos de productividad en jornadas excesivamente largas. Limitar el tiempo de trabajo ha sido siempre una de las grandes demandas de los trabajadores, pero los motivos han ido evolucionando en el tiempo. Prohibir jornadas de trabajo por encima de 8 horas (en España se estableció la jornada de ocho horas en 1919) fue el primer paso de esta carrera. Si anteriormente lo que se pedía era limitar en el día el tiempo dedicado al trabajo, ya que las jornadas ocupaban todo el tiempo del trabajador, actualmente las demandas van mucho más allá. En efecto, ya no se pide trabajar 8 horas y garantizar el tiempo libre, hoy se está pidiendo que el Derecho controle muchos más aspectos que antes se consideraban privados y, por tanto, ajenos a la influencia de los poderes públicos. Puesto que las responsabilidades familiares han ido adquiriendo cada vez más peso en la esfera social, dichos poderes públicos procuran proteger a la familia mediante el desarrollo de una articulación normativa para garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, situaciones que aparentemente son semejantes para hombres y mujeres se han vuelto en contra de estas últimas.

Fruto de la maleabilidad ya mencionada del Derecho del Trabajo es la más reciente modificación que ha sufrido nuestro Estatuto



de los Trabajadores. Nos referimos al Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Este Real Decreto constituye una respuesta legislativa más actual hacia la igualdad efectiva, y solventa algunos fallos en la aplicación de las medidas predecesoras. El RDL, como explica en su exposición de motivo, *«es un texto articulado y transversal en materia de empleo y ocupación»*. Consciente de las dificultades con que se presenta el mundo laboral para la mujer, las modificaciones introducidas en los 7 artículos de los que consta dicho texto atacan situaciones intolerables para una sociedad que pretende ser igualitaria, en concreto: brecha salarial, infrarrepresentación de la mujer y desequilibrio en la asunción de obligaciones familiares.

El tema de mi trabajo es la adaptación de la jornada de trabajo para la conciliación de la jornada laboral, personal y familiar, regulada en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Pretendo estudiar qué es adaptar la jornada y por qué es un derecho de conciliación de especial trascendencia para lograr la igualdad entre sexos. El RDL 6/2019 ha dado un impulso, que también llamaba a hacer la Unión Europea, a este derecho de conciliación, perfilando su ejercicio. Hablaré del artículo 34.8 ET a través de la regulación jurídica actual y de las novedades introducidas, y de cómo se han resuelto los conflictos judiciales que ha suscitado.

2. Los derechos de conciliación como medio eficaz para conseguir la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

En España, las largas jornadas laborales y la excesiva importancia del presentismo en el lugar de trabajo hacen que los trabajadores encuentren grandes problemas a la hora de afrontar sus obligaciones familiares. Los riesgos psicosociales

derivados de la gestión del tiempo de trabajo se han considerado el principal problema en la salud del trabajador y, por ello, ha surgido la obligación de regularlo. La organización de la empresa tiene que guardar una estrecha relación con las circunstancias personales de cada sujeto trabajador y evitar, con ello, unas condiciones de trabajo rígidas que le causen problemas de salud. Para el crecimiento integral de cada individuo es básico armonizar el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado a la familia o a la vida personal³. Los derechos de conciliación son la respuesta a esta necesidad de equilibrar el tiempo de trabajo para hacer un reparto equitativo entre la vida laboral y familiar.

Hoy en día, sin embargo, el problema de la conciliación supera las necesidades individuales de cada trabajador, porque son un pilar fundamental para hacer efectiva la igualdad colectiva entre hombres y mujeres. La conciliación de la vida laboral y personal debe dirigirse a ambos sexos, ya que, desgraciadamente, nuestro modelo de familia sigue arrastrando roles típicos de la familia clásica en la que el hombre se dedicaba al desarrollo profesional y las mujeres al cuidado del hogar. Por mucho que la posición de la mujer haya evolucionado positivamente en el mercado de trabajo español durante los últimos años, hay que reconocer que la distancia para llegar a la igualdad efectiva y completa todavía es muy larga. Dejando de lado el resto de obstáculos con los que se encuentra la mujer en el mundo laboral, como son el caso de la brecha salarial⁴, o el de una

³ GIL-MONTE, P., "Algunas razones para considerar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus consecuencias en la salud pública." *Revista Española de Salud Pública* vol. 83, nº2, 2019, pp. 169-173.

⁴ TABLA 1(Anexo). En 2017 las mujeres ganaban un 12,1% menos que los hombres en jornadas a tiempo completo, y si la jornada era parcial, se la brecha salarial ascendía a 15,9%. La brecha salarial de sexo expresada en dichos porcentajes refleja cuanto más ganan los hombres respecto de las mujeres.



menor tasa de empleo⁵, la conciliación busca acabar con la división sexual entre trabajo remunerado y no remunerado. Las labores de cuidado y reproducción siguen siendo una responsabilidad prácticamente femenina, mientras que a los hombres se les ha asignado, tradicionalmente, la función de producción. Además, las características de la demografía de nuestro país, con una población envejecida, hacen que las tareas de cuidados no solo se refieran a la descendencia, sino también a los ascendientes adultos y mayores. La carga de tareas asociadas con el cuidado del hogar y la familia se considera un asunto de mujeres por el que no se obtiene retribución alguna; se trata, por tanto, de un trabajo no remunerado.

De forma generalizada en los últimos años, se está llevando a cabo, tanto en España como en el resto de Europa, una feminización de las políticas de conciliación. Esto es así porque la división sexual del trabajo, y la diferencia entre trabajo remunerado y no remunerado, siguen vigentes en nuestra sociedad. La forma en que hombres y mujeres distribuyen su tiempo indica que, aun existiendo políticas de conciliación, la realidad es tozuda, ya que son ellas las que cargan a sus espaldas más responsabilidades familiares. Independientemente de la existencia o no de medidas que faciliten la conciliación, el uso que las mujeres y los hombres hacen de su tiempo libre pone de manifiesto esta diferencia⁶. En la distribución del tiempo libre femenino, el trabajo no remunerado ocupa un tiempo que los hombres pueden dedicar al ocio o a cultivar su carrera profesional. Como era de esperar, la intervención normativa para la conciliación ha tenido un

⁵ TABLA 2 (Anexo) En 2018, según la Encuesta de Población Activa, la brecha de empleo era de 11,7%, una tasa que ha venido aumentándose en los últimos años (2016 de 11,2%; 2014 de 10,3%; 2013 de 9,8%).

⁶Véase TABLA 3 (Anexo). En 2015, las mujeres destinaban 26,5 horas a la semana al trabajo no remunerado mientras que los hombres tan solo 14.

impacto positivo en cuanto a la protección de la familia, pero no ha cambiado que los cuidados para su protección sigan recayendo sobre las mujeres. El uso que se hace del tiempo libre no ha cambiado, simplemente se le ha concedido a la mujer mayores facilidades para que continúe destinándolo a cuidados.

A modo de contextualización, explicaré en qué medida las principales formas de conciliar que han afectado a la duración y distribución de la jornada de trabajo. Un breve repaso poniendo de relieve los obstáculos que aún impiden la consecución de la igualdad servirá para seguir preguntándonos si realmente son un medio eficaz para lograr tan ansiado objetivo.

Es cierto que en un primer momento la jornada a tiempo parcial (no más de 30-35 horas semanales) permitió la incorporación masiva de la mujer al trabajo, pero hoy en día imposibilita su plena inserción en el mundo laboral. El hecho de que las mujeres sean las destinatarias de este tipo de contratos no sería tan preocupante si no tuviéramos en cuenta las razones que las llevan a escogerlo. Esta forma de trabajo permite adaptarse mejor a las circunstancias de cada persona, ya que, por ejemplo, se puede compaginar el trabajo con estudios o con otro trabajo. Sin embargo, un 16% de las mujeres se ven obligadas a trabajar a tiempo parcial para dedicarse al cuidado de hijos, adultos, enfermos, incapacitados y/o mayores; pero tan solo un 1,9% de los hombres que trabajan a tiempo parcial lo hacen por esta razón⁷. Un menor tiempo de dedicación al trabajo influye, de forma involuntaria, en el desarrollo profesional del trabajador, mermando las posibilidades de ascenso en su carrera. Además, se exponen a peores condiciones de trabajo porque la temporalidad y la precariedad

⁷ Véase *TABLA 4 (Anexo)* Razones del trabajo a tiempo parcial en hombres y mujeres en edad de trabajar en España.



son notas definitorias de los contratos de a tiempo a parcial⁸. Por si fuera poco, los contratos de este tipo están peor pagados, contribuyendo a aumentar la diferencia de salario entre hombres y mujeres⁹.

La reducción de jornada¹⁰ se planteó como alternativa a las jornadas a tiempo parcial para conseguir la igualdad plena entre hombres y mujeres. Los trabajadores que lo necesiten podrán pedir la disminución de su jornada laboral diaria en determinadas circunstancias, tal es el caso de guarda legal, lactancia de un hijo menor de nueve meses, cuidado de hijo en caso de nacimiento prematuro, o que requiera hospitalización, y hospitalización de menor afectado por cáncer o enfermedad grave. El problema que plantea la reducción de jornada es que lleva aparejada una disminución del salario proporcional al tiempo en que ella ha disminuido. Haber asociado la conciliación con la reducción de la jornada no ha hecho ningún bien a la mujer. Son ellas quienes han continuado saliendo del mercado de trabajo¹¹ y con ello han seguido reduciendo sus ingresos.

Por último, se contempla la adaptación de la jornada como una relativamente nueva manera de adecuar el tiempo de trabajo a las circunstancias familiares y personales, aunque hoy haya desaparecido la referencia a las circunstancias personales. La adaptación de la jornada propone medidas de flexibilidad en el tiempo de la jornada sin que haya unos supuestos concretos,

⁸ SANCHEZ TRIGUEROS C. (dir). *Un Decenio De Jurisprudencia Laboral Sobre La Ley De Igualdad Entre Mujeres Y Hombres*. Boletín Oficial Del Estado, 2019.

⁹ Véase *TABLA 1 (Anexo)* Brecha salarial de género no ajustada a las características individuales, en España, en salario por hora y tipo de jornada.

¹⁰ Art 37.4, 37.5 y 37.6 ET.

¹¹ Véase *TABLA 5 (Anexo)* Personas por sexo entre 18 y 64 años según hayan o no dejado de trabajar, o hayan o no reducido la jornada laboral durante al menos un mes seguido para cuidar de familiares dependientes.

como ocurre en la reducción de jornada, otorgando mayor compatibilidad entre el derecho y su finalidad conciliadora. Asimismo, ella puede llegar a ser un instrumento conciliador tremendamente eficaz porque al no reducir la jornada tampoco disminuye el salario. Simplemente propone diversas modificaciones para que los trabajadores con cargas familiares puedan desarrollar la prestación de trabajo en las mismas condiciones que aquellos que no las tienen. Muchas mujeres prefieren una nueva distribución en su jornada a la reducción de jornada. También, *«la mayoría de las personas que pide el cambio en la distribución de la jornada, son mujeres, lo que significa, que aún en nuestro país, son las mujeres las que más solicitan la posibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar»*¹².

En su origen, los derechos de conciliación eran medidas enfocadas, únicamente, a la protección de la familia, sin cuestionarse como se repartirían esos deberes de cuidado. Poco a poco se ha visto que el mero diseño de políticas conciliadoras aumenta las desigualdades de género, y por esa razón, el objetivo de los derechos de conciliación se ha reformulado. Los nuevos derechos de conciliación buscan la asunción equilibrada de las tareas de cuidado sin someterse a los tradicionales estereotipos de género aun latentes en nuestra sociedad. Para referirse precisamente a este tema, el lenguaje comunitario ha acuñado el término «corresponsabilidad» que es el *«reparto equilibrado de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares, tales como su organización, el cuidado, la educación y el afecto de personas dependientes dentro del hogar, con el fin de distribuir de manera justa los tiempos de vida de mujeres y hombres»*¹³.

¹² PEÑA GARCÍA M.V., «Jornada». *Un Decenio De Jurisprudencia Laboral Sobre La Ley De Igualdad Entre Mujeres Y Hombres*. SANCHEZ TRIGUEROS C. (editor) Boletín Oficial Del Estado, 2019, pp. 363.

¹³ Bardón Álvarez F., Cardona Palmer A., de Poo Peña D., Gimeno Mengual I., González Rodríguez M.L., López García F., Sánchez



Para seguir construyendo sobre estos nuevos objetivos, es imprescindible animar al desarrollo del derecho de adaptación de la jornada laboral frente al uso de otras formas conciliadoras (como es el caso de la reducción de jornada, o el de las jornadas a tiempo parcial) que han provocado los efectos secundarios explicados anteriormente. El derecho de adaptación de jornada es un verdadero derecho para la conciliación, ya que está más cerca de fomentar la corresponsabilidad al no discrimina por género a sus beneficiarios, y porque recoge un sinfín de circunstancias familiares dentro de sus parámetros. Aunque no está del todo claro que su uso vaya a traer la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, sí parece que reduzca los riesgos a los que se verían expuestas estas últimas si se emplearan otros instrumentos más perjudiciales. En todo momento debemos de tener claro que armonizar el binomio trabajo-familia pasa por cuestiones que exceden del ámbito laboral, e incluye aspectos sociales, educativos y culturales.

El legislador ha reformado recientemente la regulación del derecho de adaptación de la jornada laboral para la conciliación de la vida laboral y familiar (34.8 ET) en un intento de impulsar su utilización. El desarrollo normativo se explica en las páginas siguientes, si bien solo el tiempo dirá si esta nueva regulación es suficiente para las expectativas que fueron promulgadas.

3. El derecho a adaptación de jornada en nuestro ordenamiento jurídico

El derecho a adaptar la jornada laboral para la conciliación de la vida personal y familiar tiene una amplia justificación en nuestro ordenamiento legal. En su desarrollo se sigue un

Sánchez P., Trasancos Bimendi M. y Zafra Lizcano R., *Guía de corresponsabilidad*, 2013, Organización de Mujeres de STES·I, Edita Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaEducacion/MaterialEsDidacticos/docs/GuiaCorresponsabilidad.pdf>

esquema similar al del resto de normas de Derecho de nuestro ordenamiento jurídico, al que se debe añadir la complejidad que presenta el Derecho del Trabajo en sí. Brevemente, el cuadro de fuentes realizado por el profesor MARTÍN VALVERDE¹⁴ las clasifica por su origen, y atendiendo a este criterio se distinguen las fuentes estatales y las extraestatales; dentro de estas últimas considera también las internacionales y las profesionales. De esta manera, el Derecho del Trabajo tiene origen en las normas que emanan del Estado, desde diferentes leyes o reglamentos hasta la Constitución; y también de otros centros de poder, como es el caso de los internacionales o los derivados de la autonomía colectiva. Ejemplos de estos otros centros de poder extraestatales son los actos de la Unión Europea y los Tratados Internacionales de aplicación en nuestro país en virtud del art 93 CE; así como las normas derivadas de la autonomía colectiva que revisten forma de pactos, como son el contrato de trabajo y los convenios colectivos. Al igual que cualquier otra materia regulada por el Derecho del Trabajo, los derechos de conciliación y el derecho de adaptación de la jornada laboral tienen su origen en este sistema de fuentes. Conciliar la vida personal y familiar es un derecho extendido en todo nuestro ordenamiento laboral, que cuenta no solo con protección constitucional, sino también internacional, y contiene una serie de normas que se explicarán en los siguientes epígrafes. A medida que la problemática de la conciliación se ha trasladado desde la esfera privada hasta la pública, las aportaciones del Derecho han ido en aumento.

El apartado octavo sobre la adaptación de jornada no ha formado siempre parte del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores. Dicho artículo contiene la regulación del tiempo de la prestación laboral, y más concretamente de su jornada, que hoy en día puede computarse por semanas o meses. Sus

¹⁴ MARTÍN VALVERDE, A., *Derecho del Trabajo* (28ª ed.), Tecnos, Madrid, 2019, pp. 91-140.



primeros siete apartados establecen el máximo de su duración, los descansos, las jornadas especiales, la forma de computar y distribuir la jornada, el papel que tiene la negociación colectiva, y las diferentes excepciones según los sectores de trabajo. En resumen, el artículo 34 regula todos los aspectos relacionados con la jornada de trabajo. Sin embargo, la búsqueda de la conciliación de la vida personal y familiar ha ido ganando en los últimos años un mayor peso en la regulación de la jornada laboral, y este hecho es el responsable de que se hayan introducido tantos cambios en la normativa laboral.

El derecho de adaptación de la jornada, contenido en el apartado octavo del artículo 38, ha ido adquiriendo forma poco a poco a través de su inclusión progresiva en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo del artículo 3.1 ET:

- «a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.*
- b) Por los convenios colectivos.*
- c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales».*

La adaptación de la jornada se introduce en el año 2007 por la Ley de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En 2012, la Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral completa el derecho. Así se conforma el artículo 34.8 del ET que, finalmente, se ha reformado en marzo de este año 2019 por el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. Con posterioridad a este RDL, la DUE 2019/11589 consagra el derecho de adaptación de jornada tal y como ya se había redactado en nuestro Estatuto. La concreción del derecho de adaptación de la jornada se deja en manos de la negociación colectiva, o en acuerdo entre

trabajadores y empleadores, siendo dichos pactos la fuente de este derecho que regula los términos en que se hará efectiva dicha adaptación. Por último, el cuadro de fuentes queda completo por las interpretaciones que hacen los jueces y magistrados de las normas, resolviendo las dudas interpretativas que surjan de su aplicación.

3.1. Normas Internacionales y Supranacionales, en especial la DUE 2019/1158

La globalización de la economía ha propiciado el incremento de los intercambios comerciales entre diferentes países y ello ha supuesto un aumento de la regulación internacional en ámbitos tan diferentes como son el industrial, el comercial, el de transporte, y los que se asocian con la seguridad y el derecho. En efecto, la armonización de la regulación laboral entre los países que participan de la economía globalizada constituye una respuesta al establecimiento de un mercado donde las fronteras nacionales tienden a desaparecer. La OIT, el principal organismo de la ONU especializado en los asuntos del trabajo, ha hablado de esta problemática desde que en 1965 hiciera su primera recomendación en materia de empleo de las mujeres, intentando con la misma cambiar el hecho de que ellas fueran las únicas con responsabilidades familiares. Esta primera recomendación ha sido reemplazada en 1981 por otra sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

La igualdad es un principio fundamental en la Unión Europea desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999. El artículo 33 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea parece acercarse al establecimiento del derecho de conciliación. Sin embargo, lo hace de una manera un tanto arcaica porque está en realidad protegiendo a la familia, y cuando se refiere a la conciliación lo hace como un mero instrumento para tan solo proteger la maternidad y la paternidad.



Las normas de la Unión Europea empiezan poco a poco a preocuparse por elaborar una conciliación que carezca de las consecuencias negativas que pueden afectar al género femenino. Las disposiciones empleadas para tal fin revisten, en su mayoría, la forma de directivas que solo vinculan en cuanto a objetivos a los países miembros, y tras un límite máximo de tiempo de transposición han de incorporarse al Derecho Interno de cada país miembro. Por ello, se hace necesario establecer medidas correctoras de la desigualdad que dejen de hablar de conciliación para hacerlo de corresponsabilidad. El término corresponsabilidad pide una distribución equitativa de las responsabilidades y cargas familiares.

Consciente de la situación de desigualdad que sufren las mujeres, junto con la mayor carga que soporta en las tareas de cuidados, se redacta la Directiva de permisos parentales 2010/18 que pretende ser un instrumento de corrección y de reparto de dichas tareas. Sin embargo, la UE se queda realmente corta en su objetivo de frenar la desigualdad. Las tareas de cuidados de familiares que la mujer aún se ve obligada a asumir van mucho más allá de los hijos, especialmente en una sociedad envejecida como la nuestra donde la esperanza de vida tan alta hace que se tengan que cuidar también de padres y abuelos. Está claro que fomentar la igualdad de género a través de la concesión de permisos parentales es insuficiente y por este motivo la labor de la UE ha sido duramente criticada. En definitiva, parecía que esta institución se había olvidado de otros aspectos igual de importantes para conseguir una verdadera conciliación de la vida laboral y familiar.

El clamor social por una igualdad efectiva entre hombres y mujeres también ha llegado a la Unión Europea. La directiva que hemos venido explicando ha quedado derogada por la DUE 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Es precisamente en su nombre donde se aprecian dos grandes

cambios. Primero, no se diferencia entre madre y padre, sino que habla de progenitores en atención a los nuevos modelos de familia presentes hoy en día. Y segundo, se habla de cuidadores pues ellos constituyen un concepto abierto a nuevas categorías de familias, donde además de los hijos pueden incluirse, por ejemplo, padres y abuelos.

Las consideraciones generales de esta nueva DUE son realmente acertadas en la explicación de la desigualdad que sufren las mujeres desde tanto tiempo atrás. Es obligado detenerse a analizarlas porque sintetizan las causas de este problema de una manera clara y concisa, permitiendo que en pocas palabras se entienda la problemática de la distribución de la jornada y sus diferencias según el sexo.

«La creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino. Un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo».

«Ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado que recae sobre las mujeres y en dejar a las mujeres más tiempo para el empleo remunerado».



Como también explica la DUE 2019/1158, «*las políticas de conciliación de la vida familiar y la vida profesional deben contribuir a lograr (...) el reparto igualitario de las responsabilidades en el cuidado de familiares entre hombres y mujeres (...)*». Es de nuestro interés el artículo 1 b, «*las fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores*» que introduce como medida de conciliación el derecho a adaptar la jornada laboral, y que es objeto de estudio en nuestro trabajo. Esta adaptación se configura como un derecho individual que queda explicado en el artículo 9 de dicho texto. Toda persona trabajadora tiene derecho a solicitar una jornada flexible dentro de unos límites razonables, y a volver a su trabajo original cuando el tiempo de dicha limitación termine incluso antes de lo acordado. El reverso de este derecho es la no obligación del empleador de aceptar dicha solicitud, pero sí de estudiar, y justificar en caso de negación, la adaptación de la jornada laboral pedida.

Por si hubiera alguna duda de qué es trabajo flexible, el artículo 1.1 f lo define como «*la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo*». Es decir, cualquier forma de adaptación de la jornada a fin de adecuar el horario a las necesidades extra laborales de cada trabajador. La enumeración de fórmulas de trabajo flexible no es exhaustiva si no ejemplificadora, dando un margen muy amplio a la voluntad de las partes a la hora de regular como será esa adaptación de la jornada. Como veremos más adelante, nuestro ET tampoco hace una enumeración cerrada de cómo se podría flexibilizar la jornada porque perdería la facultad de poder dar solución a cada situación, ya que habrá tantas situaciones como trabajadores.

Las vagas referencias que encontrábamos en los textos anteriores quedan superadas por una configuración de un derecho, y sus respectivas obligaciones, mucho más concreta.

La decisión de poder adaptar la jornada de trabajo está supeditada a la voluntad empresarial, pues es quien acepta o no la solicitud. Consciente de la situación de inferioridad respecto de los empleadores en la que se encuentran los trabajadores, existen dentro de esta directiva (DUE 2019/1158) diversas formas de garantía para asegurar que se cumplen los derechos reconocidos en la misma a estos últimos. La primera de ellas, y como regla básica, es la explicación obligatoria que ha de dar el empleador en caso de denegar la adaptación dentro de un tiempo razonable (artículo 9.2). Además, se redactan otros artículos que recogen determinados tipos de protección para el trabajador ante posibles situaciones de abuso que pueda sufrir. El art. 9, por ejemplo, les protege si sufren algún tipo de discriminación por haber solicitado la adaptación de la jornada. Asimismo, el art. 12 les otorga protección si son despedidos por alguna causa que esconda haber solicitado la adaptación de la jornada; y el art. 14 protege "*contra el trato o las consecuencias desfavorables*" para el caso en el que el trabajador hubiese denunciado el incumplimiento de esta Directiva. Finalmente, y no por ello menos importante se prevé que los Estados a quien se dirige esta Directiva promuevan el análisis y seguimiento de la aplicación de esta norma (artículo 15).

En resumen, la normativa comunitaria en materia de conciliación es una regulación de mínimos para los países miembros. Con todo, la UE pretende crear un marco común de derechos de conciliación para todos los países, armonizándolos y asegurándose que todos los ciudadanos europeos se encuentren con unos derechos más o menos homogéneos. No incide en cuáles serán los instrumentos que se tienen que emplear, dejando libertad de forma a cada país para su trasposición. El plazo máximo de dicha trasposición es hasta marzo de 2022. Cabe decir que la legislación española cumple este requisito gracias al RDL 6/2019, que es anterior a la publicación de la DUE 2019/1158, y que incluso mejora en algunos aspectos los mínimos europeos.



3.2. La dimensión constitucional de los derechos de conciliación

La constitución recoge los principios básicos sobre los que se asienta la organización del estado español. Es norma interna superior y sus principios informan todo el sistema jurídico que se levanta bajo su posición superior en la jerarquía legislativa. Recoge derechos y deberes que considera de primerísima importancia para garantizar el orden social, y muchos de ellos están referidos a la protección del trabajo asalariado. Además, del artículo 14 sobre la igualdad de todos los españoles y la prohibición de toda discriminación, que es un derecho transversal aplicable a una infinidad de materias, aparecen referencias mucho más concretas con respecto al Derecho del Trabajo y al derecho a conciliar. Negar el derecho a conciliar puede suponer una violación del artículo 14 y de la prohibición de la discriminación por razón de sexo que consagra. La discriminación puede ser directa o indirecta; esta última, en el caso de que algunas medidas que se tomen aparentemente neutras tengan un efecto perjudicial para uno de los sexos. Para muchas mujeres, la única opción que tienen de seguir en el mercado laboral es mediante la conciliación. Puesto que son ellas las que socialmente tienen que responder a las cargas familiares, también son las que más piden ejercer este derecho. No reconocérselo podría llegar, incluso, a suponer su exclusión permanente del mundo laboral, y ello entrañaría una clara situación de exclusión. La STC 3/2007 pone de manifiesto esta idea:

«En la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a la mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que

tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral»¹⁵.

El artículo 35 CE reconoce el deber y el derecho a trabajar de todos los españoles, y el 39 CE garantiza la protección de la familia como una obligación de los poderes públicos. El derecho a conciliar es una forma de proteger a la familia, por eso se afirma que tiene protección constitucional bajo el artículo 39 ET, porque el fin de la conciliación es proteger a la familia. Estos derechos también se apoyan en el artículo 43 CE, sobre el derecho a la salud del trabajador y su protección mediante medidas preventivas y servicios necesarios; y en el 40.2 CE, sobre el descanso necesario y la limitación de la jornada laboral para ello. Se ha dicho que mediante la conciliación se prevén numerosos problemas de salud y enfermedades. Una buena conformidad entre el trabajo y la vida personal disminuye la incidencia de los factores que pueden provocar enfermedades y permite el desarrollo personal.

La idea de protección de la familia ha ido abriendo paso, poco a poco, a una interpretación de los derechos de conciliación que se apoya en el derecho a no ser discriminado, como hemos visto ya en la sentencia anteriormente citada. Aunque el fin último de conciliar sea la protección de la familia, la CE se preocupa por la igualdad entre hombres y mujeres y el bienestar de estos más allá de la esfera privada, y para ello impone obligaciones a los poderes públicos. Por eso, aunque no haya menciones directas al derecho de conciliar, existe una dimensión constitucional del mismo que le otorga, incluso en determinadas ocasiones, la tutela especial de los derechos fundamentales. Pese a todo lo dicho, la efectividad de los principios constitucionales depende de su desarrollo normativo.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/2007 de 15 de enero de 2007.



4. El artículo 34.8 ET

Este apartado constituye el desarrollo fundamental del trabajo. En los sucesivos sub-apartados se explican los contenidos del artículo 34.8 ET, tanto en su versión original como en la actualizada por el RDL 6/2019. Se realiza, en primer lugar, un breve análisis de cómo era el derecho antes de la nueva norma, para detenernos, a continuación, en los cambios introducidos en el RDL en lo relativo a la regulación del derecho de la adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar.

4.1. La redacción del 34.8 ET antes del RD 6/2019

El artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores regula la jornada laboral y el apartado octavo, que se introduce en 2011 por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, busca la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta. La undécima disposición contiene diferentes modificaciones en el ET y la número tres dice así:

«Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción:

8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

Un año más tarde, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral añade otro párrafo más al artículo 34.8 ET, con el que quedaría configurado el derecho de adaptación de la jornada para la conciliación hasta 2019.

«A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

Con este nuevo párrafo queda definido en el artículo 34.8 del ET el derecho del trabajador a solicitar la adaptación de la distribución y duración de la jornada laboral para hacer efectiva la conciliación de su vida personal y familiar.

En principio, puede solicitarlo cualquier trabajador para adaptar su trabajo a sus necesidades, con la enorme ventaja de no tener que reducir su jornada laboral, hecho que acarrearía la disminución de su sueldo (art 37 ET). No existía hasta ese momento un derecho parecido en el Ordenamiento Laboral español. Es un gran avance que le debemos a la LOIEMH, una ley transversal que introdujo varios cambios en nuestras leyes para fomentar la igualdad efectiva entre ambos sexos. El objetivo perseguido con este derecho va mucho más allá de la corresponsabilidad, ya que supone una oportunidad para el desarrollo social de la mujer al liberarla de las cargas familiares que tradicionalmente se le han otorgado. Además, introduce una limitación al poder organizativo empresarial, pues obliga, en cierta medida, a tener en cuenta las necesidades de los trabajadores para establecer la ordenación del tiempo de trabajo en la empresa.

Es un derecho que permite una gran flexibilidad en su interpretación, puesto que los derechos de conciliación antes conocidos regulaban situaciones definidas para los que daban unas soluciones concretadas en la ley. En este sentido, podemos considerar como ejemplo la maternidad con parto (48.4 ET), ya que un embarazo es perfectamente reconocible. En este caso, el ET prevé una suspensión del contrato laboral con la reserva del puesto de trabajo estipulada en dieciséis



semanas, seis posteriores al parto de obligatorio disfrute para la madre, o la posibilidad de disfrute de las semanas restantes al otro progenitor; así como la regulación de situaciones *numerus clausus* que puedan ser excepcionales (partos prematuros, múltiples o con fallecimiento). El artículo 34.8 ET es considerablemente diferente a la regulación de la maternidad y los demás derechos de conciliación, a los que se asemeja en la estructura de su regulación, tanto por los supuestos que contempla como por la gran amplitud de soluciones posibles. Por ello, se puede aplicar para cualquier necesidad de la vida personal o familiar del trabajador que argumente a su empleador, que es quien otorgará dicha adaptación. Para satisfacer el bien perseguido: la protección dentro de la expresión «*u otros modos de organización del tiempo de trabajo y los descansos*», se incluyen una infinidad de opciones. Esto ha dado un relevante papel al desarrollo más allá de la ley de dicho derecho.

Aun cuando la ley reconoce el derecho, la forma de ejercitarlo queda en manos de la negociación colectiva o en el acuerdo entre el trabajador y el empresario, tal y como se refleja en las palabras del 34.8 ET: «*en los términos en los que establezca la negociación colectiva*» y «*en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando en su caso lo previsto en aquella*». Ambas condiciones imposibilitan el derecho de adaptación sin la definitiva aprobación empresarial. Es, por tanto, un derecho limitado que está sujeto a ese pacto, el cual debe cumplir los requisitos definidos en el artículo. Atendiendo a su fin, no se podría solicitar una adaptación de jornada que no satisfaga una necesidad familiar o personal. Asimismo, las solicitudes de adaptación dependerán de las características de la actividad laboral de la empresa, y la forma de distribución de la jornada solicitada debe ser compatible con la productividad y organización de la misma. Por ejemplo, en una empresa que se dedica a la venta en horario comercial no se podría solicitar el trabajo nocturno porque en la misma no hay trabajo por la noche al permanecer cerrada.

La balanza parece inclinarse en favor del empresario si nos detenemos a estudiar cómo ha sido realmente la aplicación de este derecho. Las principales dudas han surgido en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva no ha contemplado la adaptación, o si a la hora de ponderar los intereses deben prevalecer los del trabajador que desea conciliar o los de la empresa que se ve afectada. La jurisprudencia ha resuelto estos conflictos, pero no de una manera uniforme y las dos líneas doctrinales se han contrapuesto en algunos puntos. En la STC 3/2007¹⁶ se ha dado prioridad a todos los derechos de conciliación, frente a los intereses de la empresa, por su dimensión constitucional. Para la doctrina, no reconocer la adaptación causa discriminación de género prohibida por la CE, y no respeta otros mandatos constitucionales como la protección a la familia. Según esta doctrina, en cualquier caso, estos criterios deben ser la guía para solucionar cualquier cuestión interpretativa. Sin embargo, lo que parecía un triunfo de los intereses del trabajador se ha visto frenado por otra línea doctrinal que supedita el reconocimiento del derecho a la adaptación de jornada al hecho de que se haya desarrollado en convenio¹⁷. Siguiendo esta línea, la mayoría de los tribunales solo han reconocido las

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 3/2007 de 15 de enero de 2007. «*La dimensión constitucional (...) de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego.*»

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 26/2011, de 14 de marzo.



solicitudes de adaptación de la jornada si previamente estaba regulado en la negociación colectiva, obviando la dimensión constitucional de los derechos de conciliación. En efecto, en la sentencia 1910/2008, de 3 de diciembre, el TSJ de Castilla-La Mancha apunta: «*Hasta que la negociación colectiva o el acuerdo individual para su efectiva implantación no se produce, estamos antes un derecho carente de todo contenido eficaz*»¹⁸. En el estudio de la negociación colectiva de SANCHEZ TRIGUEROS se concluye que «*de la literalidad del precepto se deduce que si no existe desarrollo convencional el derecho a la modificación o adaptación de la jornada no puede ser exigido*»¹⁹. Esta interpretación resta peso a un derecho de conciliación que debería ser fundamental, para ser considerado una simple mejora que puede o no ser concedida por acuerdo. La realidad ha dibujado un contexto realmente desfavorable para el desarrollo de este derecho porque los convenios colectivos no han respondido a la invitación del ET a regular el ejercicio de la adaptación, y la mayoría de los tribunales han restringido su interpretación denegando su ejercicio en múltiples ocasiones. Por último, cabe decir, en cuanto al procedimiento para el ejercicio del derecho, que las garantías de los trabajadores eran muy escasas. A falta de regulación en convenio, se iniciaría un proceso de negociación con el empresario, pero nada se dice de cómo será este proceso.

4.2. El artículo 34.8 en su actual redacción

Poco queda de la brevedad con la que originalmente el ET se hacía eco del derecho de adaptación de la jornada. Como veremos en los consecutivos epígrafes, la actual redacción es mucho más completa de lo que fue en sus inicios. Delimita su

¹⁸ Sentencia núm 1910/2008 de 3 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1 AS/2009/920).

¹⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (dir), KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY, et al (coord.), *El Principio De Igualdad En La Negociación Colectiva*. Ministerio De Empleo y Seguridad Social, 2016, pp. 230.

contenido y quienes están facultados a su ejercicio, pero, además, es mucho más precisa en la explicación de cómo es este ejercicio y cómo solucionar los conflictos que puedan aparecer, aunque no por ello ha solucionado el debate que la aplicación de esta norma suscitaba.

4.2.1. Fundamento

El Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, entraba en vigor el pasado 8 de marzo. Es el paso más reciente en la carrera hacia la igualdad de género, construido sobre la LOIEMH, para corregir las desigualdades que aún persisten hoy día y que tacha de intolerables. Estas desigualdades, que se enumeran en la exposición de motivos, y sobre ellas versan las medidas del texto, son: la infrarrepresentación de las mujeres en determinados sectores, la brecha salarial y la dificultad de acceso a determinados puestos para mujeres. El RDL 6/2019 ha sido dictado por el Gobierno, amparado bajo el artículo 86 CE, por el que se reconoce la facultad del mismo de aprobar *«disposiciones legislativas provisionales en caso de extraordinaria y urgente necesidad»*. La situación de desigualdad de las mujeres conlleva al incumplimiento del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito del trabajo, por lo que el ejecutivo considera una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Así, el gobierno socialista conseguía sacar adelante este texto que modifica, entre otros aspectos, el artículo 34.8 ET en aras de acabar con las discriminaciones que sufre la mujer *«especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones y el estado civil»*.

El objetivo del RDL es la ampliación de la regulación de la adaptación de la jornada, que ya se ha explicado en las páginas anteriores, si bien ahora se hace para compaginar únicamente las responsabilidades familiares con las laborales, pues la



expresión «*para la vida personal*» del texto anterior ha desaparecido. Queda fuera de la aplicación del derecho las pretensiones que los trabajadores tengan de un periodo de ocio. Como un derecho de conciliación más, responde a la exigencia de repartir las cargas familiares entre hombres y mujeres de manera equitativa, de la manera menos perjudicial posible, contrarrestando los efectos perjudiciales de la reducción de la jornada.

4.2.2. Titularidad

El artículo 34.8 ET contiene el derecho a solicitar la adaptación de la jornada laboral para la conciliación de la vida familiar. No contiene la regulación de un derecho subjetivo como tal, es decir, que no hay una facultad reconocida al trabajador para que adapte su jornada. Lo que cada individuo posee es un poder de iniciativa, un derecho a pedir concretar la jornada iniciando un periodo de negociaciones con el empresario. En efecto, en la Sentencia de 26 de junio del Juzgado Social de Zamora se dice que «*Los trabajadores no tienen ahora reconocido un derecho a la modificación unilateral de su jornada de trabajo, sino que lo que se reconoce es un derecho a proponer la adaptación de su horario de trabajo*»²⁰. El derecho a concretar la jornada es realmente un derecho de petición; un derecho a pedir al empresario que se conceda la adaptación de la jornada para adaptarse a las circunstancias familiares.

Quienes pueden hacer uso de este derecho de petición son los destinatarios. En palabras del artículo 34.8 ET estos últimos son «*cualquier persona trabajadora*». Con esta expresión, la norma pretende alejarse del debate de género que podría suscitar el empleo de términos como trabajador, trabajadora o trabajadores. En su elección el legislador ha buscado ser lo más inclusivo posible, abarcando a mujeres y hombres. Señala la

²⁰ARANZADI, Sentencia Juzgado de lo Social de Zamora (juzg. Nº2), de 26 de julio de 2019 (JUR180/2019).

exposición de motivos, en un intento de evitar la feminización de la conciliación, que *«mujeres y hombres tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral»*. Dentro de la expresión *«cualquier persona trabajadora»* se incluyen a todos los trabajadores vinculados por el ET, ya sean a tiempo parcial o completo, o pertenecientes a una relación de carácter especial (art 2 ET).

4.2.3. Contenido

A grandes rasgos, se contemplan dos formas de hacer la adaptación de la jornada: una, en cuanto a la distribución de la jornada y su ordenación en el tiempo; otra, en el modo en que se adapta la prestación del trabajo. El primer caso implica a cualquier variación en la distribución de la misma, pero no en su duración. Es decir, el tiempo de trabajo es el mismo que el de cualquier otro trabajador que no esté disfrutando de este derecho y, por esa misma razón, el salario se mantiene igual en ambas situaciones. Sin embargo, se posibilitan cambios en la distribución y ordenación en el horario de la jornada, en el horario. Esto supone repartir el tiempo de trabajo estipulado en el contrato de una manera diferente a como estaba establecido en el cómputo total de un mes o de un año. Al trabajar las mismas horas, el salario no disminuye, radicando aquí el valor de esta norma, ya que adaptar la jornada no es reducirla, *«En los supuestos que (...) se establece el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella (artículo 37.6 ET)»*²¹.

Pese a no existir un catálogo cerrado de cómo se hará la adaptación del tiempo de trabajo, las formas que se han empleado se han repetido en los acuerdos y convenios. Una de ellas es la *jornada irregular* de la jornada de trabajo, que

²¹ ARANZADI, Sentencia del Juzgado de lo Social de Salamanca (juzg. Nº 1) de 9 de agosto de 2019, JUR\2019\266691.



implica que el tiempo de trabajo no sea el mismo cada día, aunque si lo sea al terminar el año. Por ejemplo, no trabajar algunas semanas al año cuando se tienen hijos de vacaciones a cambio de hacer jornadas más largas en otro momento. Similar a la jornada irregular es la *jornada flexible*, pero ésta afecta solo a la jornada diaria de cada trabajador para que se adapte mejor a sus necesidades. Hay un sinfín de variedades, retrasando o adelantando la entrada, cambiando el momento de descanso de la jornada o de la pausa para comer. Jugando con los tiempos de descanso, se puede disfrutar también de *las jornadas continuadas*, donde el trabajador no realiza los periodos de descanso del artículo 34.6 ET y trabaja de forma ininterrumpida para poder salir más temprano. Por último, no nos podemos olvidar del *cambio de turno*, que permite al trabajador elegir el turno de trabajo que mejor se adapte a sus necesidades, siempre y cuando sea posible porque así se organice la actividad productiva de la empresa²².

En cuanto a adaptar la forma de la prestación del trabajo, no cabe duda alguna de que el teletrabajo es por excelencia el mejor ejemplo de su práctica. Teletrabajo es la prestación del trabajo a distancia, sin implicar el desplazamiento al centro de trabajo. Los avances tecnológicos han desarrollado completos sistemas de telecomunicación que facilitan esta forma de prestar el trabajo. No obstante, el conflicto trabajo-familia no se ha llegado a solucionar empleando la fórmula de teletrabajo. Es cierto que estos trabajadores tienen mayores facilidades para organizar su tiempo y crear estrategias para solucionar cualquier conflicto entre el trabajo y la familia. Pero también aparecen una serie de desventajas que han sido objeto de numerosos estudios en los que se preguntan si realmente el

²² Artículo 36.3 ET: «Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un periodo determinado de días o de semanas».

teletrabajo es una forma óptima de conciliación. Algunas de las conclusiones a las que se han llegado en los mismos vienen a decir que, en muchos casos, es contraproducente para el bienestar de los individuos no separar el ambiente laboral y familiar, porque la sobrecarga de las responsabilidades familiares aumentan con cuantas más personas tengan a su cargo²³.

Esta amplia gama de posibilidades es lo que se ha llamado *jornada a la carta*. Con esta nueva redacción, el artículo 34.8 ET pretende ser más moderno y dar respuestas a las demandas de conciliación del mercado laboral que cada vez son más exigentes. En ningún caso el contenido del 34.8 ET, es limitado y las formas de adaptar la jornada que menciona no son `numerus clausus`. El trabajador tiene más herramientas para hacer más eficaz la adaptación. Cada situación familiar se podrá adaptar mejor a las características productivas de cada empresa. Por ejemplo, se ha fomentado el uso de las nuevas tecnologías que, incluso, eviten desplazarse hasta el puesto de trabajo. Si hay un reparto equitativo del tiempo de trabajo y del tiempo dedicado a las responsabilidades familiares, la productividad y el rendimiento en el puesto de trabajo crecerán²⁴.

La redacción actual del artículo 34.8 dice así:

«Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia,

²³CABEZA PEREIRO, J., et al. *El Teletrabajo En España: Aspectos Teórico-Prácticos De Interés*. La Ley, 2017

²⁴FERNANDEZ-CREHUET SANTOS J.M. «El mercado laboral español y la conciliación de la vida profesional, familiar y personal: necesidad de un cambio de modelo económico, social y cultural» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017, pp. 372-373.



para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (...)».

Asimismo, se reconoce no solo el derecho a cambiar la jornada de trabajo en su duración, distribución y forma de prestación, sino también el derecho a retornar a la jornada inicial. Es decir, el cambio no es permanente y se entiende que tendrá la misma duración que la situación que lo ha provocado. La adaptación de jornada queda subordinada a la circunstancia por la cual se adoptó, de manera que, si esta última cambia, la nueva distribución del tiempo de trabajo también deberá hacerlo. El fundamento de la adaptación de jornada es la causa que la motiva, si esa causa desaparece la adaptación deja de tener sentido. Dice el artículo 34.8 párrafo cuarto que *«La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto».*

4.2.4. Límites

El hecho de que el derecho a adaptar la jornada laboral no sea absoluto e ilimitado quiere decir, lógicamente, que está sujeto a unos límites. Para su disfrute, el trabajador y el empresario deben llegar a un acuerdo en el que se ponderarán las necesidades personales del trabajador y el grado de afectación a la empresa de la petición solicitada. De la misma manera que ocurría con el anterior artículo 34.8, la adaptación de jornada solicitada debe estar en armonía con los intereses de la empresa. Por lo tanto, no es un derecho sujeto solo a la autonomía individual del trabajador, pues requiere siempre de un pacto con el empresario para su materialización, ya sea individual o por convenio. *«Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora, dice el artículo 34.8 ET. Pero tampoco se reconoce un derecho absoluto a la parte empresarial a*

decidir si se acepta o no; siendo el texto literal del precepto: «y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa».

La eficacia de la adaptación para el trabajador y no causar grave perjuicio en la empresa son los dos límites recogidos en el primer párrafo, a lo que se suma su segundo párrafo: «en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.» Recordemos que la DUE 2019/1158 rebaja el máximo de edad de los hijos para solicitar una fórmula de trabajo flexible a los ocho años²⁵. Se trata de un límite basado en la edad de los descendientes, lo que ha abierto un acalorado debate porque da a entender que solo se puede solicitar la adaptación de la jornada si es por cuidado de hijos y/o hijas. Sin embargo, la interpretación mayoritaria prefiere pensar que no hay limitación de edad para cualquier otro familiar lo cual no excluye que la adaptación de jornada se haga para el cuidado de padres o abuelos.

El uso que se está haciendo de qué son «adaptaciones razonables y proporcionales» y cuales son «necesidades organizativas o productivas de la empresa», que son las referencias que el texto legislativo hace a los límites en el ejercicio del derecho, ha generado diversos enfrentamientos entre las partes. Los conflictos judiciales más comunes han surgido precisamente a la hora de determinar la extensión de los límites y decidir qué tiene más peso, si las necesidades del trabajador o las necesidades de la empresa. No existe todavía un criterio unánime de los tribunales sobre cómo interpretarlo y cómo resolver los conflictos, pero sí sabemos cómo han

²⁵ Unión Europea, Directiva del Consejo 2019/1158, de 29 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, Artículo 9.



resuelto los primeros conflictos sentencias del Juzgado de lo Social.

Aunque relativo a la reducción de jornada (artículo 37 ET) el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza, en su sentencia 12/2019, señala que en todo caso el derecho del trabajador prevalece sobre el del empresario. Esto es así porque *«existe una dimensión constitucional de todas las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto»*²⁶. La existencia del artículo 39 CE relativo a la protección de la familia justifica que, ante cualquier enfrentamiento de intereses entre ambas partes, la empresa tenga que, poner todo su esfuerzo en otorgar la concesión pedida al trabajador. Entiende que solo cuando las necesidades de la empresa revistan especial magnitud, pueden ser comparables con el derecho del trabajador de conciliar reconocido en el ET y en la Constitución. No obstante, esto no quiere decir que todos los Tribunales hayan abogado por tomar este criterio como guía para la resolución de los conflictos. Véase cómo el Juzgado de los Social de Gijón, en una sentencia donde se valoran los intereses de una trabajadora en una clínica veterinaria, que pide concretar y modificar su jornada a la del turno exclusivamente de mañanas, y los de la empresa y los trabajadores de ésta, que se verían obligados a modificar su horario de trabajo a turnos para adaptarse al de la demandante, tiene en cuenta las necesidades productivas de la empresa, porque se requiere a la empleada en el turno de tarde, que es cuando más consultas se realizan, así como el perjuicio organizativo derivado de su petición (*«la adscripción de turno de mañana fija, conlleva necesariamente la descompensación en el sistema organizativo y perjudica de forma evidente a la*

²⁶Sentencia Juzgado de lo Social de Ibiza nº1, de 16 de enero de 2019, (Nº 12/2019).

empresa»)²⁷. El Juzgado falla en favor de la empresa porque realiza un balance de intereses y considera que la adaptación de la jornada no está suficientemente justificada. Finalmente, señala que *«la conclusión de que no puede prevalecer sobre el interés de la empresa y de los compañeros de la actora una fijación de turno en el centro de trabajo para el cuidado de su hijo que resulta inútil o incompleta en el cumplimiento de su objetivo»*.

Es el trabajador quien primero debe solicitar el horario que mejor le convenga, también debe explicar los motivos de dicha petición. Estas adaptaciones deben ser proporcionales a las demandas de la persona trabajadora. Su solicitud puede ser denegada por no alegar *«los motivos por los que el cambio pretendido facilitarían su vida laboral y familia»*²⁸. Asimismo, los jueces examinan las circunstancias individuales de cada trabajador que solicita la adaptación para determinar el grado de adecuación para conciliar la vida familiar. Por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cáceres, de 15 de julio de 2019²⁹, se estima la petición de adaptación de la actora solo parcialmente, ya que se admite el turno solicitado durante los días de diario, porque *«los sábados el cónyuge no trabaja y podría ocuparse de sus descendientes»*. Carecería de sentido que la demandante cambiase su turno durante el fin de semana con el fin de cuidar de sus hijos, si no es estrictamente necesario, pudiendo hacerlo el marido. En mi opinión es una decisión acertada, sobre todo porque pone el criterio en la corresponsabilidad y el reparto de tareas de cuidado de hijos entre los cónyuges.

²⁷ARANZADI, Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón (juzg. nº3) de 29 de agosto de 2019 (JUR\2019\261717).

²⁸ARANZADI, Sentencia del Juzgado de lo Social de Salamanca (juzg. nº1) de 7 de junio de 2019 (JUR\2019\266613).

²⁹ARANZADI, Sentencia del Juzgado de lo Social de Cáceres (jug. Nº1) de 15 de julio de 2019 (JUR\2019\264818).



Lo que se desprende de estas sentencias, y de otras coetáneas que obedecen a la misma línea de interpretación, es el carácter teleológico de la norma. Según las formas de interpretar la norma, el artículo 34.8 se hará de acuerdo a su finalidad (art 3.1 CC)³⁰. El deber familiar es límite intrínseco, y de acuerdo con éste han actuado los jueces. Por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Salamanca de 7 de junio de 2019 se ha dicho que *«la regulación contenida en el precepto ha de interpretarse en el marco para el que ha sido concebido, el cual es fortalecer el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral con la familiar»*³¹.

4.2.5. Ejercicio

El artículo carece de contenido legal directo y, en consecuencia, deja espacio a los actores sociales que intervienen en la relación laboral (trabajadores y sindicatos, y empresarios y la patronal) para que sean ellos quienes establezcan cómo será su ejercicio. Para ello, se servirán de la negociación colectiva o de los pactos individuales. Hasta marzo del 2019 el uso de la adaptación de la jornada era muy reducido porque los Tribunales restringían su aplicación a aquellos supuestos en los que el convenio colectivo había desarrollado el derecho. Sin previsión en la negociación colectiva, los Tribunales negaban el derecho a adaptar la jornada pese a que norma no señalaba expresamente en aquel momento que su ejercicio estuviese supeditado a su desarrollo en convenio. Diversos estudios y

³⁰Artículo 3.1 CC *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»*.

³¹ ARANZADI, Sentencia del Juzgado lo Social de Salamanca (juzgado nº1) de 7 de junio de 2019 (JUR\2019\266613).

análisis de las relaciones laborales³² han llegado a conclusiones diferentes sobre el ejercicio de la adaptación y de distribución de la jornada, y han puntualizado que hasta 2019 ha tenido un desarrollo muy limitado, ya que eran muy pocos los convenios que realizaban un tratamiento integral del tiempo del trabajo que incluyera el derecho de adaptación de jornada. De esta manera, las necesidades individuales de cada trabajador eran pasadas por alto. Por eso mismo, el legislador, consciente de que la negociación colectiva no había servido para desarrollar los términos del ejercicio de este derecho de una manera efectiva, ha querido dar solución al problema otorgando más valor al acuerdo individual. El RDL 6/2019 pretende crear un derecho subjetivo mucho más comprometido con las necesidades reales de los trabajadores que, además de desarrollarse por medio de la negociación colectiva, también pueda hacerlo por pacto individualizado. El artículo 34.8 dice así:

«En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días. Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.»

³² LAHERA FORTEZA J. Y GARCÍA QUIÑONES J.C: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar* (1ªed.), Colección estudios, Bomarzo. Albacete, 2009, pp. 23-29.



Su ámbito se ha ampliado indudablemente, explicando que a falta de acuerdo colectivo la persona trabajadora puede abrir negociaciones con la empresa para llegar al acuerdo individual. Dota de mayores garantías al trabajador, quien, por primera vez, cuenta con un procedimiento para solicitar la adaptación de la jornada que no requiere de un desarrollo en convenio, ya que en principio le protege ante cualquier abuso empresarial. Todo esto sin perjuicio de que en un primer momento la empresa y el trabajador lleguen a un acuerdo.

La primera forma de ejercicio prevista que no plantea problema alguno es aquel supuesto en el que el trabajador presenta una solicitud de adaptación de la jornada a su empleador y éste acepta. Para que el ejercicio consensuado llegue a buen puerto las partes deben actuar con buena fe y dentro de los cauces de la legalidad. Dicho ejercicio también debería perseguir la función teleológica del artículo; esto es el fin para el cual fue concebido, que, como ya se ha dicho, es la conciliación de la vida personal y familiar. Sin embargo, no dice nada de cómo ha de materializarse el acuerdo: puede ser escrito u oral, expreso o tácito³³.

La segunda forma de ejercicio prevista es la que se realiza por medio de los términos fijados en la negociación colectiva. Teniendo en cuenta la variedad de situaciones que pueden darse bajo este artículo, y la diversidad de las relaciones laborales en los diferentes sectores y empresas, el hecho de que la negociación colectiva establezca los términos de su ejercicio parece la fórmula más adecuada. No obstante, el ya mencionado trabajo de LAHERA FORTEZA y GARCÍA QUIÑONES revela que la cobertura en los convenios colectivos es realmente escasa. Aunque estas investigaciones se han basado en el artículo 34.8 ET en su redacción original, la nueva redacción no da pie a un cambio de la situación, ya que no hay

³³NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P. y LOUSADA AROCHENA J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación* (1ª ed.), Tecnos, Madrid, 2015, pp. 28-29.

ningún imperativo respecto a que se incluya esta materia en el convenio. La negociación colectiva ha hecho un uso muy escaso de la invitación a regular este aspecto que le ofrece el ET.

Llegados a este punto, vamos a detenernos en el papel que juega la negociación colectiva y qué consecuencias tiene que sea ella a quien se le ha responsabilizado de establecer cómo ha de ser el ejercicio del derecho a adaptar la jornada para la conciliación. A medida que el Derecho del Trabajo fue ampliando su ámbito de aplicación en esta materia, y teniendo en cuenta que la búsqueda de la igualdad no es algo exclusivo de la regulación laboral, el Estado, de donde emanaban tradicionalmente las normas, se vio incapaz de abarcar las nuevas situaciones. El Derecho del Trabajo aceptó dar poder de decisión a los agentes que intervienen en la relación laboral y que sean ellos mismos quienes elaboren las normas que les vincularan. El resultado de la negociación entre ellos es el convenio colectivo, o cualquier otra que sea su denominación. Se reconoce así el poder de creación de normas por parte de los representantes de los trabajadores y de los empresarios. Normalmente, en la mayoría de los casos, los convenios vienen a desarrollar el contenido de la Ley. La Ley tiene preeminencia sobre los convenios colectivos y requiere de éstos para completar el desarrollo de sus preceptos, tal y como ocurre en este caso. El proceso de negociación que da lugar al convenio pretende intercambiar ventajas y desventajas entre trabajadores y empresarios para que sean ellos mismos quienes alcancen el acuerdo. Los convenios colectivos dan al Derecho del Trabajo su carácter moldeable, no solo porque tienen una duración determinada, sino también porque, al estar negociados por las partes que se verán afectadas por ellos, conocen mejor la situación a regular.

El hecho de que los derechos de conciliación se desarrollan en convenio colectivo no quiere decir que sea un derecho colectivo, pero sí que sus términos de ejercicio se fijan colectivamente. Cuanto más acotado es el ámbito para el cual se redacta el



convenio, más fácil será adaptarse a la realidad del trabajo allí contemplada. Sin embargo, y desgraciadamente, esto es solo lo que dice la teoría. Parte de la crítica ha esgrimido sólidos argumentos sacando a relucir las debilidades de los convenios colectivos. Por un lado, se dice que responden a la incapacidad legislativa del Estado; la norma laboral está debilitada y se ha sustituido por otros instrumentos. Para ARIAS DOMINGUEZ, «*cuanto mayor sea el espacio reservado al convenio colectivo menor será el mínimo común denominador de los derechos indispensables para todos los trabajadores*»³⁴. No siempre se ha visto con buenos ojos que sean los dos protagonistas de la relación laboral con intereses dispares quienes tengan que ponerse de acuerdo para crear normas. Algunos juristas argumentan que se está dejando sin contenido al Derecho del Trabajo, y que a medida que se dejan en manos de la negociación colectiva más situaciones, mayor es la inseguridad jurídica de los trabajadores. Si cada vez hay menos normas imperativas que puedan aplicarse al trabajo, el futuro de las relaciones es incierto y se deja al trabajador desprotegido sin garantías legales frente a nuevas situaciones, cuya regulación se somete a la capacidad de negociación de la patronal y los sindicatos. Dentro de la misma línea, pero ciñéndose al artículo 34.8 ET, la monografía de NUÑEZ-CORTÉZ CONTRERAS y LOUSADA AROCHENA³⁵ explica que el talón de Aquiles de este derecho es la debilidad que supone que se complete su desarrollo por convenio colectivo. Cabe decir que este último texto se desarrolló para explicar el artículo 34.8 ET en su anterior redacción, y que actualmente, como veremos, se ha intentado restar peso a esta debilidad.

³⁴ARIAS DOMÍNGUEZ A., *¿Qué fue, qué era, qué es, y qué será el derecho del trabajo?* (1ª ed.), Laborum S.L., Murcia, 2018, pp. 102-103.

³⁵NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS P. y LOUSADA AROCHENA J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación* (1ª ed.), Tecnos, Madrid, 2015, pp 22-23.

Conviene recordar que la negociación colectiva no actúa al margen de la legalidad, sino que debe respetar en todo momento las leyes. Los convenios colectivos desarrollan la adaptación de jornada a partir de la redacción del ET. En ningún caso podrán empeorar la situación que provee el ET. Por ejemplo, si la edad mínima que deben tener los hijos es de doce años, el convenio no podría rebajarla a diez, aunque si ampliarla a quince, por ejemplo. Además, hay otras previsiones en el ET referidas a los convenios y su contenido, siendo especialmente importante la referencia a la observancia de la promoción de igualdad de trato y oportunidades en todo momento durante la negociación³⁶.

Pero la realidad hoy se aleja mucho de estos dos supuestos. Si bien los convenios han desarrollado una amplia regulación de otros derechos conciliadores como maternidad o lactancia, no ha ocurrido así con la adaptación de la jornada. Muchas veces obvian la adaptación como derecho conciliador y no hay referencia alguna a ello en su articulado; otras tantas tan solo reproducen el contenido del artículo 34.8 ET. Si tenemos en cuenta que el RDL 6/2019 no ha cumplido ni un año desde su promulgación, se hace prácticamente imposible, salvo error por mi parte, encontrar un ejemplo de desarrollo por convenio colectivo de la adaptación de jornada como derecho conciliador de la vida laboral y familiar.

El supuesto más habitual es el de un trabajador que se ha encontrado con una negativa del empresario a la petición de adaptación de su jornada y una regulación insuficiente en el convenio colectivo que le sea de aplicación. Hasta marzo de 2019 la única solución que le quedaba era acudir a los

³⁶Artículo 85.1 ET, «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral (...)».



Tribunales, pero recordemos que estos Tribunales negaban sistemáticamente el derecho a adaptar la jornada si no se había desarrollado por convenio. Con lo cual, el trabajador quedaba indefenso ante la decisión del empresario y en una posición de inferioridad frente a aquel, que es quien tenía la última palabra. Para evitar esto, y que el artículo 34.8 ET no dejase de ser aplicado, el RD 6/2019 ha tipificado un nuevo proceso negociador que dota de mayores garantías a los trabajadores y que sin duda es una revolución e innovación en la configuración de este derecho. Si bien es cierto que el precepto prevé que sea la negociación colectiva la que desarrolle este proceso, pues dice que *«en la negociación se pactarán los términos de su ejercicio»*, no es esto lo que ha ocurrido. Solo *«en su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación»*. La corta aplicación en el tiempo de la norma nos lo impide afirmar con total seguridad, pero todo apunta a que el supuesto supletorio previsto para los casos en los que no haya desarrollo en convenio se va a convertir en la principal forma de ejercicio del derecho, pues no hay indicios de que la tendencia a obviar la regulación de la adaptación de jornada en estos textos vaya a cambiar.

El RD 6/2019 dispone que el proceso de negociación entre el trabajador y la empresa ha de durar treinta días como máximo. Garantiza al individuo que toda petición de adaptación de jornada será estudiada en un plazo razonable de tiempo, y transcurridos los treinta días el empresario se pronunciará aceptando, o no, la solicitud. A esto hay que sumar las garantías que se dan al trabajador en el caso de que no se le hubiere concedido la adaptación de jornada demandada. La negativa del empresario debe ir acompañada de una explicación justificativa, alegando los motivos por lo que ha denegado el cambio pedido por el trabajador. Además, siempre y cuando fuera posible, deberá proponer una alternativa para que, de alguna manera, el trabajador vea realizado su derecho. Aunque los márgenes de actuación de ambas partes tampoco han cambiado tanto, en comparación con la anterior redacción

«compatibilidad entre la conciliación de los trabajadores (...) y la mejora de productividad de la empresa», ahora existe una manera de asegurar que cada solicitud sea evaluada y estudiada por la empresa. La negativa injustificada del empresario o la ausencia de negociación puede conllevar la obligación de indemnizar por daños morales o patrimoniales ocasionados al trabajador³⁷. La balanza que antes se inclinaba en favor del empresario, pues era quien tenía la última palabra, ahora parece equilibrarse en un punto medio donde ambas necesidades deben ser ponderadas en términos de equidad.

Finalmente, el artículo 34.8 ET concluye su redacción explicando qué hacer si existen discrepancias entre ambas partes. Es entonces cuando se abre la vía de la jurisdicción, la jurisdicción social sin duda alguna, por el procedimiento del artículo 139 LRJS relativo a la tramitación de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. «*Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social*». Todo lo dicho plantea la cuestión de difícil respuesta sobre cómo equilibrar las diferentes necesidades para su equilibrio, que llevan a que sea la ponderación judicial la encargada de tomar una decisión. En su interpretación, la tendencia ha sido promover una interpretación que evite el uso injustificado de este derecho.³⁸

³⁷ ARANZADI, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró, de 12 de septiembre de 2019 (JUR\2019\2358)

³⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial». *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 8 ,2019.



5. Conclusiones

En este trabajo se ha estudiado en qué medida la regulación del derecho de adaptación de jornada para la adaptación de la vida laboral y familiar ha sido modificada en el ET con la finalidad de hacer efectiva la igualdad entre sexos. De las ideas expuestas en las páginas precedentes se pueden sacar las siguientes conclusiones:

i) El objetivo del RDL 6/2019 y de la DUE 2019/1158 es lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Sin embargo, definir unos derechos de conciliación laboral, familiar y personal es insuficiente, ya que se deben impulsar medidas de índole transversal que afecten a otros ámbitos de la sociedad, como el cultural o educativo.

ii) Para conseguir la ausencia de toda discriminación directa o indirecta de la mujer, objetivo común de los dos textos legales anteriormente mencionados, no basta con regular el derecho para la adaptación de la vida familiar y laboral. Si no se fomenta el reparto equitativo de los cuidados del hogar y de la familia, la jornada a la carta acordada para hacer efectiva dicha adaptación servirá únicamente para aumentar el trabajo no remunerado femenino.

iii) El artículo 34.8 ET no recoge el derecho del trabajador a adaptar su horario laboral para responder a sus circunstancias familiares. Se trata, sin embargo, de la facultad a solicitar una posible adaptación horaria siempre y cuando el empresario y las características organizativas de la actividad en su empresa lo permitan.

iv) La nueva redacción del artículo 34.8 ET incluye no solo el derecho a modificar la ordenación del tiempo de la jornada laboral, sin reducción de la misma ni del salario, sino que también se refiere a cambios en la forma de prestación del trabajo.

v) Salvo error por mi parte, los sujetos negociadores de los convenios colectivos, patronal y sindicatos, no han accedido a regular los términos del ejercicio del derecho de adaptación de jornada. Sin una cláusula que obligue a ello no parece que esta situación vaya a cambiar.

vi) Al objeto de evitar que el inexistente desarrollo en convenio colectivo del ejercicio del derecho de adaptación de jornada condicione su aplicación, el artículo 34.8 ET establece un procedimiento para evaluar cada solicitud de la persona trabajadora que obliga al empresario a indicar los motivos por los cuales la deniega o a proponer una alternativa si se pudiese.

6. Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ A., *¿Qué fue, qué era, qué es, y qué será el derecho del trabajo?* (1ª ed.), Laborum S.L., Murcia, 2018.

BALLESTER PASTOR M. A., et al. *Conciliación De La Vida Familiar Y Laboral Y Corresponsabilidad Entre Los Sexos*. Tirant Lo Blanch, 2011.

CASTRO ARGÜELLAS, M. A., «La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de hombres y mujeres», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017.

CRISTÓBAL RONCERO, R., «Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017.

GIL-MONTE, P., «Algunas razones para considerar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus consecuencias en la salud pública. *Revista Española de Salud Pública* vol .83, nº2, 2019 pp169-173.



LAHERA FORTEZA J. Y GARCÍA QUIÑONES J.C: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar* (1ªed.), Colección estudios. Bomarzo. Albacete, 2009

MARTÍN VALVERDE, A., F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUITIÉRREZ, J., GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo* (28ª ed.), Tecnos, Madrid, 2019.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, (39ªed.), Tecnos, Madrid, 2019.

NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Jornada de trabajo y derechos de conciliación* (1ª ed.), Tecnos, Madrid, 2015.

QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «Teletrabajo y conciliación de la vida personal, familiar y laboral.» *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 133, 2017.

RUIZ-RICO RUIZ, C., *El Derecho Constitucional a Conciliar La Vida Laboral, Familiar Y Personal* (1ª ed.), Tirant Monografías, Valencia, 2012.

SANCHEZ TRIGUEROS, C. (dir). *Un Decenio De Jurisprudencia Laboral Sobre La Ley De Igualdad Entre Mujeres Y Hombres*. Boletín Oficial Del Estado, 2019.

SÁNCHEZ TRIGUEROS C. (dir), KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY, et al (coord.), *El Principio De Igualdad En La Negociación Colectiva*. Ministerio De Empleo y Seguridad Social, 2016.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Adaptación de la jornada laboral y derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Factores de valoración en la ponderación judicial». *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 8, 2019.

Anexo: datos estadísticos

Tabla 1

Brecha salarial de género no ajustada a las características individuales, en España, en salario por hora y tipo de jornada

Tipo de Jornada	Años			
	2017	2015	2013	2009
-Tiempo completo	12,1	10,8	13,4	11,6
-Tiempo parcial	15,9	14,5	28,2	35,0

Fuente: estadísticas de mercado laboral. Eurostat.

Bloque de actividades económicas CNAE-09: secciones B-S excepto sección O.

Tabla 2

Tasa de empleo y brecha de género en diferentes años en España y en la Unión Europea

Género	Periodos anuales en España				
	2018	2017	2016	2015	2014
Hombres \geq 16 años	55,7	54,6	53,3	52,1	49,4
Mujeres \geq 16 años	44,0	43,1	42,2	41,1	39,6
Brecha de género ^a	11,7	11,5	11,2	11,0	9,8
Periodos anuales en la Unión Europea (UE-28)					
Brecha de género	2018	2017	2016	2015	2014
De 15 a 64 años	10,5	10,5	10,5	10,5	10,6

^aDiferencia de las tasas de empleo para hombres y mujeres con edades iguales o mayores de 16 años.

Fuente: Encuesta de Población Activa. Instituto Nacional de Estadística (INE).

Fuente: Encuesta Europea de Fuerza del Trabajo (LFS). Eurostat.



Tabla 3

Horas semanales de trabajo remunerado y no remunerado, de desplazamiento y en otro empleo en 2015

Ocupación (horas/semana)	semanal	Mujeres	Hombres
Trabajo remunerado		33,9	39,7
Trabajo no remunerado		26,5	14,0
Desplazamiento		0,3	0,2
Otro empleo		2,9	0,3

Fuente: Encuesta nacional de Condiciones de trabajo. 6ª EWCS. 2015. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Tabla 4

Razones del trabajo a tiempo parcial en hombres y mujeres en edad de trabajar en España

Porcentaje (%) de hombres con edades comprendidas entre 15 y 64 años

Razones	Año	
	2018	2013
-No haber podido encontrar trabajo de jornada completa	63,0	70,1
-Enfermedad o incapacidad propia	1,5	1,8
-Otras obligaciones familiares o personales	2,3	1,1
-Cuidado de niños, adultos enfermos, incapacitados o mayores	1,9	2,2
-Seguir cursos de enseñanza o formación	13,4	7,8
-Otras razones	18,0	17,2

Porcentaje (%) de mujeres con edades comprendidas entre 15 y 64 años

Razones	Año	
	2018	2013
-No haber podido encontrar trabajo de jornada completa	53,5	60,8
-Enfermedad o incapacidad propia	1,0	1,0
-Otras obligaciones familiares o personales	6,1	5,0

-Cuidado de niños, adultos enfermos, incapacitados o mayores	16,0	15,1
-Seguir cursos de enseñanza o formación	6,0	3,9
-Otras razones	17,4	14,1

Fuente: Encuesta Europea de fuerza del trabajo (LFS). Eurostat. Instituto Nacional de Estadística (INE).

Tabla 5

Personas por sexo entre 18 y 64 años según hayan o no dejado de trabajar, o hayan o no reducido la jornada laboral durante al menos un mes seguido⁽¹⁾, para cuidar de familiares dependientes⁽²⁾. Año 2018

Razones	Hombres	Mujeres
-Dejó de trabajar	2,3	5,6
-Redució el tiempo de trabajo	0,5	1,1
-Ni dejó de trabajar ni redujo el tiempo de trabajo	39,0	40,5
-No tuvo que cuidar de familiares dependientes	57,7	52,2
-No sabe/No contesta	0,4	0,6

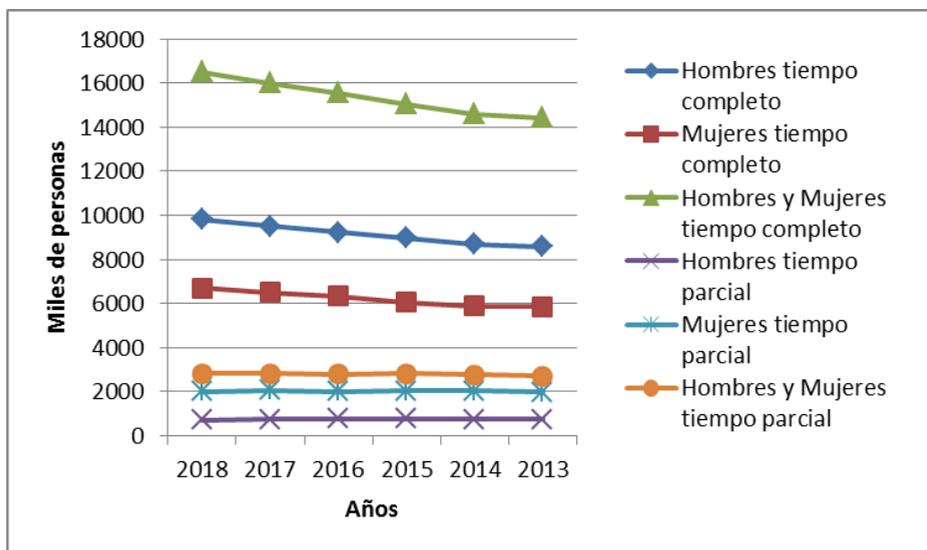
⁽¹⁾Se considera a todas las personas de este intervalo de edad que han trabajado en algún momento desde que dejaron sus estudios.

⁽²⁾Incluye a familiares de edad superior o igual a 15 años discapacitados, enfermos o de edad avanzada.

Fuente: Módulo sobre conciliación entre la vida laboral y la familiar. Año 2018. Encuesta de Población Activa. INE.



Gráfica 1



Abreviaturas utilizadas

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DUE	Directiva de la Unión Europea
ET	Estatuto de los Trabajadores
LOIEMH y hombres	Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REY EMÉRITO

D. Javier Garcés Urzainqui

Resumen: La abdicación de don Juan Carlos I en el año 2014, la única que se ha producido hasta la fecha bajo el funcionamiento del sistema democrático, evidenció la necesidad de responder desde una perspectiva constitucional a los interrogantes existentes en relación con dicho instituto. A la luz de los diferentes planteamientos doctrinales estudiados, se acomete en el presente trabajo un análisis pormenorizado del proceso seguido para hacer efectiva la decisión tomada por el entonces monarca español de apartarse de la Jefatura del Estado. En aras de lograr una visión más amplia al respecto, se tienen en cuenta varios precedentes que aporta el enfoque comparado en materia de abdicaciones.

A partir de ahí, se trata de dar respuesta a una serie de cuestiones que se suscitaron tras el cambio en la titularidad de la Corona y que no han recibido demasiada atención de los expertos. Concretamente, se aborda la convivencia institucional entre don Juan Carlos de Borbón y su hijo Felipe y, sobre todo, el estatus jurídico del exmonarca tras haber sido aforado. Especial atención se presta al debate acerca del alcance de la prerrogativa de la inviolabilidad regia, que ha cobrado gran relevancia recientemente a raíz de la publicación de ciertas



informaciones que apuntan a la participación del anterior Jefe de Estado en actividades delictivas. Aunque las dudas respecto a esta última problemática permanezcan, la lectura de este trabajo resulta recomendable en todo caso para aproximarse a unos retos de claro trasfondo constitucional que ha asumido la Corona en los últimos tiempos.

Palabras clave: Abdicación, don Juan Carlos I, inviolabilidad, Rey Emérito, estatus jurídico.

Abstract: The abdication of Juan Carlos I in 2014, the first under a democratic system in Spain, evidenced the need to answer to several questions from a constitutional perspective. In light of the different approaches studied, this paper undertakes a detailed analysis of the process followed to make effective the decision of the by then Spanish monarch to give up the throne. In order to achieve a broader view on the subject, several precedents of abdications are taken into account from a comparative law perspective.

The paper addresses a number of legal issues that arose from that change in the Spanish monarchy and that have not received enough consideration from experts. In particular, it deals with the institutional coexistence between Juan Carlos de Borbón and his son Felipe and, above all, with the legal status of the current emeritus King, who is at present covered by a specific jurisdiction. Special attention is paid to the debate on the limits of crown immunity, which has lately gained great relevance as a result of the publication of information that pointed to the involvement of the former Head of State in criminal activities. Even if certain doubts regarding this last point persist, this thesis contributes to a better understanding of the constitutional challenges that the Spanish Crown has assumed in recent years.

Keywords: Abdication, Juan Carlos I, inviolability, King emeritus, legal status

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN

2. CUESTIONES PREVIAS PARA EL ANÁLISIS

2.1. EL MARCO JURÍDICO DE LA ABDICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

2.2. LA INVIOLABILIDAD REGIA

3. LA ABDICACIÓN DE DON JUAN CARLOS I Y SU ENCUADRE EN EL PANORAMA COMPARATISTA

3.1. LA ABDICACIÓN DE DON JUAN CARLOS I

3.2. LAS ABDICACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

3.2.1. EL MODELO CONTINENTAL

3.2.2. EL MODELO BRITÁNICO

4. EL ESTATUS JURÍDICO DEL REY EMÉRITO

4.1. LA CONVIVENCIA DE DOS MONARCAS: EL ROL INSTITUCIONAL DE DON JUAN CARLOS DE BORBÓN

4.2. EL AFORAMIENTO DEL REY EMÉRITO

4.3. ¿DON JUAN CARLOS DE BORBÓN ANTE LOS TRIBUNALES?

4.3.1. LOS PROBLEMAS JUDICIALES DEL REY EMÉRITO

4.3.2. LA IDONEIDAD Y EL ALCANCE DE LA PRERROGATIVA DE LA INVIOLABILIDAD REGIA

5. CONCLUSIONES

6. BIBLIOGRAFÍA

7. ANEXO JURISPRUDENCIAL



LISTADO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

CE: Constitución española (de 1978)

Art: Artículo

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

CPI: Corte Penal Internacional

BOE: Boletín Oficial del Estado

PP: Partido Popular

PSOE: Partido Socialista Obrero Español

IU: Izquierda Unida

ERC: Esquerra Republicana de Catalunya

BNG: Bloque Nacionalista Galego

UPyD: Unión Progreso y Democracia

UPN: Unión del Pueblo Navarro

CiU: Convergència i Unió

PNV: Partido Nacionalista Vasco

CC: Coalición Canaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

EEUU: Estados Unidos de América

PDeCAT: Partit Demòcrata Català

AN: Audiencia Nacional

PCE: Partido Comunista de España

1. INTRODUCCIÓN

Configurada como uno de los pilares del régimen constitucional inaugurado en 1978, la Corona parecía haberse consolidado como garantía para la estabilidad de la democracia española hasta que comenzó a evidenciar signos inequívocos de deterioro a comienzos de la década de 2010. En medio del clima de la crisis institucional que atravesaba el país, la renovación al frente de la Jefatura del Estado se antojaba urgente por diversos motivos, y así lo entendieron desde la Casa Real. En junio de 2014 se gestó la abdicación de don Juan Carlos I con el visto bueno de las dos fuerzas políticas mayoritarias hasta la fecha, apenas un año después de las protagonizadas por Beatriz I de Holanda y Alberto II de Bélgica. Desde una óptica constitucional, esta operación suscitaba muchos interrogantes entre los juristas y los agentes políticos debido a la inexistencia de regulación al respecto y a la ausencia de precedentes en el marco jurídico vigente.

Como consecuencia de la abdicación, se inauguró una etapa insólita de convivencia institucional de los dos Reyes y don Juan Carlos de Borbón pasó a asumir un papel diferente al que había ejercido hasta ese momento. Además, perdió la condición de inviolable al hacerse efectiva su decisión. Ante esa situación, el Gobierno reaccionó inmediatamente e impulsó con éxito la concesión de un fuero especial para él.

Aunque ha reducido su protagonismo en la vida pública, don Juan Carlos de Borbón ha seguido copando titulares informativos en los últimos años por varios asuntos personales, especialmente a partir de la difusión en 2018 de unas grabaciones en las que se le atribuye la comisión de varios delitos.



Pese al interés que ha generado tanto en la calle como en foros de debate la abdicación y los avatares relacionados con la esfera privada de don Juan Carlos I en los últimos años, la inmediatez de la acción política y legislativa ha dejado en un segundo plano el análisis y la valoración del alcance jurídico-constitucional de esos hechos.

Pues bien, con el presente trabajo se intenta arrojar luz fundamentalmente sobre dos preguntas respecto a las cuales la jurisprudencia constitucional no ofrece respuestas.

De inicio, se estudia el proceso de abdicación de don Juan Carlos I y se tratan de despejar las incógnitas que planteaba esta operación atendiendo a los planteamientos de los expertos en la materia. También se acude al Derecho Comparado con la principal intención de comprobar si la abdicación del progenitor de don Felipe VI respondió a alguno de los dos grandes esquemas de regulación constitucional de la abdicación o los precedentes fijados por otros países, o si, en cambio, la operación destacó por su originalidad.

Una vez aclarado ese punto, los esfuerzos se centran en el objetivo de abordar las consecuencias jurídicas de la abdicación de don Juan Carlos I, la única bajo la vigencia de la CE. En esencia, ello implica desentrañar cómo se ha compaginado su presencia institucional con la de su hijo y cómo se configura su estatus jurídico actual tras su aforamiento. Ello supone aclarar, en la medida de lo posible, cómo le afectan los rumores sobre su implicación en ciertas actividades delictivas durante su etapa como Jefe de Estado, teniendo en cuenta que entonces no estaba sujeto a responsabilidad.

Más allá de la innegable repercusión que tiene entre la ciudadanía cualquier noticia que afecta a la persona que ejerce la Jefatura del Estado, como estudiante de Derecho Constitucional he seguido con interés las vicisitudes jurídicas que han envuelto a la figura de don Juan Carlos de Borbón desde que anunciase su decisión de dejar el trono. Ante la sucesión de noticias y acontecimientos en los últimos años, enseguida consideré la necesidad de ofrecer al conjunto de la sociedad una aproximación integral a esas cuestiones desde una perspectiva netamente jurídica, alejada de las posturas politizadas e ideológicamente sesgadas que predominan habitualmente en las tertulias televisivas y a pie de calle. Determinante para la realización de este proyecto de investigación fue el hecho de haber constatado la escasez de estudios doctrinales sobre la abdicación de Juan Carlos I y, sobre todo, acerca de su régimen jurídico actual como Rey abdicado. Personalmente creo que, si no se profundiza en términos estrictamente académicos en estos asuntos de inminente actualidad, se corre el riesgo de que se impongan en la opinión pública enfoques frívolos sobre los mismos debido al influjo del ruido mediático.

De acuerdo con lo anterior, el trabajo está compuesto por una introducción, tres bloques o capítulos centrales que se dividen respectivamente en apartados y subapartados (en su caso), unas conclusiones finales, un listado de referencias bibliográficas y un escueto anexo jurisprudencial. La estructura responde a la lógica de la investigación, estando el primer capítulo orientado a dar a conocer el marco teórico propicio para intentar encontrar respuesta a los problemas jurídicos que se abordan propiamente en las páginas siguientes.

En el primer bloque, desde un enfoque descriptivo-expositivo se examinan los presupuestos previos que



operan como herramientas necesarias para contextualizar la temática que ocupa al global del trabajo. Se procede eminentemente al examen de los aspectos más discutidos entre los expertos en relación con el instituto de la abdicación contemplado en el art. 57.5 CE, así como al estudio de las notas definitorias de la prerrogativa de la inviolabilidad regia prevista en el art. 56. 3 CE.

Tras esta aproximación elemental, orientada a introducir el marco jurídico propicio para proceder a continuación a un análisis riguroso de las cuestiones principales, se analizan de forma incisiva todas las claves de la abdicación de Juan Carlos I. Paralelamente se recurre también a algunas experiencias concretas que ofrece en esta materia el Derecho Comparado. En este sentido, se parte de la diferenciación entre el modelo continental y el británico, analizándose posteriormente diversos procesos de abdicación del entorno europeo.

En la última parte del trabajo se reflexiona sobre la acomodación de la figura del Rey abdicado a la realidad fáctica y el modo en que se ha ido articulando un nuevo estatuto jurídico para la misma. En este sentido, se debate asimismo en tono crítico sobre la conveniencia del cuestionado aforamiento de don Juan Carlos de Borbón. También se polemiza sobre la idoneidad de la prerrogativa de la inviolabilidad regia, así como acerca de su extensión a partir de las investigaciones judiciales que han afectado al exmonarca en los últimos tiempos y que abarcan desde demandas de paternidad hasta acusaciones de corrupción.

La búsqueda de material informativo ha sido intensiva en todos los bloques temáticos. Se ha centrado predominantemente en las aportaciones más significativas de la doctrina en los dos primeros capítulos

y mayoritariamente tanto en artículos de prensa online como en resoluciones de órganos judiciales en el último.

2. CUESTIONES PREVIAS PARA EL ANÁLISIS

Antes de adentrarse con mayor profundidad en los dos grandes temas tratados en el trabajo, conviene realizar inicialmente una serie de consideraciones generales que son de mucha utilidad para lograr una mejor comprensión de las cuestiones que se exploran. Las nociones que se ofrecen en estas primeras páginas obedecen a la necesidad de contar con ciertos conocimientos para enmarcar correctamente la problemática a la que se intenta responder en los dos otros bloques en los que se estructura este escrito.

En primer lugar, se exponen las diferentes respuestas ofrecidas ante las dudas interpretativas relativas al instituto de la abdicación contemplado en el art. 57.5 CE, que han propiciado un intenso debate entre constitucionalistas.

Con esas nociones, es factible estudiar con mayor rigor la inédita situación que la abdicación de don Juan Carlos I en junio de 2014 produjo en el régimen constitucional español y las experiencias similares provenientes del Derecho Comparado, asuntos tratados en el tercer bloque.

Finalmente, se exponen las características principales de la prerrogativa de la inviolabilidad regia que reconoce el art. 56.3 CE. Entre ellas, su origen, su fundamento, sus consecuencias y los interrogantes que plantea el citado precepto.



Solo así es posible captar el sentido de la discusión jurídica acerca de las cuestiones más controvertidas del estatuto jurídico actual de Don Juan Carlos de Borbón y el debate doctrinal relativo al alcance de la inviolabilidad, plasmados ambos en el último bloque.

2.1: EL MARCO JURÍDICO DE LA ABDICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

No se discute que una abdicación genera tanto perplejidad como expectación entre la ciudadanía ni que tiene cierta incidencia sobre el funcionamiento de las instituciones.

Sin embargo, y a pesar de su trascendencia, la CE no contiene una regulación expresa de este instituto, aparte de lo estipulado en el art. 57.5 CE. El diseño de la abdicación puede juzgarse como insuficiente al guardar silencio la Carta Magna tanto sobre los efectos como sobre los requisitos de la abdicación y remitirse únicamente a lo que señale la ley orgánica a la que apunta el mentado artículo. Quedan sin resolver interrogantes como “el procedimiento de comunicación a las Cortes Generales, la necesidad de autorización parlamentaria previa, la posibilidad de una negativa de las Cámaras o el refrendo del acto de abdicación²¹¹”. Además, los estudios que se han realizado desde la doctrina sobre esta materia no han sido especialmente profusos hasta que se ha producido la abdicación de don Juan Carlos, pese a la necesidad de llenar ese vacío legal y dar respuestas normativas a las preguntas que quedan abiertas.

²¹¹ ABELLÁN MATESANZ, Isabel y MOLINA, Luis (2011): “Sinopsis artículo 56” de la Constitución, Madrid, Congreso de los Diputados. Madrid, Congreso de los Diputados.

En este apartado se efectúa un análisis minucioso de las cuestiones polémicas señaladas y otras incógnitas relacionadas con la abdicación, partiendo del hecho de que dicho instituto comparte ciertos elementos definitorios con la renuncia y se diferencia en otros aspectos de la misma.

Solo de esta manera podrán valorarse posteriormente con rigor los trámites seguidos para hacer efectiva la voluntad de don Juan Carlos I de apartarse de la Jefatura del Estado en 2014. Como se comentará en páginas posteriores, éstos se llevaron a cabo con un alto grado de improvisación ante la falta de precedentes en la monarquía parlamentaria española y dado que no se ha abordado aún este tema en el plano legislativo.

Probablemente, el aspecto más polémico y en el que se evidencia una división más notoria entre los expertos es el relativo al carácter y la función de la ley orgánica a la que remite el art. 57.5 CE. Dicho precepto se refiere asimismo a la renuncia y las dudas de hecho o de derecho, además de a la abdicación.

Es bien sabido que algunos constitucionalistas consideran que se debería aprobar una ley orgánica de carácter general que desarrolle dicha previsión constitucional y contemple todas las cuestiones relativas a la institución de la Corona. Sin embargo, otros estudiosos mantienen que lo más adecuado sería regular cada abdicación cada renuncia y cada duda de hecho o de derecho por medio de una ley específica, siendo la cuestión de las abdicaciones a la que se hace referencia únicamente a partir de este punto.

Pérez de Armiñán, Serrano Alberca y Sáiz Arnaiz son algunos de los autores partidarios de una ley



comprensiva que se pronuncie sobre el régimen jurídico de la sucesión u otros elementos principales de la Corona y que establezca, entre otros puntos, un procedimiento general de abdicación a seguir.

Para fundamentar esta tesis se valen de argumentos muy variados. Por ejemplo, se ha esgrimido que esa solución permitiría garantizar una mayor estabilidad en la regulación de la materia y se podrían evitar así las posibles dilaciones que pudieran derivarse de la tramitación parlamentaria de leyes aprobadas *ad hoc* para cada abdicación²¹². Asimismo, se ha afirmado que la necesidad de contar con una ley orgánica previa con vocación general no sería en ningún caso incompatible con la exigencia constitucional de autorización parlamentaria para la efectividad de la decisión concreta del Rey²¹³. Y también se ha argumentado que se podría prescindir de una ley específica al ser en teoría suficiente con el refrendo del jefe del Ejecutivo para garantizar que la voluntad del Rey es libre y no está viciada.

Por otra parte, otros autores opinan que el art. 57.5 CE establece de forma tajante un mandato de aprobar sucesivas leyes de contenido singular que resuelvan cada supuesto específico de abdicación. Es el caso de

²¹² PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Alfredo y FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel (1987): *La Sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia en la Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)*, Madrid, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Publicaciones del Congreso de los Diputados, pp. 214- 221.

²¹³ SÁIZ ARNAIZ, Alejandro (2001): *La Sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia en la Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)*, Madrid, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Publicaciones del Congreso de los Diputados, pp. 430-433.

López Vilas²¹⁴ y también de Santaolalla López²¹⁵, quien realiza esta interpretación a partir de la aplicación de los criterios hermenéuticos del art. 3.1 del Código Civil.

Frente a estas dos posturas antagónicas, algunos constitucionalistas como Gómez Sánchez²¹⁶ y Torres del Moral²¹⁷ han apostado abiertamente por una vía intermedia con la que enmendar la escasa claridad del legislador constituyente al abordar esa materia. Según ellos, la existencia de una ley orgánica general que regule los aspectos generales de la Corona, los procedimientos de sucesión en abstracto y los criterios a seguir en casos de abdicaciones, renunciaciones y dudas (de hecho o de derecho) sería muy conveniente en aras de lograr una mayor seguridad jurídica en lo que se refiere a las cuestiones más abiertas y controvertidas del Título II. En cualquier caso, dicha ley sería perfectamente compatible con la intervención del Parlamento de cada

²¹⁴ LÓPEZ VILAS, Ramón (1983): "La sucesión en la Corona", en Pablo Lucás Verdú (coord.): *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, p.148.

²¹⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2014): *Sentido de la Ley de Abdicación*. Documento en línea: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1129330 (Consultado el 13 de mayo de 2019)

²¹⁶ Siguiendo la visión defendida por GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2014a): *La abdicación del Rey Juan Carlos I*, Canal UNED, Serie Derecho en Radio 3. Documento en línea: <https://canal.uned.es/video/5a6fae35b1111f50318b47a9> (Consultado el 13 de mayo de 2019)

²¹⁷ Siguiendo la visión defendida por TORRES DEL MORAL, Antonio (2014a): *La abdicación del Rey Juan Carlos I*, Canal UNED, Serie Derecho en Radio 3. Documento en línea: <https://canal.uned.es/video/5a6fae35b1111f50318b47a9> (Consultado el 13 de mayo de 2019)



momento por medio de una ley *ad hoc*, que debería pronunciarse necesariamente en determinadas circunstancias históricas para hacer efectiva cada abdicación. También de Esteban Alonso²¹⁸ se ha adherido a esta tesis al proponer la elaboración de una ley orgánica de desarrollo general que abarcase todo los supuestos posibles y que vendría completada por las leyes orgánicas *ad hoc* que se deberían elaborar de todos modos para cada abdicación concreta. De todos modos, tal y como sugiere Torres del Moral, se puede concluir que el carácter del texto del art. 57.5 CE "es tan equívoco que se convierte en una impremeditada invitación a los agentes políticos para que consensuen el desarrollo de una materia tan delicada."²¹⁹

Los expertos del Título II han debatido también si la ley orgánica a la que se refiere el mencionado precepto tiene naturaleza de autorización previa o de toma de conocimiento y aprobación *a posteriori* de una abdicación ya efectuada.

La gran mayoría de autores se ha inclinado por la primera opción, si bien autores como Serrano Alberca²²⁰

²¹⁸ DE ESTEBAN ALONSO, Jorge (2014): *La inesperada abdicación del Rey*. El Mundo.

Documento en línea:

<https://www.elmundo.es/opinion/2014/06/02/538cd82f22601daf258b457e.html> (Consultado el 13 de mayo de 2019)

²¹⁹ TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): "En torno a la abdicación de la Corona", *Revista española de Derecho Constitucional*, Nº102, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 17.

²²⁰ SERRANO ALBERCA, José Manuel (2013): *El orden de sucesión a la Corona, abdicaciones y renunciaciones (artículo 57 de la Constitución española)*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 54.

y Rey Martínez²²¹ han incidido en que la naturaleza jurídica del acto de las Cortes es no legislativa y se encuadra dentro de los supuestos a los que se remite el art.74.1 CE. En su opinión, el papel de las Cámaras se debería limitar a aprobar una resolución en sesión conjunta para acreditar así la constatación de la decisión del monarca. Dicho acto tendría consideración de acto formal aunque constitutivo, siendo necesario para perfeccionar la voluntad del Rey. Según este enfoque, la intervención parlamentaria nunca tendría naturaleza de autorización, puesto que no se puede forzar al monarca a permanecer en la Jefatura del Estado si no lo desea. Además, al entenderse la abdicación como acto personalísimo del Rey, no cabría según estos expertos su sometimiento a enmiendas o a debate ni votación respecto al mismo.

Expósito Gómez mantiene una postura similar, pues defiende que el Rey no puede verse condicionado por el Gobierno ni las Cortes en su acto de abdicación. Al ser una decisión que el monarca puede adoptar de forma discrecional cuando estime oportuno, según su parecer no necesita ni siquiera de ratificación parlamentaria, lo que resulta dudoso en vista del tenor literal del art. 57.5 CE.²²² En la misma corriente se sitúa también Rodríguez

²²¹ REY MARTÍNEZ, Fernando (2014): *El Rey la ley*, El País. Documento en línea: <https://elpais.com/elpais/2014/06/03/opinion/1401814529700642.html> (Consultado el 13 de mayo de 2019)

²²² EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (2013): "La previsión constitucional de la abdicación del Rey en el ordenamiento español", Blog de la Revista Catalana de Dret Públic. Documento en línea: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/02/11/la-prevision-constitucional-de-la-abdicacion-del-rey-en-el-ordenamiento-espanol-enriqueta-exposito/> (Consultado el 13 de mayo de 2019)



Arribas, convencido de que las Cortes no pueden rechazar o aprobar la decisión del monarca²²³.

Tesis como la anterior contradicen abiertamente la postura de la práctica totalidad de autores y la propia lógica constitucional, pues hay que recordar que el art. 57 CE estipula que la abdicación sea resuelta por ley orgánica. Asimismo, conviene precisar que la abdicación es un acto personalísimo del monarca solamente en tanto en cuanto nadie puede suplir su voluntad. Si el Rey no desea desistir de la Corona, no se producirá la abdicación, por más que puedan existir presiones y sugerencias procedentes de diferentes ámbitos para tratar de convencerlo de la conveniencia de la operación.

Sin embargo, la abdicación se configura en el marco constitucional vigente como un acto coparticipado en el que la participación de las Cortes Generales es ineludible, limitándose la intervención del monarca a ejercer su insustituible iniciativa.

En cualquier caso, conviene matizar que la distinción a la que se ha hecho referencia tiene aparentemente un sentido puramente simbólico. Ello es así, ya que en ambos casos se pretende alcanzar el mismo fin con la ratificación del Parlamento. Concretamente, se trata de dotar de mayor fuerza al acto de abdicación al hacer participe al poder legislativo del procedimiento de abdicación y corresponsabilizarlo de esta manera en la conservación de la Corona.

²²³ RODRÍGUEZ ARRIBAS, Ramón (2014): *En la abdicación del Rey*. Documento en línea: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2014/06/11/003.html> (Consultado el 13 de mayo de 2019)

Hay quien puntualiza que las abdicaciones no se resuelven como apunta el texto del art. 57.5 CE, sino que se aprueban o rechazan²²⁴. Sin embargo, la doctrina científica se muestra uniforme al considerar que muy difícilmente podría concebirse que las Cortes Generales no apoyaran la decisión del Rey de dejar la Jefatura del Estado, lo que desataría una crisis política grave. Aunque teóricamente sería posible el voto negativo del Parlamento, solamente podría justificarse si se acreditara que el monarca fue presionado para abdicar²²⁵ o si concurrían otras circunstancias extraordinarias. En ello coinciden tanto los que definen la intervención parlamentaria como una autorización como los que la entienden como una suerte de acto debido de las Cortes Generales, que podría resolverse con una simple notificación de la Casa Real a las Cámaras. De cualquier modo, resulta muy dudoso que sea teóricamente viable una negativa del Parlamento, una vez el Consejo de Ministros le haya trasladado la expresa voluntad del monarca de abdicar.

Diferentes razones juegan a favor de esa afirmación. Entre ellas, la falta de recursos de las Cortes Generales para imponer una decisión de este tipo al monarca y la inexistencia de previsión expresa de una sanción a esa hipotética desobediencia regia, que podría afectar a la inviolabilidad del titular de la Corona²²⁶. Pero, sobre todo, se hace muy complicado imaginar que las Cámaras pudieran obligar al Rey a permanecer en su puesto.

²²⁴ TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): *op cit*, p. 1.

²²⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: (2014): "La abdicación de Juan Carlos I: cuestiones constitucionales e incógnitas políticas", en: *Temas para el Debate*, Nº 236, p. 11.

²²⁶ TOMÁS VILLAROYA, Joaquín (1983): "Artículo 57: Sucesión a la Corona", en: Óscar Alzaga Villamil (coord.): *Comentario a las leyes políticas* (V), Madrid, EDERSA, pp.145-146.



Precisamente para evitar posibles coacciones sobre el monarca se viene sosteniendo también por gran parte de los estudiosos de la Corona que el acto de abdicación estará sujeto a un refrendo *certificante* del Presidente del Gobierno²²⁷. Mediante el mismo, el jefe del Ejecutivo “asegura y responde de la validez y plena eficacia de la abdicación y, por consiguiente, de la válida apertura de la sucesión²²⁸.” No obstante, en base a posturas alternativas podría descartarse la necesidad del refrendo al estimarse que la exigencia de ratificación parlamentaria es suficiente. O bien argumentando que la abdicación es un acto libre y personalísimo como las decisiones de contraer matrimonio u otorgar testamento (arts. 59 y 60 CE), que no requieren ni la intervención de la representación popular ni refrendo²²⁹. De todas formas, estos enfoques que presenta Ferreres Comella no parecen demasiado convincentes para el caso español, puesto que precisan de una base constitucional más sólida.

En otro orden de ideas, a pesar de que no se ha establecido en los más de cuarenta años de vigencia del régimen constitucional actual el procedimiento legal para que se efectúen abdicaciones, la generalidad de los autores defiende que de esta circunstancia no se puede derivar la imposibilidad de que éstas se lleven a cabo exitosamente. Admitir lo contrario supondría exponer al

²²⁷ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2014): “A Propósito de la Abdicación del Rey Juan Carlos I”, en: *Civitas Europa*, Nº 33, IRENEE, pp. 280-281.

²²⁸ GARCÍA TORRES, Jesús (2009): Artículo 57”, en: Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (coords): “*Comentarios a la Constitución española*”, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-AEBOE, p. 1586.

²²⁹ FERRERES COMELLA, Víctor: (2014): “La Ley Orgánica de Abdicación del Rey Juan Carlos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 38, pp. 124-125.

país a una paralización del sistema constitucional de consecuencias indeseables para la pervivencia del Estado de Derecho²³⁰. Además, es bien sabido que los derechos fundamentales contemplados en la Carta Magna han sido siempre directamente aplicables desde su aprobación, a pesar de no estar desarrollados en todo momento por leyes orgánicas. Pues bien, de la misma manera, los preceptos referentes a la Corona también lo son, aunque no se hayan regulado todavía los cauces por los que debe transcurrir el proceso de abdicación. Ante esa laguna jurídica, el procedimiento se ha deducido de los principios generales de la CE y de los principios que informan la monarquía parlamentaria española.

En ese sentido, no hay duda de que se da comienzo a los trámites cuando el Rey haga llegar al Presidente del Gobierno un escrito a través del que el monarca le transmita su voluntad de apartarse de la Corona. Naturalmente, antes de que se inicie formalmente el procedimiento, es lógico asumir que el Rey habrá meditado mucho sobre la conveniencia y el modo de realizar la operación, consultando incluso su decisión con los líderes políticos del país o las altas autoridades del Estado (Presidentes de las Cámaras, por ejemplo).

El Presidente del Gobierno, que en su diálogo institucional con el Rey puede darle su conformidad o hacerle llegar algunas dudas o recomendaciones sobre su decisión, dará a conocer la voluntad del Rey al Consejo de Ministros. El Gobierno comprobará que el Jefe de Estado ha llegado a esa determinación de forma

²³⁰ Siguiendo la visión defendida por TORRES DEL MORAL, Antonio (2014c): *Abdicación y Renuncia*, Canal UNED, Serie VI (Derecho en Radio 3). Documento en línea: <https://canal.uned.es/video/5a6f96d2b1111f54308b456a> (Consultado el 14 de mayo de 2019)



libre y en uso pleno de sus facultades mentales. También podrá llamar la atención sobre alguna circunstancia no examinada por el Rey y el jefe del Ejecutivo. Posteriormente, el Gobierno enviará al Congreso un proyecto de ley orgánica que apruebe la decisión del Rey y en el que se dispondrá que la abdicación será efectiva con la entrada en vigor de dicha ley, que se producirá con su publicación en el BOE²³¹. Hasta que no ocurra eso, el monarca que ha manifestado su voluntad de abdicar deberá seguir realizando las funciones constitucionales inherentes al cargo. La sucesión a la Corona se producirá siguiéndose el orden previsto en el momento que la ley orgánica entre en vigor, evitándose la vacancia del trono y posibles disloques institucionales.

En el Congreso, los grupos parlamentarios debatirán sobre la oportunidad de la abdicación y los términos en los que se ha redactado la ley, teniendo la posibilidad de presentar enmiendas. Si la ley orgánica se aprueba por la mayoría absoluta de miembros de la Cámara Baja en una votación final sobre el conjunto del texto, como exige el art. 81.2 CE, se remitirá al Senado, donde la tramitación legislativa no presenta especialidad alguna y los grupos pueden presentar tanto enmiendas como vetos. En la Cámara Alta se requieren más votos favorables que negativos para que el proyecto siga su curso.

Superado el trámite parlamentario, el Rey promulgará y sancionará la ley orgánica con el refrendo del Presidente del Gobierno en su último acto como Jefe de Estado. Al

²³¹ Siguiendo la visión defendida por TORRES DEL MORAL, Antonio (2014d): *¿Cómo se lleva a cabo la abdicación del Rey?*, Canal UNED, Serie La Ley es Ley. Documento en línea: <https://canal.uned.es/video/5a6f86e5b1111f48598b476e> (Consultado el 14 de mayo de 2019)

contrario que la inmensa mayoría de las leyes, que entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil, la ley orgánica de abdicación producirá efectos jurídicos con inmediatez tras su publicación en el BOE. Así se fijará el momento exacto de la sucesión en la Jefatura del Estado, independientemente de que el acto de proclamación del nuevo Rey y de juramento de la Constitución ante las Cortes Generales en sesión conjunta, al que se refiere el art. 61.1 CE, se programe para el día de entrada en vigor de la ley. Algunos académicos consideran que es lo más lógico²³², aunque dicho acontecimiento no deja de ser una ceremonia de exposición al público y a los medios de comunicación que no puede determinar por sí solo el acceso al trono del Rey entrante. En ningún caso estará obligado el Presidente del Gobierno a poner su cargo a disposición del Rey entrante, "como si mediase alguna relación de confianza entre el monarca y el Presidente"²³³.

2.2 LA INVIOLABILIDAD REGIA

En este punto, resulta imprescindible abordar una cuestión a la que tiene sentido dedicarle cierto espacio en aras de facilitar un mejor entendimiento del último capítulo del trabajo.

Se trata de una prerrogativa que ha despertado mucha controversia desde la aprobación de la CE, especialmente entre la opinión pública, y sobre cuya extensión no se ha llegado a un consenso. En los últimos años, el debate acerca de la misma se ha intensificado e

²³² REY MARTÍNEZ, Fernando (2014): *op cit*

²³³ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: (2014): *op cit*, p. 13



incluso se ha llegado a poner en tela de juicio su inclusión en el texto constitucional con ocasión de las graves acusaciones que se han vertido sobre don Juan Carlos de Borbón. Efectivamente, se está haciendo referencia a la inviolabilidad de la persona del Rey, a la que el artículo 56.3 CE declara solemnemente no sujeta a responsabilidad.

Aunque la formulación del citado artículo no es ambigua en sí, la interpretación del mismo está plagada de incógnitas.

Para empezar, no se puede derivar de la declaración constitucional por la que se exime al Rey de responsabilidad que se contempla la figura de un monarca con plenos poderes, aunque este atributo proceda en puridad de la tradición absoluta propia del *ancien régime*. Al contrario, una característica propia de los regímenes democráticos contemporáneos es la falta de responsabilidad del Jefe de Estado, ya sean monarquías o repúblicas. No obstante, bien es cierto que en el último caso la extensión de la inviolabilidad suele ser, por lo general, más reducida que en los países que han asumido la monarquía como forma política del Estado.

En el caso de España, la inviolabilidad del Rey ha resistido como residuo del principio monárquico y se ha consolidado en la historia constitucional del país como nota distintiva de la Monarquía junto al orden sucesorio. Asimismo, en la práctica totalidad de países del entorno europeo con monarquías consolidadas se recoge actualmente de algún modo u otro esta fórmula, fiel reflejo del aforismo "the King can do not Wrong" ("el Rey no puede hacer mal").

En línea con lo expresado, cabe subrayar que en todas las Constituciones españolas se ha contemplado expresamente la regla de la irresponsabilidad del Jefe de Estado, con las excepciones de las Constituciones de 1869 y de 1931. Ésta última determinaba la responsabilidad criminal del Presidente de la República por infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales e incluso preveía expresamente su destitución antes de la expiración de mandato.

Generalmente se ha aseverado que la inviolabilidad regia se justifica en las democracias modernas como condición necesaria del funcionamiento libre y eficaz de la Jefatura del Estado.

De acuerdo con esta perspectiva, la inviolabilidad prevista por el constituyente español sería garantía esencial del ejercicio de las funciones regias al permitir obviar posibles movimientos políticos que pretendiesen dañar la imagen del monarca o perturbar su actividad. En virtud de esta premisa constitucional de la Jefatura del Estado, el Poder Judicial no puede enjuiciar las actuaciones del Rey al entenderse que su persona se sitúa por encima de los poderes del Estado. Prueba de ello es que no se contempla ningún procedimiento en el ordenamiento jurídico español por el que se pueda exigir el sometimiento del Rey a la ley. Reproduciendo la distinción clásica, el Rey está vinculado al Derecho solo por la *vis directiva* y no a través de la *vis coactiva*²³⁴, ya que el Estado no puede emplear la fuerza física legítima contra el monarca.

²³⁴ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2011): "Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey", en Manuel Aragón Reyes y César Aguado Renedo (coords): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, p.33.



Dado que las actividades del Rey no están sujetas ni al control jurisdiccional ni al político, se sustrae la esfera del monarca de cualquier exigencia de responsabilidad civil, penal o administrativa, independientemente de los actos que hubiera podido cometer y las posibles consecuencias que hubieran podido deparar éstos en el plano jurídico. Es más, atendiendo a la legislación procesal vigente, el monarca como miembro de la Familia Real está exento de la obligación de atender el llamamiento del juez para declarar como testigo en juicio (art. 411 LECRIM).

Igualmente, cabe aclarar que la sobreprotección de la que se reviste constitucionalmente al titular de la Corona no se extiende en la Carta Magna española ni en la generalidad de los ordenamientos europeos al resto de los miembros de la Familia Real, a los que sí se podría someter a juicio y condenar por sentencia judicial. No obstante, hay expertos que consideran pertinente iniciar una reflexión sobre la posibilidad de extender el atributo de la inviolabilidad a la Familia Real nuclear, la integrada solamente por el Rey, su consorte y sus hijos²³⁵.

Conviene añadir en este punto que, en el caso de las repúblicas, la irresponsabilidad del Jefe de Estado responde fundamentalmente a razones de funcionalidad política y también conlleva normalmente la transmisión de la responsabilidad del Presidente a otros órganos.

Como se ha comentado, son varios los interrogantes que se plantean respecto al art. 56.3 CE y sobre ellos cabe arrojar luz en las siguientes líneas con el fin de indagar sobre el fundamento y la proyección de la inviolabilidad

²³⁵TORRES DEL MORAL, Antonio (1997): *El Príncipe de Asturias, su estatuto jurídico*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, p. 222.

regia. Partimos de la base de que dicha prerrogativa, que opera como inmunidad de jurisdicción, no implica una contradicción insuperable ni con la democracia ni con la soberanía popular. También se asume que no atenta contra el principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Dicho esto, las primeras dudas se suscitan debido al equívoco sentido del término “inviolable”, palabra que recoge el texto constitucional en sus dos acepciones principales. Por un lado, como equivalente de “inatacable” e “indemne” al referirse a los derechos de las personas (art. 10.1 CE) y al domicilio (18.1 CE). Por el otro, como sinónimo de “exento de responsabilidad” al predicarse de diputados y senadores (art. 71.1 CE). Todo apunta a que ambos significados se conjugan al aplicarse al Rey (art. 56.3 CE) y a las Cortes Generales (art. 66.3 CE). Así se compaginaría la concesión de un plus de protección jurídica a un órgano constitucional (o al titular del mismo) para protegerlo de posibles injerencias externas por su especial dignidad junto con la ausencia de responsabilidad por sus actos y decisiones²³⁶.

En definitiva, procede hablar en el caso de la inviolabilidad de una prerrogativa “subjetiva”, imprescriptible e irrenunciable, que implica una excepción al Derecho Común ligada indirectamente a una función²³⁷. La doctrina mayoritaria ha insistido en

²³⁶ [RODRÍGUEZ RAMOS](#), Luis (1982): “[La inviolabilidad del Rey en la Constitución](#)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N°1, Madrid, Wolters Kluwer, p. 864

²³⁷ [RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER](#), Miguel (2009): “Artículo 56”, en: Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (coords): “*Comentarios a la Constitución española*”, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-AEBOE, p.1565.



que la inviolabilidad no es un privilegio, que implicaría necesariamente un trato desigual legítimo en el que cede siempre el principio de igualdad, sino que se configura como una prerrogativa que otorga legitimidad al trato diferenciado.

En el caso del art. 56.3 CE, la continuidad y estabilidad de la Jefatura del Estado se imponen como bienes jurídicos relevantes a proteger sobre el principio de igualdad, pues la inviolabilidad sería una ventaja discriminatoria en caso contrario²³⁸. Por lo que se refiere a la inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores (art. 71 CE), esas prerrogativas se prevén para garantizar su irresponsabilidad jurídica por las opiniones vertidas en el ejercicio de sus funciones. Dicho de otro modo, se explican en sus orígenes como garantías de la independencia del Parlamento respecto del Ejecutivo a causa de la relevancia política de los actos de los miembros del poder legislativo.

Otra controversia que se plantea es si se puede equiparar o no el significado de la palabra “inviolabilidad” con el de “irresponsabilidad”. La mayor parte de los estudiosos han coincidido en señalar la equivalencia de ambos conceptos sobre la base del paralelismo del artículo 56.3 CE con el art. 71.1 CE que se refiere a la prerrogativa de inviolabilidad de los parlamentarios²³⁹.

²³⁸ CANO MONTANEJO, José Carlos (2018): *Inviolabilidad del Rey: ¿Prerrogativa o privilegio?* La Razón. Documento en línea:

<https://www.larazon.es/espana/inviolabilidad-del-rey-prerrogativa-o-privilegio-HO20844102> (Consultado el 9 de febrero de 2019)

²³⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1983): “Artículo 56. El Rey”, en: Óscar Alzaga Villamil (coord.): *Comentario a las leyes políticas* (V), Madrid, EDERSA, p.93.

No obstante, algunas voces se han pronunciado en sentido opuesto en base a dos razonamientos distintos.

Por una parte, hay quien mantiene que la primera palabra alberga un contenido más amplio que el segundo, bajo el argumento de que con la inclusión del término "inviolabilidad" se pretende reforzar el prestigio que rodea a la figura del Rey. Desde este enfoque, la inviolabilidad se reflejaría en una mayor protección de su figura prevista en el orden penal y por las normas del Derecho Internacional, equiparándose asimismo con un estatus de inmunidad que situaría al monarca por encima de la confrontación política pese a no ejercer un poder soberano²⁴⁰. También se ha argumentado que, a partir de la lectura conjunta de los artículos 56.3 y 64.2 CE, se pueden hallar diferencias entre las implicaciones de ambos conceptos. Según esa perspectiva, la inviolabilidad protegería la conducta del Rey en lo que se refiera a sus actos personales, mientras que la irresponsabilidad haría referencia a sus actos como Jefe de Estado y, por tanto, máxima autoridad nacional.

Más allá de las disquisiciones teóricas en las que se ha enfrascado la doctrina, lo cierto es que no ha surgido un debate intenso sobre la conveniencia de la prerrogativa de la inviolabilidad regia, salvo quizás en los últimos años a raíz de la abdicación de don Juan Carlos I.

Tampoco ha planteado problemas serios en relación con otras cláusulas constitucionales. De hecho, resulta indiscutible que el reconocimiento de la irresponsabilidad del Rey no limita el ejercicio del derecho a la tutela

²⁴⁰ BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001): "La inviolabilidad del Rey y el refrendo de sus actos" en: *La monarquía parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, p. 202



judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, principalmente por dos motivos²⁴¹. Por un lado, porque la mayor parte de intervenciones del monarca se producen para realizar actos debidos, cuyas consecuencias jurídicas asumen las autoridades refrendantes. En segundo lugar, ambos preceptos son compatibles al contener el ordenamiento jurídico español el diseño de un régimen de responsabilidad, al menos de carácter patrimonial, derivado de la fiscalización los actos personales del monarca que no requieren de refrendo. En un supuesto hipotético, la indemnización la asumiría la Casa del Rey o la Administración del Estado.

Ahora bien, sobre el alcance de la inviolabilidad regia se han confrontado diferentes posturas, tal y como se hace patente en el subapartado 4.3.

En este sentido, se generó una gran polémica con ocasión de la ratificación por parte de España del Estatuto de Roma de la CPI, en el que no se establece la inmunidad de los Jefes de Estado. Dado que los argumentos para considerar que la Carta Magna no era conforme al artículo 27.1 de dicho tratado eran sólidos, se barajó la opción de acometer una reforma constitucional para suprimir la inviolabilidad regia y poder ratificar así ese importantísimo documento internacional.

Finalmente, no se llegó a materializar esta idea, puesto que el Consejo de Estado en su Dictamen 1374/1999 consideró que la responsabilidad penal individual recaería eventualmente en el órgano refrendante, al entender que del art. 56.3 CE no se derivaba tanto la no exigencia de responsabilidad personal del Rey por sus actos como su imputación a la autoridad que los

²⁴¹ BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001): *op.cit.*, p. 208.

refrendase²⁴². Amparándose en el mencionado dictamen²⁴³, que no comparte la totalidad de la doctrina²⁴⁴, las Cámaras aprobaron la Ley Orgánica (LO 6/2000) por la que se autorizó la ratificación del Estatuto de Roma. En la tramitación parlamentaria de dicha norma se descartó la incompatibilidad del artículo 56.3 CE con las disposiciones del tratado que fijaban la competencia de la CPI para dirimir la responsabilidad de los Jefes de Estado por crímenes de guerra, delitos de genocidio y de lesa humanidad. Entonces se esgrimió principalmente que la inviolabilidad se configura como una prerrogativa otorgada por el Derecho Interno, no extrapolable al ámbito internacional.

3. LA ABDICACIÓN DE DON JUAN CARLOS I Y SU ENCUADRE EN EL PANORAMA COMPARATISTA

Enmarcada la abdicación en el engranaje constitucional de la sucesión a la Corona con los interrogantes que

²⁴² RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2009): *op cit*, p.1566.

²⁴³ OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente (2017): De Juan Carlos I a Felipe VI: ¿Algo nuevo bajo el sol?", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, Nº 29, Cortes Valencianas, Valencia, p. 213.

²⁴⁴Autores como Oliver Araujo y Calafell Ferrá, por nombrar a algunos, no comparten los términos del mentado dictamen ni las conclusiones a las que se llegaron en sede parlamentaria y subrayan que la jurisdicción de la CPI se aplica sin excepciones. Asimismo, señalan que sería absurdo que no pudiera responder el monarca español ante ese órgano cuando tribunales nacionales en ocasiones han juzgado por la vía penal a Jefes o antiguos Jefes de Estado de otros países, como en el caso del proceso judicial impulsado desde España contra Pinochet.



presenta este instituto, en las siguientes páginas se procede a describir y analizar los trámites seguidos para hacer efectiva la abdicación de don Juan Carlos I en junio de 2014, que abrió un escenario novedoso en la relativamente joven democracia española. Se presta especial atención a las circunstancias en que se produjo tal singular acontecimiento, a las diferentes fases en las que se articuló el proceso y a los actores que han posibilitado que se haya solventado la abdicación sin que pueda oponerse reproche constitucional alguno.

A continuación, se recurre al Derecho Comparado en aras de ofrecer algunas nociones sobre experiencias relativas a procesos de abdicaciones regias que se han producido en otros países del entorno europeo.

Don Juan Carlos I fue el tercer monarca europeo que cedió el trono en vida en menos de dos años, habiendo abdicado Beatriz I de Holanda y Alberto II de Bélgica en 2013 por diferentes motivos. Además, la sombra de la abdicación también ha planeado últimamente sobre la monarquía noruega y la danesa. Ello demuestra que esta práctica no es ni mucho menos excepcional en la actualidad y que se ha generalizado como modo de renovación de las monarquías parlamentarias, por lo que conviene dedicarle la importancia que merece. Ante la falta de ley orgánica disponible que regule el acto de abdicación en el ordenamiento español, tomar nota del modo de proceder de otros Estados en estos casos y recurrir a esos precedentes tan cercanos puede ser especialmente útil.

3.1 LA ABDICACIÓN DE DON JUAN CARLOS I

En la mañana del 2 de junio de 2014, el entonces Presidente del Gobierno, Rajoy, anunció en una

declaración institucional que don Juan Carlos I le había transmitido por carta su voluntad de abdicar tras casi cuatro décadas al frente de la Jefatura del Estado. La noticia causó un gran impacto en la sociedad española, pues don Juan Carlos I era el monarca que había reinado durante el período de mayor desarrollo social y estabilidad política de la historia del país. Desde luego, estaba considerado por una significativa parte de la población como una figura clave de la Transición, artífice tanto de la construcción como de la posterior consolidación de la democracia y defensor del orden constitucional frente a cualquier amenaza. El anuncio de la abdicación del Rey supuso el inicio de un cambio de rumbo en la Corona y despertó también una gran inquietud entre los expertos de la Corona por la austeridad del art. 57.5 CE y la ausencia de una ley orgánica que resolviese los problemas interpretativos relacionados con la abdicación. Ante la necesidad de dar respuesta a las dudas que se planteaban como consecuencia de la dejadez institucional, desde la prensa y en foros académicos se comenzó a abordar el tema con mayor profundidad.

La decisión de don Juan Carlos I de dejar el trono a los 76 años y abrir el proceso sucesorio no fue en ningún caso espontánea ni improvisada, sino firme y meditada, fruto de un largo proceso de reflexión interna en un tiempo marcado por un contexto político-social e institucional muy concreto. Además, es de sobra conocido que Felipe de Borbón había asumido buena parte de la agenda oficial de su padre en años anteriores a la abdicación por sus problemas de salud. Es más, Torres del Moral sugirió que quizás hubiera sido deseable “la puesta en práctica del instituto del art. 59.2 CE, esto, de la apreciación de la imposibilidad del Rey de ejercer su cargo y el nombramiento del Heredero como



Regente²⁴⁵". Sin embargo, no se llegó a aplicar dicho procedimiento.

Sin entrar a valor la idoneidad del momento escogido para la abdicación, lo cierto es que un cúmulo de causas de distinta índole permite explicar la decisión del monarca²⁴⁶. Indudablemente, la abdicación don Juan Carlos I se produjo en momentos de descrédito de la

²⁴⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): *op cit*, p.35.

²⁴⁶ Todo apunta a que fueron motivos determinantes la causa judicial (caso Nóos) en la que estaban siendo investigados tanto la Infanta Cristina como su yerno Urdangarín, así como la participación del monarca en una cacería de elefantes en Botswana el día en que se decidía en Bruselas si España era intervenida financieramente. Por este despropósito llegó a pedir disculpas en televisión en un gesto inaudito. También influyó en la decisión el delicado estado de salud del Rey, que fue operado en cinco ocasiones en un período de veinticinco meses, además de los rumores acerca del mal estado de su matrimonio a raíz de la irrupción pública de una íntima amiga, la aristócrata alemana Corinna zu Sayn-Wittgenstein²⁴⁶.

A mayor abundamiento, los resultados de las elecciones europeas presagiaban de alguna manera la apertura de un nuevo ciclo político en el país con el surgimiento de nuevos actores políticos de peso y el debilitamiento del bloque bipartidista conformado por PP y PSOE. Ante el incierto panorama electoral que con toda probabilidad deparaba el 2015, con comicios generales y autonómicos a la vista, el Rey quiso aprovechar que contaba con los apoyos parlamentarios suficientes para que el proceso de abdicación se completase con éxito. Aunque desde la Casa Real se apresuraron a asegurar que la decisión de don Juan Carlos I de poner fin a su reinado no respondía a esos motivos, resulta obvio que representó una reacción contra el deterioro de la imagen pública de la Corona para asegurar su pervivencia. De tal modo que se podría sostener que su abdicación no fue totalmente voluntaria, lo que ciertamente no sería insólito atendiendo a otros precedentes de la historia de la monarquía española.

monarquía entre la opinión pública y parece ser que el mismo estuvo presumiblemente sometido a presiones de sectores afines que consideraban desde hace un tiempo que la continuidad de la institución estaba en peligro. En efecto, la popularidad de la Familia Real estaba en claro retroceso por la sucesión de escándalos que afectaban de forma directa o indirecta al Rey.

Don Juan Carlos I se retiró sin fastuosos homenajes, a través de la vía austera, por un procedimiento que se llevó a cabo con el consenso de las dos fuerzas políticas principales del país, que habían sido el sustento de la monarquía desde los primeros años de democracia y acordaron acelerar el relevo del Jefe de Estado. De esta forma, se trató de evitar que las masas agitaran las calles en aras a forzar un referéndum para decidir sobre la continuidad de la monarquía parlamentaria o la instauración de una República, objetivo que se cumplió verdaderamente. Lo cierto es que más allá de algunas manifestaciones republicanas y la oposición al proceso de abdicación tanto de las fuerzas políticas nacionalistas (ERC, Bildu, BNG, Compromís...) como de varios partidos del espectro de la izquierda (IU, Podemos), la implementación de una Jefatura del Estado electiva no apareció como una posibilidad factible en ningún momento. La abdicación se solventó de forma rápida y eficaz, en menos de tres semanas. En cierta medida, incluso se transmitió la sensación a la opinión pública de que el apresuramiento y el secretismo habían marcado una operación de tamaño trascendencia constitucional.

En su comunicado, el Presidente Rajoy informó también de que el cambio en la Jefatura del Estado estaba motivado por el convencimiento de don Juan Carlos I de que era el momento idóneo para inaugurar una nueva etapa en la Corona encabezada por el entonces Príncipe de Asturias. Esta idea la reiteró el Rey en su mensaje de



despedida, retransmitido unas horas más tarde del anuncio de Rajoy²⁴⁷.

El hecho de que fuese el Presidente del Gobierno el encargado de comparecer en primer lugar con el fin de hacer llegar a los españoles la decisión del Rey se justifica porque es el órgano constitucional que refrenda mayoritariamente los actos del monarca y asume la responsabilidad de los mismos (art.64.1 CE)²⁴⁸.

Sin más preámbulos, el mismo 2 de junio, el Presidente Rajoy trasladó el escrito del monarca al Gobierno y convocó de forma extraordinaria y urgente al Consejo de Ministros para cumplir con las previsiones constitucionales en materia de abdicaciones. Poco antes, el Rey había contactado con los Presidentes del Congreso y el Senado para informarles personalmente de su decisión por deferencia constitucional. Reunido el Consejo de Ministros en la mañana siguiente, aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica de abdicación de don Juan Carlos I y un acuerdo por el que se solicitaba su tramitación en lectura única (art. 150 del Reglamento del Congreso y art. 129 del Reglamento del Senado) por el procedimiento de urgencia (art. 93 y ss. del Reglamento del Congreso y art. 133 y ss. del Reglamento del Senado).

²⁴⁷ En su discurso, el monarca repasó brevemente su papel como Jefe de Estado, aludió al proceso de modernización de España, se deshizo en agradecimientos y trasladó a la ciudadanía su intención de abdicar. Aclaró también que las Cortes Generales y el Gobierno proveerían a la efectividad de la sucesión conforme a las disposiciones constitucionales y mostró su confianza en su hijo don Felipe de Borbón para continuar con su legado.

²⁴⁸ CARRILLO LÓPEZ, Marc (2015): "Debatiendo: La sucesión a la Corona", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº7, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III, p. 271.

El Proyecto de Ley Orgánica que se redactó y posteriormente se aprobó es extremadamente sucinto, pues contiene solamente el Preámbulo, un artículo con dos apartados, una Disposición Final, la fecha y la firma de don Juan Carlos I y Rajoy.

El Preámbulo recoge el escrito con el que el monarca trasladó su decisión de abdicar formalmente al jefe del Ejecutivo. Asimismo, para explicar el sentido de dicha ley orgánica en relación con el art. 57.5 CE, se alude a los precedentes de las constituciones españolas de 1845, 1869 y 1876, que ya hacían depender la efectividad de la abdicación y la resolución de dudas sobre la sucesión de la aprobación de una ley especial²⁴⁹. Por su parte, el artículo uno establece lo siguiente: 1) Su Majestad el Rey don Juan Carlos I de Borbón abdica la Corona de España. 2) La abdicación será efectiva en el momento de entrada en vigor de la presente ley orgánica. En cuanto a la Disposición Final, ésta señala que la presente ley orgánica entrará en vigor en el momento de su publicación en el BOE.

De este modo, el Gobierno se decantó por cumplir el mandato del art. 57.5 CE con la aprobación de una ley *ad hoc* para la abdicación de don Juan Carlos I, entendiendo que la intervención parlamentaria era requisito inexcusable para su efectividad. Pese a la ausencia de una ley orgánica con vocación de permanencia y la poquedad del art. 57.5 CE, la abdicación se debía llevar a cabo para evitar un bloqueo institucional en el país. Se aplazó, por tanto, la posible aprobación de una ley general sobre la Corona que desde algunos sectores doctrinales se viene demandando con insistencia. Dada la importancia de la operación, puede resultar comprensible que se prefiriese optar por un

²⁴⁹ CARRILLO LÓPEZ, Marc (2015): *op cit*, p. 275.



proceso breve y pactado para asegurar la estabilidad institucional frente a la opción de elaborar una ley más comprensiva. Lo último hubiera requerido una reflexión profunda y duradera sobre diversos interrogantes relacionados con la monarquía parlamentaria, que no se ha iniciado en cuatro décadas de funcionamiento de sistema democrático.

El predominio de PP y PSOE en ambas Cámaras facilitó que se adoptara para la deliberación y la votación de un proyecto legislativo de enorme relevancia constitucional un procedimiento que limitaba significativamente las facultades de debate y enmienda de los representantes. Tal y como se denunció, el *iter* parlamentario tan breve que se siguió dista de ser el cauce más respetuoso con la posición institucional de las Cortes Generales²⁵⁰. Con tal urgencia se instrumentó la aprobación del Proyecto de Ley orgánica que incluso la Mesa del Congreso avaló la tramitación conjunta como enmiendas de devolución de las cinco propuestas presentadas a la ley de abdicación por diferentes fuerzas (IU, Compromís, BNG, Geroa Bai, ERC) partidarias de la convocatoria de un referendo sobre la Jefatura del Estado²⁵¹. Esta decisión la justificó el órgano de gobierno de la Cámara Baja aludiendo a la especial naturaleza de la ley y a su formato de artículo único. El 11 de junio, las cinco enmiendas fueron rechazadas en el Congreso, donde una mayoría muy holgada que englobó alrededor del 85% de los diputados dio luz verde a la abdicación de don Juan Carlos I²⁵². Se contabilizaron 299 votos favorables (PP,

²⁵⁰ OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente (2017): *op cit*, p. 202.

²⁵¹ GARCÍA TORRES, Jesús (2009): *op cit*, p. 1585.

²⁵² GAREA BARAGAÑO, Fernando (2014a): *El Rey abdica: El Congreso da luz verde a Felipe VI*, El País. Documento en línea:

PSOE, UPyD, Foro, UPN), 19 en contra (IU, Compromís, BNG, Geroa Bai, ERC y Nueva Canarias) y 23 abstenciones (CiU, PNV, CC y un diputado del PSOE).

Si en la Cámara alta se superó con creces la mayoría absoluta exigida, en el Senado también se sobrepasó la mayoría simple sobradamente. Tras remitirse el texto a esta Cámara, el 17 de junio se rechazaron los vetos presentados por IU, ERC e IC-V y el Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado en sus propios términos por 233 votos a favor, 20 en contra y 5 abstenciones.

En línea con lo indicado por la doctrina mayoritaria, las abstenciones y los votos en contra emitidos por diputados y senadores han de interpretarse como que éstos se oponían a que don Juan Carlos I abdicase y no a la sucesión a la Corona en sí misma, cuyas reglas ya están establecidas y son de aplicación automática a todos los poderes del Estado²⁵³.

Finalmente, el 18 de junio fue promulgada y sancionada con el refrendo del Presidente del Gobierno la Ley Orgánica 3/2014 “por la que se hace efectiva la abdicación de Su Majestad el Rey don Juan Carlos I”. Al acto, que tuvo lugar en el Palacio Real, asistieron el Príncipe de Asturias y su esposa, el Presidente del Gobierno y otros altos representantes del Estado. Fue el propio rey saliente el encargado de estampar su firma en el texto al mantenerse en sus últimas funciones

https://elpais.com/politica/2014/06/11/actualidad/1402484232_715544.html (Consultado el 16 de mayo de 2019)

²⁵³ RIDAO MARTÍN, Joan (2014): “Abdicación y monarquía parlamentaria en la España del siglo XXI”, *Derecho y Cambio Social*, Nº37, Lima, Circulo de Estudios Iusfilosóficos “Unidad”, p. 19.



constitucionales hasta que surtiese efectos la ley orgánica de abdicación. Dicha norma, que puede ser un precedente fundamental para futuras abdicaciones, entró en vigor el día 19 de junio, el mismo en que fue publicada en el BOE conforme a lo establecido en su Disposición Final. La publicación de la LO 3/2014 en el BOE comportó automáticamente la sucesión en la Corona y Felipe de Borbón, entronizado como Felipe VI, comenzó su reinado al ser el primero en la línea sucesoria. Desde ese momento, don Juan Carlos I y su esposa dejaron de ser Reyes “efectivos” y el primero perdió su condición de inviolable.

Haciéndose coincidir con la entrada en vigor de la LO 3/2014, el día 19 de junio, el nuevo monarca fue proclamado Rey de España en el Congreso de los Diputados y juró desempeñar su cargo con respeto a la Constitución (art.61.1 CE). Fue la segunda vez que don Felipe VI prestaba juramento, puesto que ya en 1986 lo había hecho como Príncipe de Asturias al cumplir la mayoría de edad (art. 61.2 CE)²⁵⁴

En cualquier caso, hay que recordar que la ceremonia de proclamación se configura como un acto “ad solemnitatem” que no produce la efectividad de la abdicación, sino que el monarca cumple “porque es Rey” y no “para ser Rey”²⁵⁵.

²⁵⁴ Paradójicamente, su antecesor en el cargo no había llegado a jurar jamás la Constitución, sino que había prometido lealtad a las Leyes Fundamentales del Reino del y los principios que informaban el Movimiento Nacional del régimen franquista. Hay que tener en cuenta que don Juan Carlos I fue proclamado Rey en 1975, antes de que se aprobara la Constitución de 1978 que él mismo promulgó.

²⁵⁵ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): “La abdicación constitucional laudanda et minoranda”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 47, Madrid, Iustel, p.35.

Concluido el proceso de abdicación, las valoraciones de los expertos sobre el mismo se multiplicaron. Además de lo comentado anteriormente, la discusión doctrinal se volvió a centrar en la problemática relativa a la ley orgánica, que parece no tener fin.

Con la abdicación de don Juan Carlos I, todo apunta a que se ha impuesto la idea de que para hacer efectiva una abdicación concreta será imprescindible aprobar una ley singular en cada caso. Se ha debilitado, por tanto, la tesis que defendía la elaboración de una única ley orgánica para solventar todos los supuestos de abdicaciones, renunciaciones y dudas (de hecho y derecho)

Tras inclinarse el Gobierno por la solución de la ley específica, una parte de los estudiosos del Título II tacharon la LO 3/2014 de "precipitada". Los mismos hicieron hincapié en que, desde una perspectiva jurídica, hubiera sido preferible que hubiese existido primero la norma y luego el acto, no al revés. También comentaron que se había perdido una gran oportunidad para aprobar una ley general sobre la Corona o al menos dar respuesta en esa ley *ad hoc* a temas pendientes como el estatus jurídico del Rey abdicado²⁵⁶. En ningún caso, la ley comprensiva que se demanda sustituiría a la ley redactada para el supuesto concreto, sino que ambas serían compatibles. Esta tesis, a la que me adhiero por considerarla la más razonable, la propugnan autores como Ridao Martín²⁵⁷, Ferreres Comella²⁵⁸ y Torres

²⁵⁶ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (2014): *El contenido real de la ley de abdicación*, El Diario. Documento en línea: https://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/Luces-sombras-abdicacion-Rey_0_266674119.html (Consultado el 17 de mayo de 2019)

²⁵⁷ RIDAO MARTÍN, Joan (2014): *op cit*, p. 21

²⁵⁸ FERRERES COMELLA, Víctor: (2014): *op cit*, p. 126



Gutiérrez²⁵⁹, además de otros constitucionalistas (Gómez Sánchez, Torres del Moral, de Esteban Alonso) mencionados en el apartado 2.1. Estos autores pretenden que, de esa manera, se resuelvan cuestiones que no han sido abordadas hasta la fecha y sobre las que acechan las dudas. Por ejemplo, el estatus jurídico del Rey abdicado y del Príncipe de Asturias, la posición del Presidente del Gobierno ante la proclamación de un nuevo monarca, el papel del Rey como mando supremo de las Fuerzas armadas o cuestiones acerca de la transparencia de la Casa Real, etcétera. También podría regular con más precisión los supuestos de dudas (de hecho y derecho), renunciaciones y abdicaciones, estableciendo la obligatoriedad de obtener el visto bueno del Parlamento para que surtan efecto estos actos.

En cambio, otros académicos como Herrero de Miñón consideran inoportuna e innecesaria la propuesta de elaborar una Ley Orgánica de la Corona que precise las actividades regias en su totalidad y determine el estatus de los miembros de la Familia Real, entre otros asuntos. En su opinión, de la lectura de la CE se pueden inferir esas cuestiones y no merece la pena exponerse a que se revitalice el debate público sobre temas como la forma política del Estado o las competencias regias y su interpretación²⁶⁰. Desde su punto de vista, una norma de ese tipo, que no existe como tal en ninguna de las monarquías parlamentarias europeas, sería solamente apropiada para extender al monarca abdicante la prerrogativa de la inviolabilidad que contempla el art. 56.3 CE. En una línea muy similar se ha posicionado García Fernández, quien alaba la actuación del Gobierno por haber llevado a término la abdicación dictando una ley de contenido singular. Este autor detecta en la

²⁵⁹ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2014): *op cit*, p. 279

²⁶⁰ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): *op cit*, p.35.

Constitución “resistencia a adoptar una norma general sobre el estatuto de la Corona o sobre el régimen jurídico de la sucesión²⁶¹”. Según su enfoque, la Jefatura del Estado no debe verse afectada por el juego parlamentario en la medida de lo posible, pues ello podría redundar en una atribución de facultades muy reducidas o exorbitantes al Rey.

3.2 LAS ABDICACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Después del examen pormenorizado del proceso de abdicación de don Juan Carlos I, conviene ampliar la perspectiva y dedicar unos párrafos al análisis de otros supuestos recientes de abdicación que nos ofrece el marco comparado, eminentemente en el continente europeo. Llama la atención que en los textos constitucionales de la mayoría de países que se mencionan a continuación no se fija procedimiento alguno de abdicación y, en ocasiones, ni siquiera la mínima mención a la abdicación como supuesto excepcional de sucesión.

En cualquier caso, en los próximos tres subapartados el objetivo consiste en dilucidar en qué medida el encaje jurídico-constitucional de esta materia en otros ordenamientos nacionales y la fórmula empleada en otros países para dar cobertura a la abdicación son parecidos o distintos a la experiencia española.

Para ello, se exponen brevemente los dos principales modelos o tipos de regulación constitucional de la abdicación que es posible distinguir en el continente

²⁶¹ GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: (2014): *op cit*, p. 11.



européo²⁶² y algunos ejemplos de su aplicación en la praxis: el continental en base a las protagonizadas tanto por Beatriz I de Holanda (2013) como por Alberto II de Bélgica (2013) y el británico a partir de la abdicación de Eduardo VII (1936) de Inglaterra.

Fundamentalmente por falta de espacio, no se analizan pormenorizadamente otros dos procesos de abdicación que se han llevado a cabo en 2019 en países alejados de España en lo que se refiere a cultura y tradición constitucional, entre otros elementos. Es el caso de Japón y Malasia, ambos enclavados en el continente asiático.

En el Estado nipón, el Emperador Akihito dejó entrever el 8 de agosto de 2017 en una comparecencia que no estaba en condiciones para continuar en el ejercicio de sus funciones y prefería dejar paso a su primogénito Naruhito. Esa decisión vino motivada por las dificultades que le suponía ejercer las funciones propias de Jefe de Estado con una salud endeble y con una edad superior a los 80 años.

Ante la falta de regulación en la materia, el Parlamento japonés se vio en la tesitura de aprobar una ley para que el traspaso de poderes se materializase, lo que no pudo ocurrir de forma inmediata. Hasta el 9 de junio de 2017 no se aprobó en la Cámara Alta un proyecto de ley aplicable específicamente a Akihito para hacer posible su abdicación.

Despejado el camino legal, el Gobierno disponía de tres años para fijar por decreto la fecha de la abdicación. Tras muchas especulaciones, ésta se produjo el 30 de abril de 2019 en una ceremonia cargada de simbolismo. Ante la

²⁶² HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): *op cit*, p-32-33

presencia del futuro Emperador Naruhito y la próxima Emperatriz Masako, jueces de la Corte Suprema, los Presidentes de las Cámaras parlamentarias y otros asistentes, Akihito transmitió su último mensaje como Jefe de Estado tras anunciar el Primer Ministro Abe su abdicación. Al día siguiente continuaron los rituales en la entronización de Naruhito, que ofreció su primer discurso como soberano.

Por otro lado, el 6 de enero de ese año, el entonces Rey de Malasia, Mohamed V, anunció súbitamente su abdicación sin ofrecer explicación alguna tras apenas dos años de reinado. La decisión originó una grave crisis institucional y una gran cantidad de interrogantes, pues además no tenía precedentes. Todo apunta a que el monarca habría contraído matrimonio en secreto con una modelo rusa unos meses antes, lo que le habría abocado a una retirada inmediata.

Conviene tener en mente que Malasia es el único país en el que la Jefatura del Estado se ejerce de forma rotatoria, de manera que se suceden en el trono los nueve sultanes de la federación, que conforman el Consejo de Gobernantes. Se trata de una monarquía constitucional de carácter electivo, pues dicho órgano es el encargado de designar a quién pertenece el título de soberano por cada período de cinco años²⁶³. Ciertamente es que suelen elegir en función de un orden predeterminado constitucionalmente.

Así pues, el Consejo de Gobernantes se reunió el 24 de enero y votó designar al sultán Abdulá sucesor de

²⁶³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Eduardo (2019): *Juego de tronos en Malasia tras abdicar su rey*. El Mundo. Documento en línea: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/01/10/5c361f7ffc6c83a9698b464c.html> (Consultado el 18 de Mayo de 2019)



Mohamed V, poniendo así fin a una corta etapa de interinidad en la corona malaya. Una semana después, fue coronado Rey en ausencia de su antecesor en y desde entonces ejerce el papel ceremonial que se encomienda al ocupante del trono malayo.

En la Ciudad del Vaticano, otra monarquía electiva, también se produjo una experiencia que podría catalogarse como una abdicación cuando el papa Benedicto XVI (2013) cedió el testigo a Francisco I. En cualquier caso, la misma recae más propiamente dentro del campo de estudio del Derecho Canónico y, por eso, no cabe examinarla a fondo en las próximas páginas.

Todos los procesos de abdicación señalados se diferencian de una práctica a la que se ha recurrido en algunos principados europeos, en virtud de la cual el Jefe de Estado decide ceder el ejercicio de parte o la totalidad de sus funciones constitucionales al príncipe heredero. En Liechtenstein, el Príncipe Hans-Adam II nombró a su hijo Luis como su representante permanente en 2004 y le permitió hacer uso de sus derechos de soberanía. Desde entonces, el príncipe heredero actúa como Jefe de Estado a nivel nacional e internacional y su padre se dedica al ámbito de la administración. Esta delegación de funciones la experimentó el propio Hans-Adams en 1984, cuando su progenitor, el príncipe Francisco José II, le traspasó los poderes soberanos²⁶⁴.

En Mónaco, el único hijo varón del Príncipe Rainiero III, el príncipe heredero Alberto, asumió las competencias de la Jefatura del Estado en 2005. Lo hizo siguiendo la

²⁶⁴ DE LA FUENTE, Inmaculada (1984): *Francisco José II*, El País. Documento en línea: https://elpais.com/diario/1984/08/30/ultima/462664805_850215.html (Consultado el 17 de mayo de 2019)

recomendación del Consejo de Estado unos días antes de la muerte de su padre, al estar éste último impedido por una enfermedad para cumplir con el papel que le atribuye la Norma Fundamental²⁶⁵.

3.2.1 EL MODELO CONTINENTAL

Desde la perspectiva del modelo continental se contempla la abdicación como un acto libre y unilateral que surte efectos jurídicos sin depender de la aprobación parlamentaria para ello.

Este enfoque englobaría múltiples abdicaciones que comprenden desde el siglo XIX al siglo XXI. Algunas de las más conocidas son las que tuvieron lugar en Italia en 1848 y 1946, años en los que se apartaron del trono Carlos Alberto de Saboya y Víctor Manuel III respectivamente. Asimismo, las abdicaciones que se han producido en los países del Benelux también se insertan en este modelo. Aparte de las protagonizadas por Beatriz I de Holanda y Alberto II de Bélgica en 2013, tiene sentido hacer mención a las abdicaciones de las Reinas Juliana y Guillermina de Holanda en 1948 y 1980 respectivamente, así como a la de Leopoldo III de Bélgica en 1951 y la propia del Gran Duque Juan de Luxemburgo en el año 2000²⁶⁶.

En todos los supuestos anteriormente mencionados, las abdicaciones se han llevado a cabo de forma rápida y

²⁶⁵ MARTÍ, Octavi (2005): *Alberto de Mónaco asume el poder ante la enfermedad de Rainiero*, El País. Documento en línea:

https://elpais.com/diario/2005/04/01/internacional/1112306413_850215.html (Consultado el 17 de mayo de 2019)

²⁶⁶ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): *op cit*, p. 33.



simple, en un único acto. Por lo general ha sido suficiente la elaboración de un único documento firmado por el monarca que dejaba el trono en cada caso junto con la intervención de terceros para dar fe a modo de testificación. Salvo en la abdicación de Carlos Alberto de Saboya, en la que la tarea recayó en un notario, los encargados de asumirla han sido magistrados de prestigio que ejercían altas funciones jurisdiccionales. Es común que la redacción y firma del acta de abdicación venga precedida por un comunicado en el que el monarca anuncie su decisión de dejar paso a su sucesor. Además, se entiende que un acto de tal trascendencia política está también en este modelo sometido a refrendo, que se expresa a través de la presentación del acta de abdicación²⁶⁷.

Así pues, la declaración unilateral del monarca es válida *proprio vigore* para poner en marcha la sucesión conforme a las reglas previstas, sin necesidad de más trámites ni de aprobar una ley orgánica, como prevé la CE. Consecuentemente, el heredero al trono pasa a ejercer la Jefatura del Estado por el solo hecho de que sea efectivo el acto de abdicación. No obstante, en Dinamarca se contempla en su texto constitucional un interregno hasta el juramento y la proclamación del monarca entrante²⁶⁸.

En este punto, cabe comentar algunas cuestiones relacionadas con las dos abdicaciones insertas en este modelo más cercanas en el tiempo, la de Beatriz I de Holanda y la de Alberto II de Bélgica.

²⁶⁷ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción (2015): "Debatiendo: La sucesión a la Corona", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº8, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III, p. 264.

²⁶⁸ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): *op cit*, p. 33.

En el caso holandés, el 29 de enero de 2013 la Reina dio a conocer a la nación su voluntad de poner fin a su reinado tras una trayectoria de 33 años al frente de la Jefatura del Estado. Marcada por el varapalo que supuso el terrible accidente que sufrió su hijo Friso en 2009, consideró que era el momento oportuno para hacer tan importante anuncio. Unos meses después, el 30 de abril de 2013, Beatriz formalizó por escrito ante representantes del Ejecutivo y de las Cámaras legislativas su decisión de ceder el testigo a su hijo Guillermo²⁶⁹. El mismo día que se firmó el acta de abdicación, el hasta entonces príncipe Guillermo de Orange fue proclamado Rey de Holanda durante la Reunión Plenaria de los Estados Generales y juró el cargo en una ceremonia de investidura, tal y como determina el art. 32 de la Constitución holandesa. El nuevo monarca ocupa el trono desde entonces con el nombre de Guillermo Alejandro IV y su esposa Máxima ejerce de Reina consorte.

El procedimiento seguido responde a un protocolo no fijado en la Constitución neerlandesa, que alude al efecto de la abdicación y no al modo de hacerla efectiva²⁷⁰.

Por su parte, Alberto II de Bélgica compareció ante sus compatriotas el 3 de julio de 2013 para comunicarles su decisión de abdicar tras dos décadas de reinado, alegando como motivos su deteriorada salud y su avanzada edad. Minutos después de la alocución de Alberto II, el Primer Ministro belga Di Rupo realizó unas declaraciones para mostrar su respeto a la voluntad del monarca y agradecerle su dedicación y esfuerzo por el

²⁶⁹ RIDAO MARTÍN, Joan (2014): *op cit*, p. 15.

²⁷⁰ GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción (2015): *op cit*, p. 264.



país²⁷¹. Aunque la abdicación era un secreto a voces, lo cierto es que se rumoreaba en Bélgica que hasta otoño no se produciría. Además, parte de la opinión pública consideraba que el hijo de Alberto II no estaba preparado todavía para desempeñar el cargo. Sin embargo, y a pesar de que la mayoría de políticos deseaban su continuidad hasta las elecciones federales de 2014, su salida se precipitó por problemas con el fisco y por una demanda de paternidad interpuesta por una presunta hija extramatrimonial.

Tal y como anunció el exmonarca a sus 79 años, su primogénito Felipe le sucedió en la Jefatura del Estado al acceder al trono el día 21 de julio. En una ceremonia austera celebrada sin la presencia de representantes de otras casas reales en la sede del Parlamento belga, se proclamó Rey de Bélgica a Felipe I tras jurar el cargo y su esposa Matilde adquirió la condición de Reina consorte. Esa misma mañana, Alberto II había firmado el acta de abdicación en un acto que contó con la presencia de miembros del poder judicial, representantes gubernamentales y líderes de partidos políticos²⁷².

A la luz de lo comentado, es evidente que son muchas las diferencias entre el procedimiento de abdicación por el que se ha solventado la abdicación de don Juan Carlos I y el *modus operandi* que se ha seguido en estos supuestos en los países del modelo continental. En este sentido, quizás lo más significativo sea que en este

²⁷¹ ABELLÁN, Lucía (2013): *Alberto II alega motivos de seguridad en su mensaje de despedida a los belgas*, El País. Documento en línea: https://elpais.com/internacional/2013/07/03/actualidad/1372857999_774211.html (Consultado el 18 de mayo de 2019)

²⁷² RIDAO MARTÍN, Joan (2014): *op cit*, p. 15.

modelo (por ejemplo, en Holanda y Bélgica) la abdicación del monarca y la proclamación de uno nuevo no son actos autónomos. De hecho, cabe considerarlos momentos procesales distintos de la sucesión al trono, lo que implica que ésta se abre con la abdicación y finaliza con el acto de proclamación.

3.2.2 EL MODELO BRITÁNICO

Al contrario de lo que caracteriza al modelo continental, en el Reino Unido la efectividad de la abdicación depende de su aprobación por ley en sede parlamentaria. Para encontrar un ejemplo de ello, hay que remontarse a 1936, año en el que Eduardo VIII abdicó para poder contraer nupcias con la dos veces divorciada Wallis Simpson, de origen estadounidense. La oposición a un posible matrimonio del monarca con su amante fue muy intensa y provino de diferentes frentes del *establishment* británico (Iglesia de Inglaterra, Gobierno nacional, dominios de Mancomunidad Británica de Naciones...). Poniendo fin a una situación muy conflictiva, el monarca tomó la determinación de ceder el testigo a su hermano, el príncipe Alberto (Duque de York), tras solamente once meses de reinado.

Así pues, el 10 de diciembre de 1936, Eduardo VII redactó y firmó un documento con el que notificaba su decisión ante la presencia de sus tres hermanos sobrevivientes. Al instrumento de abdicación se le dio forma legislativa al día siguiente con la aprobación sin enmiendas de la Ley de Declaración de Abdicación de Su Majestad de 1936 (*His Majesty's Declaration of Abdication Act 1936*) por el Parlamento británico (Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes). En aplicación del Estatuto de Westminster de 1931, que establecía que la línea de sucesión sería la misma para



todos los territorios bajo soberanía británica, los Dominios Británicos de Ultramar (Canadá, Australia, la Unión Sudafricana y Nueva Zelanda) dieron su consentimiento para que la mentada ley especial surtiese efectos en sus respectivos ámbitos territoriales²⁷³.

En cualquier caso, el 11 de diciembre, Eduardo VIII ofreció un discurso a la nación para explicar su decisión tras la aprobación real de la ley de abdicación, que excluía a sus herederos de la línea de sucesión. Ha de entenderse que para su entrada en vigor ese mismo día se requirió el refrendo del Primer Ministro, según la lógica de la monarquía parlamentaria.

El 12 de diciembre tuvo lugar la ceremonia de proclamación del Duque de York como Rey Jorge. Su esposa Isabel ejerció como Reina consorte a partir de entonces.

²⁷³ Conviene realizar algunos matices sobre la entrada en vigor de la abdicación que ponen de manifiesto la divisibilidad de la Corona británica por aquel entonces.

De una parte, el Parlamento de la Unión Sudafricana aprobó retroactivamente la abdicación con efecto al 10 de diciembre. En el país africano se partió de la idea de que la abdicación se configura como una declaración unilateral del monarca que entra en vigor inmediatamente, por sí sola, en línea con lo que postula el modelo continental. Ello supuso que el monarca entrante, entronizado como Jorge VI, reinó en Sudáfrica un día sin ser todavía Jefe de Estado del Reino Unido.

En Irlanda, por otro lado, la ley que reconocía al príncipe Alberto como nuevo monarca fue aprobada un día después que en Reino Unido y en el resto de dominios, por lo que allí Eduardo VII mantuvo el cargo veinticuatro horas más que en el resto de lugares.

En lo que aquí interesa, conviene preguntarse por qué motivos fue necesaria la aprobación de una ley para que la abdicación se efectuase. Son tres las razones principales que lo justifican.

Primeramente, hay que tener en cuenta que en Inglaterra la monarquía tiene su fundamento en una decisión del poder legislativo, donde reside la soberanía. En cambio, en el resto de países la monarquía parlamentaria tiene un origen constitucional, estando sometido el Parlamento a la Constitución. En consecuencia, en Inglaterra se exige siempre una ley para hacer efectiva cualquier decisión relativa a la sucesión. Sin embargo, en el resto de Estados solo se recurrirá a la ley cuando la Norma Fundamental así lo prescriba²⁷⁴ como en el caso español. En segundo lugar, no existía en la legislación británica relativa a la sucesión a la Corona ninguna disposición que contemplara el procedimiento y consecuencias de una posible abdicación. Por último, la decisión de Eduardo VIII acarreaba una alteración notable de las normas de sucesión que solo podía sustanciarse por ley. Concretamente, suponía la renuncia a los derechos sucesorios de sus descendientes y la constitución de una nueva cabeza de línea en su hermano Alberto.

A la postre, se deja entrever que el modelo británico presenta comparte más similitudes que el continental con la fórmula empleada ante la decisión de don Juan Carlos I. La necesaria intervención de las Cámaras parlamentarias para que una abdicación se produzca de forma efectiva es una característica que comparten tanto el ordenamiento británico como el español y que hace posible engarzar la institución monárquica con el sistema democrático. A la misma finalidad responden otros actos

²⁷⁴HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): *op cit*, p. 33.



del Título II de la CE, como la posible prohibición de un matrimonio real por el Parlamento (art.57.4 CE) o el juramento y proclamación tanto del Rey como del Príncipe de Asturias (art. 61 CE)²⁷⁵. Asimismo, la abdicación entra en ambos países en lugar con la aprobación de la ley de abdicación, dado que el acto de proclamación del nuevo monarca tiene un carácter meramente ceremonial. No obstante, en contra de lo que suele ser habitual en España y el resto de monarquías parlamentarias, es curioso que Eduardo VIII compareciese públicamente para anunciar su decisión después de haberse pronunciado el Parlamento.

4. EL ESTATUS JURÍDICO DEL REY EMÉRITO

El análisis del irreversible proceso de abdicación de don Juan Carlos I ha dejado cuestiones abiertas sobre las que merece la pena detenerse en los próximos tres subapartados. Ante la presencia de dos monarcas en la vida pública del país, cabe preguntarse cómo se configura actualmente el régimen jurídico-constitucional del exmonarca tras las modificaciones normativas impulsadas por el Gobierno. En especial, conviene someter a debate la adecuación y justificación del procedimiento seguido para aforarle, teniendo en cuenta que el horizonte penal del Rey emérito por aquel entonces se antojaba complicado. Por último, conviene cavilar sobre la conveniencia y el alcance de la prerrogativa de la inviolabilidad regia, asuntos de indudable actualidad.

Aprovechando el breve excursus realizado en el bloque anterior para adquirir unas nociones básicas sobre la forma en la que se han abordado en otros Estados

²⁷⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2014): *op cit.*

diferentes abdicaciones, en las páginas siguientes se realizan también ciertas referencias al Derecho Comparado.

4.1. LA CONVIVENCIA DE DOS MONARCAS: EL ROL INSTITUCIONAL DE DON JUAN CARLOS DE BORBÓN

La culminación del proceso de abdicación de don Juan Carlos I ha dado lugar a una situación completamente inédita en los casi cuarenta años de monarquía parlamentaria que han propiciado una etapa de prosperidad y progreso sin parangón en la historia de España. Fruto de la determinación del exmonarca de apartarse de un cargo que suponía tal responsabilidad, por primera vez dos Reyes han de convivir y formar parte de la Casa Real en una posición de equilibrio difícil de articular y mantener.

A pesar de que parecía insoslayable que en algún momento pudiera darse la circunstancia de que el Jefe de Estado optase por abdicar, con las dudas e interrogantes que muy probablemente se plantearían a raíz de ese hipotético acontecimiento, desde las instituciones no ha habido iniciativa alguna para dar una respuesta normativa a las mismas. En efecto, desde la promulgación de la Carta Magna española no se ha abordado nunca la regulación del estatuto jurídico-constitucional del Rey abdicado mediante la aprobación de una Ley Orgánica de la Corona de carácter general, aunque algunos autores estiman que solamente así se dará cumplimiento íntegro al mandato del 57.5 CE. El legislador tampoco ha resuelto esta cuestión con la LO 3/2014, a pesar de que varios expertos insistieron en que se había presentado la ocasión idónea para esclarecer “aspectos como cuál ha de ser la residencia



del hasta ahora Jefe de Estado, el tratamiento y los honores que deba recibir, la dotación económica, la organización administrativa a su servicio – adscribiéndose o no a la ya existente Casa Real-, la posibilidad de desempeñar alguna función representativa del Estado (...) y, sobre todo, si mantiene alguna de las prerrogativas que la Constitución atribuye al Jefe de Estado²⁷⁶".

Sin embargo, el Gobierno desechó esa opción y se decantó por realizar los mínimos ajustes normativos para encauzar los cambios que se produjeron en la Corona y la Casa Real, decisión que se juzgó acertada desde otros sectores doctrinales.

Las modificaciones comenzaron el mismo día en que fue efectiva la abdicación (19 de junio), cuando se publicó en el BOE el Real Decreto 470/2014 de artículo único, por el que se modificó el Real Decreto 1368/1987 sobre régimen de títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes. El primer decreto citado añadió al segundo una disposición transitoria cuarta, por la que se estableció que don Juan Carlos de Borbón continuaría vitaliciamente en el uso del título de Rey con carácter honorífico, con tratamiento de Majestad y honores análogos a los previstos para el Heredero de la Corona²⁷⁷. Lo mismo se dispuso respecto de doña Sofía.

Además, en el Real Decreto 470/2014 se fijó que don Juan Carlos y su esposa ocuparían la posición inmediatamente posterior a la de los descendientes de don Felipe VI en el orden de precedencia de los cargos y entes públicos en los actos oficiales, estipulado en el

²⁷⁶ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (2014): *op cit*.

²⁷⁷ OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente (2017): *op cit*, p. 202.

Ordenamiento General de Precedencias del Estado (Real Decreto 2099/1983). No hay que olvidar tampoco que, como consecuencia del ascenso de don Felipe de Borbón al trono el 19 de junio, Leonor pasó a tener automáticamente tratamiento de Alteza Real, Dignidad de Princesa de Asturias y los títulos y honores correspondientes al heredero a la Corona.

Asimismo, se especuló con la posibilidad de que don Juan Carlos de Borbón se reservara el título que empleó su padre, el de Conde de Barcelona²⁷⁸, aunque finalmente mantuvo el título de Rey de forma honorífica. El Gobierno argumentó atenerse así a los precedentes históricos y la costumbre consolidada en otras monarquías.

A partir de entonces, en la prensa se popularizó el término "Reyes eméritos" para referirse a él y a doña Sofía. Pese a que no se recoge esta nomenclatura en ninguna norma, progresivamente se ha asentado esta denominación en el lenguaje coloquial.

En el orden internacional, en ciertos supuestos sí se han producido variaciones sustanciales en la regulación de los tratamientos y honores de los monarcas abdicados respecto a su situación anterior.

En el caso de Beatriz I de Holanda, ella ostenta actualmente el título de "Princesa", que conservaba desde el nacimiento. Alberto II y su esposa Paola, por su parte, reciben el tratamiento de "Reyes eméritos". Algo muy similar ha ocurrido en Japón, donde la transición de la era Heisei a la era Reiwa ha venido acompañada de la concesión del título de "Emperadores eméritos" a Akihito y Michiko. En cuanto a Eduardo VIII y su esposa, hay

²⁷⁸ Siguiendo la visión defendida por GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2014a): *op cit.*



que recordar que los títulos nobiliarios de Duque y Duquesa de *Windsor* se crearon específicamente para otorgárselos a ellos tras su enlace y no han vuelto a usarse después de que fallecieran²⁷⁹.

De vuelta al ámbito nacional, además de la modificación operada por el Decreto 470/2014, el 20 de junio se procedió a la creación del Guión y el Estandarte del Rey don Felipe VI con la publicación del Real Decreto 527/2014. Asimismo, se aprobaron varios Reales Decretos adicionales para la reordenación de la Casa de Su Majestad el Rey (Real Decreto 547/2014) y el relevo en la Jefatura de la misma (Reales Decretos 540/2014, 541/2014 y 542/2014)²⁸⁰.

Todos esos pequeños cambios auspiciados por el Gobierno en junio de 2014 precedieron a una operación de mayor alcance legal completada un mes después. Concretamente, una nueva regulación del régimen de aforamiento ante el TS de los integrantes de la Familia Real que se instrumentó a través de una reforma de la LOPJ y que se estudiará en el siguiente apartado.

A mi modo de ver, se ha demostrado que ha sido suficiente para establecer las bases mínimas del régimen jurídico de los Reyes eméritos con retocar aspectos puntuales de la normativa reguladora del estatuto real de la Corona y de la Casa del Rey, así como de la normativa procesal.

No obstante, un asunto tan básico como la determinación de las competencias atribuidas al Rey

²⁷⁹ A la postre, la condición de Duque de *Windsor* se tradujo en el derecho a ocupar un asiento en la Cámara de los Lores, lo que nunca hizo el exrey.

²⁸⁰ TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2014): *op cit*, p. 282.

emérito no ha sido reglamentado. Ninguna previsión legal especifica qué tareas debe desempeñar don Juan Carlos de Borbón tras abandonar el trono, al igual que en el resto de monarquías parlamentarias estudiadas en este trabajo. En el caso español, ello no implica que el Rey emérito no esté acometiendo ninguna labor, sino que su rol se va perfilando en base a usos y costumbres a partir de la práctica diaria. Se ha seguido en este sentido la estela del Derecho Comparado. Así se evita una regulación rígida de las funciones de los monarcas abdicados, que podría restringir su ámbito de actuación al tratar de ofrecer respuestas a circunstancias que suelen ser imprevisibles y muy concretas.

Un lustro después de su abdicación, no cabe duda de que don Juan Carlos de Borbón está realizando cometidos muy similares a los que se encomendaban al Príncipe de Asturias y a los que suelen atribuirse a los exreyes en otras monarquías a las que se ha hecho referencia. Ante todo, viene ejerciendo funciones de representación estatal por decisiones del Consejo de Ministros plasmadas en reales decretos, al asistir a la toma de posesión de varios Jefes de Estado y de Gobierno iberoamericanos (casos de Piñera como Presidente de Chile, de Medina como Presidente de República Dominicana, de Kuczynsky como Presidente de Perú, de Macri como Presidente de Argentina y de Morales como Presidente de Guatemala...) ²⁸¹. No obstante, el Gobierno ha decidido designar ocasionalmente al Rey don Felipe

²⁸¹ SALVADOR RUIZ, Antonio (2017): *Rey emérito: sin funciones reguladas pero con un 'sueldo' mensual de 15.769 euros*, El Independiente. Documento en línea: <https://www.elindependiente.com/politica/2017/06/29/rey-emerito-sin-funciones-reguladas-pero-con-un-sueldo-mensual-de-15-769-euros/> (Consultado el 23 de mayo de 2019)



VI (caso de López Obrador como Presidente de México) o incluso a la Presidenta del Congreso Ana Pastor (casos de Abdo como Presidente de Paraguay y Duque como Presidente de Colombia) para acudir a este tipo de actos en sustitución del Rey por supuestas razones médicas. Asimismo, don Juan Carlos de Borbón ha acudido a los funerales de algunos mandatarios y personalidades (Gran Duque Juan, Fidel Castro, Miguel I de Rumanía, Rubalcaba, Duquesa de Alba...), además de presenciar eventos deportivos de primer nivel en los que competían españoles (final de la Champions League en 2018, de Roland Garros y Wimbledon en 2017, de la Copa Davis). También ha pronunciado una treintena de discursos oficiales y presidido actos de naturaleza muy distinta (reunión del COE, gala taurina de San Isidro...), entre ellos algunas entregas de premios y presentaciones de libros²⁸². Solo en algunos de estos acontecimientos ha estado acompañado de su esposa, que ha mantenido una agenda institucional más activa y parcialmente independiente respecto a la de su marido.

Tras su abdicación, que supuso un cambio enorme tanto a nivel personal como profesional para él, don Juan Carlos de Borbón abandonó el Palacio de la Zarzuela para que cada Rey tuviera su gabinete y no interferir así en el trabajo de don Felipe VI. Así pues, decidió trasladar su despacho al Palacio Real. En cualquier caso, los Reyes eméritos continúan residiendo en el complejo de la Zarzuela.

²⁸² Al margen de los actos oficiales, don Juan Carlos I dispone actualmente de más tiempo libre que dedica a viajar, participar en regatas, disfrutar de la gastronomía y asistir tanto a espectáculos taurinos como a acontecimientos deportivos.

Además, el Rey emérito y su esposa siguen recibiendo un sueldo público a partir de la asignación presupuestaria que se fija cada año para la Casa Real y que el Rey distribuye libremente (art. 65.1 CE). En el año 2018, la retribución concedida al Rey emérito rondaba los 194.000 euros anuales, muy por encima de las atribuidas a doña Leticia (133.000 euros) y a doña Sofía (109.000 euros). Resulta chocante que la cantidad destinada a don Juan Carlos de Borbón sea tan alta, la segunda más elevada de la Familia Real, cuando el exrey ha reducido tanto su presencia pública. De todos modos, si se asume que el monarca abdicado y su esposa son miembros de la Familia Real, parece lógico que reciban parte del montante con el que el Gobierno dota a la Casa Real en los Presupuestos Generales del Estado.

Por otra parte, es evidente que la abdicación de don Juan Carlos I pretendió provocar un golpe de efecto para asegurar la continuidad de la monarquía en España en tiempos de crisis para la misma. En este sentido, don Felipe VI está intentando transmitir una imagen renovada de la institución sin extralimitarse en las funciones que la CE le atribuye, tras haberse preparado durante toda su vida para ostentar la Jefatura del Estado.

Quizás la pérdida de relevancia institucional del Rey emérito desde el acceso al trono de don Felipe VI responde al deseo del último de desvincular a la Corona de los escándalos protagonizados por su padre en la fase final de su reinado. Así se explicaría, por ejemplo, que el exrey no participara en ninguno de los actos celebrados en el Congreso de los Diputados (proclamación de don Felipe VI, apertura de legislatura en 2016 y homenaje a las primeras elecciones generales democráticas en 2017), excepto en el acto de conmemoración de los



cuarenta años de la Carta Magna²⁸³. Sin embargo, fuentes de la Casa Real restaron importancia al asunto y afirmaron que el mismo don Juan Carlos de Borbón fue quien decidió cederle todo el protagonismo a su sucesor en esos actos solemnes²⁸⁴.

Inesperadamente, el Rey emérito comunicó el 27 de mayo de 2019, en una misiva enviada a su hijo Felipe, su deseo de abandonar la vida pública a partir del 2 de junio de ese año tras haber participado en más de un centenar de actos oficiales desde su abdicación. En cualquier caso, don Juan Carlos de Borbón mantendrá previsiblemente su consideración de Rey, el estatus jurídico de Rey emérito, su condición de miembro de la Familia Real y seguirá percibiendo un sueldo público²⁸⁵. La retirada del Rey emérito no afectará en nada a doña Sofía, que va a continuar con su actividad institucional.

De conformidad con la decisión tomada por el exmonarca, el pasado 7 de junio se publicó en el BOE el Real Decreto 372/2019, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988 sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey. Se suprimió concretamente la Secretaría de Su Majestad el Rey don Juan Carlos,

²⁸³ SALVADOR, Antonio (2017): *op cit.*

²⁸⁴ En cualquier caso, bien es cierto que en 2018 se impuso un control más férreo sobre la agenda institucional de Juan Carlos de Borbón con el fin de apartarle del foco mediático. La razón principal fue la difusión de varias informaciones que lo situaban en el punto de mira de la justicia por su presunta implicación en la comisión de varios delitos, principalmente en su etapa como Jefe de Estado. También coadyuvó el hecho de que se difundió una imagen incómoda para la Casa Real en la que aparecía el exrey saludando al príncipe heredero de Arabia Saudí, presunto responsable intelectual de la muerte del periodista Khashoggi.

órgano que operaba como unidad de la Secretaría General de la Casa de su Majestad desde 2014, cuando fue creado con motivo de su abdicación para prestarle apoyo en su labor institucional.

4.2. EL AFORAMIENTO DEL REY EMÉRITO

La abdicación de don Juan Carlos I y el subsiguiente acceso al trono de don Felipe VI conllevaron que el primero perdiese la prerrogativa de la inviolabilidad a la que se refiere el art. 56.3 CE en favor del segundo. Así lo entendió prácticamente la totalidad de los expertos y los servicios jurídicos del Gobierno. Sin embargo, hay quien ha defendido, amparándose en el tenor literal del precepto aludido, que la inviolabilidad se extiende desde el nacimiento hasta la muerte del Rey al predicarse de la persona y no del cargo mismo o de la institución monárquica²⁸⁶. En este punto, nuestra Carta Magna habría seguido la estela de las Constituciones de Dinamarca (art.13), Bélgica (art.88) y Holanda (art.42). En cambio, el artículo 7 de la Constitución sueca sí la vincula al ejercicio de la función regia. Esta discusión doctrinal no es una cuestión baladí, aunque tiene ya poco recorrido, puesto que conforme a los parámetros constitucionales y la tradición secular las conclusiones son claras para la mayoría de académicos. A su juicio, la inviolabilidad ha de considerarse una prerrogativa que tiene efectos jurídicos permanentes y se acota al período en el que el monarca se mantiene en el ejercicio del cargo. Por tanto, la abdicación supone que el Rey deja de ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado,

²⁸⁶ SUÑÉ LLINÁS, Emilio (2013): *La inviolabilidad del Rey Emérito (I)*, Madridpress.com. Documento en línea: <https://madridpress.com/art/242527/la-inviolabilidad-del-rey-emerito-i>-(Consultado el 24 de mayo de 2019)



perdiendo la inviolabilidad al desaparecer su fundamento constitucional.

Así pues, el estatuto jurídico de don Juan Carlos de Borbón tras su abdicación no se diferenciaba del de un ciudadano común en el sentido de que quedaba obligado a responder ante los tribunales por los actos que pudiera cometer tras su etapa al frente de la Jefatura del Estado. El Gobierno actuó con premura ante esta situación y consideró razonable dotar de protección legal al exmonarca al proceder a su aforamiento apenas un mes después de la aprobación de la LO 2/2014. Tras sopesar varias alternativas, el Ejecutivo se decidió por una fórmula rebuscada y muy protestada para acometer esta operación en el menor tiempo posible, acuciado por las prisas y la falta de previsión. En concreto, introdujo dos enmiendas a una reforma puntual de la LOPJ que estaba en plena tramitación parlamentaria y que regulaba el régimen laboral de funcionarios, fiscales y jueces. La tramitación de la LO 4/2014 (Ley Orgánica complementaria de la ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial) solo se prolongó tres días al recurrir el Gobierno al procedimiento de urgencia. Antes de remitirse al Senado, la modificación legal fue aprobada en un pleno extraordinario del Congreso celebrado el 26 de junio con los únicos votos del PP, UPN y Foro Asturias. El resto de grupos se abstuvieron (PSOE, CiU, CC) o rechazaron (Izquierda Unida, UPyD, PNV y parte del Grupo Mixto) la reforma.

Resulta llamativo que el consenso forjado entre los dos grandes partidos (PP-PSOE) por aquel entonces en lo referente al procedimiento para tramitar la abdicación quebrase a la hora de vertebrarse la protección jurídica del Rey Emérito, siendo varias las razones que explican

esta evolución. Por un lado, fue muy criticada la maniobra ejecutada desde el Gobierno para aforar al exrey, dado que según doctrina consolidada del TC ha de existir conexión material y relación de homogeneidad entre las enmiendas y la iniciativa legislativa en tramitación (SSTC 119/2011, 136/2011, 209/2012, 234/2012...). Ya en la fase de ponencia, los grupos mostraron también su disconformidad por haberse limitado muchísimo los plazos y haberse imposibilitado un debate a fondo que sí se hubiera producido si se hubiera optado por incluir el fuero jurisdiccional propio de don Juan Carlos I en el anteproyecto de reforma de la LOPJ, que no estaba todavía en tramitación. Sin embargo, se desechó esta opción ante el temor de que dilatación del procedimiento supusiese que se reprodujese la discusión sobre la forma de la Jefatura del Estado. También se sopesó desde el Ejecutivo impulsar una proposición de ley orgánica específica a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular y tramitarla por el procedimiento de urgencia para dotar al exmonarca del tratamiento que disponen los altos dignatarios del Estado. Finalmente, la previsible oposición del PSOE a esta vía fue determinante para descartarla.

En este punto, conviene adentrarse en los términos de esa reforma “*exprés*”, que entró en vigor el 13 de junio de 2014 tras un procedimiento que para buena parte de las formaciones políticas y ciertos sectores de la doctrina fue un cúmulo de despropósitos²⁸⁷.

En lo que afecta a la Corona, la modificación legal contiene un preámbulo, un artículo único por el que incorpora un nuevo artículo 55 bis al texto de la LOPJ y una disposición transitoria única.

²⁸⁷ Incluso el entonces Presidente del Congreso, Posada, llegó a calificarla de “chapucera”.



En el preámbulo “se dispone el mantenimiento de la inviolabilidad de don Juan Carlos por todo lo actuado durante su reinado”. A su vez, se hace patente la necesidad de regular en la LOPJ el régimen de responsabilidad del rey abdicado respecto a las actuaciones procesales que pudiesen incidir sobre actos realizados tras apartarse del trono.

Por lo que respecta al contenido del nuevo artículo que incorpora la ley orgánica, se atribuye únicamente a las Salas de lo Civil y de lo Penal del TS la competencia para conocer y enjuiciar las acciones civiles y penales, respectivamente, que pudieran interponerse contra el exjefe de Estado por los actos ejecutados con posterioridad a su abdicación. También se extiende idéntico aforamiento al consorte de la Reina o Rey abdicado, al consorte de la Reina y la consorte del Rey, así como a la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte.

En lo que respecta a la disposición transitoria única, cuya incorporación es resultado de la segunda enmienda presentada por el Gobierno, conviene resaltar que su inclusión ha resultado muy controvertida para algunos especialistas del Derecho Constitucional. Dicha disposición estipula que los procedimientos comenzados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 4/2014 se han de tramitar de conformidad con ella. En otras palabras, al Alto Tribunal le corresponderían también los procesos que pudieran afectar a don Juan Carlos de Borbón desde que su abdicación fue efectiva hasta que se publicó la LO 4/2014. De acuerdo con ello, los tribunales que estuvieran instruyendo esas causas las remitirían al TS con inmediatez tras haber suspendido su tramitación.

Varios autores, entre ellos Vírjala Foruria, Aguiar de Luque y Arbós Marín, sostienen que el aforamiento del Rey emérito y algunos de sus familiares presenta serias dudas de constitucionalidad al colisionar la disposición transitoria única, en su opinión, con dos preceptos de la Carta Magna²⁸⁸.

En primer lugar, aducen que atenta contra el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) al referirse a los procesos judiciales ya iniciados. Esa lesión se produciría porque ha de establecerse por ley el tribunal encargado de juzgar antes de que comience la causa, así como su competencia y jurisdicción, no pudiendo crearse un tribunal *ad hoc* para un supuesto determinado.

También sostienen que se vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art.9.3 CE), pues consideran que los efectos retroactivos del aforamiento del Rey y de parte de la Familia Real limitarían los derechos fundamentales y las expectativas de derechos de la otra parte en hipotéticos conflictos jurídicos.

Asimismo, los mencionados autores ponen en tela de juicio la conveniencia de recurrir al aforamiento en el caso del Rey emérito y algunos de sus familiares, pues dicha figura jurídica se concibe para proteger a las autoridades que ejercen determinados cargos públicos (jueces, fiscales, diputados, senadores, miembros del Gobierno) y no a quienes ya no los ejercen por haber

²⁸⁸ PÉREZ, Julia (2014): *Dudas sobre la constitucionalidad del aforamiento del rey Juan Carlos*, Público. Documento en línea: <https://www.publico.es/politica/dudas-constitucionalidad-del-aforamiento-del-rey-juan-carlos.html> (Consultado el 27 de mayo de 2019)



finalizado su mandato²⁸⁹. Como don Juan Carlos de Borbón había abandonado entonces el puesto de Jefe de Estado, consideran que el establecimiento de un fuero especial para su persona supone un trato de favor injustificable en un Estado de Derecho, un verdadero privilegio jurisdiccional.

Inciden también en que, mediante el aforamiento, se atribuye a una única instancia civil el conocimiento de procedimientos ya en curso, decisión sin precedentes cercanos. Los críticos con el aforamiento del Rey emérito recuerdan que las resoluciones del TS son inapelables (salvo en caso de vulneración de derechos fundamentales) al ser éste el órgano jurisdiccional supremo en todos los órdenes. En ese sentido, se priva del derecho a recurrir a una segunda instancia a quienes interpusieran una demanda o querrela contra el exmonarca o algunos de sus familiares aforados y no estuvieran satisfechos con la primera decisión.

Por el contrario, la LO 4/2014 no ha merecido reproche alguno de constitucionalidad para otros muchos autores. En efecto, desde ciertos círculos académicos se ha defendido el aforamiento como una práctica justificada ante la proliferación de abdicaciones y de demandas de paternidad contra exreyes²⁹⁰. En esta línea, Torres del Moral afirma que resultaría engañoso que el Rey abdicado tuviera el mismo tratamiento que un ciudadano común y ha resaltado que, de no concederse esta clase

²⁸⁹ RUIZ VALDIVIA, Antonio (2014): *Las claves sobre el aforamiento del Rey Juan Carlos*, El Huffington Post. Documento en línea:

https://www.huffingtonpost.es/2014/06/24/aforamiento-rey-juan-carlos_n_5525169.html (Consultado el 27 de mayo de 2019)

²⁹⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): *op cit*, p. 35.

de garantías, los monarcas no tendrían ninguna motivación para abdicar y se aferrarían a su cargo²⁹¹. Desde su punto de vista, si no se otorgase el fuero especial al rey abdicado, no es descartable que se acumulasen demandas y querellas dirigidas contra su persona, con las implicaciones negativas que esa avalancha de pleitos tendría sobre la dignidad de la figura del ex Jefe del Estado. En concreto, podría suponer que el Rey estuviese obligado a sentarse ante los tribunales con frecuencia, lo que para este académico resultaría disparatado, indecoroso y liquidaría probablemente el prestigio de la institución monárquica.

También el Ministro de Justicia por aquel entonces, Gallardón, consideró el aforamiento de don Juan Carlos de Borbón un mecanismo necesario para dotar de seguridad jurídica a una persona merecedora de tutela por haber desempeñado en buena parte de su trayectoria vital un cargo de tanta responsabilidad institucional como la Jefatura del Estado.

Aunque el aforamiento de los Jefes de Estado pueda tener una razón de ser consistente a tenor de lo argumentado por ciertos expertos, en otras monarquías europeas no se ha extendido esta práctica, denostada en nuestro entorno por representar un residuo del pasado. Tras abdicar, allí los monarcas salientes son despojados de la prerrogativa de inviolabilidad de la que disponen durante el tiempo en que ejercen la más alta magistratura del Estado y las leyes no les conceden un estatus diferente al del resto de ciudadanos.

En Bélgica, Alberto II perdió los privilegios que ostentaba como monarca y la inviolabilidad que le amparaba al ceder la Jefatura del Estado en beneficio de su hijo

²⁹¹TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): *op cit*, p. 34.



Felipe. De hecho, durante el tiempo de su reinado se libró de responder ante la justicia por la demanda de paternidad interpuesta por una mujer belga, Delphine Böel, quien solicitó una prueba de ADN para tratar de demostrar su ascendencia regia²⁹².

En cuanto a Holanda, la Reina Beatriz, reconvertida en princesa tras su abdicación, no goza ya de inmunidad y responde tanto políticamente como legalmente por sus actos. La legislación nacional le equipara al resto de ciudadanos y no dispone de privilegios, por lo que sería juzgada por un tribunal ordinario y no especial en el supuesto de que delinquiese²⁹³.

Por lo que se refiere a Inglaterra, conviene indicar primeramente que la inviolabilidad del monarca viene estipulada en la legislación sobre la Corona, pues no existe Constitución escrita. En todo caso, la Reina Isabel II sería despojada de su inviolabilidad y de los múltiples privilegios ligados a su posición institucional en caso de que abandonase el trono. Aunque no parece probable

²⁹² Después de una primera iniciativa fallida, tras la abdicación de Alberto II en 2013 el caso cobró una nueva dimensión. La presunta hija ilegítima del Rey emérito presentó nuevamente la demanda y Rey emérito belga fue llamado a declarar en 2016. En mayo de 2019, la Corte de Apelación de Bruselas dictó una sentencia por la que le obligaba a someterse a un test de paternidad bajo la amenaza de imponerle una multa diaria de 5.000 euros por cada día que transcurriese sin realizar la prueba. Las últimas informaciones apuntan a que el exrey habría decidido acatar el mandato judicial, aunque los resultados del test se mantendrán en secreto hasta que se conozca la decisión definitiva.

²⁹³ GARCÍA GALLEGÓ, Javier (2014): *En Bélgica y Holanda, sin inmunidad*, El Mundo. Documento en línea: <https://www.elmundo.es/espana/2014/06/21/53a5533e268e3e27668b456c.html> (Consultado el 29 de mayo de 2019)

que se llegue a tal escenario, la abdicación de Eduardo VIII en 1936 constituye el precedente de referencia del que se derivan las implicaciones de una decisión de tal calado. Como ocurrió entonces, la Reina saliente pasaría a ser ciudadana a efectos de la ley y, por consiguiente, susceptible de ser procesada en cualquier causa civil o penal. No obstante, tal y como reconoce el profesor Blackburn, sería posible que el Parlamento le brindase por ley algún tipo de derecho o trato desigual²⁹⁴.

En otras monarquías (Dinamarca, Noruega, Suecia) o principados (Mónaco) del entorno europeo tampoco se prevé que al Rey abdicado se le conceda una protección jurídica especial para compensar de algún modo la pérdida de la inviolabilidad²⁹⁵.

Tampoco en Japón se ha concedido una protección jurídica especial al Emperador emérito Akihito ni a su mujer.

En los países enumerados, todos ellos miembros de la CPI, el reconocimiento de la inviolabilidad de sus respectivos Jefes de Estado no obsta a que puedan ser llamados a declarar y a ser juzgados si dicho tribunal investigase la comisión de crímenes internacionales.

En definitiva, resulta innegable que el modelo seguido en España en cuanto a la protección legal de don Juan

²⁹⁴ OPPENHEIMER, Walter (2014): *La Reina Isabel II no tendría ninguna protección legal si abdicara*, El País. Documento en línea:

https://elpais.com/politica/2014/06/06/actualidad/1402038140_946289.html (Consultado el 29 de mayo de 2019)

²⁹⁵ OPPENHEIMER, Walter; FERRER, Isabel; BOO, Concha (2014): *España es el país con el mayor número de personas aforadas*, El País. Documento en línea: https://elpais.com/politica/2014/06/20/actualidad/1403291510_620596.html (Consultado el 29 de mayo de 2019)



Carlos de Borbón tras su abdicación es completamente excepcional en perspectiva comparada.

En todas las monarquías europeas, incluida la española, la inviolabilidad de los Jefes del Estado se extingue con la finalización de sus respectivos mandatos y lo mismo ocurre en repúblicas parlamentarias como Francia o Italia. Sin embargo, solo en España se ha procedido a regular específicamente el estatus jurídico del Rey abdicado otorgándole un fuero especial, si bien en la legislación danesa también se contempla una opción en este sentido²⁹⁶.

Al aforamiento de don Juan Carlos de Borbón se opusieron numerosas formaciones políticas y gran parte de la opinión pública española. Además de las críticas que levantó un procedimiento articulado de forma apresurada y orientado a evitar el debate parlamentario, también se ha puesto en tela de juicio la idoneidad del propio aforamiento. Resulta muy preocupante que se tratase como un problema acuciante el hecho de que el Rey emérito pudiera tener una protección jurídica equivalente a la de resto de españoles, cuando esa situación casa perfectamente con las exigencias de un Estado de Derecho²⁹⁷. También es difícil de comprender que se recurriese a una figura jurídica destinada a preservar la autonomía de autoridades en el ejercicio de un cargo, máxime cuando don Juan Carlos de Borbón ya había dejado de realizar las funciones constitucionales correspondientes al Jefe de Estado. Si el aforamiento ya

²⁹⁶ De acuerdo con lo estipulado en la *Lex Regia*, dictada en 1665 y todavía en vigor, el Rey danés dispone de plenos poderes para mantener o retirar la protección jurídica a los integrantes de la familia real.

²⁹⁷ OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente (2017): *op cit*, p. 215.

es por sí una institución que resulta cuestionable, más lo es cuando se concede como una muestra de gratitud por las labores prestadas por un monarca durante su reinado y como un reconocimiento de la especial dignidad de su figura. Con el aforamiento quedan cubiertas las actuaciones del ámbito privado del exrey, siendo palmaria la vinculación de la prerrogativa a la persona y no al cargo.

Asimismo, no deja de despertar cierta indignación entre amplios grupos de población que España sea el país europeo con mayor número de aforados (10.000 personas aproximadamente), habiendo países en los que ni siquiera existe esta condición (Reino Unido, Alemania, EEUU)²⁹⁸. No es casualidad que la reforma o la eliminación de los aforamientos hayan estado últimamente entre las propuestas más repetidas por algunos partidos políticos²⁹⁹.

²⁹⁸ OPPENHEIMER, Walter; FERRER, Isabel; BOO, Concha (2014): *op cit.*

²⁹⁹ De hecho, el Gobierno aprobó en el último semestre de 2018 un anteproyecto de reforma constitucional para circunscribir los aforamientos de miembros del Gobierno, diputados y senadores al ejercicio de su cargo, de tal suerte que no afecten al ámbito de la vida privada. La medida se encuentra paralizada por el momento, tras haberse pronunciado el Consejo de Estado en un informe sobre la misma. PNV, Podemos, ERC, IU y PDeCAT se habían mostrado abiertos a negociar la reforma, con la condición de que se incluyese la eliminación del fuero propio del Rey emérito y de algunos de sus familiares. A esta propuesta se opusieron tanto PP como PSOE por exigir una reforma constitucional por el procedimiento agravado (art .168 CE), con el amplísimo consenso que requiere.



En mi opinión, el aforamiento de Juan Carlos I estuvo fuera de lugar, puesto que en un ordenamiento que predica la igualdad como uno de sus valores superiores no cabe la concesión de un trato de favor a una persona que no ejerce un cargo público. No creo que el TS fuese a juzgar al Rey emérito de forma más benevolente que al resto de ciudadanos si se diese el caso, evidentemente. Pero, en cualquier caso, al llevar a cabo esa operación, el legislador se desentendió de los ejemplos que ofrece el Derecho Comparado en esta cuestión, desvirtuó el sentido jurídico de la figura del aforamiento y pudo vulnerar algún precepto de la Carta Magna. A la postre, el aforamiento se completó por un procedimiento controvertido desde el punto de vista constitucional e impuesto por una mayoría que dejó poco margen a la deliberación.

4.3. ¿DON JUAN CARLOS DE BORBÓN ANTE LOS TRIBUNALES?

Analizado a fondo el proceso de aforamiento de Juan Carlos de Borbón ante el TS y recogidas las opiniones doctrinales que el mismo ha desatado, en este apartado se pasa revista a las controversias jurídicas que han afectado al Rey emérito en los últimos años. Las mismas derivan de las informaciones difundidas recientemente en los medios, que apuntan a su posible implicación en tramas delictivas. A partir de esas revelaciones se ha reactivado el extenso debate académico acerca de la conveniencia de mantener la inviolabilidad regia en la CE y, en especial, sobre la necesidad de acotar los límites de dicha prerrogativa. A dicha discusión doctrinal pretende contribuir este trabajo.

4.3.1. LOS PROBLEMAS JUDICIALES DEL REY EMÉRITO

En 2018, la filtración de unos audios que revelaban posibles comportamientos delictivos del Rey emérito conmocionó a la opinión pública y puso el foco sobre la figura de don Juan Carlos de Borbón. De hecho, se había especulado por aquel entonces con que la rápida operación para aforar al Rey emérito respondiese a los temores de parte la clase política y del entorno de la Casa Real ante la posibilidad de que pudiese verse envuelto de forma inminente en un procedimiento judicial.

En cualquier caso, en el año 2014 Juan Carlos de Borbón ya había tenido que atender a varios frentes jurídicos, que se suman a los procedimientos judiciales que podían derivarse de las informaciones publicadas más recientemente.

Por una parte, se había enfrentado a una acción penal formulada por el partido Soberanía contra su persona, el expresidente González y otros políticos izquierdistas por su presunta implicación en la "trama civil" del golpe de Estado del 23-F. Con base en informaciones contenidas en el libro "La gran desmemoria", la formación interpuso una primera querrela ante la AN, que fue inadmitida a trámite en mayo de 2014 bajo el argumento principal de que no se apreciaban indicios de la comisión del delito de rebelión. En lo que atañía a Juan Carlos de Borbón, se añadió que regía la prerrogativa de la inviolabilidad sobre él³⁰⁰.

³⁰⁰ La organización política recurrió el auto y solicitó la ampliación de la querrela después de que el monarca abdicase. En 2017, la AN decidió rechazarla y no trasladar el caso al TS al no apreciar indicios suficientes para iniciar una investigación penal y no dar demasiada credibilidad a los contenidos de la



Por otro lado, dos ciudadanos habían presentado en 2012 dos demandas de filiación en juzgados ordinarios de Madrid. Tanto la belga Ingrid Sartiau como el catalán Albert Solá afirmaban ser hijos extramatrimoniales del entonces Jefe de Estado español. Sin embargo, ninguna pasó el filtro de la admisión al alegar los jueces que el Rey estaba entonces amparado por la inviolabilidad del art. 56.3 CE³⁰¹. Unos meses después, Solá replicó con una segunda demanda que tuvo el mismo recorrido que la anterior y fue rechazada por idénticos motivos.

Tras la abdicación, en 2015, tanto él como Sartiau plantearon de nuevo sendas demandas, cuyo conocimiento recayó en la Sala de lo Civil del TS por estar aforado el Rey emérito. La presentada por Solá fue rechazada por incumplir manifiestamente el requisito del principio de prueba y "por no proporcionar una descripción de hechos mínimamente coherente y razonablemente verosímil³⁰²". Solé decidió presentar un recurso de amparo ante el TC, que lo rechazó por no haber agotado las vías judiciales existentes y por no existir un derecho protegible en amparo.

obra. Al haber prescrito los hechos, tampoco entró a examinar la cuestión de la pérdida de la inviolabilidad.

³⁰¹ RINCÓN CALDERÓN, Reyes (2015): *El Supremo indaga una demanda de paternidad contra el Rey Juan Carlos*, El País. Documento en línea:

https://elpais.com/politica/2015/03/11/actualidad/1426073616_670115.html (Consultado el 30 de Mayo de 2019)

³⁰² Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2015, por el que se decide inadmitir la demanda planteada por el demandante D. Albert Solà Jiménez, FJ. 6º. Documento en línea:

<https://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2015/01/auto-ts-inadmiocc81n-demanda-paternidad-rey-jc.pdf>

(Consultado el 30 de Mayo de 2019)

En cambio, la demanda de Sartiau corrió en principio distinta suerte al ser admitida a trámite por un voto de diferencia, a pesar de que la Fiscalía era partidaria de lo contrario. Unos meses después, cambió el escenario. La Sala rechazó la petición de la demandante de realizar una prueba de ADN al exmonarca y admitió el recurso de reposición planteado por don Juan Carlos de Borbón y por el Ministerio Fiscal, librándole así de un proceso que hubiera podido debilitar su reputación. El Tribunal concluyó que la demanda era “frívola, falsa y torticera (...) al no existir indicios serios de la conducta atribuida³⁰³”. En su argumentación, los magistrados esgrimieron que la demanda estaba únicamente dirigida a obtener una prueba biológica de don Juan Carlos de Borbón, cuya realización hubiera supuesto una intromisión ilegítima en la intimidad y en la integridad moral o física del mismo.

Aunque el TS inadmitió también la querrela y las demandas de paternidad interpuestas tras la abdicación y el aforamiento del Rey emérito, resulta significativo que lo hiciese empleando criterios diferentes en cada caso y dejando al margen de la motivación la prerrogativa de la irresponsabilidad. Es más, en el auto en el que se rechaza la demanda de Solá, se especifica que la inviolabilidad no impide por sí su inadmisión a trámite al haber ocurrido los hechos presuntamente antes de que don Juan Carlos de Borbón accediese a la Jefatura del Estado en 1975.

³⁰³ Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2015, por el que se decide estimar el recurso de reposición planteado por el demandado D. Juan Carlos I, FJ. 5º. Documento en línea: https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2015/04/09/ECDFIL20150409_0001.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2019)



En cualquier caso, el Rey emérito se enfrenta actualmente a otras acusaciones, como ya se ha adelantado anteriormente.

Varias tandas de grabaciones del archivo secreto del excomisario Villarejo filtradas a los medios apuntaban a que don Juan Carlos de Borbón habría estado involucrado en algunos asuntos turbios, lejos de la ejemplaridad que debería presidir los actos de los integrantes de la Familia Real. Los presuntos comportamientos delictivos a los que hacían referencia los audios comprendían el período en el que ejerció como Jefe de Estado y quizás también abarcasen parte de la etapa como Rey emérito. Las cintas difundidas contenían una serie de conversaciones mantenidas en 2015 en Londres entre Villarejo, Corinna zu Sayn-Wittgenstein y Villalonga, expresidente de Telefónica y amigo de ambos. En las mismas se desvelaron algunos secretos personales de don Juan Carlos de Borbón que han puesto en duda su integridad y que han dado lugar a muchas elucubraciones sobre el sentido de esa reunión y las circunstancias en que se produjo³⁰⁴.

³⁰⁴ En esos diálogos, la aristócrata alemana aseveró que el Rey emérito la habría utilizado como testaferro para enmascarar patrimonio y propiedades en el extranjero a través de la creación de estructuras opacas, aprovechando su condición de residente en Mónaco. Corinna añadió que don Juan Carlos de Borbón, con el que supuestamente habría mantenido una relación sentimental, le reclamó esos bienes tras su ruptura. Ella habría afirmado que el exrey tendría parte de su fortuna personal depositada en cuentas suizas a nombre de Álvaro de Orleans-Borbón, su primo. Asimismo, sostuvo que el Rey emérito se habría acogido a la amnistía fiscal impulsada en 2012 por el Ejecutivo de Rajoy con el fin de repatriar parte de esos fondos ocultos con un coste tributario mínimo. Corinna aseguró que el Rey emérito era consciente de la ilegalidad de las actividades de Urdangarín y situó al primero en plena

Aun sin ánimo de entrar con detalle en el contenido de esas escandalosas informaciones que salieron a la luz en julio de 2018, sí merece la pena resumir las consecuencias judiciales y políticas de esa batería de revelaciones que destaparon los intrínquilos de las llamadas “cloacas del Estado”.

A los pocos días de hacerse éstas públicas, el juez instructor del caso en la AN decidió abrir una pieza separada secreta para investigar los posibles delitos (cohecho internacional y blanqueo de capitales) que supuestamente afloraban de los audios de Corinna. Siguiendo el criterio de la Fiscalía Anticorrupción, el juez instructor acordó el sobreseimiento provisional de la causa al mes de comenzar las indagaciones. En el auto, argumentó que los actos que la alemana atribuía a don Juan Carlos de Borbón se desarrollaron entre 2009 y 2011, cuando disfrutaba de la prerrogativa de inviolabilidad. También destacó que Corinna no había aportado ninguna prueba o dato documental de las alegaciones efectuadas en las conversaciones y que su relato de los hechos podía estar motivado por la ruptura de su relación con el exmonarca³⁰⁵.

estructura organizativa de la trama delictiva del instituto Nóos, a favor del que habría gestionado contratos. La princesa también atribuyó al padre de don Felipe VI el cobro de una comisión millonaria por su intermediación en 2011 para facilitar la concesión de la construcción del AVE a la Meca a un consorcio de empresas españolas.

³⁰⁵ Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de 7 de septiembre de 2018, por el que se decide sobreseer provisionalmente la pieza separada abierta contra Juan Carlos de Borbón, FJ. 3º. Documento en línea: https://www.elindependiente.com/wpcontent/uploads/2016/10/auto_villarejo_corinna.pdf (Consultado el 31 de mayo de 2019)



Tras el archivo del procedimiento por la AN, IU y el PCE presentaron una querrela ante la Sala de lo Penal del TS contra el Rey emérito y otras personas que aparecían en las conversaciones por su presunta participación en la comisión de hasta trece delitos. La misma fue inadmitida a trámite, decisión frente a la cual los querellantes han interpuesto hace pocos meses recurso de súplica. Para no dar traslado del asunto al Alto Tribunal, los magistrados argumentaron que en otra instancia ya se habían investigado los mismos hechos que se indicaban en la querrela, en una causa que se sobreseyó provisionalmente sin que se recurriese dicho archivo³⁰⁶. También adujeron que el contenido de los audios sin adjuntar prueba alguna no ponía de manifiesto indicios de criminalidad para continuar el procedimiento.

En sede parlamentaria también hubo reacciones a las noticias sobre los negocios privados del Rey emérito. Por dos veces, PP, PSOE y Ciudadanos bloquearon en 2018 la iniciativa de Unidos Podemos, ERC y parte del grupo mixto de crear una comisión de investigación en el Congreso acerca de la situación financiera de don Juan Carlos de Borbón. En ambas ocasiones, la Mesa se escudó en la inmunidad del Rey a tenor del art. 56.3 CE para fundamentar su rechazo, aunque la segunda petición acotase las indagaciones a los actos realizados como aforado tras su abdicación³⁰⁷. También se apeló al

³⁰⁶ Auto del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2019, por el que se decide inadmitir la querrela interpuesta contra Juan Carlos de Borbón, FJ. 3º. Documento en línea:

<https://www.elnacional.cat/uploads/s1/73/38/69/7/auto-inadmite-querella-pce-vs-rey-emerito-1.pdf> (Consultado el 31 de mayo de 2019)

³⁰⁷ ASUAR GALLEGU, Beatriz (2018): *PP, PSOE y Cs vuelven a bloquear la comisión de investigación sobre el Rey Juan Carlos*, Público. Documento en línea:

artículo 66 CE, sosteniendo que dicho precepto restringe el objeto del control parlamentario a la acción del Gobierno y no habilita a las Cámaras para fiscalizar las actividades privadas del Rey. En los dos artículos nombrados se han apoyado las mesas del Congreso y del Senado también para justificar el veto de un centenar de preguntas parlamentarias formuladas en la última década en relación con las actividades de don Juan Carlos de Borbón.

En el Parlamento de Cataluña, en cambio, sí se logró la creación de una comisión de investigación sobre las presuntas actividades irregulares del Rey emérito, otros miembros de la Familia Real y personas vinculadas a ella. Fue aprobada en marzo de 2019 con los votos favorables de todos los grupos excepto Ciudadanos, PSC y PP, si bien se encuentra paralizada en su funcionamiento. El TC admitió a trámite la impugnación presentada por el Gobierno central en virtud del art. 161.2 CE al entender que Cataluña podría estar vulnerando las competencias judiciales del Estado³⁰⁸.

Además, desde Gestha se solicitó la apertura de una investigación sobre las presuntas cuentas en Suiza del Rey emérito tras conocerse que la AN había archivado la pieza separada sobre las cintas de Corinna. Esta iniciativa destinada a verificar si el exrey cometió infracciones tributarias no ha tenido éxito debido al

<https://www.publico.es/politica/pp-psoe-cs-vuelven-bloquear-comision-investigacion-rey-juan-carlos.html>

(Consultado el 31 de mayo de 2019)

³⁰⁸ Unos meses antes, en la Cámara autonómica navarra estuvo cerca de salir adelante una comisión de investigación relativa a la misma cuestión a propuesta de Bildu y Podemos. Finalmente, el informe jurídico de los servicios de la Cámara solicitado por la Mesa y la Junta de Portavoces dio al traste con ese proyecto.



escaso interés mostrado por la Agencia Tributaria, que se limitó a indicar que no le constaba la existencia de cuentas en el extranjero a su nombre.

Por el contrario, la Fiscalía Anticorrupción sí abrió a finales de 2018 diligencias para iniciar las pesquisas sobre el presunto reparto de comisiones en las obras del AVE a la Meca aireado por Corinna, al existir indicios más sólidos sobre este asunto³⁰⁹. En todo caso, Anticorrupción ya aclaró que el exmonarca estaría amparado por la inviolabilidad al haber ocurrido los hechos cuando ejercía la Jefatura del Estado, por lo que no podría ser procesado como el resto de presuntos implicados.

En cualquier caso, y pese a todo el ruido mediático causado, el Rey emérito nunca ha sido imputado ni procesado por el TS hasta el momento por ningún asunto. Sobre estas informaciones no se ha pronunciado la Casa Real y desde el Gobierno se han limitado a restar importancia a la cuestión.

4.3.2. LA IDONEIDAD Y EL ALCANCE DE LA PRERROGATIVA DE LA INVOLABILIDAD REGIA

La publicación de todas las informaciones a las que se ha hecho referencia en el anterior subapartado sacudió a la opinión pública, como es comprensible. Se extendió entre amplios sectores de la población un sentimiento de

³⁰⁹ RECUERO, Marisa (2018): *La Fiscalía investigará el presunto cobro de comisiones por el AVE a la Meca tras recibir documentación del "caso Villarejo"*, El Mundo. Documento en línea:

<https://www.elmundo.es/espana/2018/12/26/5c234b38fdddff0b3c8b4654.html> (Consultado el 31 de mayo de 2019)

indignación generalizada ante la posibilidad de que el Rey emérito no tuviese que responder por las presuntas actividades delictivas desarrolladas durante su reinado debido a su antigua condición de inviolable.

Haciéndose eco de ese profundo malestar, varias formaciones políticas reclamaron en las Cortes Generales la supresión de la inviolabilidad del Rey, al tiempo que se debatía sobre la reforma constitucional que pretendía impulsar el Gobierno para limitar los aforamientos. Es el caso de Podemos, Compromís, ERC y del PNV, partidos que también abogaban por eliminar el fuero especial de don Juan Carlos de Borbón y de los miembros de la Familia Real que lo disfrutaban³¹⁰. El último incluso planteó una enmienda en ese sentido a una moción impulsada por Ciudadanos para suprimir los aforamientos.

En una maniobra que probablemente respondía a intereses electoralistas, el Presidente del Gobierno Sánchez declaró en una entrevista que era partidario de revisar el art. 56.3 CE para acabar con la inviolabilidad regia³¹¹. Desde el PSOE se apresuraron a matizar que dicha propuesta no entraba en la agenda del Gobierno y que se trataba de una opinión personal del Presidente³¹².

³¹⁰ CABALLERO, Nacho (2018): *Podemos pide a Sánchez que aborde la "inviolabilidad" del Rey*, El Plural. Documento en línea:

https://www.elplural.com/politica/podemos-pide-a-sanchez-que-aborde-la-inviolabilidad-del-rey_203160102 (Consultado el 1 de junio de 2019)

³¹¹ Además, añadió que don Felipe VI probablemente estaría de acuerdo con esa medida, lanzada en pleno 40 aniversario de la Constitución.

³¹² BASTEIRO, Daniel (2018): *Sánchez dice que derogaría la inviolabilidad del Rey y Ábalos lo limita a una "opinión" personal*, El Español. Documento en línea: <https://www.elespanol.com/espana/20181204/sanchez->



Habida cuenta de que la implementación de esa idea hubiera requerido la aprobación de una reforma constitucional por el procedimiento agravado (art. 168 CE), parece evidente que Sánchez pretendía simplemente lanzar un guiño a los votantes de las formaciones nacionalistas y los partidos a la izquierda del PSOE para ganarse su simpatía.

En línea con lo que se ha defendido desde el Gobierno y la doctrina, a mi parecer resulta impensable prescindir de la inviolabilidad regia en el texto constitucional, además de un craso error.

Sobre el sentido y los efectos de dicha prerrogativa se ha reflexionado ya en el apartado 2.2, al que me remito. Por lo demás, frente a los que sostienen que la inviolabilidad es un privilegio anacrónico que sitúa al monarca fuera de la ley, cabe incidir en que el Jefe de Estado está exento de responsabilidad también en Estados no monárquicos. Además, la inviolabilidad regia se fundamenta en que el monarca no tiene poderes efectivos. Al servicio de esa ficción se encuentra el instituto del refrendo. En consecuencia, renegar de la inviolabilidad regia supone rechazar la monarquía parlamentaria como forma política del Estado.

Si el margen para la discusión sobre la necesidad de preservar el reconocimiento de la inviolabilidad regia en la Carta Magna es bastante estrecho, el debate académico respecto a la extensión de la mentada prerrogativa no se agota. Es más, esta problemática ha cobrado mayor relevancia al saltar a la palestra varios escándalos que salpican al Rey emérito. Muchos ciudadanos y también expertos se preguntan si don Juan

derogaria-inviolabilidad-rey-felipe-vi-sin/358214255_0.html

(Consultado el 1 de junio de 2019)

Carlos de Borbón podría ser procesado por los presuntos actos ilícitos cometidos en el ejercicio de su cargo. Al no existir una norma que establezca límites a la inviolabilidad, sería adecuado tantear hasta qué punto pueden acotarse sus efectos, si es que realmente es factible hacerlo. Fundamentalmente, se debe dilucidar si la inviolabilidad se extiende a todos los actos que el Rey realice durante el tiempo que ocupa la Jefatura del Estado, incluidos los de carácter exclusivamente personal, o si la exención de responsabilidad se limita a los actos derivados del ejercicio de la más alta magistratura del Estado.

En otras monarquías europeas ya se ha solventado de algún modo esta cuestión, siendo el alcance de la inviolabilidad pleno en Bélgica y limitado en Estados como Reino Unido o Dinamarca³¹³. A la luz de lo defendido por Torres del Moral³¹⁴, Gómez Sánchez³¹⁵,

³¹³ ARTAL, Rosa María (2018): *La inviolabilidad del Rey*. El Diario. Documento en línea: https://www.eldiario.es/zonacritica/inviolabilidad-Rey_6_811978810.html (Consultado el 2 de junio de 2019)

³¹⁴ Siguiendo la visión defendida por TORRES DEL MORAL, Antonio (2014a): *op cit.*

³¹⁵ Siguiendo la visión defendida por GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2014a): *op cit.*



Bastida Freijedo³¹⁶, López Vilas³¹⁷ y Oliver León³¹⁸, entre otros autores, el Rey no puede ser residenciado ante los tribunales en ningún caso y no cabe la iniciación de procedimiento alguno contra su persona. De lo contrario, sería tremendamente paradójico que el Rey fuese enjuiciado, cuando el artículo 117.1 CE establece que la justicia se administra en su nombre.

Al no tener que responder el monarca por ningún asunto, se impide que se pueda usar su figura con fines oportunistas. En caso de que provocase un accidente vial o vulnerase una disposición patrimonial, por ejemplo, Torres del Moral asevera que los interesados podrían dirigirse eventualmente a la Casa Real para intentar satisfacer sus pretensiones, o a los tribunales en última instancia.

Por tanto, según esta visión, la inviolabilidad se extiende al ámbito civil y al penal, por muy reprobables que sean las conductas personales del monarca. De todas formas,

³¹⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (2012): *La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales*, Forum Costituzionale. Documento en línea:

http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/amici_curiae/freijedo.pdf (Consultado el 2 de junio de 2019)

³¹⁷ GUZMÁN ÁLVAREZ, Cecilia (2012): *El Mundo cuestiona la "inviolabilidad" del Rey: no puede ser un "privilegio absoluto"*, El Plural. Documento en línea:

https://www.elplural.com/politica/espana/el-mundo-cuestiona-la-inviolabilidad-del-rey-no-puede-ser-un-privilegio-absoluto_54314102 (Consultado el 4 de junio de 2019)

³¹⁸ CALLEJA RAMO, Braulio (2016): *La doble irresponsabilidad del Rey Juan Carlos*, Bez. Documento en línea:

<https://www.bez.es/290177656/la-doble-irresponsabilidad-del-Rey-Juan-Carlos.html> (Consultado el 2 de junio de 2019)

el Rey está tan expuesto mediáticamente por su papel constitucional que probablemente ninguno de sus actos puede considerarse estrictamente privado.

Ante la hipotética situación de que el Rey cometiera algún delito grave como el asesinato o la violación, por ejemplo, se ha sugerido que el titular de Corona pueda ser inhabilitado por causa de indignidad apreciada por las Cortes Generales³¹⁹. Sin embargo, no se contempla en el texto constitucional la destitución del Jefe de Estado por ese motivo rocambolesco. No hay que olvidar que, según la visión abrumadoramente mayoritaria, la inhabilitación prevista a la que se refiere el artículo 59.2 CE hace alusión a los supuestos de incapacidad física y síquica. A la propuesta de regular expresamente la inhabilitación política se opone la visión de quienes han entendido que la Norma Fundamental no debe contemplar ese tipo de supuestos, pues el quebrantamiento del orden constitucional por parte del Rey provocaría una situación límite, de consecuencias insospechadas, que se acabaría resolviendo por cauces no previstos en la Carta Magna³²⁰. En ese sentido, recuerda Torres del Moral que la historia reciente ofrece ejemplos de cómo se han resuelto este tipo de crisis, que no es de otra forma que con la abdicación del monarca por la presión política y social o con su exilio³²¹.

El enfoque expuesto, según el cual la inviolabilidad regia es una prerrogativa de carácter absoluto, es el que siguió el Gobierno al aprobar la LO 4/ 2014 y aclarar que el

³¹⁹ [RODRÍGUEZ RAMOS](#), Luis (1982): *op cit.* p. 866.

³²⁰ [SANTAMARÍA PASTOR](#), Juan Alfonso (2001): "Inhabilitación regia y tutela del Rey", en: *La monarquía parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, p. 411.

³²¹ [CALLEJA RAMO](#), Braulio (2016): *op cit.*



monarca es irresponsable por todo lo actuado durante su reinado.

Asimismo, se han alineado con ese criterio la mayoría de expertos en la materia y los letrados de las Cortes al rechazar comisiones de investigación y preguntas sobre las conductas de don Juan Carlos de Borbón. De alguna manera, también se han posicionado en ese sentido los Juzgados de Primera Instancia de Madrid que rechazaron las demandas de paternidad contra el exmonarca, así como la Fiscalía Anticorrupción y la AN al archivar la pieza relativa a las cintas de Corinna.

La visión alternativa, sin embargo, tiene un fundamento lógico que no merece ser despreciado. Propugnada por un sector minoritario de la doctrina, académicos como Martín Pallín³²², Gimbernat³²³ y De Esteban Alonso³²⁴ la han defendido con fervor. Éstos discrepan con los partidarios de una interpretación tan extensiva de la inviolabilidad, pues opinan que esta prerrogativa se restringe a los actos realizados por el monarca como Jefe de Estado y únicamente al campo de la responsabilidad penal. Argumentan que los efectos jurídicos de las acciones que no requieren refrendo deberían ser asumidos e imputados al Rey, en tanto que no se debería trasladar la responsabilidad por esas actuaciones a ninguna otra autoridad al enmarcarse en el ámbito de independencia del Jefe de Estado. Consecuentemente, el monarca tendría la obligación de rendir cuentas por los

³²² GUZMÁN ÁLVAREZ, Cecilia (2012): *op cit.*

³²³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2012): *La inviolabilidad del Rey*, El Mundo. Documento en línea:

http://quiosco.elmundo.orbyt.es/ModoTexto/paginaNoticia.aspx?id=11630772&tipo=1&sec=El%20Mundo&fecha=13_11_2012&pla=pla_11014_Madrid (Consultado el 2 de junio de 2019)

³²⁴ GUZMÁN ÁLVAREZ, Cecilia (2012): *op cit.*

actos que cometiese en el ámbito de su vida privada y que no guardasen relación alguna con el ejercicio de sus funciones constitucionales. Al no poder afectar la inviolabilidad a los pleitos civiles de acuerdo con lo explicado, el Rey tendría que responder ante una demanda de paternidad o el incumplimiento de una obligación contractual, por ejemplo, de modo que se garantizase el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del perjudicado. De hecho, algunos de estos autores han criticado que juzgados madrileños inadmitieran a trámite de las demandas de paternidad dirigidas contra don Juan Carlos de Borbón al apelar a su inviolabilidad³²⁵.

Frente a los que entienden que la inviolabilidad es una prerrogativa que ha de ser plena, desde esta posición doctrinal se esgrime que se trata de un privilegio impropio del siglo XXI, una secuela de los sistemas absolutistas cuyos efectos han de acotarse para que no aplique sin límites. Hasta ahora, en España a veces da la impresión de que la inviolabilidad se está anteponiendo como una barrera infranqueable para obstaculizar la exigencia de responsabilidades por conductas tipificadas en el Código Penal. Además, la interpretación irrestricta de la inviolabilidad podría dar lugar a situaciones límites manifiestamente incompatibles con los valores y fundamentos democráticos.

Según Martín Pallín, la firma del Estatuto de Roma por parte de España ya ha permitido relativizar el alcance de la inviolabilidad regia, puesto que las inmunidades reconocidas a los Jefes de Estado y de Gobierno con arreglo al Derecho interno e internacional no han de ser obstáculo para que la CPI pueda juzgarles. No obstante, el mentado autor apunta que en clave nacional sería

³²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2012): *op cit.*



adecuado realizar una delimitación de la inviolabilidad regia del mismo modo que se procedió en las dos anteriores reformas constitucionales. Así se evitaría derivar una cuestión tan peliaguda al TC³²⁶. En ese proceso debería abordarse la articulación de un procedimiento para substanciar la responsabilidad del monarca, siendo factible atribuir al Tribunal Supremo la última palabra en el mismo³²⁷.

En esa línea, juzgo acertados los pronunciamientos de quienes alertan de la necesidad de proceder sin demora a una reinterpretación de la inviolabilidad regia desde los parámetros constitucionales que posibilite una ligera aproximación del Rey al principio de igualdad ante la ley. Así se fortalecería con toda seguridad la endeble legitimidad democrática de la Corona, institución que no se libra del escrutinio y del cuestionamiento público, especialmente cuando sus miembros incurren en comportamientos poco edificantes.

5. CONCLUSIONES

Al término de este trabajo, conviene recopilar los resultados más destacados y las reflexiones finales que se extraen del análisis de la abdicación de Juan Carlos I y su estatus jurídico actual. Así es posible comprobar que

³²⁶ MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2018): *Los límites de la inviolabilidad del Rey*, El Diario. Documento en línea:

https://www.eldiario.es/tribunaabierta/limites-inviolabilidad-rey_6_850474958.html (Consultado 4 de junio de 2019)

³²⁷ BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2015): "La evaluación y control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona", *Revista Catalana de Dret Públic*, Nº 51, p. 161.

los objetivos de investigación han sido cubiertos en gran medida, aunque con ciertas limitaciones.

Primeramente, se ha fijado un punto de partida idóneo para agilizar la discusión sobre los problemas jurídicos planteados en los dos bloques posteriores. Concretamente, se han establecido los elementos definitorios de la institución de la abdicación y de la irresponsabilidad regia, tomando fundamentalmente como referencia las lecturas que desde la doctrina se han realizado de los arts. 57.5 y 56.3 CE. Respecto a la primera cuestión han aflorado algunas discrepancias notables entre los estudiosos del Título II, sobre las que me he posicionado en parte. Los aspectos que están en entredicho son, principalmente, la naturaleza de la ley orgánica a la que se refiere el precepto constitucional, la necesidad del refrendo del Presidente del Gobierno para la efectividad de la abdicación y, ante todo, la discutida conveniencia de una ley omnicomprensiva reguladora de cuestiones pendientes de resolver sobre la Corona. En lo que concierne a la prerrogativa de la inviolabilidad, el desacuerdo en los foros académicos se reduce prácticamente a su extensión, tal y como se confirma en la parte final del proyecto.

En el siguiente bloque, en el que se desvelan los entresijos del proceso de abdicación de don Juan Carlos I, se ha plasmado la concepción que el Gobierno defendió del mismo y cuáles de las tesis contradictorias mantenidas por los expertos se priorizaron al legislarse sobre un acontecimiento insólito en la democracia española. Al haberse sentado precedente, al menos por un tiempo se han disipado las dudas interpretativas que se desprendían de la abierta redacción del art.57.5 CE. Lo cierto es que el Ejecutivo se atuvo a las visiones mayoritarias entre los constitucionalistas, salvo probablemente en lo que concierne a la disyuntiva



existente sobre el carácter general o específico de la ley orgánica a aprobar. Seguramente sería positivo que en los próximos años se tramitase una Ley Orgánica sobre la Corona para acabar con cualquier género de desavenencia jurídica. Más allá de eso, estoy convencido de que no se puede oponer tacha de constitucionalidad alguna a la actuación del Gobierno y las Cortes en este asunto.

Ese mismo capítulo ha servido también para poner de manifiesto que el procedimiento seguido para hacer efectiva la decisión de don Juan Carlos I tiene identidad propia desde la óptica del Derecho Comparado. Si bien puede guardar más o menos similitudes con los modelos europeos de regulación constitucional de la abdicación, en ningún caso supone una reproducción exacta de ninguno de los anteriores. Esta aseveración se infiere de las comparaciones realizadas *a priori* entre el caso de España y las últimas experiencias de abdicaciones tanto en Holanda como en Bélgica (modelo continental), así como en Inglaterra (modelo británico). Este último país se decantó en su día por una fórmula muy similar a la elegida para la abdicación de don Juan Carlos I cuando Eduardo VIII dejó voluntariamente el trono.

A continuación, con el afán de avanzar hacia la consecución de otros resultados, en el tercer bloque se ha profundizado en una variedad de cuestiones de gran calado que están muy vinculadas entre sí. Sobre todas ellas se cernía la incertidumbre tras el cambio en la titularidad de la Corona.

En primer lugar, se ha esclarecido cómo, mediante modificaciones normativas puntuales, se ha logrado compaginar de forma correcta la existencia de dos monarcas en la Casa Real tras la abdicación. Del mismo modo, se ha aclarado de qué manera se ha configurado

el rol institucional de don Juan Carlos de Borbón desde que decidió dejar la Jefatura del Estado, habiéndosele encomendado básicamente funciones de representación estatal. Futuros proyectos de investigación quizás deberían adentrarse desde un enfoque jurídico-constitucional en el estudio de las consecuencias de la retirada de la vida pública del Rey emérito, justamente cuando se han cumplido cinco años de su anuncio de abdicación.

En el último capítulo, también se han repasado a grandes rasgos los rasgos más significativos del proceso de aforamiento del progenitor de don Felipe V y se ha meditado sobre la intencionalidad de esta maniobra. Con el soporte de algunas críticas provenientes de voces autorizadas de la doctrina, he argumentado mi firme oposición tanto en el fondo como en la forma a esa decisión del Gobierno de Rajoy. Además, se ha hecho hincapié en que la misma resulta inaudita desde una perspectiva comparada, pues en las monarquías parlamentarias del mundo mencionadas en este trabajo no se ha dotado de protección jurídica especial a los Reyes abdicados.

En las páginas que cierran este escrito se ha querido poner el foco sobre las implicaciones de un asunto de reciente actualidad que ha causado estupor en la opinión pública y una gran desazón en la Casa Real por razones obvias. La revelación de las cintas de Corinna ha dado lugar principalmente a la interposición de una querrela contra el Rey Emérito, investigaciones judiciales y peticiones de apertura de comisiones de investigación tanto el ámbito nacional como autonómico. Por el momento, tanto órganos jurisdiccionales como parlamentarios han alegado que el exmonarca ostentaba la condición de inviolable cuando realizó esos actos. A todo lo anterior se unen otros pleitos que don Juan Carlos



de Borbón afrontó fundamentalmente antes de abdicar y de los que ha conseguido salir exitoso.

De todas formas, inevitablemente ha adquirido mucha trascendencia el debate jurídico acerca de la extensión de la inviolabilidad regia, en el que suscribo la posición de la doctrina minoritaria tras haberse mostrado la división entre los expertos respecto a este tema.

Aunque no tendría ningún sentido eliminar dicha prerrogativa aprovechando la coyuntura, sí considero que se ha abierto una ventana de oportunidad para limitar los efectos de la misma, preferiblemente a través de una reforma constitucional. Para completar esta tarea, posiblemente debería tenerse en cuenta cómo se ha solventado este asunto en otras monarquías europeas, si es que eso ha ocurrido. En este sentido, sería razonable progresar en una línea de investigación que tratase minuciosamente el alcance de la irresponsabilidad regia en otros países, lo que sobrepasa los objetivos de este trabajo.

De procederse así, es probable que aumentase la confianza ciudadana en la Corona y se superase definitivamente la crisis que amenazó con la propia pervivencia de la misma hasta que don Felipe VI comenzó a reconducir esa delicada situación. Incluso me atrevo a aventurar que a lo mejor no sería perjudicial para la institución que representa el hecho de que el Rey Emérito fuese procesado y tuviese que responder ante la justicia sí los tribunales así lo decidiesen, pues opino que el daño a la Corona ya se produjo con la difusión por los medios de informaciones sensibles sobre sus actividades privadas. En ese caso, la sociedad española podría comprobar que incluso el Jefe de Estado debe asumir su responsabilidad cuando en su esfera personal vulnera la legalidad vigente, manteniéndose la inviolabilidad

solamente en el ejercicio de sus funciones constitucionales. Tal vez así se reforzaría la imagen de la Corona frente a los que rechazan la monarquía olvidando que la inviolabilidad también se recoge en los textos constitucionales de Estados organizados en forma de república.

6. **BIBLIOGRAFÍA**

-ABELLÁN MATESANZ, Isabel y MOLINA, Luis (2011): "Sinopsis artículo 56" de la Constitución, Madrid, Congreso de los Diputados.

-ABELLÁN, Lucía (2013): *Alberto II alega motivos de seguridad en su mensaje de despedida a los belgas*. El País. Documento en línea:
https://elpais.com/internacional/2013/07/03/actualidad/1372857999_774211.html

-ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Eduardo (2019): *Juego de tronos en Malasia tras abdicar su rey*. El Mundo. Documento en línea:
<https://www.elmundo.es/internacional/2019/01/10/5c361f7ffc6c83a9698b464c.html>

-ARTAL, Rosa María (2018): *La inviolabilidad del Rey*. El Diario. Documento en línea:
https://www.eldiario.es/zonacritica/inviolabilidad-Rey_6_811978810.html

-ASUAR GALLEGO, Beatriz (2018): *PP, PSOE y Cs vuelven a bloquear la comisión de investigación sobre el Rey Juan Carlos*. Público. Documento en línea:
<https://www.publico.es/politica/pp-psoe-cs-vuelven-bloquear-comision-investigacion-rey-juan-carlos.html>



-BASTEIRO, Daniel (2018): *Sánchez dice que derogaría la inviolabilidad del Rey y Ábalos lo limita a una "opinión" personal*. El Español. Documento en línea: https://www.elespanol.com/espana/20181b204/sanchez-derogaria-inviolabilidad-rey-felipe-vi-sin/358214255_0.html

-BASTIDA FREIJEDO, Francisco José (2012): *La inviolabilidad del Rey y las interceptaciones ocasionales*. Forum Costituzionale. Documento en línea: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/amici_curiae/freijedo.pdf

-BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique (2015): "La evaluación y control de los actos del Rey, como presupuesto para mejorar la racionalización democrática de la Corona", *Revista catalana de Dret Públic*, Nº 51, p. 155-173

-BIGLINO CAMPOS, Paloma (2001): "La inviolabilidad del Rey y el refrendo de sus actos", en: *La monarquía parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones. pp. 201-214

-CABALLERO, Nacho (2018): *Podemos pide a Sánchez que aborde la "inviolabilidad" del Rey*. Disponible en: https://www.elplural.com/politica/podemos-pide-a-sanchez-que-aborde-la-inviolabilidad-del-rey_203160102

-CALLEJA RAMO, Braulio (2016): *La doble irresponsabilidad del Rey Juan Carlos*. Bez. Documento en línea: <https://www.bez.es/290177656/la-doble-irresponsabilidad-del-Rey-Juan-Carlos.html>

-CANO MONTANEJO, José Carlos (2018): *Inviolabilidad del Rey: ¿Prerrogativa o privilegio?* La Razón. Documento en línea:
<https://www.larazon.es/espana/inviolabilidad-del-rey-prerrogativa-o-privilegio-HO20844102>

-CARRILLO LÓPEZ, Marc (2015): "Debatiendo: La sucesión a la Corona", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº7, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III, pp. 270-277.

-DE ESTEBAN ALONSO, Jorge (2014): *La inesperada abdicación del Rey.*, El Mundo. Documento en línea:
<https://www.elmundo.es/opinion/2014/06/02/538cd82f22601daf258b457e.html>

-DE LA FUENTE, Inmaculada (1984): *Francisco José II.* El País. Documento en línea:
https://elpais.com/diario/1984/08/30/ultima/462664805_850215.html

-EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (2013): "La previsión constitucional de la abdicación del Rey en el ordenamiento español". Blog de la Revista Catalana de Dret Públic. Documento en línea:
<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/02/11/la-prevision-constitucional-de-la-abdicacion-del-rey-en-el-ordenamiento-espanol-enriqueta-exposito/>

-EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (2014): *El contenido real de la ley de abdicación.* El Diario. Documento en línea:
https://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/Luces-sombras-abdicacion-Rey_0_266674119.html



-FERRERES COMELLA, VÍCTOR: (2014): "La Ley Orgánica de Abdicación del Rey Juan Carlos", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Nº 38, pp. 124-127.

-GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: (2014): "La abdicación de Juan Carlos I: cuestiones constitucionales e incógnitas políticas", en: *Temas para el Debate*, Nº 236, pp.11-15.

-GARCÍA GALLEGOS, Javier (2014): *En Bélgica y Holanda, sin inmunidad*. El Mundo. Documento en línea: <https://www.elmundo.es/espana/2014/06/21/53a5533e268e3e27668b456c.html>

-GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción (2015): "Debatiendo: La sucesión a la Corona", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº8, Madrid, Publicaciones Universidad Carlos III, pp. 263-268.

-GARCÍA TORRES, Jesús (2009): "Artículo 57", en: Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (coords.): *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-AEBOE, pp.1570-1588.

-GAREA BARAGAÑO, Fernando (2014a): *El Rey abdica: El Congreso da luz verde a Felipe VI*. El País. Documento en línea: https://elpais.com/politica/2014/06/11/actualidad/1402484232_715544.html

-GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2012): *La inviolabilidad del Rey*. El Mundo. Documento en línea: http://quiosco.elmundo.orbyt.es/ModoTexto/paginaNoticia.aspx?id=11630772&tipo=1&sec=El%20Mundo&fecha=13_11_2012&pla=pla_11014_Madrid

-GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2014a): *La abdicación del Rey Juan Carlos I*, Canal UNED, Serie Derecho en Radio 3. En línea:
<https://canal.uned.es/video/5a6fae35b1111f50318b47a9>

-GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1991). "El control jurisdiccional de los actos del Jefe del Estado", en Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, pp.1989-2002.

-GUZMÁN ÁLVAREZ, Cecilia (2012): *El Mundo cuestiona la "inviolabilidad" del Rey: no puede ser un "privilegio absoluto"*. El Plural. Documento en línea:
https://www.elplural.com/politica/espana/el-mundo-cuestiona-la-inviolabilidad-del-rey-no-puede-ser-un-privilegio-absoluto_54314102

-HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1983): "Artículo 56. El Rey", en: Óscar Alzaga Villamil (coord.): *Comentario a las leyes políticas* (V), Madrid, EDERSA, pp. 41-94.

-HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (2014): "La abdicación constitucional laudanda et minoranda", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 47, Madrid, Iustel, pp.36-45.

-LÓPEZ VILAS, Ramón (1983): "La sucesión en la Corona", en Pablo Lucás Verdú (coord.): *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de derecho de la UCM, pp.129 y ss.

-MARTÍ, Octavi (2005): *Alberto de Mónaco asume el poder ante la enfermedad de Rainiero*. El País. Documento en línea:



https://elpais.com/diario/2005/04/01/internacional/1112306413_850215.html

-MARTÍN PALLÍN, José Antonio (2018): *Los límites de la inviolabilidad del Rey*. El Diario, Documento en línea:

https://www.eldiario.es/tribunaabierta/limites-inviolabilidad-rey_6_850474958.html

-OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente (2017): "De Juan Carlos I a Felipe VI: ¿Algo nuevo bajo el sol?", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, Nº 29, Cortes Valencianas, Valencia, pp.175- 222.

-OPPENHEIMER, Walter (2014): *La Reina Isabel II no tendría ninguna protección legal si abdicara*. El País. Documento en línea

https://elpais.com/politica/2014/06/06/actualidad/1402038140_946289.html

-OPPENHEIMER, Walter; FERRER, Isabel; BOO, Concha (2014): *España es el país con el mayor número de personas aforadas*. El País. Documento en línea:

https://elpais.com/politica/2014/06/20/actualidad/1403291510_620596.html

-PÉREZ, Julia (2014): *Dudas sobre la constitucionalidad del aforamiento del rey Juan Carlos*. Público. Documento en línea:

<https://www.publico.es/politica/dudas-constitucionalidad-del-aforamiento-del-rey-juan-carlos.html>

-PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA, Alfredo; FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel (1987): *La Monarquía y la Constitución*, Madrid, Civitas.

- RECUERO, Marisa (2018): *La Fiscalía investigará el presunto cobro de comisiones por el AVE a la Meca tras*

recibir documentación del "caso Villarejo". El Mundo
Documento en línea:

<https://www.elmundo.es/espana/2018/12/26/5c234b38fdddff0b3c8b4654.html>

-REY MARTÍNEZ, Fernando (2014): *El Rey la ley*. El País.
Documento en línea:

https://elpais.com/elpais/2014/06/03/opinion/1401814529_700642.html

- RIDAO MARTÍN, Joan (2014): "Abdicación y monarquía parlamentaria en la España del siglo XXI", *Derecho y Cambio Social*, Nº37, Lima, Circulo de Estudios Iusfilosóficos "Unidad", pp.1-26.

- RINCÓN CALDERÓN, Reyes (2015): *El Supremo indaga una demanda de paternidad contra el Rey Juan Carlos*. El País. Documento en línea:

https://elpais.com/politica/2015/03/11/actualidad/1426073616_670115.html

- RODRÍGUEZ ARRIBAS, Ramón (2014): *En la abdicación del Rey*. El Mundo. Documento en línea:

<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2014/06/11/003.html>

-RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (2009): "Artículo 56", en: Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (coords): *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer-AEBOE, pp.1555-1569.

-RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1982): "[La inviolabilidad del Rey en la Constitución](#)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº1, Madrid, Wolters Kluwer, pp.864-866.



-RUIZ VALDIVIA, Antonio (2019): *Las claves sobre el aforamiento del Rey Juan Carlos*. El Huffington Post. Documento en línea: https://www.huffingtonpost.es/2014/06/24/aforamiento-rey-juan-carlos_n_5525169.html

-SÁIZ ARNAIZ, Alejandro (2001): *La Sucesión en la Corona. Abdicación y renuncia en la Monarquía Parlamentaria (Título II de la Constitución)*, Madrid, VII Jornadas de Derecho Parlamentario, Publicaciones del Congreso de los Diputados, pp.419-438.

-SALVADOR RUIZ, Antonio (2017): *Rey emérito: sin funciones reguladas pero con un 'sueldo' mensual de 15.769 euros*. El Independiente. Documento en línea: <https://www.elindependiente.com/politica/2017/06/29/rey-emerito-sin-funciones-reguladas-pero-con-un-sueldo-mensual-de-15-769-euros/>

-SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2001): "Inhabilitación regia y tutela del Rey", en: *La monarquía parlamentaria*, Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, pp.405-418.

- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2014): *Sentido de la Ley de Abdicación* Documento en línea: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1129330

-SERRANO ALBERCA, José Manuel (2013): *El orden de sucesión a la Corona, abdicaciones y renunciaciones (artículo 57 de la Constitución española)*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

-SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José (2011): "Irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey", en: Manuel

Aragón Reyes y César Aguado Renedo (coords.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Vol. II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters.

- SUÑÉ LLINÁS, Emilio (2013): *La inviolabilidad del Rey Emérito (I)*. Madridpress.com. Documento en línea:

<https://madridpress.com/art/242527/la-inviolabilidad-del-rey-emerito-i->

-TOMÁS VILLARROYA, Joaquín (1983): "Artículo 57: Sucesión a la Corona", en: Óscar Alzaga Villamil (coord.): *Comentario a las leyes políticas (V)*, Madrid, EDERSA.

-TORRES DEL MORAL, Antonio (1997): *El Príncipe de Asturias, su estatuto jurídico*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados.

-TORRES DEL MORAL, Antonio (2014a): *La abdicación del Rey Juan Carlos I*, Canal UNED, Serie Derecho en Radio 3. En línea:

<https://canal.uned.es/video/5a6fae35b1111f50318b47a9>

-TORRES DEL MORAL, Antonio (2014b): "En torno a la abdicación de la Corona", *Revista española de Derecho Constitucional*, N°102, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- TORRES DEL MORAL, Antonio (2014c): *Abdicación y Renuncia*, Canal UNED, Serie VI (Derecho en Radio 3). En línea:

<https://canal.uned.es/video/5a6f96d2b1111f54308b456a>



- TORRES DEL MORAL, Antonio (2014d): *¿Cómo se lleva a cabo la abdicación del Rey?*, Canal UNED, Serie La Ley es Ley. En línea:

<https://canal.uned.es/video/5a6f86e5b1111f48598b476e>

- TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro (2014): "A Propósito de la Abdicación del Rey Juan Carlos I", *Civitas Europa*, Nº 33, IRENEE.

7. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de enero de 2015, por el que se decide inadmitir la demanda planteada por el demandante D. Albert Solà Jiménez, FJ.6º. Documento en línea:

<https://veronicadelcarpio.files.wordpress.com/2015/01/auto-ts-inadmioc81n-demanda-paternidad-rey-jc.pdf>

-Auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2015, por el que se decide estimar el recurso de reposición planteado por el demandado D. Juan Carlos I, FJ.5º. Documento en línea:

https://www.elconfidencialdigital.com/media/elconfidencialdigital/files/2015/04/09/ECDFIL20150409_0001.pdf

- Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de 7 de septiembre de 2018, por el que se decide sobreseer provisionalmente la pieza separada abierta contra Juan Carlos de Borbón, FJ.3º. Documento en línea:

https://www.elindependiente.com/wpcontent/uploads/2016/10/auto_villarejo_corinna.pdf

- Auto del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2019, por el que se decide

inadmitir la querrela interpuesta contra Juan Carlos de Borbón, FJ.3º Documento en línea:
https://www.elnacional.cat/uploads/s1/73/38/69/7/aut_o-inadmite-querrela-pce-vs-rey-emerito-1.pdf

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

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ESTUDIO SOBRE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA VENEZOLANA

STUDY ON STRATEGIC AND COMMERCIAL ALLIANCES IN VENEZUELAN PUBLIC PROCUREMENT

D. Alejandro Canónico Sarabia³²⁸

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de
Margarita (Venezuela)

Resumen: Las alianzas estratégicas y comerciales son acuerdos entre sujetos que permite intercambiar las fortalezas de cada uno para lograr objetivos que pudieran ser coincidentes. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general. Los contratos de alianzas estratégicas y

³²⁸ Abogado. Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de la Coruña (España). Experto en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal. Magister en Historia. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Coordinador Nacional de la Red Iberoamericana de Contratación Pública.



comerciales, previstos en las normas de la contratación pública para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, deben cumplir las reglas fundamentales de esa materia, lo que incluye sus principios generales. Por otra parte, al no existir en Venezuela normas expresas que regulen las relaciones o participaciones público privadas, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas, a la par de las concesiones públicas, pueden ser de suma utilidad para el desarrollo económico y social de la nación.

Palabras claves: Alianza, Estratégica, Comercial, Contratación Pública

Abstract: The strategic and commercial alliances are agreements between subjects that allows to exchange the strengths of each one to achieve objectives that can be coincident. These associative figures are incorporated into the public procurement rules with the purpose of streamlining and simplifying some procedures and forms in the hiring, thinking about the benefit of the general interest. The strategic and commercial alliances contracts, foreseen in the rules of public contracting for the acquisition of goods, provision of services and execution of works, must comply with the fundamental rules of that matter, which includes its general principles. On the other hand, since there are no express rules in Venezuela that regulate public-private relations or participation, commercial alliances and strategic alliances, along with public concessions, can be extremely useful for the economic and social development of the nation.

Keywords: Alliance, Strategic, Commercial, Public Procurement

Sumario: *I. La noción de alianzas estratégicas y comerciales en el Derecho Venezolano. II. Las alianzas estratégicas según la Ley de contrataciones públicas. 1.*

Necesaria referencia al concepto de procesos productivos. III. Las alianzas comerciales en las contrataciones públicas. IV. Comparación entre alianzas estratégicas y alianzas comerciales. V. Características de los contratos de alianzas en la contratación pública. 1. Las alianzas como excepción a las modalidades competitivas de selección de contratistas. 2. El objeto del contrato no hace posible la competencia. 3. No se pueden sustituir las facultades del contratante. 4. Las alianzas estratégicas y comerciales se constituyen en una forma de contratación directa. 5. El cumplimiento obligatorio de las actividades previas. 6. Particularidades del contenido de los contratos de alianzas. 7. La exclusión de las modalidades de selección de contratistas sólo alcanza al contrato de alianza. 8. La vigencia de las condiciones establecidas en las normas de contratación pública. VI. La relación de las alianzas estratégicas y comerciales con el contrato marco. VII. Reflexiones finales. Bibliografía.

I. LA NOCION DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES EN EL DERECHO VENEZOLANO

Etimológicamente la palabra alianza proviene del término aliar o aliarse, que sencillamente consiste en la unión de dos o más personas para lograr un fin común. Se trata de un pacto, acuerdo o convención celebrada entre dos o más personas, para perseguir y asegurar objetivos comunes o con intereses coincidentes, pero con objetivos distintos complementarios y no contradictorios.

Las alianzas pueden asimilarse a una forma de asociación entre personas naturales o jurídicas, en la búsqueda de un objetivo común o complementario.



Simplemente ambas partes se ponen de acuerdo para aportar sus fortalezas o habilidades individuales en un conjunto heterogéneo con la finalidad de consolidar una suma de elementos que muestren una unión tendiente a lograr el o los objetivos trazados, que no necesariamente debe ser el mismo objeto para todos los participantes. Además el desarrollo de las actividades compartidas debe verificarse en un escenario de transparencia, confianza y honestidad o integridad³²⁹.

En estos acuerdos entre dos o más personas se suelen compartir recursos, capacidades, habilidades y/o actividades con un propósito de complemento, mutuo aprendizaje y así mejorar o fortalecer la posición competitiva de ambas entidades, las asociaciones estratégicas pueden celebrarse con ánimo de permanencia o con carácter temporal, de acuerdo al tiempo o duración del cumplimiento de sus objetivos.

Existen dos tipos de alianzas estratégicas: las alianzas estratégicas constitutivas, que incluyen acuerdos de inversión de capital y las alianzas estratégicas colaborativas, en las que se comparten ciertas actividades sin que se forme una nueva entidad. Las primeras suponen la creación de una nueva persona jurídica, a partir de los recursos aportados por dos o más asociados con el propósito de desarrollar actividades distintas pero a fin con la de las empresas originarias, pudiendo llegar hasta la extinción de alguna de las empresas creadoras. Esta forma de cooperación se

³²⁹ La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en su artículo 303 relativo a la regulación del manejo de la industria petrolera hace mención a la posibilidad de utilización de fórmulas de asociaciones estratégicas que pueda celebrar el ente creado para la administración de la industria petrolera o sus empresas filiales.

encuentra entre las fusiones y adquisiciones y el crecimiento orgánico corporativo.

Mientras que las alianzas estratégicas colaborativas no suponen la creación de una nueva empresa, sino que consisten en la transferencia de tecnología, en compartir una actividad excedentaria de producción o compartir una red comercial determinada, sin que nazca una entidad autónoma o propia distinta a las originarias. Son acuerdos realizados por dos o más partes para alcanzar un conjunto de objetivos deseados por cada parte independiente. Tradicionalmente, se presentan alianzas estratégicas de este tipo entre grandes o medianas empresas que, frente a nuevos retos de consumo o debilidades internas observadas, requieren nuevos recursos o capacidades en logística, producción, tecnología o estrategias de comercialización.

Principalmente las alianzas empresariales se documentan a través de contratos, que consisten en instrumentos escritos donde se determinan las condiciones y el grado de la asociación³³⁰. Con dichos instrumentos o actos bilaterales se persigue generar seguridad jurídica para ambas partes y para los terceros que se relacionen con los representantes de la alianza, y adicionalmente para verificar los objetivos concretos que permitan hacer seguimiento y medición de cumplimiento de los mismos, así como establecer responsabilidades.

En el plano empresarial las alianzas estratégicas se han asimilado a otras figuras asociativas como el *Joint*

³³⁰ Según el artículo 1.133 del Código Civil venezolano: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.



Venture contractual o el *Co branding*³³¹, que se trata de la unión de dos o más entidades empresariales o gubernamentales de diferentes dimensiones para combinar recursos y capital, por necesidad o competitividad, con la finalidad de operar objetivos empresariales en conjunción de intereses de propiedad, estrategias comerciales o industriales, distribución de ganancias y eventuales pérdidas, empleando métodos empresariales novedosos y la nueva tecnología de la información y las comunicaciones. Sin duda las alianzas comerciales o estratégicas pueden ser asimiladas a la figura de *joint venture*³³², por la necesidad de las empresas de complementarse para fortalecerse en los aspectos técnicos, estratégicos o económicos, y compartir riesgos en la consecución de un objetivo común.

En el ordenamiento jurídico venezolano no se encuentra regulada expresamente la figura del *joint venture* contractual, sin embargo analizando sus características y naturaleza jurídica podemos afirmar que esta institución jurídica se identifica por una parte, con los consorcios³³³, por las siguientes razones: i. Se crean por

³³¹ Se define como la unión de cosas que concurren a un mismo fin.

³³² Sobre la noción de *joint venture* se recomienda consultar la tesis de: TREDINICK BRUSCO, C.A., *Joint venture y consorcio, como formas de alianzas estratégicas en los países con Tradición Anglosajona y Latina*, Tesis, Caracas, UCAB, 2005.

<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ7082.pdf> consultada el 1º de febrero de 2018.

³³³ La base legal de los consorcios en Venezuela la encontramos en las siguientes disposiciones normativas: El artículo 10 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (2001); el artículo 20 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica Sobre Promoción de la Inversión Privada Bajo el Régimen de

medio de un acuerdo o contrato; ii. El plazo de duración de la asociación se vincula con el cumplimiento del objetivo que motivó la asociación; iii. Lo determinante es el cumplimiento del proyecto; iv. Las partes son responsables solidarios frente a terceros; v. Generan control y equilibrios conjunto en las prestaciones de las partes; vi. No da lugar al nacimiento de una persona jurídica nueva y distinta de las partes que lo suscriben; y vii. Cada empresa conserva su patrimonio propio.

Adicionalmente en Venezuela la figura del consorcio se asimiló en muchas ocasiones a la noción de los contratos de cuentas en participación o asociación de participación, previstos del artículo 359 al 364 del Código de Comercio venezolano³³⁴, y que son consideradas sociedades accidentales o irregulares para distinguirlas de las sociedades nominadas que el propio código regula: Es

Concesiones publicado en la Gaceta Oficial N° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999 (Ley de Concesiones); el numeral 3 del artículo 57 de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (G.O. N° 37.999 del 11/08/2004); y el artículo 184 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (G.O. N° 5.555 del 13/11/2001); y una referencia en el artículo 87 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (2009), comentado en COLINA FONSECA, P., *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la ley de contrataciones públicas*, Caracas, FUNEDA, 2010, pág. 16.

³³⁴ "Artículo 359. La asociación en participación es aquella en que un comerciante o una compañía mercantil da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todas las de su comercio. Puede también tener lugar en operaciones comerciales hechas por no comerciantes." Código de Comercio, publicado en la Gaceta Oficial N° 475 del 26 de julio de 1955.



por ello que la asimilación con los consorcios, depende del tipo consorcial adoptado y de su objeto³³⁵.

Por otra parte, resulta conveniente aclarar que no representa una condición indispensable para la formalización de una alianza, la constitución de un fondo patrimonial o contrato de fideicomiso para considerar constituido este tipo de contratos. Si se previó la constitución de un fideicomiso dentro de las condiciones pactadas en el contrato y no se formalizó materialmente, se puede generar un supuesto de incumplimiento parcial de la asociación, pero que no derivaría necesariamente en la extinción de la alianza, a menos que la obligación principal haya sido tal compromiso, y se determine que es imposible avanzar con el objeto del contrato sin esa herramienta financiera.

Cabe destacar que en Venezuela no existe una ley especial de participación público privada, como existen en otros países del orbe, y que en la actualidad representa una alternativa importante para el desarrollo de las naciones emergentes; aun cuando alguna de estas formas de contratación estratégica y colaborativa pudieran tener en la actualidad como principal base legal la Ley de Concesiones, antes citada, y otras que se encuentran en vigor. En ese sentido, podemos precisar que en Venezuela encontramos a las alianzas

³³⁵ Dentro de la propia ley de contrataciones públicas se mencionan los consorcios y las alianzas para considerarlos como formas asociativas que permiten participar en los procedimientos de contratación pública. Ver artículo 84 numeral 3 del Decreto N° 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (Denominado en lo sucesivo DLCP).

estratégicas en diferentes textos legislativos para sectores determinados.

Identificamos una noción de alianza estratégica en el Decreto Presidencial N° 9.052, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012; que tiene por objeto impulsar unas nuevas formas asociativas entre el estado y las personas de naturaleza privada, para garantizar la justa distribución de la riqueza y defensa de la soberanía nacional en el tránsito al “socialismo”.

Con esta norma el estado venezolano pretendió propiciar un nuevo modelo de gestión asociativo a partir de las unidades productivas, de propiedad social o comunitaria conjuntamente con la Administración Pública Nacional, que sea eficiente, sostenible y que genere retornabilidad social y económica con base en el hecho de compartir procesos productivos. Las referidas formas asociativas aportadas son: Las alianzas estratégicas, las empresas conjuntas (empresas mixtas) y los conglomerados³³⁶.

Pues bien, para esta ley, la alianza estratégica es: *“el acuerdo que se desprende entre una empresa privada o comunitaria y el Estado Nacional a efectos de compartir procesos productivos, bien sea en una misma actividad*

³³⁶ Según la señalada ley, los conglomerados son un conjunto de empresas públicas y/o privadas que se asocian para un fin determinado planificando esquemas conjuntos para adquisición de materias primas, marcas colectivas, producción, distribución y comercialización. Pero siempre con la intervención de una empresa del estado o una empresa conjunta.



o en encadenamientos asociados. En estas alianzas las empresas involucradas conservan su identidad jurídica por separado y establecen la asociación para los fines descritos” (Art. 3.1.). Observamos que se repiten alguna de las características que ya hemos apuntado para identificar a las alianzas estratégicas, sin embargo, a los fines de esta ley, se le circunscribe a las relaciones de la empresa privada con los órganos de la Administración Pública Nacional, cuando se refiere al Estado Nacional, y además, privilegiando a las empresas comunitarias, estas son, aquellas regidas por la Ley Orgánica del Sistema de Economía Popular³³⁷. Por lo que esta noción es un tanto excluyente.

Asimismo, las alianzas estratégicas se muestran en el Decreto Nº 2.165, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos³³⁸, como *“...el acuerdo entre una empresa privada o comunitaria y el Estado Nacional a efectos de compartir procesos productivos, bien sea en una misma actividad o en encadenamientos asociados...”*, para desarrollar actividades de pequeña minería. En estas alianzas las

³³⁷ Se entiende como *Empresa de propiedad social directa comunal*, a la unidad socioproductiva constituida por las instancias de Poder Popular en sus respectivos ámbitos geográficos, destinada al beneficio de los productores que la integran, de la colectividad a las que corresponden y al desarrollo social integral del país, a través de la reinversión social de sus excedentes. La gestión y administración de las empresas de propiedad social comunal directa es ejercida por la organización social que la constituya. Ver artículo 10 de la *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal (G.O. Nº 6.011 del 21 de diciembre de 2011)*.

³³⁸ Publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.210, de 30 de diciembre de 2015.

empresas involucradas conservan su identidad jurídica por separado y establece la asociación para los fines descritos (Artículos 5 y 10).

Por último, los contratos de alianzas estratégicas y comerciales donde participen los órganos o entes que ejercen el Poder Público, se encuentran regulados expresamente en las normas de contratación pública en Venezuela³³⁹, por lo que se puede concluir que se trata de una forma de *Joint Venture* en los contratos públicos. Aunque se prevén como excepción a las modalidades o los procedimientos competitivos que la ley establece. Sin embargo, no podemos perder de vista que al encontrarse las alianzas comerciales y estratégicas previstas dentro de las normas de las contrataciones públicas, se deben cumplir con los principios propios de esta disciplina, como la transparencia, la eficiencia, la economía, la competencia, la honestidad o integridad, el control y la responsabilidad. Esto quiere decir, que si bien el contratista concurre con la doble finalidad de cumplir con el objetivo contractual y generar las ganancias propias del negocio, todas las actividades que se desprenden del objeto principal deben estar previstas en el contrato, así como la determinación de las fuentes de ingresos y los montos.

La libertad propia de un contrato mercantil se pudiera ver disminuida en los contratos de alianzas comerciales y estratégicas en el sector público, por encontrarse presente la noción de orden público al estar gestionando

³³⁹ La primera vez que aparecen las nociones de alianzas estratégicas y comerciales fue en el Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008, y se han mantenido en las diferentes reformas legislativas con pequeñas modificaciones.



un interés general, ya que el Decreto Ley de Contrataciones Públicas (DLCP), tiene por objeto: *"...regular la actividad del estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes..."*³⁴⁰. No debemos olvidarnos de este objetivo para comprender la pertinencia de este tipo de relaciones contractuales dentro de la contratación del sector público. Y es precisamente sobre este tipo de alianzas estratégicas o comerciales, que vamos centrar nuestro análisis seguidamente en el presente trabajo.

II. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS SEGÚN EL DLCP

Lo primero que debemos tener claro es que, como observamos en el punto anterior, los contratos de alianzas no son muy comunes en las contrataciones públicas tradicionales. En Venezuela se encuentra su regulación a partir de la vigencia del Decreto N° 5.929, con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.895, de fecha 25 de marzo de 2008, que sustituyó a la Ley de Licitaciones, norma esta que nada mencionaba sobre el tema. Ahora bien, a partir de su inclusión legislativa en el citado decreto ley, se ha mantenido en las regulaciones normativas y sus sucesivas reformas, con pequeñas modificaciones, como veremos seguidamente.

³⁴⁰ Ver artículo 1 del DLCP.

En la Ley de Contrataciones Públicas de 2008 y en su reforma parcial de 2009³⁴¹, así como en la Ley de Contrataciones Públicas de 2010³⁴², la definición de alianza estratégica estaba prevista en el artículo 6.24, de la siguiente forma:

“Alianza Estratégica: Consiste en el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el órgano o ente contratante y personas naturales o jurídicas, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, con objeto de abordar los problemas complejos del proceso productivo, en beneficio de ambas partes”³⁴³.

Mientras que en el vigente DLCP³⁴⁴, que derogó a la anterior ley, se amplía el concepto, ahora previsto en el artículo 6.35, quedando redactado de la siguiente forma:

“Alianza Estratégica: Consiste en el establecimiento de mecanismos de cooperación entre el contratante

³⁴¹ Reforma parcial de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.165 del 24 de abril de 2009.

³⁴² Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

³⁴³ En el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas aparece mencionada de la siguiente forma: *“Para las Alianzas Estratégicas los bienes o servicios que se incluirán deben estar asociados al proceso productivo del órgano o ente contratante, resultando de la aplicación de estas alianzas beneficios para el cumplimiento de las actividades sustanciales de estos órganos o entes. Debe establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas y obligaciones de ambas partes y la duración de la misma.”*

³⁴⁴ Decreto Nº 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial Nº 6.154 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014 (DLCP).



y personas naturales o jurídicas o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización, en la combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades, para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza estratégica en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas. Comprenderán igualmente los acuerdos entre órganos y entes de la Administración Pública, en un proceso de gestión con las comunidades organizadas.” (resaltado añadido)

Vemos cómo ha evolucionado el concepto para tratar de completarlo y perfeccionarlo. En las primeras regulaciones sólo se describía el objeto de la alianza sin aportar mayores datos a los aspectos formales de la contratación, determinando que se trataba de mecanismos de cooperación, combinación de esfuerzos, fortalezas y habilidades para ayudar en el proceso productivo del contratante, buscando un beneficio común. Tampoco se precisaba su alcance, esto es, si era posible su implementación en los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras; interpretándose que no era posible el empleo en la ejecución de contrato de obras, por no estar asociados directamente a procesos productivos del contratante³⁴⁵. Sin embargo, aun cuando no se

³⁴⁵ Cabe destacar en el artículo 5.5 de las Leyes de Contrataciones Públicas de 2008, 2009 y 2010, no se incluían a los contratos de obras en las alianzas estratégicas y comerciales; no obstante, en el artículo 4 del Reglamento de la ley de Contrataciones Públicas de 2009 (RLCP), que aún se

determinaba expresamente, esos acuerdos de cooperación debían ser documentados a través de un convenio o contrato donde se describiera la alianza, la razón de ser de la misma, se definieran las condiciones de participación y las obligaciones de las partes.

Por su parte, en el vigente DLCP se agregan a la noción de alianza estratégica características muy importantes para delimitar su alcance y utilización, situación que era necesaria partiendo de la concepción de excepción que comporta la figura jurídica contractual que estudiamos. En primer lugar, se precisa que no es obligatorio que sea un solo contratista que se relacione con el contratante por vía de la alianza, sino que es posible que sea más de una persona reunidas en una misma relación contractual, sin otorgarle relevancia a la forma que adopte esa unión de personas, pudiendo ser un consorcio, una asociación de empresarios, una cooperativa, una unión temporal de empresas, entre otros. Lo importante es la combinación de esfuerzos, capacidades, recursos y habilidades para lograr los objetivos propuestos.

Igualmente, se incluye de forma expresa a los contratos de ejecución de obras asociados a los procesos productivos del contratante, que no habían sido considerados en las leyes anteriores en las que solo se preveían los contratos de bienes y servicios, aun cuando ya se encontraban regulados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas (RLCP), a partir del año 2009³⁴⁶. Adicionalmente la norma se refiere a las

mantiene vigente, si se incluían a los contratos de obras, además de los contratos de bienes y servicios, como objeto de alianzas estratégicas y comerciales.

³⁴⁶ Publicado en la Gaceta Oficial Nº 39.181 del 19 de mayo de 2009.



actividades sustantivas del contratante, lo que quiere decir que los bienes, servicios y obras que se pretenden contratar por vía de la alianza estratégica deben necesariamente estar vinculados a las atribuciones o competencias propias del contratante, sin que pueda desligarse de aquellas, por que perdería sentido la alianza celebrada o propuesta.

Así mismo, se pronuncia sobre la forma que debe adoptar la contratación, específicamente en cuanto a su contenido, siendo obligatorio establecer expresamente dentro del contrato las ventajas que obtiene el contratante o poder adjudicador, a propósito de la celebración de la alianza estratégica, comparándola con aquellas contrataciones que pudiera generarle ventajas o no, si se optare por las modalidades competitivas de selección de contratistas. Esto es muy importante, porque es realmente la causa que justifica la utilización de esta modalidad de contratación.

Termina la definición incluyendo dentro de las alianzas estratégicas los acuerdos que se celebren entre distintos órganos y/o entes de la Administración Pública, en los procesos de gestión de servicios donde se involucre a las comunidades organizadas³⁴⁷. Con esta incorporación se

³⁴⁷ Lo planteado en esta disposición guarda relación con el contenido de Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.011 Extraordinario del 21 de diciembre de 2010, donde se establecen las normas, principios, y procedimientos para la creación, funcionamiento y desarrollo del sistema económico comunal, integrado por organizaciones socio productivas bajo régimen de propiedad social comunal, impulsadas por los órgano y entes que ejercen el Poder Público o por acuerdo con las comunidades organizadas, para la producción, distribución, intercambio y consumo de bienes y servicios, así como de saberes y conocimientos, en pro de satisfacer las necesidades colectivas.

ratifica la posibilidad de celebrar alianzas estratégicas entre órganos y entes de la Administración Pública conjuntamente con las organizaciones comunitarias y participativas, para lograr sus fines de interés general. En estos casos la participación de las comunidades organizadas será relevante para distinguir las alianzas estratégicas intergubernamentales de los compromisos de gestión³⁴⁸.

1. NECESARIA REFERENCIA AL CONCEPTO DE PROCESOS PRODUCTIVOS

Para lograr el objetivo de este estudio resulta conveniente referirnos a la noción de procesos productivos, empleada por todas las normas antes citadas pero con algunos matices, a los fines de terminar de precisar la concepción de los contratos de alianzas estratégicas, como tipos de contratos de excepción en las normas que regulan los procedimientos de selección de contratistas; en ese sentido debemos apoyarnos igualmente en los términos que aporta la propia ley, y que han variado en las reformas sucesivas, partiendo de una aproximación sencilla de procesos productivos hacia una concepción más compleja.

Así como con las disposiciones del Decreto Nº 9.052 con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, antes citado, y la Ley Orgánica para la gestión comunitaria de competencias, servicios y otras atribuciones (2010).

³⁴⁸ La figura del compromiso de gestión se encuentra regulada en el artículo 133 y siguientes del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.



Inicialmente se entendía por procesos productivos, de acuerdo con la Ley de Contrataciones Públicas³⁴⁹:

"...las actividades realizadas por el órgano y ente contratante, mediante las cuales un conjunto de elementos o materiales sufren un proceso de transformación que conducen a obtener bienes tangibles o servicios para satisfacer necesidades".

Se trataba de un concepto de proceso de producción sencillo y similar a la noción general que se encuentra en cualquier texto enciclopédico que se refiriera al alcance de la expresión proceso productivo. En ese sentido, procesos productivos son los procesos *"...en el que las materias primas se someten a una serie de operaciones para obtener un producto acabado que presente unas determinadas características dentro de los límites de tolerancia fijados"*. Y si nos referimos a los procesos productivos estrictamente económicos, podemos concluir en que se trata de un *"conjunto de operaciones económicas homogéneas, bien en la especie, bien en el objeto, creadas como consecuencia de la repetición de los diferentes ciclos productivos"*³⁵⁰.

Mientras que para el vigente DLCP, los procesos productivos son:

"...el conjunto de acciones sucesivas necesarias que requieren una serie de operaciones sobre los materiales con la ayuda de medios técnicos, habilidades y saberes, pudiendo resultar la obtención de bienes como resultado de un ciclo de

³⁴⁹ Esta definición se encontraba prevista en el artículo 6.17 de la Ley de Contrataciones Públicas de 2008, su reforma de 2009 y en la versión de 2010.

³⁵⁰ Gran enciclopedia hispánica, Tomo 15, Panamá, Editorial Planeta, 2006, pág. 5091.

*transformación, productos provenientes de procesos de explotación o servicios asociados a los aspectos sustantivos del contratante*³⁵¹.

Aun cuando la redacción de la definición normativa se exhibe un tanto complicada, la idea planteada se puede interpretar en el sentido de la regulación y de la lógica necesaria para construir el conocimiento. Sería en consecuencia la cadena sucesiva de actuaciones encaminadas a generar un producto complejo, servicios, una utilidad o una ganancia, vinculada con las atribuciones o aspectos sustantivos del contratante, a través de la transformación de materiales, bienes o servicios, contando para ello con la asistencia o ayuda en la incorporación de medios técnicos, capacidades, habilidades o saberes.

Y es precisamente en este último aspecto donde se entiende que encuadran perfectamente las alianzas estratégicas o comerciales, cualquiera que sea el caso. Esto quiere decir que los contratistas aliados podrán intervenir dentro del proceso productivo del contratante, para ayudarlo o asistirlo en el suministro de medios técnicos, bienes calificados, habilidades particulares o saberes especiales, para lograr los objetivos trazados, vinculados con las atribuciones del contratante.

III. LAS ALIANZAS COMERCIALES EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

En la misma línea metodológica aplicada al análisis de las alianzas estratégicas, revisaremos el contenido de las normas sobre contrataciones públicas que han estado

³⁵¹ Ver artículo 6.21 del DLCP.



vigentes en Venezuela a lo largo del tiempo. En la Ley de Contrataciones Públicas de 2008 y en su reforma parcial de 2009³⁵², así como en la Ley de Contrataciones Públicas de 2010³⁵³, la definición de alianza comercial estaba prevista en el artículo 6.25, de la siguiente forma:

“Alianza Comercial: Son acuerdos o vínculos que establece el órgano o ente contratante con personas naturales o jurídicas, que tienen un objetivo común específico para el beneficio mutuo.”

Mientras que en el vigente DLCP, que derogó a la anterior ley, se amplía el concepto, ahora previsto en el artículo 6.36, quedando redactado de la siguiente forma:

*“Alianza Comercial: Son acuerdos que establece el contratante con personas naturales o jurídicas **o conjunto de ellas, independientemente de su forma de organización**, que tienen un objetivo común específico para el beneficio mutuo **con ánimo de obtención de lucro o remuneración en general**, debiendo establecerse en el documento donde se formalice, las ventajas que represente para el contratante la alianza comercial en comparación con la aplicación de las modalidades de selección de contratistas.”*
(resaltado añadido)

Podemos tomar nota de los comentarios generales formulados al analizar las alianzas estratégicas, debido a que su tratamiento normativo es similar a las alianzas comerciales. Es más, consideramos particularmente que

³⁵² Reforma parcial de la Ley de Contrataciones Públicas publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.165 del 24 de abril de 2009.

³⁵³ Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.503 del 6 de septiembre de 2010.

la alianza estratégica es el género y la alianza comercial es una especie dentro de ese género, ya que incluso, las alianzas comerciales también son alianzas estratégicas con puntuales elementos de índole comercial. No obstante, el DLCP le otorga un tratamiento diferenciado en algunos aspectos a la alianza con sentido comercial y a la alianza con sentido estratégico.

Efectivamente, y con repaso de las normas citadas que regulan las contrataciones públicas, las alianzas comerciales tienen la particularidad que el desarrollo del objetivo común que motivó el acuerdo celebrado conlleva a la obtención de una ganancia económica o a la obtención de un lucro o remuneración. Si no está presente el ánimo de lucro vinculado al objeto de la alianza, no se considerará comercial la señalada alianza contractual.

El punto referido al ánimo de lucro que caracteriza a este tipo de relación asociativa, nos lleva a reflexionar sobre la pertinencia de ubicar a las alianzas comerciales dentro de las normas de contratación pública, debido a que recordemos que el DLCP regula específicamente los contratos que tienen por objeto el suministro de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras. En consecuencia, en cuál tipo de contratos de los citados antes, la Administración Pública contratante pudiera perseguir un interés económico, más allá de buscar una mejor oferta o un menor precio, por un bien que necesite adquirir, un servicio que requiera que le presten o una obra que deba ejecutar; partiendo de la premisa que la Administración Pública normalmente gestiona el interés público sin desarrollar actividades comerciales con estricto interés económico.

Lo anterior nos obliga a concluir que en estricto sentido las alianzas comerciales no deberían pertenecer al



género de las contrataciones públicas, si lo que se pretende es que el contratante obtenga un beneficio económico, lucro o remuneración a propósito de la señalada asociación comercial, como lo indica expresamente la norma.

Por su parte, desde la perspectiva del contratista, de forma ordinaria en su relación con la contratante lo anima percibir un lucro o una ganancia por la realización de su actividad comercial, por lo que no representa una sorpresa o un elemento extraordinario esta condición para caracterizar a las alianzas comerciales en la contratación pública; ya que en cualquier contrato público el contratista presta sus servicios, suministra un bien o ejecuta una obra pública a cambio de una remuneración que comporta beneficio o una ganancia económica. Debido a que este elemento característico es la razón de ser de todo empresario u operador económico.

IV. COMPARACIÓN ENTRE ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y ALIANZAS COMERCIALES

En este punto se hace necesario hacer un análisis comparativo entre las alianzas estratégicas y las alianzas comerciales para precisar sus particularidades distintivas y verificar sus puntos de encuentro. Consideramos que son más los elementos que las unen que aquellos que las distinguen, por ello comenzaremos por tratar de identificar las coincidencias.

Ambas alianzas consisten en convenciones o acuerdos de cooperación para lograr unos objetivos. Igualmente, en ambos casos, la relación se da entre la parte contratante, y una o más personas naturales o jurídicas o un conjunto

de ellas o conglomerados, como parte contratista de la relación contractual; careciendo de relevancia la forma jurídica que adopte esa unión de personas para relacionarse válidamente con el contratante. Pero en fin se trata de establecer lazos o mecanismos de cooperación entre contratante y contratista (quienes pudieran estar conformados por más de una persona) en la búsqueda de objetivos concretos.

Así mismo, en las dos figuras asociativas le corresponde a la máxima autoridad del órgano o ente contratante aprobar la celebración de las alianzas; y se exige la obligación de determinar expresamente en el contrato lo siguiente: i. Las ventajas que representan para el contratante la alianza (estratégica o comercial) en comparación con la aplicación de las modalidades competitivas de selección del contratista³⁵⁴; ii. Los beneficios y obligaciones de ambas partes con respecto a las prestaciones objeto de la relación contractual; y iii. La duración de la alianza, variable que pudiera estar asociada a los tiempos o lapsos de ejecución de las prestaciones contenidas en el contrato y de vigencia de las garantías que se ofrezcan.

En lo que respecta a las diferencias que legislativamente exhiben cada una de las alianzas examinadas en este trabajo, pudiéramos concluir que la distinción fundamental se circunscribe a determinar la finalidad que persigue cada una de ellas. Mientras que en las alianzas comerciales deben estar presentes dos elementos concurrentes y determinantes, como son: i. Un objetivo común específico para ambas partes, relacionado con el lucro o remuneración y ii. Un beneficio

³⁵⁴ Recordemos que las modalidades competitivas de selección de contratistas que establece el DLCP son: i. concurso abierto, ii. concurso cerrado, y iii. consulta de precios.



mutuo, sin necesidad que la actividad esté vinculada al proceso productivo del contratante. Por su parte, en las alianzas estratégicas, sólo exige la norma que la relación contractual aporte un beneficio mutuo utilizando las potencialidades de ambos sujetos e incorporándose en su proceso productivo y que los bienes, servicios y obras que se obtengan, objeto del contrato, estén vinculados sustancial y materialmente al proceso productivo del órgano o ente contratante.

Vemos que el elemento coincidente de las dos formas de alianzas es el beneficio mutuo, efectivamente en ambos tipos de alianzas todas las partes que concurren se asocian para obtener beneficios o ventajas con ocasión a las actividades que constituyan el objeto de la relación, nadie acude a la alianza sin el objeto de obtener un beneficio, así este beneficio no sea una remuneración de tipo económico. Ahora bien, dicho beneficio no tiene por qué ser necesariamente coincidente, no es obligatorio que la ventaja sea la misma para todas las partes, pueden consistir en diferentes beneficios para cada una de las partes, aun cuando también pudieran ser los mismos.

Mientras que en la alianza comercial además de existir ese beneficio mutuo que aporta la relación contractual asociativa, debe haber un objetivo común que se traduce en el ánimo de obtención de lucro o remuneración económica, como característica propia de la alianza comercial. Y que, según la interpretación de las disposiciones normativas, tienen que obtener las partes suscribientes del contrato de alianza comercial.

Se recalca igualmente la importancia trascendental referida a que el objeto material de la relación contractual celebrada bajo la figura de la alianza estratégica, guarde estrecha relación con el proceso

productivo o las actividades sustanciales del órgano o ente contratante, o de lo contrario se subvierte la razón de ser de este tipo de asociación estratégica. Esto quiere decir que los bienes que se obtengan, los servicios que se presten o la obra que se ejecute debe vincularse con la serie de elementos, esfuerzos, habilidades y conocimientos que se intercambien o aporten en ocasión a la alianza celebrada, y que se constituyen en el objeto del contrato. Aun cuando tal condición no representa una característica específica de las alianzas comerciales, según el postulado de la norma, pensamos que siempre las contrataciones públicas que realicen los órganos o entes contratantes deben estar vinculadas de forma directa o indirecta con sus atribuciones materiales y por lo tanto con las actividades sustanciales que desarrollen, incluso en el plano comercial.

Por último, la alianza estratégica, a diferencia de la alianza comercial, puede ser utilizada para documentar los acuerdos o relaciones que se establezcan entre los órganos y entes de la Administración Pública, en los procesos de gestión donde se involucre a las comunidades organizadas. Esta actividad gubernamental que involucra la participación ciudadana y protagónica de las comunidades, tiene como base normativa una serie de leyes dictadas, muchas de ellas con cobertura en habilitaciones extraordinarias del parlamento, por medio de decretos leyes que pretenden crear un nuevo modelo de gestión pública comunitaria conjuntamente con un esquema de organizaciones socio productivas; entre esas leyes podemos identificar a: Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, el Decreto Nº 9.052 con Rango, Valor y Fuerza de Ley que promueve y regula las nuevas formas asociativas conjuntas entre el Estado, la iniciativa comunitaria y privada para el desarrollo de la economía nacional, y la Ley Orgánica para la gestión



comunitaria de competencias, servicios y otras atribuciones, antes citadas.

V. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS DE ALIANZAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A continuación, analizaremos las características de los contratos de alianzas estratégicas y comerciales que identificamos en las normas de contratación pública. Verificaremos y estudiaremos las siguientes premisas: i. Las alianzas como excepción a las modalidades competitivas de selección de contratistas; ii. La imposibilidad de competencia en función del objeto de contrato para la procedencia de la alianza; iii. Los límites de los contratos de alianzas en cuanto a las facultades de los contratantes; iv. Las alianzas estratégicas y comerciales como forma de contratación pública directa; v. La obligación del cumplimiento de las actividades previas; vi. Las particularidades que deben contener los contratos de alianzas; vii. La limitación en el alcance de la exclusión en el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas, sólo sobre las alianzas, sin incluir a los contratos de desarrollo o de ejecución; y viii. La obligación de cumplimiento residual de las normas de la contratación pública.

1. LAS ALIANZAS COMO EXCEPCIÓN A LAS MODALIDADES COMPETITIVAS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

Como se determinara *ut supra* el DLCP tiene por objeto regular la actividad del estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer

la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los sujetos contratantes, coadyuvando al crecimiento sostenido y diversificado de la economía nacional.

Para lograr aquel cometido, este instrumento jurídico diseña cuatro tipos de procedimientos de selección de contratistas, de los cuales tres son ordinarios y competitivos, y uno selectivo y excepcional a discreción del contratante, según las especificaciones y condiciones que establece la norma. Estos son, el concurso abierto³⁵⁵, el concurso cerrado³⁵⁶ y la consulta de precios³⁵⁷, como procedimientos ordinarios y competitivos, por una parte, y la contratación directa³⁵⁸ como un procedimiento de adjudicación directa excepcional en función de la verificación de alguno de los supuestos cualitativos que determina la ley. La sustanciación de los señalados procedimientos competitivos garantizan la esencia y el cumplimiento de

³⁵⁵ Es la modalidad de selección pública del contratista, en la que pueden participar personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley así como su Reglamento y las condiciones particulares inherentes al pliego de condiciones (Artículo 6.26 del DLCP).

³⁵⁶ Es la modalidad de selección del contratista en la que al menos cinco (5) participantes son invitados de manera particular a presentar ofertas por el contratante, con base en su capacidad técnica, financiera y legal (Artículo 6.27 del DLCP).

³⁵⁷ Es la modalidad de selección de contratista en la que de manera documentada, se consultan precios a por lo menos tres (3) proveedores de bienes, ejecutores de obras o prestadores de servicios (Artículo 6.28 del DLCP).

³⁵⁸ Es la modalidad excepcional de selección de contratista que realiza el contratante, aplicando los supuestos cualitativos contemplados en la ley (Artículo 6.29 del DLCP).



las normas y principios informadores de las contrataciones públicas, como son: la planificación, la eficiencia, la transparencia, la publicidad, la honestidad o integridad, la competencia, entre otros³⁵⁹.

No obstante, el propio DLCP, en su artículo 4, establece cinco supuestos de exclusión general de la aplicación de la ley de contratación pública³⁶⁰, aun cuando se indica que siempre deberán observar las reglas de la contratación pública, en lo que respecta al otorgamiento de las garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones, a la promoción de la participación nacional y a suministrar la información sobre los contratos y su ejecución.

Por otra parte, en el artículo 5 del DLCP, se establece trece supuestos de exclusión de aquellas modalidades de selección de contratistas, esto quiere decir, que son contratos de prestación de servicios, ejecución de obras o adquisición de bienes, que por sus condiciones especiales determinadas en la norma, no serán otorgados bajo ninguna de las modalidades competitivas u ordinarias de selección de contratistas, ya que serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante, pero sin eximirse de la aplicación y cumplimiento del resto de los requisitos y condiciones contenidas en la norma; sólo estarán excluidos de los

³⁵⁹ Ver artículo 2 del DLCP.

³⁶⁰ Los supuestos de exclusión general son: 1. la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, amparadas por acuerdos internacionales suscritos entre Venezuela y otros estados, o con organismos internacionales; 2. Contrataciones con empresas constituidas en el marco de acuerdos internacionales; 3. Los servicios laborales; 4. El arrendamiento de inmuebles, inclusive el financiero; y 5. El patrocinio en materia deportiva, artística, literaria, científica o académica.

concursos, licitaciones o procesos de selección competitivos, más no del resto del articulado, estos es, de las actividades previas, los principios informadores, la determinación del objeto, precios, solvencias, garantías, compromiso de responsabilidad social, inscripción en los registros, rendición de informes y evaluación del contratista, entre otros.

Cabe destacar que aun cuando la norma en su encabezado no determina expresamente que la exclusión se circunscribe a las modalidades competitivas de selección de contratistas, esa debe ser la interpretación, en virtud de que en el primer aparte del mismo artículo 5, señala expresamente que: *“Los contratos a que hacen referencia los numerales anteriores, serán adjudicados directamente por la máxima autoridad contratante.”* Expresión que se asimila a la disposición prevista en el artículo 101 *eiusdem* que se trata del procedimiento de contratación directa, y que consiste en la adjudicación directa de un contrato incluido dentro de los supuestos cualitativos de excepción, que realiza la máxima autoridad del contratante, mediante un acto motivado donde justifica la procedencia de la contratación.

Pues, dentro de los supuestos de exclusión de las modalidades competitivas de selección de contratistas, se encuentran los *contratos de alianza estratégica y comercial*³⁶¹. En virtud de ello, de cumplirse los extremos excepcionales que señala el DLCP para la procedencia de

³⁶¹ *“Artículo 5. Quedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto: (...)*

6. Las alianzas comerciales o estratégicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre personas naturales o jurídicas y los contratantes” (...).



este tipo de relaciones contractuales, la máxima autoridad contratante está liberada de sustanciar un procedimiento competitivo de selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado o consulta de precios) para proceder por la vía de la adjudicación directa, debidamente justificada por medio de un acto previo, donde certeramente ésta autoridad precise la razón por la cual las características del suministro de los bienes, la prestación del servicio o ejecución de las obras, no hacen posible la competencia en ese caso.

Debemos aclarar que la excepción prevista en el citado artículo 5.5 del DLCP no tiene por objeto evitar un procedimiento competitivo de selección de contratista o una licitación, sino que la exclusión de la modalidad de contratación es la consecuencia de la naturaleza de la contratación en cuestión. Es el objeto de la contratación que permite acudir a las formas de las alianzas estratégicas o comerciales, y en cuyo caso no sería procedente sustanciar un procedimiento o modalidad competitiva de contratación, sino proceder a la adjudicación directa.

2. EL OBJETO DEL CONTRATO NO HACE POSIBLE LA COMPETENCIA

Esta teoría general de las alianzas estratégicas y comerciales en la contratación pública que pretendemos construir con base científica nos permitirá aclarar la noción y el alcance de las referidas figuras jurídicas para su utilización de manera certera, con integridad y en un escenario de seguridad jurídica. En ese sentido, partiendo de las normas legales antes citadas y apoyándonos fundamentalmente en el contenido del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, podemos afirmar que los contratos de alianza comercial

y estratégica se constituyen en una institución contractual de excepción dentro de la contratación pública venezolana, cuya implementación altera los principios y las reglas generales y ordinarias de los procesos competitivos de selección de contratistas, por lo que su interpretación debe ser estrictamente restringida, ya que su ligera y generalizada aplicación, tenderían a vulnerar los principios y las normas de la contratación pública venezolana, con lo que se abrirían las puertas para la arbitrariedad y la corrupción.

Insistimos que al incluir a las alianzas estratégicas y comerciales dentro del DLCP y darle el carácter de contratación excepcional, se debe interpretar sin lugar a dudas, que dichos contratos están igualmente revestidos por estas normas de derecho público y, que tendrían como objeto principal, el suministro de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, por la vía de una alianza estratégica o una alianza comercial, ya que son los contratos que regula el comentado decreto ley. En virtud de ello, la consideración del objeto del contrato resulta ser un elemento importante dentro de este análisis.

El objeto del contrato consiste precisamente en la prestación u obligación contenida en esa convención o acuerdo, a lo que se comprometen a cumplir los sujetos contratantes, y que debe ser cierto para que dicho contrato sea válido. En los contratos públicos, se exige de manera estricta que el objeto del contrato se encuentre determinado en su texto, no permitiendo su determinación posterior. Esto quiere decir que la prestación contenida en el contrato debe estar perfectamente definida, incluso desde las actividades previas a la suscripción del contrato, con base en la necesidad y el requerimiento del contratante. Si fuere necesario adjudicar o ejecutar prestaciones



complementarias que no hayan sido previstas en el contrato, deberán ser objeto de un nuevo procedimiento de contratación, salvo que las reglas permitan incorporarlas por medio de los modificados contractuales.

La determinación del objeto contractual, implica la definición certera de la prestación que se persigue con dicha convención o la cosa objeto del contrato. Esta determinación objetiva del contrato público se relaciona con la noción de especificaciones técnicas, las cuales contribuirán a definir las características de la obra, el bien o del servicio a prestar; pudiendo llegar a referirse al proceso productivo, con la precisión de la forma o el modo de cumplir la referida prestación, en lo que respecta a las variables de tiempo, modo, espacio y cantidades involucradas en la contratación. Esto nos lleva a la precisión que el objeto del contrato debe ser completo, lo cual quiere decir que debe abarcar la totalidad de la prestación determinada, para generar seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, resulta de capital importancia precisar, que constituye un límite claro e infranqueable en la utilización de las alianzas estratégicas y comerciales en las contrataciones públicas, como figuras contractuales de excepción, que en virtud de las características especiales del servicio, la obra o el bien a suministrar, o la forma de ejecución o cumplimiento de las citadas prestaciones, no debe existir la mínima posibilidad de competencia³⁶², esto es, no debe existir

³⁶² Tal condición se encuentra expresamente establecida en el artículo 4 del RLCP, de la siguiente forma: Artículo "4.- *Las Alianzas Comerciales y Estratégicas serán aprobadas por la máxima autoridad del órgano o ente contratante (...)*

*A los efectos de establecer una Alianza Comercial o Alianza Estratégica, **las características del suministro de bienes,***

otra persona al alcance del contratante que pueda cumplir integralmente con el objeto establecido en ese contrato.

Por tal motivo, no son procedentes las alianzas estratégicas y comerciales, cuando el suministro de bienes, la prestación de servicio o la ejecución de una obra haga posible la competencia, es decir, que exista la posibilidad que otra o diversas personas naturales o jurídicas puedan desarrollar dichas actividades; debido a que la intención del legislador es que efectivamente se realicen los procedimientos ordinarios de selección de contratistas establecidos en la norma para ampliar la posibilidad de participantes y al mismo tiempo brindarle al contratante mayores opciones de elección³⁶³. En tal sentido, la regla general que constituye el objeto del mencionado DLCP, es la realización de las modalidades de selección competitiva de contratistas, a fin de garantizar la contratación de la oferta más ventajosa posible, y esto se puede saber plenamente, si existe verdadera competencia.

En conclusión, la imposibilidad de competencia en función de la naturaleza de la prestación u objeto del contrato, es el requisito fundamental que legitima la utilización de una alianza estratégica o comercial, sin procedimiento competitivo de selección de contratistas, sólo por la vía de la contratación directa. Si es posible la competencia o la concurrencia de diversos operadores económicos en la prestación del objeto del contrato, no

prestación de servicio o ejecución de obras, no hacen posible la competencia." (resaltado añadido)

³⁶³ Ver dictamen del órgano de control externo del estado Táchira-Venezuela. Disponible en: <http://www.contraloriaestadotachira.gob.ve/uploads/pdf/responsabilidades/ddrra-13-12.pdf> consultada el 5 de febrero de 2018.



resultan procedentes los contratos de alianza estratégica o comercial, bajos las normas que rigen la contratación pública venezolana.

Ahora bien, el problema será determinar cuándo una contratación en particular no es susceptible de generar competencia. Pudiera quedar a la lógica y a la discrecionalidad del órgano de contratación para casos evidentes, pero en determinadas circunstancias los hechos no se presentan totalmente concluyentes. En virtud de lo anterior, para determinar cuándo una actividad, un bien o la ejecución de una obra admite competencia o no, se debe contar con un dictamen previo del organismo regulador de la competencia en el país; este órgano público es la actual Superintendencia Antimonopolio³⁶⁴, que está obligado a determinar si la contratación de que se trate admite la libre competencia o no (Art. 28.8 Ley Antimonopolio).

Cabe destacar que aun cuando, en principio, la Ley Antimonopolio en su artículo 3 excluya de su aplicación a: i. Las organizaciones de base del poder popular; ii. Las empresas públicas o mixtas de carácter estratégico; y iii. Las empresas Estatales de prestación de servicios públicos; esta exclusión se entiende aplicable directamente en lo que respecta a la posibilidad de la ejecución monopólica de los servicios o actividades que las señaladas entidades deban ejecutar, no así en lo que respecta a sus obligaciones con respecto a las normas de

³⁶⁴ La Superintendencia Antimonopolio fue creada mediante Decreto Nº 1.415, por el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Antimonopolio, publicado en la Gaceta Oficial Nº 40.549, de 26 de noviembre de 2014 (Ley Antimonopolio). Este órgano sustituye a la Superintendencia para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, al quedar derogada su ley de creación (G.O. Nº 34.880 del 13 de enero de 1992).

contratación pública, que inducen categóricamente a garantizar la concurrencia de varios actores económicos para cumplir con los principios generales de la contratación pública, siendo uno de ellos la competencia o concurrencia.

La señalada conclusión ha sido asumida como criterio jurisprudencial por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a partir de la sentencia N° 2018-0307, de 25 de julio de 2018, dictada en el expediente N° AP42-R-2018-000119, caso: *Commodities and Minerals Enterprise LTD*, contra la *CVG y Ferrominera del Orinoco*³⁶⁵. En esta decisión la corte expresamente señaló:

“...observa esta Corte que la parte demandante no consignó en este juicio informe elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en el cual se demostrase que las características de suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, no hacen posible la competencia, a los fines de establecer la Alianza Comercial. Requisito exigido por el aparte final del artículo 4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas, y que dicho sea de paso, debe elaborarse antes de proceder al establecimiento de la Alianza Comercial.

En efecto, conforme con el numeral 8 del artículo 29 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia vigente para la fecha; la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia es el órgano competente para

³⁶⁵ <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2018/JULIO/1477-25-AP42-R-2018-000119-2018-0307.HTML> Consultada el 24 de marzo de 2019.



determinar, que las características de suministro de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, no hacen posible la competencia, a los fines de establecer la Alianza Comercial..."

3. NO SE PUEDEN SUSTITUIR LAS FACULTADES DEL CONTRATANTE

Como ha quedado muy claro, el objeto de un contrato de alianza estratégica, debe consistir en la documentación de mecanismos de cooperación para la obtención de bienes, servicios u obras asociados al proceso productivo o a las actividades sustantivas del contratante, por lo que las actividades a desempeñar deben estar íntimamente asociadas al proceso productivo del contratante o sustancialmente a las atribuciones que el contratante tiene asignadas por ley, por reglamentos o por sus estatutos particulares. De similar forma ocurre con las alianzas comerciales, aun cuando la ley no determina expresamente que el objeto debe estar vinculado con las actividades sustanciales y productivas del contratante, no obstante tiene que existir un vínculo, así sea de forma indirecta para que se justifique la inclusión de esta figura en las contrataciones públicas regidas por el mencionado decreto ley.

No obstante, la participación del contratista en cualquiera de las formas de alianzas (estratégica o comercial) dentro de la relación contractual que se celebre, bajo ninguna circunstancia puede llegar a sustituir totalmente las competencias o atribuciones sustanciales propias del contratante que desarrolla dentro de sus procesos productivos, especialmente aquellas que le son atribuidas por ley, por reglamento o por vía estatutaria, y suponen la prestación de servicios con miras a la satisfacción de necesidades colectivas, en

virtud de que se estarían excediendo de la naturaleza propia de la alianza para invadir otros campos de la contratación pública.

Para el caso que el contratante pretenda ceder parte de sus atribuciones en un colaborador ocasional u operador económico, por vía contractual, deberá acudir a otra figura jurídica apropiada para documentar tal negocio jurídico, como por ejemplo sería el contrato de concesión, que comporta la distribución certera de riesgos, sin poder sustituirlo por una alianza estratégica.

Mucho menos, puede entenderse celebrada una alianza estratégica o comercial, en el caso de contratos celebrados por un contratante que no posea la competencia o atribución para celebrar la convención en cuestión. Por ejemplo, no es posible que un órgano de tutela o adscripción celebre un contrato con un contratista en nombre de su órgano o ente adscrito; debido a que el objeto de dicha convención está referido al proceso productivo de otro ente distinto al contratante, esto quiere decir, que no tenía competencia para obligar mediante ese contrato en nombre de otro, aun cuando ejerza un control de tutela sobre el órgano o el respectivo ente de la Administración Pública.

4. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES SE CONSTITUYEN EN UNA FORMA DE CONTRATACIÓN DIRECTA

En páginas anteriores adelantamos la conclusión sobre este punto, y es que consideramos que las alianzas estratégicas y comerciales son una forma de contratación directa. Esta afirmación se soporta en el primer aparte del artículo 5 del DLCP, que señala lo siguiente: *“Los contratos a que hacen referencia los*



numerales anteriores, **serán adjudicados directamente** por la máxima autoridad contratante” (resaltado añadido). Y dentro de esos contratos a los que se refiere el anterior dispositivo normativo se encuentran las alianzas estratégicas y comerciales.

Definitivamente, estos tipos contractuales sólo están excluidos de la aplicación de las modalidades competitivas de selección de contratistas (concurso abierto, concurso cerrado y consulta de precios), ya que su modalidad de contratación será la adjudicación directa por la máxima autoridad contratante, en términos similares a la contratación directa. Sólo nos queda como tarea pendiente determinar si es necesario dictar un acto motivado previo por parte de la máxima autoridad contratante para justificar la procedencia de la modalidad de contratación empleada, ya que el artículo 5, antes comentado, no lo exige.

Lo primero que se nos ocurre es revisar si las alianzas estratégicas o comerciales pueden ser encuadradas dentro de los supuestos cualitativos establecidos en el artículo 101 del DLCP para proceder con la contratación directa. Pues si estudiamos los supuestos de hecho establecidos en los ordinales 2º y 3º del citado artículo 101 *eiusdem*, podemos llegar a la conclusión que pueden perfectamente encuadrarse en tales situaciones contractuales, a saber:

“2. Cuando las condiciones técnicas de determinado bien, servicio u obra así lo requieran o excluyan toda posibilidad de competencia...” (resaltado añadido)

“3. En caso de contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes y la prestación de servicios, en los que no fuere posible aplicar las otras

modalidades de contratación, dadas las condiciones especiales, bajo las cuales los oferentes convienen en suministrar esos bienes o prestar los servicios, o por condiciones especiales de la solicitud del contratante, donde la aplicación de una modalidad de selección de contratista distinta a la aquí prevista, no permita la obtención de los bienes o servicios en las condiciones requeridas. Se deberá indicar mediante acto motivado, las razones por las cuáles de la apertura de un nuevo procedimiento de contratación, pudieren resultar perjuicios para el contratante. (resaltado añadido)

Las citadas disposiciones legales se asimilan a la característica fundamental de identificación de los contratos de alianzas estratégicas y comerciales, prevista en el último aparte del artículo 4 del RLCP, antes señalado, que determina con absoluta claridad que: “A los efectos de establecer una alianza comercial o alianza estratégica, las características del suministro de bienes, prestación de servicio o ejecución de obras, no hacen posible la competencia”; coincidiendo, por lo tanto en la exigencia de cumplimiento del principio de competencia para eximir al contratante de su obligación general de proceder por las modalidades competitivas de selección de contratistas y en consecuencia proceder por la vía de la contratación directa. Con lo cual se observa una perfecta coincidencia entre los supuestos establecidos en los ordinales 2 y 3 del artículo 101 del DLCP, transcritos *ut supra*, y la condición identificadora de las alianzas comerciales y estratégicas, referidas a la imposibilidad de competencia o concurso sobre la contratación, por las características, condiciones técnicas o condiciones especiales de suministro de los bienes, de prestación de los servicios o de ejecución de las obras que correspondan.



En virtud de lo anterior, se debe concluir necesariamente *a priori* que resulta conveniente, en caso de alianzas comerciales o estratégicas, que la máxima autoridad del órgano o ente contratante dicte un acto motivado mediante el cual se analice y justifique adecuadamente la procedencia de la alianza que se pretenda suscribir.

Por otra parte, y siendo la contratación pública un procedimiento administrativo, incluso en aquellas contrataciones donde no exista mecanismo competitivo de selección de contratista, en virtud de que como veremos más adelante se deben desarrollar actividades previas, debe concluir con un acto jurídico adecuado conforme al ordenamiento jurídico, mucho más en los supuestos como el que nos ocupa donde la autoridad contratante decide optar por una fórmula de contratación pública excepcional, obviando los mecanismos ordinarios y competitivos que el decreto ley obliga a aplicar.

En tal sentido y por aplicación de la teoría general del derecho administrativo interpretada conforme a los principios informadores de la contratación pública, como lo son: la transparencia, la publicidad, la honestidad y la buena administración, entre otros, lo recomendable, ajustado a derecho y a la seguridad jurídica, es que la máxima autoridad del órgano o ente contratante dicte un acto administrativo o un acto de autoridad mediante el cual explique las razones justificadas por las cuales resulta a su criterio procedente el empleo de la figura de la alianza comercial o la alianza estratégica en dicha contratación; dicho acto deberá ser similar a los actos de adjudicación, debiendo estar debidamente motivado y pasará a formar parte del expediente de la contratación o de los documentos que integran la contratación pública

particular, además de las condiciones de la contratación, opiniones, contrato, garantías y otros³⁶⁶.

Cabe destacar que, en los casos en los cuales la máxima autoridad del órgano o ente contratante decida proceder por la vía de cualquiera de las estudiadas alianzas, con ocasión de las características especiales del objeto del contrato que imposibilita la competencia, debe dictar un acto motivado previo que lo justifique, y adicionalmente, dicho acto deberá ser consultado con la comisión de contrataciones del órgano respectivo, como lo establece el ordinal 12º del artículo 15 del DLCP³⁶⁷, debiendo analizar esta comisión especialmente las razones que justifican el uso de dicha modalidad, el fundamento legal, la contratista seleccionada y las ventajas estratégicas, operacionales o administrativas del contrato para el contratante.

Tal criterio es el que se maneja en la industria estatal petrolera, establecido en el Memorando DEF-GCC-11-018 emitido el 22 de febrero de 2011 por medio de la Gerencia Corporativa de Contratación de la Dirección Ejecutiva de Finanzas de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), donde se fijaron los lineamientos sobre los procedimientos de contratación excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, según

³⁶⁶ Ver artículos 19 y 65 última parte del DLCP.

³⁶⁷ *“Artículo 15. Las comisiones de contrataciones tendrán las siguientes atribuciones: (...)*

12. Opinar acerca del acto motivado que se someta a la máxima autoridad del órgano o ente contratante, para proceder por Contratación Directa como modalidad excepcional de selección de Contratistas, en contrataciones cuyo monto hubiera sido un concurso, en especial las razones que justifican el uso de dicha modalidad, el fundamento legal, la contratista seleccionada y las ventajas estratégicas, operacionales o administrativas para dicha selección.”



los artículos 4 y 5 del DLCP; ubicando a las alianzas comerciales o estratégicas en las modalidades no competitivas de contratación³⁶⁸.

5. EL CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO DE LAS ACTIVIDADES PREVIAS

Como se adelantara en el punto anterior y partiendo de la premisa cierta que los mecanismos competitivos, o no, de contratación pública son -sin duda- procedimientos administrativos constitutivos³⁶⁹, debemos afirmar necesariamente que en tales escenarios siempre se exige el cumplimiento de determinados trámites o fases procedimentales para situarnos dentro del marco de la legalidad y llegar a conclusiones válidas y ciertas, así sea de forma preliminar.

Lo anterior guarda relación con un principio cardinal de la contratación pública como lo es el principio de planificación, que consiste en la necesaria realización de una serie de actos previos internos para garantizar la eficiencia, oportunidad, legalidad y responsabilidad en

³⁶⁸ FERNÁNDEZ, L. *El contrato marco en los procesos de contratación de la industria petrolera. Estudio de derecho comparado*, Caracas, FUNEDA, 2013, pág. 34.

³⁶⁹ En este mismo sentido se pronunció una Sentencia dictada por la Corte Primera de la Contencioso Administrativo, en fecha 06/08/1996, en el caso: Consorcio Hidroeléctrico Caroní-Edelca, en la que manifestó: “...De manera que todos los procedimientos de selección de contratistas que conforme a esa ley se apliquen, tienen naturaleza de procedimientos administrativos, aun cuando se trate de aquellos procedimientos especiales que la propia ley autoriza, en los casos en que se exceptúa la aplicación de los regulados por ella.” (...)

los procesos de contrataciones públicas³⁷⁰. Con base en la necesaria planificación, y según lo dispuesto expresamente en el artículo 7 del RLCP³⁷¹, los contratantes están en la obligación de definir y elaborar la estrategia de contratación, y en ese sentido, deberán efectuar las actividades previas requeridas para toda contratación pública que se pretenda celebrar.

³⁷⁰ El profesor José Araujo ubica a las actividades previas o preliminares dentro de la fase o etapa técnico-jurídica denominada preparatoria, la cual tiene por objeto garantizar una adecuada selección del contratista. En: ARAUJO JUÁREZ, J. *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Caracas, Ediciones Paredes, 2011, págs. 314 y 315.

³⁷¹ *"Artículo 7. Actividades previas a la contratación. Para todas las modalidades de selección de Contratistas previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, así como en los procedimientos excluidos de la aplicación de estas modalidades, el órgano o ente contratante deberá efectuar actividades previas que garanticen una adecuada selección, además de preparar el presupuesto base indicado en la mencionada Ley. Asimismo, se debe contar con: programación presupuestaria, especificaciones técnicas, determinación de las ventajas económicas y técnicas de la contratación, la previsión en la programación anual de compras, si es aplicable, modelo del contrato, si el procedimiento tiene carácter plurianual efectuar la notificación al órgano competente en la planificación central, evaluar la recurrencia de la contratación y determinar si es viable agruparla en un solo procedimiento o bajo la modalidad de contrato marco, estimando las cantidades de bienes servicios u obras a contratar.*

En las modalidades de Concurso Cerrado, Consulta de Precios y Contratación Directa los participantes deben ser previamente seleccionados según su capacidad legal, financiera y técnica." (resaltado añadido)



Según la citada norma reglamentaria y obligatoria, las actividades previas internas deben efectuarse para todas las modalidades de selección de contratistas, así como para los procedimientos excluidos de la aplicación de las modalidades de contratación, dentro de los que se incluyen a las alianzas comerciales y a las alianzas estratégicas. En tal sentido, la realización de las actividades previas garantizará una adecuada selección del contratista, al determinar con exactitud la necesidad del órgano o ente contratante, el objeto de lo que se pretende contratar, el presupuesto base, las especificaciones técnicas, las ventajas técnicas y económicas de la contratación y la previsión presupuestaria necesaria para cumplir con los compromisos que se adquiriera. Todo lo cual permitirá elaborar las condiciones específicas de la contratación.

Por otra parte, el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOGRYSNCF)³⁷², al regular el sistema de control interno que deberá implementarse en los distintos órganos y entes que ejercen el Poder Público, en la materia vinculada a la contratación pública, obliga de manera expresa y categórica, a que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables deben asegurar el cumplimiento de los siguientes requisitos previos: i. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales. ii. Que exista disponibilidad presupuestaria. iii. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista. iv. Que los

³⁷² La citada ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010.

precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras leyes. Y v. Que se hubiere cumplido con los términos de las normas de la contratación pública. Todas estas exigencias formales están vinculadas con la fijación de valores que arrojen seguridad jurídica a la contratación, que en definitiva permitan garantizar el principio de transparencia y la posibilidad de control sobre la actuación de los contratantes.

Observamos entonces, que a los fines de garantizar la oportuna, transparente y certera contratación y con base en el principio de planificación, el contratante deberá realizar las actividades previas al proceso de selección de contratistas, no sólo en los procedimientos o modalidades competitivas, sino también y de manera obligatoria, en los procedimientos excluidos de las modalidades ordinarias de selección de contratistas.

6. PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO DE LOS CONTRATOS DE ALIANZAS

Los contratos de alianzas comerciales y alianzas estratégicas están obligados a llenar los mismos extremos, formalidades y contenido que deben cumplir todos los contratos públicos, que se celebren bajo la cobertura legal de la Ley de Contrataciones Públicas. Por lo tanto para su formalización el contratante deberá contar con la siguiente documentación: i. Los documentos legales de la persona o personas naturales o jurídicas que suscribirán el contrato; ii. Las condiciones de contratación y las propuestas que hubiere presentado el aliado estratégico o comercial (contratista); iii. Las solvencias y garantías exigidas al aliado o contratista; iv. El cronograma de desembolso de la contratación, de ser



necesario, y v. Los certificados que establezcan las garantías respectivas y sus condiciones³⁷³.

Adicionalmente a los requerimientos generales que debe cumplir cualquier contrato público, en el caso de los contratos de alianza estratégica y de alianza comercial, se debe establecer expresamente lo siguiente:

1. Se debe identificar con absoluta claridad y transparencia las prestaciones u obligaciones que deben ejecutar y cumplir cada uno de los sujetos intervinientes en la alianza, especificándose cuales son los esfuerzos, capacidades, saberes, fortalezas y/o habilidades que cada una de las partes va a aportar a la alianza.
2. Se debe determinar de forma exacta los beneficios o ventajas que generará la alianza estratégica para las partes contratantes y cómo esas ventajas se traducirán en beneficio para las actividades sustanciales o los procesos productivos del órgano o ente contratante.
3. Se debe determinar la estimación de los ingresos económicos, el lucro o la remuneración que le aportara el desarrollo de las prestaciones objeto de la alianza comercial a las partes contratantes.
4. Se debe determinar en el contrato con absoluta claridad, precisión y transparencia, las ventajas que representa la alianza estratégica o la alianza comercial en comparación con la aplicación de las modalidades competitivas de selección de contratistas, a los fines de justificar el empleo de dicho mecanismo asociativo de contratación.

³⁷³ Ver artículo 116 del DLCP.

5. Se debe determinar con absoluta certeza y objetividad la razón por la cual la alianza estratégica o la alianza comercial representa la única forma de cumplir con los objetivos establecidos en el contrato, sin permitir competencia, justificando con ello la excepción en el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas.
6. Se debe determinar certeramente el lapso de duración de la alianza estratégica o la alianza comercial.

Al asumir la tesis de la necesidad de dictar un acto motivado previo que justifique la contratación directa de las alianzas estratégicas y las alianzas comerciales, debemos llegar a la conclusión que el contenido de los apartados 4 y 5, antes señalados, puede ser perfectamente tratado en dicho acto previo, en el cual se presente un análisis motivado justificando el empleo de la señalada modalidad de contratación, eximiéndose de colocar el contenido íntegro de esas razones en el contrato, sólo deberá identificar el acto en el contrato, debido a que el acto formará parte del expediente de contratación y por lo tanto de la contratación en general.

7. LA EXCLUSIÓN DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS SÓLO ALCANZA AL CONTRATO DE ALIANZA

Existe la falsa creencia que la celebración de un contrato de alianza estratégica o un contrato de alianza comercial habilita o autoriza a los contratantes para que se celebren contratos menores sucesivos o contratos de desarrollo con terceras personas, sin cumplir con los procedimientos competitivos de selección de



contratistas, partiendo del falso supuesto que éstos contratos menores o de desarrollo estarían cubiertos por la alianza estratégica o comercial.

En virtud de ello, resulta conveniente aclarar que sólo estarían excluidos de cumplir con las modalidades competitivas de selección de contratistas, los contratos de alianza estratégica o alianza comercial celebrados entre las partes. En tal sentido, de ser necesario celebrar un nuevo contrato con una tercera persona ajena a la relación contractual original documentada a través de la alianza, aun cuando se trate de la ejecución de prestaciones derivadas de la misma alianza, ese contrato debe ser sometido a un procedimiento competitivo de selección de contratistas. Una de las razones de esta afirmación es que las normas de contratación pública no están concebidas para contratar intermediarios, ni siquiera en lo que respecta a los contratos excluidos de las modalidades ordinarias de contratación, sino para seleccionar directamente al contratista especial e idóneo para ejecutar el objeto del contrato de que se trate.

Bajo ninguna circunstancia los contratos de alianza comercial o estratégica pueden servir para encubrir contratos menores o contrataciones diversas con terceras personas, y así excluirlos de las modalidades de selección de contratistas o del régimen general establecido en las normas de las contrataciones públicas. Estos contratos excepcionales son para cumplirse de manera directa y estricta por parte de los contratistas, en virtud de la especialidad del objeto establecido en el instrumento contractual. Los contratos de alianzas estratégicas o comerciales se suscriben para que el contratista o aliado en cuestión cumpla directamente con su parte esencial y especial en la relación contractual, nunca para que se convierta en intermediario de subcontratistas que se relacionaran

directamente con el contratante, ni con ello eximir la realización de los procedimientos de selección de contratistas que deba realizar el contratante para escoger a otras personas a los fines de cumplir con diversas prestaciones para lograr el proceso productivo del ente.

Ni siquiera en los casos de contrataciones entre órganos y entes del estado, que también se encuentran excluidos de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas, se permite contratar en nombre de otro órgano o ente sin licitar o cumplir con el procedimiento respectivo. Efectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del RLCP, cuando un órgano o ente del estado proceda a adquirir bienes, servicios u obras para otro órgano o ente del estado, deberá emplear la modalidad de selección de contratista que corresponda de acuerdo a los supuestos cuantitativos y cualitativos que señala el decreto ley, para cada una de las modalidades.

Si los órganos o entes del estado contratantes están impedidos de celebrar contratos públicos con terceras personas en nombre de otros órganos o entes del estado con quienes previamente había contratado, mucho menos puede contratar un aliado comercial o un aliado estratégico con terceros, en nombre de su contratante, amparado en el acuerdo de alianza. En todo momento la contratación de bienes, servicios y obras se deberá realizar por el órgano o ente contratante, aplicando la modalidad de contratación que corresponda, salvo que se le haya otorgado una concesión al contratista que le



permita expresamente avanzar con determinadas facultades propias del órgano contratante³⁷⁴.

8. LA VIGENCIA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como bien lo determina el encabezado del artículo 5 del DLCP, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras entre personas naturales o jurídicas y los contratantes, *“Quedan excluidos, **sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas...**”* (resaltado añadido). Interpretándose en consecuencia que a este tipo de contratos se le deben aplicar todas las normas, condiciones y principios previstos en el DLCP, salvo las modalidades competitivas de selección de contratistas, como observamos que lo señala expresamente el citado artículo.

Para reforzar la afirmación anterior, podemos observar el contenido del artículo 4 del DLCP, en donde se regulan cinco supuestos de exclusión general de la aplicación del mencionado decreto ley, no sólo de las modalidades de contratación como lo hace el artículo 5, sino de la exclusión en genérico del decreto ley. No obstante, en el último aparte de esa misma norma señala sin recato que la referida exclusión no priva del cumplimiento de algunas normas de la contratación pública en las materias que ella misma señala³⁷⁵. Lo que nos lleva a

³⁷⁴ Las concesiones se otorgan con base en la ley especial de 1999, citada en la nota de pie de página 4.

³⁷⁵ *“Estas exclusiones no privan de cumplir con lo establecido en las demás disposiciones que regulan la materia de contratación pública, a los fines de establecer garantías que*

concluir que si en el citado artículo 4, que regula supuestos de exclusión general de la norma, se siguen aplicando algunas normas del DLCP, mucho más en los casos de excepción previstos en el artículo 5, donde sólo son excluidos de las modalidades de selección de contratistas.

A la misma conclusión podemos llegar al interpretar integralmente el comentado artículo 5 *eiusdem*, en donde se puede observar que cuando el legislador quiso limitar la aplicación de algunas normas específicas del decreto legal expresamente lo señaló, como por ejemplo el contenido del tercer aparte de dicho artículo, en el que eximió de la constitución de garantías a las contrataciones celebradas entre órganos y entes de la Administración Pública.

No obstante, sobre las alianzas estratégicas o las alianzas comerciales, el legislador no efectuó ningún reparo, aplicándosele de manera integral en consecuencia el DLCP. Esto quiere decir, que en los contratos de alianza comercial y de alianza estratégica se le deberá exigir al contratista o aliado la constitución de garantías y su inscripción en el registro nacional de contratistas³⁷⁶, entre otras condiciones propias de las normas de la contratación pública venezolana.

Pero uno de los aspectos más importantes que se debe mantener con firmeza es precisamente el cumplimiento

aseguren el cumplimiento de las obligaciones contractuales y además promuevan la participación nacional.

No obstante lo anterior, los contratantes estarán obligados a dar cumplimiento al suministro de información prevista en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto a los contratos y su ejecución, que se realicen bajo los numerales 1 y 2 de este artículo.”

³⁷⁶ Ver artículos 47, 48 y 49 del DLCP.



de los principios informadores de las contrataciones públicas previstos en el artículo 2 de la Ley, donde se destacan: los principios de economía, planificación, transparencia, honestidad, eficiencia, igualdad, competencia, publicidad, simplificación de trámites, participación popular y uso de medios electrónicos. Todos ellos, así como el resto de los principios que guían a la Administración Pública deben prevalecer y ser consultados como normas de optimización que son³⁷⁷.

Dentro de todos ellos se nos presenta en un conflicto aparente el principio de competencia o de libre concurrencia, ya que las alianzas estratégicas o las alianzas comerciales, operando en supuestos específicos donde no es posible que exista competencia en razón de las características especiales del objeto de la contratación. Lo que a primera vista pareciera sugerir una vulneración o alteración al citado principio de competencia, o simplemente una excepción en su aplicación plena.

No obstante, sería una interpretación equivocada admitir que a través de las señaladas alianzas se vulnera dicho

³⁷⁷ Sobre la aplicación de los principios generales en la contratación directa se pronunció el profesor Víctor Hernández Mendible, de la siguiente forma: *“Esta modalidad de selección de los contratistas necesariamente no constituye una excepción a los principios generales que deben guiar ordinariamente los procedimientos de selección, valga decir, los principios de concurrencia o competencia, publicidad y (sic) igualdad, éstos pueden estar presentes o no, pero en ningún caso puede obviarse el principio de selección transparente de la mejor oferta”*. (HERNANDZ MENDIBLE, V., “El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”, en la Ley de Contrataciones Públicas, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, 2014, pág. 73.

principio, en virtud de que su aplicación no es posible por razones materiales vinculadas a las características especiales en cuando al suministro del bien, a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra; pero el principio sigue allí, brillando en todo su esplendor; sólo que no hay competencia porque no existen dos personas que puedan cumplir con las especificaciones técnicas del suministro, el servicio o la obra. Por lo tanto se reafirma el principio de competencia, y es éste precisamente el que nos permite interpretar la situación fáctica contractual presentada, conforme a dicha guía informadora, pero que bajo ningún concepto se puede interpretar contra *principium*.

En conclusión, el principio de competencia y de libre concurrencia no se puede entender vulnerado con el empleo del contrato de alianza, no habrá competencia porque la modalidad del negocio no lo permite, no por decisión de los contratantes, sino por las condiciones objetivas de la contratación. Ahora bien, si las partes contratantes se reúnen y diseñan un negocio para evitar o evadir la competencia, sí estaríamos en presencia de la vulnerando de las normas de la contratación pública y definitivamente incurrirían en la infracción de otros principios, como la falta de honestidad o integridad, la ausencia de transparencia y la simulación de un negocio jurídico.

VI. LA RELACIÓN DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y COMERCIALES CON EL CONTRATO MARCO

Según el artículo 6.33 del DLCP³⁷⁸, se entiende por contrato marco, aquel contrato suscrito entre el órgano

³⁷⁸ Ver artículo 2 del RLCP: “El contrato marco es el contrato mediante el cual se establecen los precios unitarios de las



o ente contratante y el contratista o contratistas para regular la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, que por sus características o recurrencia dificulten establecer una contratación por cantidades fijas. Para ello, el contratante deberá aplicar el procedimiento de selección de contratista correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades, definida en una lista de precios³⁷⁹.

En estos casos, la adjudicación establecerá los precios unitarios de los rubros o partidas que conforman la contratación, con un monto total máximo del contrato, que definirá la modalidad de contratación, el cual se ejecutará por órdenes de compra, servicio y de ejecución de obra, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones del contrato marco regirán y se considerarán

partidas que conforman la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con un monto total máximo del contrato, el cual se ejecutará por órdenes de trabajo, en las cuales se establecerán las condiciones y términos específicos de las cantidades a ejecutar, no existiendo la obligación por parte del Órgano o Ente contratante de ejecutar una cantidad determinada ni de pagar al Contratista el monto máximo establecido. Los términos y condiciones de este Contrato Marco regirán y se considerarán incorporados a las respectivas órdenes de trabajo."

³⁷⁹ La lista de precios es la relación de precios unitarios ofertados, por los renglones o posiciones incluidos dentro del alcance de los bienes a adquirir, servicios a prestar u obras a ser ejecutadas, considerados en los pliegos o en las condiciones de la contratación, cuyo resultado será la adjudicación y firma de un contrato marco (Artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas).

incorporados a las respectivas órdenes de trabajo (compra, servicio o ejecución de obra)³⁸⁰.

El contrato marco fue una solución práctica, ágil y transparente que surgió para garantizar el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que por sus características o recurrencia dificultaban planificar la modalidad de selección de contratistas o ejecutar la totalidad de las necesidades requeridas por el contratante durante un año en una sola contratación, bien sea por problemas de logística o por falta de disponibilidad presupuestaria o financiera. En ese caso, los órganos o entes contratantes deberán aplicar la modalidad de selección correspondiente, con una estimación global máxima de precio y cantidades cuyo resultado será la celebración de un contrato marco bajo el esquema de lista de precios, que consistirá en la relación de los precios unitarios de los bienes, servicios y obras ofertadas.

En tal sentido, el procedimiento a seguir para la determinación de los precios unitarios que se deben establecer en cada contrato, a los fines de cubrir parcial o totalmente las cantidades estimadas para el suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras requeridas por el contratante, se obtendrá de las listas de precios incluidas en cada una de las ofertas presentadas. En caso de que en la ejecución del contrato

³⁸⁰ Para la Directiva 2014/24UE, dictada por el Parlamento Europeo sobre contrataciones públicas, el contrato marco es: *“Un acuerdo con los proveedores, cuyo propósito es establecer los términos y condiciones de los contratos que se otorguen durante un determinado periodo, en particular con respecto a precio y cantidad. En otras palabras, un acuerdo marco es un término general para los acuerdos con los proveedores que establecen los términos y condiciones en las que las compras específicas pueden hacerse durante el plazo del acuerdo.”*



se supere el monto estimado global original se aplicarán los procedimientos de control administrativo para la modificación del contrato, previstos en la norma y en el propio contrato.

Observamos que el contrato marco se constituye en un instrumento o contrato normativo, que permite establecer las condiciones y reglas generales que regularán la relación jurídica contractual entre el contratante y el contratista o contratistas, para adquirir bienes, prestar servicios o ejecutar obras, por un período de tiempo determinado; sin estar vinculado a una materia específica o particular, pudiendo ser moldeable ya que podrá emplearse en distintos escenarios y objetos de contratación. Lo anterior supone que pueda perfectamente utilizarse para instrumentar algunos de los supuestos de excepción previstos en el artículo 5 del DLCP, sin generar incompatibilidades, dentro de los que se incluyen a las alianzas comerciales y estratégicas.

En ese sentido, compartimos el criterio de la exigua doctrina en este punto, al concluir que el contrato marco sería una figura ideal para establecer el esquema general de cooperación entre los aliados de una relación contractual asociativa, en vista de que permitiría de forma concreta, segura y amplia, definir los parámetros de interacción y regulación para generar seguridad jurídica a ambas partes, tomando como base las capacidades y competencias, así como las ventajas competitivas y compartidas de los involucrados como partes de la alianza, que podrán ser materializadas en la ejecución de convenios parciales y específicos que se deriven del contrato marco, entre las mismas partes³⁸¹.

³⁸¹ FERNÁNDEZ, *El contrato marco...*, *op. cit.*, pág. 35.

Sin embargo, la compatibilidad de las figuras jurídicas en estudio no puede llegar al extremo de observar a los contratos marco de alianza estratégica o comercial, generándole cobertura excepcional a la contratación individual de contratos menores o de desarrollo con terceras personas, sin cumplir con los procedimientos de selección de contratistas correspondientes. Cada contrato de suministro, obra o prestación de servicio, de forma individual debe ser tratado como una contratación independiente y por lo tanto, en cada uno se deberán cumplir las disposiciones obligatorias de las normas de la contratación pública.

Partir de la errónea afirmación de que al celebrarse el contrato marco a través de un contrato de alianza estratégica o comercial, consecuentemente los contratos de desarrollo celebrados con terceras personas, distintas a la alianza, se encuentran bajo el amparo de la misma, y en consecuencia se consideran excluido de las modalidades competitivas de selección de contratistas, sería partir de la alteración de la naturaleza jurídica y razón de ser de las alianzas estratégicas y hasta del mismo contrato marco, para encubrir contrataciones públicas al margen de la legalidad, y así, evitar cumplir con los procedimientos de selección de contratistas, que siempre deben ser interpretados como la regla general dentro de la administración pública.

VII. REFLEXIONES FINALES

Luego de arrojadas al debate académico las anteriores ideas reflexivas, basadas en el estudio de las instituciones jurídicas previstas en las normas y en la revisión de algunos casos de la experiencia profesional, sólo nos queda afirmar que las alianzas estratégicas y comerciales son acuerdos entre sujetos que permite



intercambiar las fortalezas de cada uno para lograr objetivos mutuos. Estas figuras asociativas se incorporan en las normas de contratación pública con el propósito de agilizar y simplificar algunos trámites y formas en la contratación, pensando en el beneficio del interés general, más no en el beneficio de un contratista o alguna parte en particular. Esa es fundamentalmente la premisa que se debe tener presente a la hora de interpretar la norma y aplicarla a los casos concretos.

Efectivamente las alianzas estratégicas y comerciales son figuras que pueden trascender las reglas básicas de la contratación pública, por ser instituciones importadas de las relaciones privadas y comerciales; pero en el momento que se incrustan en las leyes de contrataciones públicas, y se determina que servirán para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, su interpretación y utilización deben estar condicionadas por la aplicación, no sólo de las reglas precisas de esa materia, sino que además se deben considerar y observar los principios que informan a las contrataciones públicas, que en la actualidad se encuentran positivados.

Al no existir en Venezuela normas expresas que regulen las relaciones o participaciones público privadas, como existen en otros países, las alianzas comerciales y las alianzas estratégicas, a la par de las concesiones públicas, pueden ser de suma utilidad para reactivar la economía nacional, captar capitales externos pulcros y ayudar al desarrollo económico, social e institucional del país; eso sí, empleadas de forma planificada, íntegra, transparente y eficiente.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO JUÁREZ, JOSÉ, *Derecho Administrativo General. Acto y contrato administrativo*, Ediciones Paredes, Caracas, 2011.

COLINA FONSECA, PABLO, *Comentarios sobre el nuevo reglamento de la ley de contrataciones públicas*, FUNEDA, Caracas, 2010.

FERNÁNDEZ, LIOSANYN, *El contrato marco en los procesos de contratación de la industria petrolera. Estudio de derecho comparado*, FUNEDA, Caracas, 2013.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, VÍCTOR, "El régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación", en la Ley de Contrataciones Públicas, Editorial Jurídica Venezolana, 4ta. Edición, Caracas 2014.

TREDINICK BRUSCO, CAROLINA A., *Joint venture y consorcio, como formas de alianzas estratégicas en los países con Tradición Anglosajona y Latina*, Tesis, UCAB, Caracas 2005.
<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ7082.pdf> consultada el 1º de febrero de 2018.

GRAN ENCICLOPEDIA HISPÁNICA, Tomo 15, Editorial Planeta, Panamá, 2006.

**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*³⁸². El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso

³⁸² 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.

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 nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) Tercer nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) Cuarto nivel de epígrafe

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso