



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

**Discurs d'Investidura
com a Doctor "Honoris Causa" per la
Universitat de València**

Pascual Sala Sánchez

València, 26 de maig de 2014

**Discurs d'Investidura
com a Doctor "Honoris Causa"
per la Universitat de València**

**"LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DELS DRETS
ECONÒMICS I SOCIALS I LA SEUA EFECTIVITAT
EN SITUACIONS DE CRISIS ECONÒMICA"**

Pascual Sala Sánchez
València, 26 maig de 2014

2014

VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA

Índex

121	I. Introducció
123	II. La clàusula de l'estat social i democràtic de dret
147	III. La normativitat de la Constitució
153	IV. Les anomenades "Constitució econòmica" i "interpretació econòmica de la Constitució"
160	V. El reconeixement dels drets econòmics i socials en la Constitució
174	VI. La crisi econòmica i el tema de la reversibilitat de les conquestes socials
195	VII. Les alternatives al sacrifici de drets econòmics i socials reconeguts en la Constitució
223	VIII. Epíleg

Sumari

I. Introducció

II. La clàusula de l'estat social i democràtic de dret: A) L'estat de dret. B) L'estat social de dret: a) La crisi de l'estat social. b) Les tendències liberalitzadores de l'economia i la permanència de l'estat social, amb una referència especial als marcs constitucionals i legals a Espanya: a') En l'àmbit local. b') En l'àmbit autonòmic. c') En el marc constitucional i comunitari europeu. d') La influència de l'anomenat últim pacte fiscal europeu i del principi d'estabilitat pressupostària en l'estat social de dret. C) L'estat democràtic i la fórmula constitucional integradora.

III. La normativitat de la Constitució i la interpretació constitucional dels drets i els manaments que reconeix: A) La Constitució com a norma jurídica suprema de l'ordenament. B) La interpretació de la Constitució. C) El Tribunal Constitucional com a intèrpret suprem de la Constitució.

IV. Les anomenades “Constitució econòmica” i “interpretació econòmica de la Constitució”: A) El significat de l'anomenada “Constitució econòmica”. B) La interpretació econòmica de la Constitució. C) El valor normatiu del reconeixement constitucional dels drets i principis econòmics i socials.

V. El reconeixement dels drets econòmics i socials en la Constitució: A) Drets econòmics. B) Els drets reaccionals derivats del deure de contribuir al sosteniment de les despeses públiques. C) Els drets socials fonamentals i constitucionals i els principis rectoris de la política social i econòmica: a) Drets socials fonamentals i constitucionals. b) Principis de política social i econòmica: les possibilitats de la seua connexió amb drets fonamentals.

VI. La crisi econòmica i el tema de la reversibilitat de les conquestes socials: A) Consideracions generals sobre la crisi. B) El problema de la reversibilitat de les conquestes socials: a) Plantejament general i doctrina constitucional. b) Els límits a la reversibilitat de les conquestes socials: a') Límits derivats d'un raonament o d'una motivació “suficient” de la restricció. b') Límits derivats de la invulnerabilitat del contingut essencial dels drets socials. c') Límits derivats del tipus de norma pel qual s'estableix la limitació regressiva. d') Límits

derivats de la connexió dels drets econòmics i socials amb drets fonamentals o constitucionals. i') Limitacions a les restriccions en funció dels principis de seguretat jurídica, confiança legítima i irretroactivitat de disposicions restrictives de drets individuals.

VII. Les alternatives al sacrifici de drets econòmics i socials reconeguts en la Constitució: A) L'assignació equitativa dels recursos públics i l'eficiència i l'economia com a criteris constitucionals en la programació i l'execució de la despesa pública. B) La realització efectiva del dret a un bon govern o a una bona administració. C) La lluita contra la corrupció, el frau i l'elusió fiscal: a) La corrupció i les seues principals àrees de desenvolupament, especialment en l'àmbit de la contractació pública. b) L'economia submergida, el frau i l'elusió fiscal. c) Els controls interns i externs de l'actuació pública: a') Idea general de les funcions de control intern. b') Els controls externs de l'activitat pública: el Tribunal de Comptes, la justícia ordinària i la justícia constitucional: 1. El Tribunal de Comptes. 2. La justícia ordinària i la justícia constitucional.

VIII. Epíleg

Excm. Sr. Rector Magnífic de la Universitat de València, Excms. i Il·lms. membres del Consell de Govern de la Universitat de València, Excms. i Il·lms. autoritats, magistrats, catedràtics, professors, juristes, advocats, Sres. i Srs.

Les meues primeres paraules han de ser d'agraïment per la concessió del grau de doctor honoris causa per aquesta Universitat al Rector Magnífic, al Consell de Govern i a tots els magistrats, professors, juristes, advocats i amics que han donat suport a aquesta concessió, que per a mi, amb tota sinceritat, ha constituït una reactivació emocionada del meu record dels professors i mestres que ja fa temps em van formar i van educar en el dret i els seus principis, tan necessaris per a una convivència ordenada.

I. Introducció

Joan Lluís Vives, l'il·lustre humanista valencià la coneguda estàtua del qual presideix el bell pati renaixentista de la nostra vella Universitat, en el si de la qual vaig tenir la fortuna i l'honor de fer els cinc cursos de la carrera de Dret entre els anys 1952 i 1957 –ja fa més de mig segle–, en l'obra *De subventione pauperum*, publicada el 1526, després d'estudiar en els primers capítols les causes de la pobresa creixent que es manifestava a les ciutats del nord d'Europa –a Bruges, concretament, en la qual va fixar la residència i va contraure matrimoni amb la també valenciana Margarida Valldaura, filla d'un acreditat assentador de fruites del mercat d'aquesta ciutat– i de proposar els mitjans per subvenir al manteniment dels afectats, començava el capítol VI del Llibre II de l'obra amb l'observació següent:

“Alguno replicará: qué bonito lo que estás diciendo. Pero ¿dónde está el dinero para hacer esto? Yo estoy tan lejos de creer que ha de sobrar –replicaba el filósofo– como cierto de que ha de haber suficiente para hacer frente no sólo a las necesidades cotidianas, sino también a las extraordinarias, que en gran cantidad aparecen a veces en cualquier ciudad.”

“No faltará el dinero –continúa Vives en este capítulo– si se administran bien las rentas que tienen los hospitales y demás residencias. Los particulares pudientes aportarán lo necesario y si

no llegara para todas las necesidades debe ser la ciudad la que, recortando de otros gastos, dedique lo necesario a estos menesteres.”

(Utilitze per a la cita la traducció de l'obra indicada feta per Luis Frayle Delgado, publicada amb el títol *El socorro de los pobres. La comunicación de bienes* per l'Editorial Tecnos, Madrid, 1997. El passatge transcrit és a la pàg. 96).

A propòsit d'aquesta reflexió, en aquest treball tractaré de la garantia dels drets econòmics i socials que reconeix la nostra Constitució –singularment, com el seu títol indica, en situacions de crisi econòmica–, tenint en compte tant les finalitats que segons ella pretén aconseguir la comunitat política com els valors i els principis que serveixen de suport a la convivència ciutadana. I tot això des de la perspectiva que ofereix, d'una banda, la clàusula de l'estat social i democràtic de dret que la norma fonamental proclama i partint, de l'altra, de la normativitat de la Constitució, que garanteix la força vinculant dels seus preceptes per als poders públics i per als ciutadans i que assegura igualment que els seus manaments puguin operar no solament com a criteris de validesa de les lleis sinó també com a fonament o base de drets exigibles jurisdiccionalment, bé de manera directa, bé mitjançant el desplegament legal oportú.

Però la problemàtica per examinar sobre els drets econòmics i socials en la nostra Constitució no es pot esgotar amb les consideracions que s'acaben d'apuntar, sense perjudici de reconèixer –com es pot comprendre fàcilment – el seu caràcter bàsic i de necessari punt d'arrancada per a un estudi com ara aquest. Cal preguntar-se també, en primer lloc, sobre quina és la seua localització en el text fonamental o, dit altrament, si els drets econòmics i socials bàsics es poden connectar amb els drets fonamentals que aquell text reconeix i enuncia, concretament en el títol I. En segon terme, preguntar-se igualment sobre quin és el valor que cal atribuir a aquests principis, és a dir, si tenen un mer valor programàtic o, per contra, són susceptibles de generar manaments de compliment obligatori per al legislador o constituir criteris o paràmetres de constitucionalitat, en aquest cas, de les normes mitjançant les quals aquells –els principis– hagen estat desplegats, o, com a drets de prestació, poder ser considerats, així mateix, veritables drets subjectius en favor dels ciutadans, actuables jurisdiccionalment davant la justícia ordinària o, si escau, davant la constitucional via recurs d'empara. En tercer lloc, analitzar com pot ser l'amplitud dels poders que el legislador ostenta sobre el desplegament i la configuració dels

drets en qüestió, principalment en funció de si se'ls pot atribuir un contingut essencial, com el que es reconeix en els drets fonamentals, i en cas d'afirmativa, si, una vegada desenvolupats legislativament, poden ser reformulats en aquest contingut o fins i tot restringits. I, finalment i en quart lloc, determinar –posat que es reconega als drets econòmics i socials, independentment de la seua situació “topogràfica” dins la Constitució, una substantivitat real– l'abast i les conseqüències de les crisis econòmiques, inclosa i sobretot l'actual, en els ajustos en la despesa que comporten sempre, així com les opcions i alternatives a aquests ajustos i restriccions en la mesura que puguen afectar els esmentats drets.

II. La clàusula de l'estat social i democràtic de dret

L'art. 1.1 de la Constitució estableix que “Espanya es constitueix en un estat social i democràtic de dret que propugna, com a valors superiors del seu ordenament jurídic, la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític”.

Prèviament, doncs, a entrar en l'anàlisi de la funció que la clàusula de referència pot exercir en la salvaguarda dels drets econòmics i socials, importa precisar la significació de cadascun dels elements que la integren, ja llarg temps encunyats, que la nostra Constitució, seguint la influència de la Llei Fonamental de Bonn, ha recollit puntualment, com s'ha vist, en l'inici de la seua regulació.

A) L'estat de dret

En primer lloc, i respecte a l'estat de dret, com afirma Elías Díaz en una clàssica obra que es va publicar en la primerenca data del 1966 –*Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, publicada per la llavors Editorial Cuadernos para el Diálogo–, el que és definitori, el que és essencial de l'estat de dret és, precisament, la lluita contra l'arbitrarietat i el despotisme del poder polític en nom de la defensa de la llibertat i dignitat humanes, dels drets humans i les llibertats fonamentals. Així, són pressupòsits d'aquesta fórmula d'organització jurídicopolítica l'imperi de la llei, entesa com a genuïna expressió de la voluntat popular, la divisió i distribució de poders –de manera que, a través de frens i contrapesos (*checks and balances*), ço és, mitjançant una recíproca limitació dels poders pels òrgans que els encarnen, es garantisca l'equilibri polític i institucional que done com a producte la llibertat–, la legalitat de l'actuació de les admi-

nistracions públiques i –en general, dels poders públics– com a únic principi capaç de legitimar les intervencions d'aquests poders i d'aquestes administracions no solament en l'esfera de la llibertat i els drets individuals, sinó també en tots els àmbits que afecten els drets i els interessos legítims dels ciutadans (vinculació positiva d'uns i altres a la llei), perquè, com ja anticipava la Constitució francesa del 1791, “solament en nom de la llei es pot exigir obediència”, i el necessari control judicial, com a última peça de tancament del sistema i que, amb la senzillesa i alhora la solemnitat dels esdeveniments històrics, va expressar l'art. 16 de la Declaració de Drets de l'Home i del Ciutadà que va aprovar l'Assemblea Nacional Francesa la nit del 26 d'agost de 1789 (“Tota societat en què no siga assegurada la **garantia** dels drets ni determinada la divisió de poders, no té constitució.”).

La garantia dels drets, com a pressupòsit de l'estat de dret, s'ha de manifestar no solament en les relacions *inter privatos*, sinó també en les que es mantenen amb els poders públics, i és obvi que solament es pot considerar assegurada amb un poder judicial independent en quant exclusivament vinculat a la llei. Així s'ha reconegut des de la primerenca formulació de la doctrina de la divisió de poders en l'obra de Montesquieu (*L'esperit de les lleis*, cap. VI del Llibre XI), fins a les modernes declaracions constitucionals. Per descomptat, la nostra Constitució del 1978 ho fa categòricament, en els art. 24 i 117, en reconèixer el dret fonamental de totes les persones a la “tutela efectiva dels jutges i tribunals en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, sense que en cap cas no es pugui produir indefensió”; i en reconèixer també que la justícia, que emana del poble, és administrada “per jutges i magistrats integrants del poder judicial, independents, inamovibles, responsables i sotmesos únicament a l'imperi de la llei”; i que aquests no exerciran més funcions que les de dur a terme la potestat jurisdiccional i “les que expressament els siguen atribuïdes en garantia de qualsevol dret” per la llei.

Si s'haguera de posar l'èmfasi –simplificant molt, per descomptat– en la característica essencial de l'estat de dret, caldria afirmar que aquesta nota seria –és– la defensa i la garantia de la llibertat i la dignitat de l'ésser humà. La nostra Constitució ho expressa clarament quan en l'art. 10.1 proclama que “la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte de la llei i dels drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social”; i quan assenyalava –art. 9.3–, com a obligació dels poders públics, “promoure les condicions perquè la **llibertat** i la

igualtat de l'individu i dels grups en què s'integra siguen reals i efectives"; i no solament això sinó també "remoure els obstacles que impedisquen o dificulten la seua plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social".

B) L'estat social de dret

Ja de la formulació anterior es desprèn la impossibilitat, avui, d'aïllar cadascun dels components de la fórmula "estat social i democràtic de dret", ja que el seu reconeixement els engloba tots.

S'ha pogut dir amb encert¹ que l'estat social, la formulació actual del qual, si bé no és totalment equivalent a la d'estat del benestar, el pressuposa –no així en sentit contrari–, constitueix l'expressió d'un contracte social que es formalitza explícitament entre els poders públics i els ciutadans, que a més vincula tots els agents públics i privats, principalment empresaris i treballadors, amb l'objecte de satisfer efectivament drets econòmics i socials d'homes i dones, i la finalitat dels quals és contribuir, decididament, a l'estabilitat i al progrés de les nostres societats.

Cal afegir que la fórmula de l'estat social de dret preveu una activitat positiva de prestació de part dels poders públics, de l'estat, en suma, adreçada a la protecció de determinats sectors socials (normalment, els més febles econòmicament), mitjançant polítiques actives de recaptació i de despesa. El seu accent finalista és la realització dels valors de la **igualtat** i la **solidaritat**, conceptes oberts que permeten una no petita varietat de continguts i que fan possible també caracteritzar com a estats socials no solament els que consignen en les seues normes constitucionals a la clàusula de l'estat social (cas de la Llei Fonamental de Bonn i de la Constitució espanyola) sinó també els que no ho fan ex-

1. Vegeu J. M. Bandrés, en el pròleg al llibre *El futuro del Estado del bienestar. Cuatro lecciones sobre el blindaje jurídico del Estado de Bienestar*, Cedes Editorial, Barcelona 2000. En general, és molt abundant la doctrina sobre l'estat social i democràtic de dret. Així, sense ànim d'esgotar les referències, García Pelayo, M., "El Estado social y democrático de Derecho en la Constitución Española", dins *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Obras Completas, t. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Vegeu també Garrarena Morales, A., *Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid 1992. Així mateix, Aparicio Pérez, M. A., "El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", dins *Estudios sobre el Estado social*, Parlamento de Andalucía-Tecnos, Madrid 1993.

plícitament en el seu text però recullen en l'articulat tota una àmplia gamma del que s'ha convingut a anomenar “drets socials” (cas de la Constitució italiana del 1947). Fins i tot cal admetre l'estat social de dret en els ordenaments que no ho proclamen –bé per crida explícita, bé per regulació material– en el text constitucional i solament ho fan en l'àmbit de la regulació normativa ordinària. Però, llavors, el seu blindatge jurídic –el de l'estat social de dret, s'entén– és molt més feble que el que en fa un reconeixement exprés en la norma fonamental, com fàcilment es pot comprendre i després es veurà en examinar el problema relatiu al valor dels principis rectors de la política social i econòmica i a la reversibilitat de les conquestes socials assolides fins avui.

Com a resum, es pot dir que l'estat social, des del naixement, ha estat adreçat a la consecució del valor de la igualtat mitjançant polítiques estatals actives de dotació de mínims de benestar –cal eludir expressament parlar solament de mínims vitals, que podrien quadrar a qualsevol tipus d'estat i desvirtuarien per complet el concepte mateix d'estat social– a estaments socials determinats, ço és, com ja hem dir més amunt, als més desfavorits econòmicament.

a) La crisi de l'estat social

Des de l'aparició, en els art. 20.1 i 28.1 de la Llei Fonamental de Bonn, de la fórmula de l'estat social, ha estat lloc comú en un determinat sector de la doctrina² que l'estat de dret i l'estat social de dret es troben en una relació de contradicció, de tal manera que, si s'acceptara com a tasca de l'estat de dret, d'una banda, no solament l'establiment d'un procediment que garantira la seguretat jurídica sinó la protecció dels drets materials adquirits en la seua substància, així com impedir-ne l'espoli, i de l'altra, es col·locara com a tasca de l'estat social de dret el repartiment de béns materials per aconseguir a través d'aquesta la igualtat, la conclusió seria que totes dues finalitats resultarien, en si mateixes, contradictòries, fins al punt que la “igualtat” amb la qual s'identifica el valor prevalent en l'estat social s'hauria de referir a la igualtat dels ciutadans respecte a la seua capacitat per participar en el poder de l'estat i per participar, així mateix, en la formació de la voluntat en què aquest poder s'assenta.

² Per tots, Karl Doehring, “Estado social, Estado de Derecho y orden democrático”, dins l'obra col·lectiva *El Estado Social*, CEC, 1986, pàg. 107 i seg.

No obstant això, la posició majoritària en la doctrina alemanya³ és la que afirma que la connexió de l'estat de dret amb l'estat social és una realitat i que totes dues fórmules es troben en una relació recíproca de complementarietat. Aquesta és, així mateix, la posició prevalent en la doctrina espanyola⁴ i, per descomptat, com veurem més avall, la que recull la nostra Constitució.

Però no és aquest aspecte el que ara interessa remarcar sinó el de les causes en virtut de les quals, a partir de la dècada dels setanta del segle passat i molt senyaladament cap a la darrerria i en l'actualitat, es parla de "crisi" de l'estat social o de "crisi" de l'estat del benestar.

El que puguen ser considerades com a causes remotes d'aquesta "crisi" se solen concretar⁵ en la interrupció de l'esquema de creixement establert al món, singularment a l'anomenat món occidental, després de l'últim conflicte bèl·lic mundial, interrupció lligada als límits fiscals i pressupostaris (és a dir, des del punt de vista dels ingressos i les despeses) inherents a tota política de creixement, i en el final de la creença en el progrés lineal indefinit, derivada d'aquell optimisme inicial.

El canvi d'esquema que aquestes dues remotes causes de "crisi de l'estat social" suposa ha portat a concretar una sèrie d'alternatives, que impliquen canvis profunds en l'entesa del valor "solidaritat", bàsic, com és sabut, de l'estat social, i han portat al plantejament de problemes, com el de la subsistència d'aquest mateix model d'estat o el de la reversibilitat de les seues conquestes, que després seran objecte d'examen.

3. Sobre aquest tema, vegeu Pérez Royo, J., "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social", *Rev. Española de Derecho Constitucional*, núm. 20 (1984), pàg. 165 i seg.

4. També, Santamaría Pastor, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988, pàg. 227. Vegeu també Parejo Alfonso, L. "El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos", dins RAP, núm. 153, setembre-desembre 2000; i "Estado Social y Estado de Bienestar a la luz del orden constitucional", dins el llibre col·lectiu *Las estructuras del bienestar (Propuestas de reforma y nuevos horizontes)*, dirigit per Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado i Luis González Seara, Ed. Escuela Libre Editorial y Civitas, Madrid, 2002.

5. Vegeu Parejo, op. cit., pàg. 220 i 824, respectivament.

Des d'aquesta perspectiva importa analitzar, si més no succintament, quines són les imputacions concretes que es fan a la viabilitat de l'estat social o de l'estat del benestar. Són, fonamentalment i per descomptat amb un ampli marge de simplificació, les següents⁶.

- Repercussió negativa en el desenvolupament i el creixement econòmic de les polítiques redistributives pròpies de l'estat del benestar, en tant que provoquen un augment del consum i disminueixen, per contra, l'estalvi de la població.
- Repercussió, també negativa, aquesta vegada en l'ocupació, de les polítiques reguladores del mercat de treball que són característiques de l'estat del benestar, tenint en compte la seua rigidesa i la falta de flexibilitat, que condueixen, al seu torn, a la falta de competitivitat i productivitat.
- Falta d'eficiència en el sistema econòmic internacional, derivada de les polítiques reguladores del comerç exterior i mobilitat de capitals, ja que, segons aquest criteri, seria desitjable la màxima llibertat en aquesta matèria, quan afavoriria la competitivitat internacional, encara que fóra a costa de la disminució de la protecció social i dels salaris.
- Creixement desmesurat de l'estat del benestar, amb les seues seqüeles de creació de dependències per a la població, d'empobriment correlatiu d'aquesta i de disminució del seu potencial creador com a societat civil.
- Creació d'expectatives en la població, que han incrementat la demanda de prestacions socials i que, en no poder ser satisfetes, han contribuït a la tensió i inestabilitat de grans capes de la societat, amb influència negativa, per això, en la governabilitat.

No obstant això, aquestes imputacions pequen, ja en els orígens i les més vegades, d'apodíctiques. Perquè, des d'un punt de vista real, hi ha estudis

6. Vegeu Vicenç Navarro, "Un análisis de las críticas neoliberales y conservadoras al Estado de Bienestar y propuestas alternativas", dins el llibre col·lectiu *El Futuro del Estado de Bienestar*, Cedecs Ed., S. L., Barna. 2002, pàg. 73 i seg.

demonstratius que, als països de l'OCDE, el creixement econòmic i l'estabilitat econòmica han assolit les cotes màximes en els períodes històrics en què les desigualtats socials han estat menors i, per contra, quan aquestes han augmentat, han disminuït correlativament tant el creixement com l'estabilitat econòmics. Que això és així no és fruit de la casualitat sinó de la lògica que enclou el fet que les polítiques públiques de reducció de desigualtats socials han consistit, sobretot, en polítiques adreçades a la creació d'ocupació, mitjançant una expansió ordenada de la despesa pública, i a la redistribució dels beneficis aconseguits per aquesta, que, al seu torn, han incrementat el consum de les classes populars. Resulta significatiu que el Banc Mundial, tan allunyat de plantejaments keynesians, ja incloguera, en el seu "World Development Report" del 1991, l'afirmació que "no hi ha evidència que l'estalvi depenga de la desigualtat social o que aquesta, la desigualtat social, conduïska a un major creixement econòmic", perquè, "en realitat, l'evidència apunta en un sentit contrari, és a dir, que major desigualtat porta a menor creixement econòmic".

D'altra banda, una altra evidència estadística mostra com polítiques de màxima liberalització i de flexibilització laboral han estat insuficients pel que fa a l'estímul del creixement econòmic i de les inversions productives, a l'augment de l'estalvi, inversió en infraestructures o reducció espectacular de la desocupació. Les modestes i fins i tot regressives dades de l'actualitat corroboren, sense necessitat de major argumentació, aquest asserció⁷.

El que sí que cal reconèixer és la constatació d'una nova dimensió de l'estat social per a la consecució de la fi de la igualtat i solidaritat com a valors fonamentals i bàsics de la convivència ciutadana. Em referisc a la intensificació de l'estat "regulador" en detriment de l'estat "empresari" o prestador directe dels serveis públics, però sense que això signifiqui una abdicació ni de la titularitat del servei, que continua sent pública, ni de les funcions de supervisió i garantia que en tot cas han de correspondre a les diferents administracions, bé directament, bé mitjançant entitats descentralitzades creades a aquest efecte. Amb aquest condicionament, implícit en aquest "estat regulador", no es dóna una efectiva regressió de les finalitats de l'estat social⁸.

7. Vegeu Joseph Stiglitz, *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*, Madrid, Taurus, 2010, pàg. 342 i seg.

8. Vegeu Muñoz Machado, S., "Hacia un nuevo Derecho administrativo", dins l'obra *El Derecho Público de la Crisis Económica*, coordinat per Blasco Esteve, A., INAP Madrid, 2011, pàg. 191 i seg.

b) Les tendències liberalitzadores de l'economia i la permanència de l'estat social amb una referència especial als marcs constitucionals i legals a Espanya.

a') En l'àmbit local

No cal ser un especialista en el tema per comprendre que, en l'actualitat, no es podria identificar l'estat social amb determinades situacions de les societats occidentals derivades de grans crisis socials, a mesura que va esdevenir amb posterioritat a les dues grans conflagracions mundials que, desgraciadament, s'han conegut. No es podria identificar l'estat social, encara que fóra a nivell municipal, amb l'observació que el fundador de la Fabian Society i de la prestigiosa i britànica London School of Economics and Political Sciences, Sydney Webb, fera de la vida quotidiana d'un suposat ciutadà del Regne Unit, John Smith, en qualsevol de les seues ciutats⁹. John Smith –ens deia Webb– “es desperta en l'habitatge que li ha proporcionat el municipi per les campanes del rellotge municipal. Encén la llum elèctrica de la fàbrica municipal, es renta amb l'aigua del proveïment municipal i es beu un got de llet certificada municipal, escalfada amb el gas de la fàbrica municipalitzada. Al carrer, naturalment municipal, agafa el tramvia o l'autobús municipal. Gràcies a la policia municipal arriba segurament a la seua oficina. Smith menjarà, possiblement, en un restaurant municipal, llegirà els diaris o les revistes en una biblioteca pública, contemplarà les obres d'art d'un museu municipal, practicarà l'esport en un parc municipal, consumirà aliments conservats a les cambres frigorífiques municipals i distribuïts als mercats municipals o potser a les expenedories reguladores del mateix caràcter. Si no pertany a la classe bastant rica de la ciutat, serà assistit i hospitalitzat en els establiments o pels facultatius municipals, i allà donarà a llum la seua dona. Quan es trobe sense feina, acudirà a l'oficina municipal de col·locació. I haurà realitzat els estudis a les escoles municipals. Un dia, com tots els humans, John Smith es morirà i, després de la inscripció en el registre municipal, serà portat pel servei fúnebre municipal al cementeri municipal”.

Però, al mateix temps, no es pot desconèixer que, precisament en l'àmbit local, hi ha la iniciativa de les corporacions locals, derivada de la seua autonomia, consagrada i garantida en la nostra Constitució (art. 140) i en la Carta Europea d'Autonomia Local, de 15 d'Octubre de 1985 (art. 2n i seg.), en virtut

⁹. Vegeu Jordana de Pozas, “El problema de los fines de la actividad administrativa”, dins *RAP*, núm. 4, 1951, pàg. 17.

de la qual poden intervenir directament en la prestació de serveis essencials. Cal tenir present que el que garanteix l'esmentat precepte constitucional "no és un elenc d'assumpptes o de competències locals sinó, com ha estat correctament assenyalat¹⁰, el dret de tots els ens d'aquest nivell territorial a intervenir en els assumptes que afecten la comunitat, intervenció que pot ser, i de fet serà, de diferent intensitat segons el que determine la llei i els interessos en presència". La Llei Reguladora de les Bases del Règim Local, Llei 7/1985, de 2 d'abril, en l'art. 86, apt. 1, estableix que "les entitats locals, mitjançant expedient acreditatiu de la conveniència i l'oportunitat de la mesura, podran exercir la iniciativa pública per a l'exercici d'activitats econòmiques de conformitat amb l'art. 128.2 de la Constitució". A més afegeix, en l'apt. 3, la declaració de reserva, a favor de les entitats locals, de serveis tan essencials com ara els de proveïment i depuració d'aigües; recollida, tractament i aprofitament de residus; subministrament de calefacció; escorxadors (el caràcter obligatori dels quals per a municipis amb població superior a 20.000 habitants ha estat suprimit per l'art. 24 del RD Llei 7/1996, de 7 de Juny) mercats i llotges centrals; transport públic de viatgers; serveis mortuoris (suprimit, també, d'aquesta reserva pel Reial decret Llei que acabem d'esmentar). No es pot dubtar que la prestació d'aquests serveis, o de la majoria d'aquests, afecta de ple les línies generals de l'estat social i fa factible, respectant, per descomptat, la reserva de serveis o recursos essencials al sector públic mitjançant Llei (que preveu l'art. 128 de la Constitució) i el procediment previngut en el mateix art. 86 de la Llei 7/1985, la possibilitat que la pintoresca situació que plantejava Webb poguera, fins i tot avui, convertir-se en realitat. Es pot afirmar, doncs, que en l'esfera local les polítiques públiques de prestació de serveis estan avalades constitucionalment i legalment.

Això no vol dir, naturalment, que la privatització de serveis i les tendències liberalitzadores no es puguin donar en l'esfera local ni, encara menys, que els serveis essencials a què s'ha fet referència s'hagen de prestar en règim de monopoli. És més: la prestació de serveis municipals ha estat lligada tradicionalment al règim concessional, a més de l'arrendament i el concert, junt amb formes de gestió directa, que han inclòs, des de sempre, la societat privada, municipal o provincial, o les empreses mixtes, fins i tot amb posterioritat a la Llei 57/2003, de 16 de desembre, que afecta les formes de gestió dels serveis locals, i la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats

10. Vegeu Martín Rebollo, L. en el comentari a l'art. 140 CE, dins "Leyes Administrativas", Thomson-Reuters-Aranzadi, 18a edició, 2012, pàg. 211.

de serveis i el seu exercici; 25/2009, d'adaptació de l'anterior; Reial decret llei 19/2012, de 25 de maig, de mesures urgents de liberalització del comerç i de determinats serveis; Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, i Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu de 3/2011, de 14 de novembre. El que vol significar-se, amb el que ha estat exposat, és la menor incidència que en l'esfera local poden tenir les modernes tendències de liberalització i, d'alguna manera, desmantellament del que s'ha convingut a anomenar "estat social administratiu".

En l'actualitat cal tenir en compte les disposicions de l'esmentat Text refós de la Llei de contractes del sector públic aplicable a totes les entitats integrants d'aquest sector, entre les quals hi ha les entitats que integren l'administració local [(art. 3.1.a)], així com les modalitats de contractes del sector públic (art. 5), entre els quals adquireix una rellevància particular la distinció entre el contracte de serveis i el contracte de gestió de serveis públics, una de les modalitats de la qual és la concessió de serveis [(art. 277 a)]. Igualment cal tenir en compte les directives de la Unió Europea en matèria contractual, en general recollides per transposició en l'esmentat Text refós. El 15 de gener de 2014, el Parlament Europeu va aprovar tres noves directives, que substitueixen sengles de la mateixa procedència i es refereixen a la contractació pública, als sectors especials i als contractes de concessió, aquests per primera vegada regulats a nivell europeu. Aquestes directives implicaran noves modificacions en el Text refós¹¹.

De tota manera, si per privatització de serveis es pretén interpretar una forma de gestió, encomanada al sector privat (com passa preferentment amb la concessió), no hi ha dubte que, d'acord amb el que s'ha dit, aquella ha de desplegar un desenvolupament considerable en l'esfera local. El mateix es pot dir si per privatització s'entén una determinada forma organitzativa o un determinat criteri funcional o, el que és el mateix, un recurs a personificacions juridicoprivades o a activitats rígides pel dret privat en la prestació dels serveis

11. Vegeu sobre aquest tema Razquin Lizarraga, M. M., "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", dins *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, gener-març 2014, pàg. 37 i seg. Vegeu també Razquin Lizarraga, J. A., "La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno", dins *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, juny 2012, pàg. 171 i seg. i Mestre Delgado, J. F., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión", dins *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, 3a ed. (dir. Muñoz Machado, S.), Iustel, Madrid, 2011, pàg. 2063 i seg.

essencials amb major incidència en la societat; en definitiva, una manifestació del fenomen que ha estat batejat amb l'expressiu nom de “fugida del dret administratiu”¹².

Però totes aquestes fórmules de gestió no priven del caràcter de servei públic a les prestacions corresponents sinó que, per contra, l'afirmen. L'anomenada privatització funcional o organitzativa no afecta les formes de gestió del servei públic i, per tant, constitueix una forma de privatització que, en no qüestionar la titularitat pública de l'activitat, suposa un grau més afeblit de liberalització.

b') En l'àmbit autonòmic

Les reformes estatutàries d'última generació, ço és, les aprovades a partir del 2006, han desplegat i ampliat principis i drets en gran part similars als inclosos en el cap. III del tít. I de la Constitució com a principis rectors de la política social i econòmica¹³. Es refereixen aquests –els compresos en els estatuts, s'entén– a part dels derivats de drets i principis rectors i d'altres de connectats amb drets de llibertat o amb els de participació individual o col·lectiva en la vida política, econòmica, cultural i social, als representatius de la pròpia identitat, o connectats a drets amb un grau major de concreció, com poden ser els relatius, en l'àmbit de l'educació, a la gratuïtat de l'ensenyament obligatori o a l'aplicació d'ajudes públiques per accedir en igualtat de condicions als nivells educatius superiors; o per accedir, en condicions d'igualtat i gratuïtat, als serveis socials i sanitaris de responsabilitat pública; o fins i tot a una renda garantida

12. Per tots, vegeu Martín Retortillo, S., “Reflexiones sobre la «huída» del Derecho Administrativo”, dins *RAP*, núm. 140, maig-agost de 1996, pàg. 25 i seg. En aquest estudi –concretament, en el punt 3– es distingeix entre privatització pròpia de l'administració, que s'identifica amb la transferència d'actius patrimonials del sector públic al sector privat, i privatització, referida a l'exercici de funcions públiques d'acord amb procediments jurídic privats o per organitzacions de caràcter privat. Així mateix, Garrido Falla, F., en “Privatización y Reprivatización”, *RAP*, núm. 126, set.-des. de 1991, pàg. 7 i seg., es refereix a una privatització organitzativa i funcional d'activitats industrials i mercantils de l'estat, una privatització de gestió i una altra de l'activitat pròpiament dita. Vegeu també Borrajo Iniesta, I, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993.

13. Vegeu Garrido Mayol, V., “La forma de la reforma”, dins *Modelo de Estado y Reforma de los Estatutos*, Fundació Professor Manuel Broseta, València, 2007.

de ciutadania per els qui es troben en situació de pobresa. Així, per exemple i entre d'altres, ocorre en els estatuts de la Comunitat Valenciana, de Catalunya i d'Andalusia, en els quals, bé en una referència conjunta, com passa sobretot en l'Estatut valencià (art. 10), bé amb un catàleg més precisat i individualitzat, tal com fan els altres dos estatuts esmentats com a exemple, hi ha una referència clara –fins i tot ampliativa respecte al que és reconegut en el text estatutari anterior a la seua modificació– a principis i drets econòmics i socials característics de l'estat social i democràtic que proclama la Constitució.

El Tribunal Constitucional, en les sentències 247/2007, de 12 de desembre, i 31/2010, de 28 de juny, ha establert que aquests drets estatuaris no poden ser qualificats de drets fonamentals ni afectar-los, perquè aquests només poden ser els proclamats i reconeguts en la Constitució, que per això vinculen tots els legisladors i restants poders públics. Els drets, manaments i principis estatutaris només vinculen el legislador i els poders autonòmics i estan, al seu torn, subjectes a l'àmbit competencial propi de la comunitat autònoma.

Resulta clar, doncs, que, qualsevol que pugua ser la conseqüència de la necessitat d'intermediació del legislador en el desplegament i l'efectivitat d'aquests drets, principis i manaments, o dels condicionaments de sostenibilitat financera que pogueren afectar-los –tema del qual després es tractarà més específicament– l'estat social no solament no és desconegut o menyscabat en la legislació autonòmica sinó que, ans al contrari, hi resulta expressament confirmat o fins i tot eixamplat en els seus continguts¹⁴.

c') En el pla estatal

Les mateixes consideracions que acabem de fer a propòsit de les tendències liberalitzadores en l'àmbit local i autonòmic es poden reproduir en aquest apartat.

En efecte. També ha estat tradicional, dins l'esfera estatal, la gestió de serveis essencials a la societat mitjançant fórmules de gestió directa, amb inclusió de la gestió a través de personificacions públiques diferenciades, o de gestió

14. Vegeu sobre el tema i amb referència a l'Estatut valencià els comentaris de Sánchez Ferriz, R. (al títol II de l'Estatut "De los derechos de los Valencianos y Valencianas"), Jimena Quesada, L. (a l'art. 10 de l'Estatut) i Pérez i Seguí, Z. (comentari a l'art. 15 de l'Estatut), dins *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, dir. Garrido Mayol, V., Tirant lo Blanch (Tratados) i Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, València 2013.

indirecta, fonamentalment concretada en la concessió. En el nostre dret, la cobertura legal de tals fórmules de gestió és ben coneguda. Així, la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'administració general de l'estat (LOFAGE), en regular l'administració institucional de l'estat, considera els "organismes públics" o, el que és el mateix, "entitats de dret públic que desenvolupen activitats derivades de la mateixa administració general de l'estat, en qualitat d'organitzacions instrumentals diferenciades i dependents d'aquesta" (art. 1r, paràgraf 2n), amb "personalitat jurídica diferenciada, patrimoni i tresoreria propis, així com autonomia de gestió" (art. 42.1); i els classifica en "organismes autònoms", "entitats públiques empresarials" i agències estatals, regides aquestes per la Llei 28/2006, de 18 de juliol (art. 43). Doncs bé: entre les funcions dels organismes autònoms, que es regeixen pel dret administratiu –amb la qual cosa la seua existència no es pot conceptuar manifestació del fenomen de "fugida del dret administratiu"–, destaca la de desenvolupar, "en règim de descentralització funcional i en execució de programes específics de l'activitat de **serveis públics**" (art. 45.1). El mateix cal predicar de les agències estatals després de la precitada Llei 28/2006, el títol de la qual és significatiu sobre aquest tema per tal com la seua creació respon a la finalitat de "millora dels serveis públics", un dels pretesos avantatges de la qual és "l'aprofundiment d'una nova cultura de gestió que ha de recolzar en el compliment d'objectius clars, mesurables i orientats cap a la millora en la prestació del servei amb els avantatges consegüents per als usuaris i per als contribuents" (exposició de motius).

Per la seua banda, les entitats públiques empresarials, que sí que constitueixen una manifestació clara d'aquella "fugida", ja que es regeixen pel dret privat i el seu personal pel dret laboral, poden tenir encomanades activitats prestacionals, de gestió de serveis o fins i tot de producció de béns d'interès públic, sempre que siguin susceptibles de contraprestació. Ací sí que hi ha ja una major incidència de l'esfera "privada" en la gestió de serveis públics i, per tant, en l'efectivitat dels plantejaments de l'estat social, de la mateixa manera que n'hi ha, en molt major grau, en les "societats mercantils estatals" a què es refereix la disposició addicional 12a de la LOFAGE. Però en aquest plantejament legal, més que desmantellament de l'estat social i de les seues conquestes, hi ha també una desvirtuació de l'"estat social administratiu" mitjançant interposicions de règims juridicoprivats de gestió. En definitiva, es tracta d'autèntiques manifestacions de la tan repetida "fugida del dret administratiu", que ha pretès justificar-se en criteris d'eficàcia i que, en realitat, ha obeït en molts casos a propòsits

d'elusió dels controls que comporta la subjecció a dret administratiu¹⁵ i que ha donat peu al desplegament d'una doctrina abundant, tant sobre la inconstitucionalitat d'aquesta progressiva "privatització" de les administracions públiques sobre la base d'una reserva constitucional de dret administratiu –que es podria trobar en els art. 103.1, 106.1 i 153.c de la Constitució¹⁶– com sobre la necessitat d'accentuar un criteri material a l'hora de determinar quan s'està davant una administració pública, o d'aplicar la tècnica fiscalitzadora elaborada entorn dels actes separables, o fins i tot la doctrina de l'esbrinament de la veritable naturalesa d'una persona jurídica mitjançant el que la doctrina i la jurisprudència civil i mercantil han denominat, gràficament, "alçament del vel".¹⁷

Aquesta tendència privatitzadora va adquirir nova i important expressió en la Llei de fundacions, Llei 50/2002, de 26 de desembre, que recull les anomenades "fundacions del sector públic estatal", la creació del qual requereix únicament acord del Consell de Ministres (art. 45.1). Així mateix són expressives les "fundacions públiques sanitàries" de la Llei 50/1998, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social –art. 11– i "les fundacions constituïdes a l'empara de la Llei 15/1997, de 25 d'abril", sobre habilitació de noves formes de gestió del Sistema Nacional de Salut. Aquest sistema continua mereixent, en l'art. únic de la Llei, la consideració de servei públic, però habilita que la seua gestió, lluny de l'organització prevista en la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, que va incorporar a l'àmbit del Sistema Nacional de Salut un model d'organització dels centres i serveis caracteritzat, fonamentalment, per la gestió directa tradicional en les institucions sanitàries de la Seguretat Social, es pugui dur a terme –directament o indirectament– a través de qualssevol entitats de naturalesa o titularitat possibles admeses en dret; entre

15. Vegeu S. Martín Retortillo, "Reflexiones..." cit. pàg. 36 i seg.

16. Vegeu, per tots, Silvia del Saz Cordero, "La huída del Derecho Administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *RAP*, núm. 133, 1994, pàg. 201 i seg., i Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, 6a ed. t. I, pàg. 30 i seg. En general, però, cal advertir que aquests preceptes al·ludeixen a una subjecció a dret de l'actuació de les administracions públiques –no específicament, doncs, al dret administratiu– i al control judicial d'aquesta actuació, bé que no necessàriament per l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu. Vegeu García de Enterría i T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 11a ed., I, pàg. 406 i seg.

17. Vegeu S. Martín Retortillo, op. cit. pàg. 55 i García de Enterría i T. R. Fernández, "Curso..." cit. pàg. 408 i seg.

altres, a través d'ens interposats dotats de personalitat jurídica com ara empreses públiques, consorcis o fundacions, o altres entitats de naturalesa o titularitat públiques admeses en el nostre ordenament.

També cal destacar, com a mostra de l'esmentada tendència privatitzadora, les del servei postal, el de televisió per cable i de les telecomunicacions. En efecte: la Llei 24/1998, de 13 de juliol, del servei postal universal i de liberalització dels serveis postals, i després la Llei 43/2010, de 30 de desembre, del servei postal universal, dels drets dels usuaris i del mercat postal, els qualifica de "serveis d'interès general que es presten en règim de competència", encara que imposa a l'operador al qual s'encomane la prestació del servei postal universal i als prestadors de serveis postals que requerisquen autorització administrativa singular el compliment d'obligacions de servei públic. Per la seua banda, la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions, els defineix igualment com a serveis d'interès general que es presten en règim de competència, però els qualifica de servei públic quan es tracta de serveis de telecomunicacions per a la defensa nacional i la protecció civil i delimita les obligacions de servei públic, amb referència als titulars de serveis de telecomunicacions, com "el conjunt definit de serveis de telecomunicació amb una qualitat determinada, accessibles a tots els usuaris amb independència de la seua localització geogràfica i a un preu assequible".

d') En el marc constitucional i comunitari europeu

La Constitució, en l'art. 128, després de declarar la subordinació de tota la riquesa del país, en les seues diverses formes i siga quina siga la seua titularitat, a l'interès general i de reconèixer la iniciativa pública en l'activitat econòmica, determina que "mitjançant llei es podrà reservar al sector públic recursos o serveis essencials, especialment en cas de monopoli, i així mateix la intervenció d'empreses quan així ho exigisca l'interès general". Sembla clar, doncs, que, a més dels preceptes que impulsen la participació dels interessats en la Seguretat Social i en l'activitat dels organismes públics la funció dels quals afecte directament la qualitat de vida o el benestar general, o que es referisquen a la participació dels poders públics i treballadors en les empreses, al foment de societats cooperatives, a la facilitació de l'accés dels treballadors a la propietat dels mitjans de producció, a la modernització i al desenvolupament dels sectors econòmics i a la possibilitat de planificació de l'activitat econòmica general, entre altres finalitats, per atendre les necessitats col·lectives (art. 129 a 131, in-

clusivament), ha reconegut la possibilitat que serveis essencials, sens dubte part important de l'estat social, siguin prestats directament per l'administració o per entitats susceptibles d'inclusió en el concepte més ampli de "sector públic", dins del qual es pot incloure no solament les entitats públiques empresarials, sinó també les societats mercantils estatals, autonòmiques o locals i qualssevol ens majoritàriament participats, en el seu capital i direcció, per administracions públiques.

Aquesta possibilitat significa, d'una banda, que la prestació dels serveis essencials (educació, sanitat, transports i telecomunicacions, etc.) pot estar reservada a les administracions públiques, mitjançant fórmules de gestió directa o indirecta, com ja s'ha dit. Però també dona a entendre que, en tractar-se d'una possibilitat i no d'una imposició, el model pot ser diferent.

La pregunta, doncs, seria si, en consistir el nucli bàsic de la liberalització en una exclusió de l'estat en l'activitat de prestació de serveis, aquesta rigorosa opció pot cabre en la Constitució.

Sobre això, ja del que s'ha dit, la resposta negativa s'imposa. Independentment de manifestacions concretes, com la contundent, de què es parlarà més avall, de l'art. 41 CE –"els poders públics mantindran un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans, que garantisca l'assistència i suficients prestacions socials davant situacions de necessitat, especialment en cas d'atur", i no hi ha dubte de la consideració de la Seguretat Social i les seues organitzacions com a servei públic¹⁸–, cal destacar que la regulació sectorial dels serveis públics essencials no mostra, almenys en gran part, una tendència desmantelladora del servei públic com a nucli essencial de l'activitat estatal de prestació en l'estat social, sinó la de permanència del concepte de servei públic a través d'una nova categoria, la del servei universal, sorgida de la distinció, en la regulació dels serveis en règim de competència, principalment dels serveis connectats amb les noves tecnologies –els menys propensos al monopoli natural, encara que, al mateix temps, els més abocats a solucions de concentració d'empreses i de monopoli *de facto* en la seua explotació privada–, entre prestacions de mercat i prestacions de servei públic, ja que mentre les primeres estarien incloses en

18. Vegeu, en aquest punt, Garrido Falla, F., "La administración de la gestión de la Seguridad Social (con una alusión al Estado de bienestar)", *RAP*, núm. 140, maig-agost de 1996, pàg. 7 i seg.

el normal règim privat de prestació de serveis i producció de béns, les segones integrarien la nova categoria de servei universal¹⁹.

Ja d'algunes definicions legals, transcrites més amunt, es desprèn que el servei universal fa referència a un estàndard mínim de prestacions que ha de tenir garantit el conjunt dels ciutadans, o determinats col·lectius socials, a preus assequibles i siga quin siga el lloc en què aquells es troben. És més, fins i tot en aquests serveis més ancorats a les noves tecnologies, sovint se salvaguarda la qualificació de servei públic i se'n configura la prestació privada mitjançant concessió, que, segons que s'ha anticipat, implica titularitat pública del servei. En definitiva, el servei universal és un instrument tècnic que pretén evitar que la gestió privada de les activitats econòmiques impliqui o determine que els ciutadans deixen de tenir a la seua disposició prestacions bàsiques que els empresaris privats consideren no rendibles atenent les regles del mercat²⁰.

Qüestió diferent és si el model constitucional espanyol, que com s'ha dit no solament no proscriu, ans afirma, la possibilitat i, per tant, la constitucionalitat de polítiques d'estat de servei públic, es pot veure alterat per les polítiques liberalitzadores, derivades de l'afirmació del principi de lliure competència que va significar l'adhesió a les comunitats europees, sobretot després del tractat d'Estabilitat, Coordinació i Governança de la Unió Econòmica i Monetària de 2 de març de 2012 i de la inclusió del principi d'estabilitat pressupostària en l'art. 135 de la Constitució, reformat, anticipadament al pacte fiscal comunitari, el 2011. Aquest punt s'examina més avall.

19. Vegeu De la Cuadra, T., *Constitución y modelo económico liberalizador*, pàg. 42, i G. Ariño, *Servicio Público y Servicio Universal en las Telecomunicaciones*, pàg. 757. Vegeu també Carlón Ruiz, M., "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal", dins *Derecho de la regulación Económica*, I. Iustel, 2009, pàg. 463 i seg., direcció Muñoz Machado, S. i Esteve Pardo, J. Igualment, Chinchilla Martín, C., "Servicio público ¿Crisis o renovación?", dins "Régimen Jurídico de los Servicios Públicos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, pàg. 85 i seg.

20. En aquest sentit, Muñoz Machado, S., Mestre Delgado, J. F. i Álvarez García, V., en "La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar", dins l'obra col·lectiva *Las estructuras del bienestar en Europa*, cit. pàg. 398 i seg. Vegeu també Muñoz Machado, S., "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", dins *Derecho de la Regulación* (dirs. S. Muñoz Machado - J. Esteve Pardo), tom I, Iustel, 2009, pàg. 15 i seg.

Efectivament, l'art. 106 del tractat de Funcionament de la Unió Europea, en l'apt. 3, estableix que la Comissió vetlarà per l'aplicació de les disposicions d'aquest precepte (que, en essència, es refereixen –en disposicions aplicables a les empreses– a la salvaguarda dels principis de lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals i de lliure competència en l'àmbit comunitari i a la submissió de les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general, o que tinguen el caràcter de monopoli fiscal, especialment a les normes sobre lliure competència contingudes en el tractat) i que, en tant que fóra necessari, i per a això, dirigirà als estats membres directives o decisions adients. En virtut de la utilització d'aquests mitjans, la Comissió Europea, *per se*, i per tant amb independència del Consell i del Parlament europeus, va impulsar la liberalització de serveis tecnològics, tirant endavant, fins i tot, les impugnacions de determinats estats en el Tribunal de Justícia (v. gr., pel que fa a Espanya, sentència de 17 de novembre de 1992, assumptes c-271/90, c-281/90 i c-289/90). Es podria interpretar, doncs, que, a partir de l'1 de gener de 1986, en què va tenir efecte l'adhesió d'Espanya a les comunitats europees, avui Unió Europea, efectuada mitjançant el tractat de 12 de juny de 1985, amb ratificació autoritzada per la LO 10/1985, de 2 d'agost, i per mor de la incorporació al nostre dret intern de tot el dret comunitari, via art. 93 de la Constitució, les possibilitats de reserva estatal en la prestació de serveis essencials per l'estat que autoritza l'art. 128 de la Constitució, com s'ha vist, quedava restringida o condicionada per les disposicions comunitàries (tractats, reglaments, directives i decisions) que havien fet o que feren efectiva la liberalització.

Aquesta possibilitat està, certament, fonamentada en un irreprotxable raonament jurídic. No obstant això, convé no estendre-la més enllà dels seus justs límits. En primer lloc, perquè –com s'ha dit repetidament més amunt– la tendència liberalitzadora pròpia, ço és, la que trau a l'estat de l'activitat prestacional, ha quedat pràcticament constreta a serveis vinculats a les noves tecnologies, i encara això amb imposició d'obligacions de servei públic derivades del “servei universal”. En segon terme, perquè, en la resta dels serveis essencials, la tendència privatitzadora o liberalitzadora s'ha materialitzat en la privatització de la fórmula gestora, bé a través de tradicionals formes de gestió indirecta (concessió) o d'organització de la gestió, mitjançant personificacions privades en l'actuació administrativa, fonamentalment per remissió d'aquests nous ens (participats per administracions públiques o organismes dependents d'aquestes) a règims jurídics privats, amb la qual cosa la titularitat del servei, i el que és més important la responsabilitat pública en la prestació, queden, en

principi, salvaguardades. I finalment, en tercer lloc, perquè el mateix art. 106 del tractat, en l'apt. 2, salva la liberalització, i fins i tot la submissió a les normes sobre lliure competència, al fet que la seua aplicació “no impedisca”, de fet o de dret, el compliment de la “missió específica confiada a aquestes”, ço és, de la missió concreta confiada a les empreses –públiques o privades– que gestionen els serveis d'interès general o que tinguen el caràcter de monopoli fiscal. A més, els art. 3 i 9 dels tractats de la Unió Europea i de Funcionament de la Unió Europea, respectivament, resumeixen els objectius de la Unió en la promoció del progrés econòmic i social i un alt nivell d'ocupació i en la consecució d'un desenvolupament equilibrat i sostenible mitjançant, entre altres procediments, l'enfortiment de la cohesió econòmica i social i la missió de la comunitat en la promoció, en tot el que ara importa, d'un desenvolupament harmoniós, equilibrat i sostenible de les activitats econòmiques, d'un alt nivell d'ocupació i de protecció social i de l'elevació del nivell i la qualitat de vida.

Aquests principis, doncs, que necessiten per a la seua realització polítiques públiques i promocions públiques evidents, abonen la relativitat i la inconsistència de qualsevol afirmació que impute a la Unió Europea situacions de minva o desmantellament de l'estat social.

Cal tenir present que es poden detectar tendències en l'Europa comunitària que discorren pel camí d'incrementar el creixement amb la palanca de la inversió pública i que no han estat rebutjades. La iniciativa de creixement estratègic, aprovada per l'ECOFIN, preveu inversions en infraestructures i R+D amb 29 projectes en xarxes transeuropees de comunicacions d'ací a l'any 2020, que es finançaran amb fons europeus, recursos dels estats i inversió privada, amb un paper central del Banc Europeu d'Inversions. Tot això, entre d'altres, amb l'objectiu d'estimular el creixement i aconseguir un avanç econòmic i un increment del PIB a la zona euro. Ni més ni menys, encara que sense dir-ho, que una política purament keynesiana, amb l'accent posat en la despesa pública per tirar de la demanda, fins i tot a costa de l'aparcament del pacte d'estabilitat.

A més d'això, el punt decisiu –perquè afecta els drets econòmics i socials en l'àmbit de la Unió Europea– el constitueix la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, de 7 de desembre de 2000, versió consolidada pel tractat de Lisboa del 2007.

El valor jurídic de la Carta, que va ser en el seu inici adoptada com a “declaració solemne” i que, com a tal, encara que va nàixer amb vocació

d'adquirir obligatorietat jurídica, no en tenia, ha estat atorgat una vegada vigent el referit tractat de Lisboa. En efecte, la nova redacció de l'art. 6è del tractat de la Unió Europea estableix que “la Unió reconeix els drets, les llibertats i els principis enunciats en la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea de 7 de desembre de 2007, tal com va ser adaptada el 12 de desembre de 2007 a Estrasburg, la qual tindrà el mateix valor jurídic que els tractats”. La seua obligatorietat és definida en el capítol VII, en el qual s'estableixen les previsions que els seus destinataris són les institucions i els òrgans de la Unió, tot respectant el principi de subsidiarietat, així com els estats membres quan apliquen el dret de la Unió; que la Carta no comporta ampliació de les competències comunitàries; i que qualsevol limitació dels drets i de les llibertats enunciats en la Carta s'haurà de fer per llei, que n'haurà de respectar el contingut essencial –ni més ni menys que la mateixa garantia que per a drets fonamentals i constitucionals estableix l'art. 53.1 CE– i respectar així mateix el principi de proporcionalitat.

En el títol III de la Carta (art. 20 i seg.) s'atén el principi d'“Igualtat” (rúbrica d'aquest) i s'hi reconeixen: el dret a la igualtat davant la llei; el de no-discriminació; el principi de respecte de la diversitat cultural, religiosa i lingüística; el dret a la igualtat entre homes i dones; els drets del menor; els drets dels vells; i el dret de les persones amb discapacitat.

Però és en el títol IV, sota la rúbrica “Solidaritat”, on es reconeixen els drets dels treballadors a la informació i consulta en l'àmbit de l'empresa; el dret de negociació i acció col·lectiva; el dret d'accés als serveis d'ocupació; el dret a la tutela en cas d'acomiadament injustificat; el dret a unes condicions de treball equitatives i justes; la prohibició de treball dels menors i la protecció dels joves en el lloc de treball; la garantia de protecció a la família; el dret d'accés a les prestacions de seguretat social i als serveis socials; el dret a la protecció de la salut; l'accés a serveis d'interès econòmic general; la tutela del medi ambient i la protecció dels consumidors²¹.

21. Vegeu una exposició completa sobre el tema en Pérez de los Cobos Orihuel, F. en “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, dins *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 9/2009, pàg. 13 i seg.

i') La influència del conegut com a últim pacte fiscal europeu i del principi constitucional d'estabilitat pressupostària en l'estat social de dret

Tal com s'acaba d'anticipar en part, la qüestió per abordar ací és si afecta frontalment a la constitucionalitat de polítiques d'estat de servei públic el Tractat Europeu d'Estabilitat del 2012 i el principi d'estabilitat pressupostària establert en el reformat art. 135 de la Constitució.

Pel que fa al marc proporcionat pel dret comunitari europeu, el Tractat d'Estabilitat, Coordinació i Governança en la Unió Econòmica i Monetària, signat a Brussel·les el 2 de març de 2012, estretament relacionat amb el Tractat Constitutiu del Mecanisme Europeu d'Estabilitat (MEDE), fet a Brussel·les el 2 de febrer de 2012 amb funció de prestar assistència financera als països de la zona euro que ho requerisquen amb la intenció de salvaguardar l'estabilitat financera de la zona en conjunt, cal destacar que, segons l'art. 1r, la funció d'aquest Pacte es concreta a "reforçar el pilar econòmic de la unió econòmica i monetària mitjançant l'adopció d'un conjunt de normes destinades a promoure la disciplina pressupostària a través d'un pacte pressupostari, a reforçar la coordinació de les seues polítiques econòmiques i a millorar la governança de la zona de l'euro, per recolzar així la consecució dels objectius de la Unió Europea en matèria de creixement sostenible, ocupació, competitivitat i cohesió social". Com ha estat destacat²², els aspectes fonamentals del tractat són: en primer lloc, el pacte pressupostari, establert (art. 3r) sobre la base que "la situació pressupostària de les administracions públiques de cada part contractant serà d'equilibri o de superàvit", condició que s'incorporarà al dret nacional de cada estat signatari, preferentment amb rang constitucional (ja s'ha indicat també que Espanya es va anticipar a aquesta elevació de rang amb la reforma de l'art. 135 de la Constitució del 2011); en segon terme, la coordinació de les polítiques econòmiques (art. 11) i finalment, en tercer lloc, la millora de la governança econòmica.

22. Vegeu "La respuesta de la Unión Europea a la crisis económica y el papel de las Instituciones de control externo", de Tomé Muguruza, B., dins *Revista Española de Control Externo*, núm. 43, gener 2013, pàg. 73 i seg., esp. pàg. 97 i seg. Vegeu també "La constitucionalización de la crisis económica", dins *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pàg. 127 i seg., d'Embid Irujo, A. Així mateix, vegeu "Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional", Ruiz Almendral, V., dins *Revista de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pàg. 33 i seg.

Per la seua banda, el principi d'estabilitat pressupostària va ser introduït en la Constitució en virtut de la reforma duta a terme el 2011; abans, doncs, de la seua exigència pel tractat europeu acabat d'esmentar de 2 de març de 2012, que va afectar l'art. 135 de la norma fonamental i va ser duta a terme per un procediment d'urgència, en lectura única i sense referèndum i amb una celeritat sense precedents en modificacions de tal naturalesa (des del 26 d'agost, en què va tenir entrada al Congrés dels Diputats la proposició, fins al 27 de setembre següent, en què va ser sancionada, promulgada i publicada i en què va entrar en vigor).

La reforma, que potencia el control de l'estat sobre la capacitat de despesa i endeutament de les altres administracions públiques (fonamentalment sobre les comunitats autònomes), estableix, junt amb el mateix principi d'estabilitat pressupostària (apt. 1r de l'art. 135 reformat), els de límit del dèficit estructural en els termes que fixe la Unió Europea per als estats membres i d'acord amb la LO 2/2012, de 20 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, i del límit del deute públic, el volum del qual per al conjunt de les administracions públiques no podrà superar el valor de referència establert en el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (60% del PIB), i tot això amb la necessitat d'autorització legal per endeutar-se, amb la d'incloure als pressupostos els crèdits per satisfer el pagament d'interessos i capital del deute públic de les administracions i amb les causes de superació dels límits concretats a supòsits de catàstrofes naturals, de recessió econòmica i d'emergència extraordinària (apt. 3r i 4t de l'art. 135 CE).

Quant als principis consagrats per l'esmentada més amunt LO d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, per cert modificada per la LO 4/2012, de 28 de setembre per aclarir la forma com s'ha de computar el deute derivat de les mesures de suport (els acomptes de tresoreria dels recursos del sistema de finançament de les comunitats autònomes, la línia ICO-comunitats autònomes o el pla de pagament a proveïdors), cal dir que desenvolupen puntualment el manament contingut en l'art. 135 CE i es concreten en la reiteració del principi d'estabilitat pressupostària com a situació d'equilibri pressupostari o de superàvit; en la plurianualitat d'enfocament dels pressupostos de les administracions, compatible amb el d'annualitat, a fi que es pugui tenir en compte un marc pressupostari a mitjà termini; el de transparència o informació suficient sobre la comptabilitat de les administracions públiques, dels seus pressupostos i liquidacions; el d'eficàcia i eficiència en l'assignació dels recursos pú-

blics; el de sostenibilitat financera, sense que la despesa de les administracions públiques pugui augmentar per sobre de la taxa de creixement de referència del PIB i sense que l'endeutament pugui superar l'avantdit 60% del PIB fixat per la normativa europea; el de responsabilitat per incompliment i, finalment, el de lleialtat institucional a fi de facilitar la col·laboració i cooperació entre les diferents administracions en matèria pressupostària.

Després d'aquest nou marc normatiu, es podria pensar que ha quedat condicionat el contingut de l'estat social i democràtic de dret que proclama l'art. 1r de la Constitució en el seu vessant concret d'estat social. Aquesta interpretació la corroboraria l'exposició de motius que antecedeix l'acord d'aprovació de la modificació constitucional de l'art. 135 d'aquella, en la qual s'al·ludeix expressament al fet que "l'estabilitat pressupostària adquireix un valor veritablement estructural i condicionant de la capacitat d'actuació de l'estat, del manteniment i el desenvolupament de l'estat social que proclama l'art. 1r.1 de la mateixa Llei Fonamental i, en definitiva, de la prosperitat present i futura dels ciutadans. Un valor, doncs, que justifica la seua consagració constitucional, amb l'efecte de limitar i orientar, amb el major rang normatiu, l'actuació dels poders públics".

No obstant això, cal remarcar que el principi d'estabilitat pressupostària, tal com ha estat establert en el Tractat Europeu d'Estabilitat, Coordinació i Governança de 2 de març de 2012 i s'ha destacat anteriorment, serveix de suport a la consecució per la Unió Europea dels objectius de "creixement sostenible, ocupació, competitivitat i cohesió social" (SIC en l'art. 1). Si a això s'afegeix la permanència en els tractats de la Unió Europea, versió consolidada pel tractat de Lisboa de 13 de desembre de 2007 (art. 2n i 3r.3), i de Funcionament de la Unió Europea, també en la seua versió consolidada pel referit tractat de Lisboa del 2007 (art. 9 i 14), dels valors de respecte a la dignitat humana, la solidaritat social o els propis d'una "economia social de mercat, altament competitiva, tendent a la plena ocupació i al progrés social", així com les exigències, que proclama, relacionades "amb la promoció d'un nivell d'ocupació elevada, amb la garantia d'una protecció social adequada, amb la lluita contra l'exclusió social i amb un nivell elevat d'educació, formació i protecció de la salut humana" (art. 9 TFUE) i de l'obligació dels estats de vetlar perquè els "serveis d'interès econòmic general" s'activen conformement a les seues competències respectives de manera que els permeten complir la seua comesa (art. 14 TFUE), la conclusió no pot ser altra que el principi d'estabilitat pressupostària

no condiciona els pressupostos bàsics de l'estat social sinó que condueix a una optimització dels recursos públics en la prestació dels drets socials, a un condicionament de les finalitats a què aquells –els recursos– han d'anar destinats, o a la ponderació necessària entre els objectius de l'optimització de les prestacions socials i les disponibilitats i previsions pressupostàries que cal tenir presents, en els termes a què es farà esment més avall específicament²³.

C) L'estat democràtic i la fórmula constitucional integradora

La primera nota característica de tot sistema democràtic és que constitueix un procés de presa de decisions basat en la llei de les majories. Però aquesta primera nota, com es pot entendre fàcilment, és totalment insatisfactòria i incompleta. Si solament s'exigira el seguiment d'un determinat procés, per més subjecte que estiguera a la llei de les majories, per caracteritzar com a democràtica una decisió, el sistema podria ser fins i tot compatible amb una dictadura que es definira com un estat de lleis i supeditara la seua actuació a aquestes. Un estat democràtic pressuposa, naturalment, l'estat de dret amb tots els seus valors. El que es vol accentuar amb aquesta expressió és el **pluralisme polític** com a mitjà per aconseguir tant les finalitats de l'estat de dret (la llibertat), com els de l'estat social (la igualtat i la solidaritat). És èr això que el pluralisme polític deixa obertes vies, en la manera d'interpretar la magnitud i aprofundiment de les prestacions pròpies de l'estat social, per adequar-les als plantejaments de les diferents opcions polítiques. Però sempre amb supeditació a valors superiors, que funcionen com a principis substantius i com a límit de la funció legislativa ordinària, i que en la nostra Constitució es manifesten en la mateixa proclamació de l'art. 1r, en incloure-hi, en una fórmula integradora, els valors superiors de la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític com a caracteritzadors de l'estat social i democràtic de dret. Perquè són també notes caracteritzadores de l'estat democràtic tant la necessitat que la llibertat de la persona, la seua dignitat, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte de la llei i dels drets dels altres, que són fonament de l'ordre polític i de la pau social (art. 10 CE) siguin reals i efectives, fins al punt d'implicar l'activitat dels poders públics en aquesta direcció, com que ho siguin igualment la participació ciutadana en la vida política, econòmica, cultural i social (art. 9.2 CE).

23. Vegeu Sobre el tema Vaquer Caballeria, M., "Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad", dins *Informe Comunidades Autónomas*. Instituto de Derecho Público, Barcelona 2012, pàg. 75 i seg.

El principi democràtic suposa, naturalment, que aquesta participació ciutadana siga potenciada i assegurada al màxim en cadascun dels centres de poder i no es limite, en ser la fonamental, a les consultes electorals periòdiques. És particularment rellevant sobre aquest tema, com a connectat a les previsions de l'estat de benestar i de l'estat social, el manament de l'art. 129 de la Constitució, que la llei establisca "les formes de participació de les persones interessades en la Seguretat Social i en l'activitat dels organismes públics la funció dels quals afecte directament la qualitat de vida o el benestar social".

Amb tots aquests elements no hi ha dubte que la nostra Constitució, que no solament potencia la llibertat real sinó també la igualtat real i efectiva, fins al punt d'imposar, com s'ha vist, als poders públics l'obligació de remoure els obstacles que, en relació amb l'una i l'altra, impedisquen o dificulten la seua plenitud –art. 9è.2– en adoptar la fórmula integradora, no ha caigut en un exercici merament retòric. La fórmula integradora, doncs, es revela no com a antitètica dels principis i els valors propis de cadascun dels seus components sinó com a mecanisme que els articula en règim de complementarietat.

D'altra banda, la defensa d'una fórmula d'equilibri entre les regles de l'economia de mercat i la garantia dels drets socials és avui majoritària, com s'ha vist clarament en els apartats anteriors.

III. La normativitat de la Constitució i la interpretació constitucional dels drets que reconeix

A) La Constitució com a norma jurídica suprema de l'ordenament

És un lloc comú en la doctrina científica i, naturalment, en la constitucional que la Constitució és una norma jurídica, la norma jurídica suprema del nostre ordenament²⁴. Però no solament és una norma que regula

24. És obligada, per la seua importància i significació, la cita del treball del professor García d'Enterría, I: "La Constitución como norma jurídica", publicat primerament en l'*Anuario de Derecho Civil*, 1979; després inclòs a la obra col·lectiva *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*, dirigida per García de Enterría i A. Predieri, Civitas, 1980; i publicat finalment per la mateixa editorial (Civitas) integrant un altre treball del mateix autor ("La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", publicat en el núm. 1 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981), amb el títol "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", la primera

i ordena les institucions de l'estat, definint-ne l'estructura i les competències, sinó també la configuradora de l'estat social i democràtic de dret que proclama en l'art. 1r, amb tots els elements a què al principi d'aquesta intervenció es feia esment –i que no cal, doncs, repetir ací– i la norma que serveix de referència a les altres integrants d'aquest ordenament, amb un valor normatiu vinculant per a tots els poders públics i per al conjunt dels ciutadans, valor que és predicable de tots i cadascun dels seus preceptes segons el seu propi contingut i caràcter, i per això, com es veurà més avall, amb diferents possibilitats d'articulació que no per això desvirtuen aquesta concreta naturalesa de norma jurídica suprema i vinculant.

La manifestació principal d'aquest valor normatiu es troba en l'art. 9è.1 quan, sense cap marge per al dubte, estableix que “els ciutadans i els poders públics estan sotmesos a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic”. Hi ha altres manifestacions concretes d'aquesta normativitat de la Constitució com ara, fonamentalment, la virtualitat derogatòria que expressament li reconeix la disposició derogatòria, apt. 3, respecte de tota norma que s'oposi

edició del qual és de 1981. D'altra banda, són múltiples els treballs en què es destaca la naturalesa de norma jurídica que té la Constitució. Així, Muñoz Machado, S., en *Constitución*, lustel, 2004, esp. pàg. 125 i seg. Martín Rebollo, L. en “Estudio Preliminar; la Constitución de 1978: elaboración, contenido, significado general e incidencia en el ordenamiento jurídico”, dins *Constitución Española (Texto y Contexto)*. Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012, esp. pàg. 49 i seg. Espín Templado, E., dins *Derecho Constitucional*, vol. I, amb Luis López Guerra, Joaquín García Morillo (+), Pablo Pérez Tremps i Miguel Satrustegui, Tirant lo Blanch, 2007, entre molts altres.

El mateix caràcter normatiu i vinculant dels preceptes constitucionals es recull en la doctrina del Tribunal Constitucional primerencament. Així, les STC: 9/1981, de 31 de març, qualifica la Constitució de “norma fonamental i fonamentadora de tot l'ordre jurídic”; la 21/1981, de 15 de juny, FJ 17, declara que els preceptes constitucionals al·legats vinculen tots els poders públics (art. 9.1 i 53.1 de la Constitució) i ... són origen immediat de drets i d'obligacions, no mers principis programàtics”; la 16/1982, de 28 d'abril, FJ. 1, declara que “convé no oblidar mai que la Constitució, lluny de ser un mer catàleg de principis de no immediata vinculació i de no immediat compliment fins que siguin objecte de desenvolupament per via legal, és una norma jurídica, la norma suprema del nostre ordenament, i com a tal, tant els ciutadans com tots els poders públics, i per tant també els jutges i magistrats ... hi estan subjectes (art. 9.1 i 117.1 CE)”; la STC 80/1982, de 20 de desembre, a propòsit d'un recurs d'empara contra una sentència del TS –la de 8 abril 1982 (RJ 1982/1941)– que havia declarat que el manament de l'art. 14 CE era “una declaració de principi”, conclou que “la Constitució és la nostra norma suprema, no una declaració programàtica o principal”.

al que si estableix²⁵, o també els casos en què el text constitucional permet la seua aplicació directa sense que calga cap intermediació legislativa, com passa amb els drets fonamentals i llibertats públiques de la secció 1a, del cap. II, del títol I, o en què estableix una vinculació especial dels poders públics a l'elenc de drets i llibertats que reconeix el cap. II del títol I (art. 53.1); o quan assenyala l'organització i les competències d'òrgans constitucionals, com ara el Tribunal Constitucional (art. 161.1); o la dels jutges per plantejar davant aquest últim qüestions d'institucionalitat (art. 163), entre moltes més.

Encara que és cert que el grau de vinculació per a poders públics i ciutadans no és uniforme –com ho prova la mera lectura dels tres apartats de l'art. 53 de la Constitució a què es farà un esment particular més avall–, no es pot oblidar que la normativitat del text fonamental –tal com s'ha destacat més amunt– es predica de tots i cadascun dels seus preceptes, siga quin siga el tipus de norma que es considere, és a dir, tant si es tracta de regles d'aplicació directa com si s'està davant principis o davant manaments adreçats al poder legislatiu o als diferents poders públics, ja que fins i tot aquests principis, tot i que no generen *per se* drets subjectius, poden operar fins i tot com a paràmetres de constitucionalitat de les lleis.

B) La interpretació de la Constitució

En principi, la interpretació de la Constitució s'emmarca en la interpretació jurídica, ja que, com acabem de veure, la Constitució és una norma jurídica, la suprema del nostre ordenament. Més concretament, interpretació constitucional –en supòsits de controvèrsia jurisdiccional– serà l'activitat desplegada pel jutge per determinar, en virtut d'un raonament jurídic, el sentit d'una norma constitucional el significat controvertit de la qual és l'objecte del mateix litigi mantingut per les parts davant aquell.

A la interpretació constitucional són aplicables, doncs, els criteris bàsics que són propis de tota interpretació de normes i que, en una completa i resumida enumeració, determina l'art. 3r del codi civil quan estableix que “les normes s'interpretaran segons el sentit propi de les seues paraules, en rela-

25. Vegeu sobre aquest tema Borrajo Iniesta, I., “Comentario al apartado tercero” de la disposición derogatoria de la Constitución, dins *Comentarios a la Constitución Española*, Fundació Wolters Kluwer, 2009.

ció amb el context, els antecedents històrics i legislatius i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atenent fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles". Es contenen ací els tradicionalment considerats com a criteris bàsics d'interpretació de les normes, a saber: la interpretació literal o gramatical; la interpretació sistemàtica; la referida a la *mens legislatoris*, o de la *ratio legis* o "interpretació original"; l'evolutiva o adaptativa, a fi d'evitar l'obsolescència; i finalment, la interpretació funcional o teleològica.

No cal ara –perquè seria excessiu– fer una glossa de l'aplicació en les sentències del Tribunal Constitucional –que és, com de seguida es dirà, l'interpret suprem de la Constitució–, dels criteris que intervenen en el procés d'interpretació jurídica; però sí que cal destacar la importància d'atendre tot el context en què se situa la norma constitucional per interpretar. La interconnexió dels ordenaments jurídics, i en matèria de drets fonamentals l'anomenada "interconnexió orgànica i finalista" d'aquests, ha determinat que la sistematitzat siga un dels trets definitoris dels ordenaments jurídics més evolucionats i que, per la connexió de principis amb drets fonamentals, es puga veure ampliada la protecció dels primers²⁶. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional té establert que és obligat considerar la Constitució "com un tot sistemàtic exempt de contradiccions lògiques" (STC 278/1993, de 23 de setembre), en què cada precepte troba el seu ple valor i sentit en funció del conjunt i, per tant, "valorant-lo en relació amb els altres, és a dir, d'acord amb una interpretació sistemàtica" (STC 113/2004, de 12 de juliol). Importància que permetrà –tal com es reiterarà posteriorment– la connexió entre drets fonamentals, o entre principis i drets fonamentals, a fi d'aconseguir per a aquests la protecció reforçada que recull l'art. 53.2 de la Constitució. També és destacable l'obertura de la jurisprudència constitucional al criteri evolutiu, que permet una adaptació dels preceptes constitucionals a la realitat social sense necessitat de modificar la Constitució, dins, com és lògic, dels límits imposats per la realitat normativa d'aquesta, és a dir, sense contrariar la seua clara i consolidada interpretació. Com a paradigma d'aquest tipus d'interpretació, referit al dret a contraure matrimoni (art. 32 CE), es pot esmentar la STC 198/2012, de 6 de novembre, que va declarar la constitucionalitat de la Llei 13/2005, d'1 de juliol, de mo-

26. Vegeu Martín Retortillo, L., "La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho", *Cuadernos Civitas*, 2004. Vegeu també Pérez Luño, A. E., en "Dogmática de los derechos fundamentales y transformación del sistema constitucional", *Teoría y realidad constitucional*, UNED, R. Areces ed., núm. 20, 2n semestre del 2007, pàg. 495 i seg.

dificació del codi civil per permetre el matrimoni entre persones del mateix sexe. Dins, fins i tot, de la interpretació sistemàtica es podria comprendre la necessitat per a l'interpret de tenir en compte les relacions existents entre les diferents i múltiples fonts normatives que, amb la Constitució en primer lloc, integren l'ordenament jurídic, interconnexió que, al seu torn, és resultat de la interconnexió i globalització de la mateixa societat.

C) El Tribunal Constitucional com a intèrpret suprem de la Constitució

Així el defineix l'art. 1r de la seua Llei Orgànica –Llei 2/1979, de 3 d'octubre– i així es desprèn implícitament de la seua regulació en el títol IX de la Constitució –art. 159 a 169, inclusivament– quan el configura com un òrgan constitucional independent dels altres òrgans constitucionals, amb un estatus organitzatiu i competencial regulat en la mateixa Constitució²⁷, com un veritable òrgan jurisdiccional que exerceix una funció material d'aquesta naturalesa, tot i que les seues resolucions aborden qüestions de clar matís polític, però que resol amb estrictes criteris juridicoconstitucionals²⁸.

27. Vegeu, per tots, García Pelayo, M., “El status del Tribunal Constitucional”, dins *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

28. La STC 11/1981, de 8 d'abril, FJ 7, sobre això, declara: “que en un pla cal situar les decisions polítiques i l'enjudiciament polític que tals decisions meresquen, i en un altre plànol diferent la qualificació d'inconstitucionalitat, que s'ha de fer conformement a criteris estrictament jurídics. La Constitució és un marc de coincidències suficientment ampli perquè hi càpiguen opcions polítiques de signe molt diferent. La tasca d'interpretació de la Constitució no consisteix necessàriament a tancar el pas a les opcions o variants imposant-ne autoritàriament una. A aquesta conclusió caldrà arribar únicament quan el caràcter unívoc de la interpretació s'impose pel joc dels criteris hermenèutics. Volem dir que les opcions polítiques i de govern no estan programades prèviament una vegada per sempre, de tal manera que l'única cosa que cal fer d'ara endavant és desenvolupar aquest programa previ”. Vegeu Tomás y Valiente, F. “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional. Acerca de la naturaleza material y sustantiva de la justicia constitucional”. Vegeu també Pérez Tremps, P., “Escritos sobre justicia constitucional”, Ed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.

Sobre el Tribunal Constitucional com a intèrpret suprem de la Constitució, vegeu també Pérez Tremps, P. *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pàg. 22 i seg.

És intèrpret suprem de la Constitució, solament sotmès a aquesta i a la seua Llei Orgànica (art. 1r.1 LOTC), però no l'únic intèrpret. Quan estan sotmesos a la Constitució –tal com hem vist més amunt en destacar el significat de la seua normativitat–, tots els poders públics (art. 9è.1), és obvi que tots han de realitzar en la seua actuació una tasca interpretativa del text constitucional. Fins i tot el poder legislatiu, en l'àmbit de la seua producció normativa, ha de realitzar una interpretació de la Constitució per desplegar aquella d'acord amb aquesta. El que no pot fer és, tot suplantant el Tribunal Constitucional, dictar lleis amb funció exclusivament interpretativa i vinculant de la Constitució (STC 76/1983, de 5 d'agost, LOAPA), ja que, si ho fera així, això suposaria que “el legislador es col·loca indegudament en el lloc que correspon al poder constituent i al Tribunal Constitucional” (F.J. 7è). Els jutges ordinaris, d'altra banda, estan particularment concernits a l'hora de realitzar una interpretació constitucional, fins al punt de poder ser qualificats també de jutges de la Constitució; i no solament perquè poden –i deuen– plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat quan consideren, en algun procés, que una norma amb rang de llei, aplicable al cas i de la validesa de la qual depenga la decisió, pugui ser contrària a la Constitució (art. 163 CE, 35 LOTC i 5.2 LOPJ), sinó perquè, atesa la naturalesa normativa d'aquesta i com ja s'ha anticipat, poden considerar derogades per la Constitució les normes amb rang de llei (disposició derogatòria) preconstitucionals i perquè, per considerar les de rang inferior contràries a la Constitució, han d'inaplicar els reglaments (art. 6 LOPJ) o fins i tot, si es tracta de la jurisdicció contenciosa administrativa, [(art. 1r 1, 25.1, 26, 27, 70.2, 71.1.a) i concordants LJCA)], anul·lar-los si s'oposen a la Constitució o, en general, si no són conformes a dret. Tot això a part que la tutela dels drets fonamentals es confia per la Constitució, preferentment, a la jurisdicció ordinària i subsidiàriament, ço és, quan aquella no haja atorgat amb caràcters de completesa aquesta tutela, al Tribunal Constitucional, en els termes de l'art. 53.2 CE i en els dels art. 43 i 44 LOTC, quan exigeixen aquests l'exhauriment de la via judicial procedent per tramitar el recurs d'emparedament.

Per això s'ha pogut anomenar encertadament els jutges ordinaris “jutges naturals” respecte de la tutela dels drets fonamentals²⁹. I tot això, a més,

29. Vegeu sobre aquest tema, López Guerra, L., *Jurisdicció ordinària y jurisdicció constitucional*, ed. Tirant lo Blanc, València, 1997. També Pérez Tremps, P., *Sistema de justicia constitucional*, cit. pàg. 151 i seg. i 159 i seg. sobre la tasca del TC en l'anomenada “constitucionalització” de l'ordenament. Igualment, Medina Guerrero, M. “Comentario al art. 1º LOTC”, dins l'obra col·lectiva *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinada per Requejo Pagés, J. L., Ed. Tribunal Constitucional–BOE, Madrid, 2001, esp. pàg. 77 i seg.

que el mateix art. 5è 1 LOPJ imposa als jutges i als tribunals la interpretació i l'aplicació de les lleis i dels reglaments “segons els preceptes i els principis constitucionals, conforme a la interpretació d'aquests que resulte de les resolucions del Tribunal Constitucional a tota classe de processos”.

Finalment cal tenir present –a l'efecte d'aquesta consideració del Tribunal Constitucional com a “suprem intèrpret de la Constitució” i de la seua supremacia i independència en aquesta tasca– que li pertoca en exclusiva la delimitació de l'àmbit de la seua jurisdicció, fins al punt de poder adoptar “totes les mesures que calguen per preservar-la”, amb inclusió de “la declaració de nul·litat dels actes o de les resolucions que la menyscaben” i sense que les seues resolucions puguen ser “enjudiciades per cap òrgan jurisdiccional de l'estat” (art. 4t.1 i 2 LOTC, reformat per la Llei Orgànica 6/2007, de 24 de maig).

IV. Les anomenades “Constitució econòmica” i “interpretació econòmica de la Constitució”

A) El significat de l'anomenada “Constitució econòmica”

Per Constitució econòmica s'entén doctrinalment el marc jurídic que en la Constitució delimita l'estructura i el funcionament de l'activitat econòmica, que, en definitiva, ha de servir de criteri rector de l'acció que puguen desenvolupar els operadors econòmics. Més breument, es podria definir com el conjunt de preceptes de la Constitució que delimiten els paràmetres en què es pot dur a terme la intervenció pública en l'economia³⁰.

Per la seua banda, el Tribunal Constitucional considera com a tal les “normes destinades a proporcionar el marc jurídic fonamental per a l'estructura i el funcionament de l'activitat econòmica ... marc [que] implica l'existència

30. En aquest sentit, Rodríguez Coarasa, C., “El Estado social: alcance, significado y manifestaciones”, dins l'obra col·lectiva *El modelo Social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pàg. 1281 i seg.; i Albertí Rovira, Enoch, en “Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía”, dins la *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pàg. 77 i seg.

d'uns principis bàsics que han de ser aplicats amb caràcter unitari" (STC 1/1982, de 28 de gener, F.J. 1r, entre moltes més).

En el contingut d'aquesta pretesa Constitució se solen incloure el dret a la propietat privada (art. 33), la llibertat d'empresa (art. 38), els preceptes del títol VII relatiu a l'economia i la hisenda (arts. 128 a 135, inclusivament) i els drets socials de contingut econòmic recollits en el capítol III del títol I. Certament, també s'hi podrien integrar, des d'una perspectiva més àmplia, altres preceptes representatius de valors, de principis, de drets, d'habilitacions o de manaments finalistes que estan compresos en els preceptes acabats d'esmentar o que hi guarden relació. Realment, no hi ha, doncs, una "Constitució econòmica" com un tot articulat sinó una sèrie de preceptes susceptibles de repercutir en l'actuació dels poders públics, com s'ha dit. Certament, si fa o no fa coincideixen amb els que defineixen l'estat social de dret que proclama la Constitució (art. 1r.1) i que, per si sols i encara que no existira aquest reconeixement explícit, la configurarien igualment, com és ara especialment els valors, els principis i els manaments dels art. 9.2, 33.2, la majoria dels continguts en el precitat capítol III del títol I i els recollits en els art. 128, 129, 130 i 131³¹.

El que importa remarcar ara –respecte d'aquest conjunt de preceptes que conformen l'àmbit normatiu constitucional en què es pot desenvolupar la intervenció pública en l'economia– és que la Constitució no ha establert un model o un sistema econòmic acabat i complet que siga susceptible de funcionar com a paràmetre de constitucionalitat de la referida intervenció. En aquest sentit –no en cap altre– és en el que cal parlar de neutralitat econòmica de la Constitució; o, el que és el mateix, que dins seu poden trobar acollida opcions polítiques diverses, determinades pel pluralisme polític, que és característica essencial de l'estat democràtic de dret, també assumit per la Constitució. Però, sense que això pugui significar que en la Constitució càpiga qualsevol model econòmic. La Constitució –com veurem més avall– estableix la compatibilitat del principi de "llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat" (art. 38), amb els condicionaments que estableix immediatament en virtut d'una pluralitat de principis, manaments, habilitacions als poders públics i configuració d'autèntics drets (v. gr. Els continguts en els art. 9.2, 33.2, en els principis rectors de l'abans esmentat cap. III del títol I i en els preceptes, igualment ja destacats, del títol VII, d'Economia i Hisenda), determinants de la constitucio-

31. Vegeu Aragón Reyes, M., *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

nalitat d'intervencions públiques en l'activitat econòmica per a la salvaguarda del contingut mínim de l'estat social de dret que la Constitució consagra i a què en part ja s'ha fet referència específica. En aquest reconeixement cal dir que la Constitució no ha estat asèpticament neutral. Mantenir a ultrança l'absoluta neutralitat de la Constitució en aquest concret aspecte significaria tant com convertir-la en un conjunt de principis o aspiracions abstractes i teòrics i, conseqüentment, privar-la de força normativa.

B) La interpretació econòmica de la Constitució

Una de les conseqüències de la crisi –aparentment doctrinal però amb una transcendència pràctica indubtable– ha estat, sens dubte, la creixent interpretació econòmica de la Constitució, que s'adreça primordialment a l'afebliment de l'estat social i que fins i tot repercuteix negativament en la democràcia pluralista i en el caràcter normatiu del mateix text fonamental.

La que ara anomenem “interpretació econòmica de la Constitució” no es confon amb el que acabem d'esmentar “Constitució econòmica”, ni amb la incidència del principi d'economia en la despesa pública, inclòs lògicament el social (art. 31.2), sinó que traspasa aquestes puntuals consideracions per endinsar-se en una vertebració no només de tot l'ordre social que la Constitució reconeix, ordena i salvaguarda, sinó de la Constitució mateixa en tota la seua integritat. La Constitució econòmica és, tornem a repetir, l'àmbit o, si es vol, el conjunt normatiu que regeix la intervenció pública en l'activitat econòmica i que, dins els límits explícits que la mateixa norma fonamental estableix, és obert a qualsevol opció política que resulte dels processos electorals. La interpretació econòmica de la Constitució no es limita a considerar el factor econòmic com un element més en la disciplina de l'ordre social i la resolució dels seus conflictes, al costat o en unió –com s'ha anticipat– del conjunt de principis, regles, manaments o drets expressament reconeguts en el seu text, sinó que s'erigeix en cànon o paràmetre d'interpretació, i fins i tot d'habilitació, de tot aquest conjunt normatiu, inclosos principis i drets, però ni tan sols en cànon obedient a una plural, políticament parlant, orientació econòmica, sinó en únic criteri determinant de la viabilitat d'aquell conjunt i d'acord, a més, amb una concepció predeterminada de l'economia que –es pot avançar– es mostra allunyada de la protecció de drets econòmics i socials característics de l'estat social de dret, que serien només interpretats des de la perspectiva de la necessitat de limitar la despesa³².

32. Vegeu Balaguer Callejón, F., “Una interpretació constitucional de la crisi econòmica”, *ReDCE*, núm. 19, gener-juny de 2013.

Aquesta pretensió d'interpretació econòmica de la Constitució, en el sentit i amb la significació acabats d'exposar, s'ha arribat a reflectir –o, almenys, podria donar lloc a entendre-ho així– en la recent reforma de l'art. 135 de la Constitució, conforme es va advertir ja en examinar el principi d'estabilitat pressupostària i la seua influència en l'estat social. En efecte, tal com ja es va constatar llavors, l'exposició de motius que precedeix l'acord de reforma constitucional de 27 de setembre de 2011 declara expressament que l'estabilitat pressupostària adquiriria un valor veritablement estructural i condicionant de la capacitat i l'actuació de l'estat, del manteniment i el desenvolupament de l'estat social i, en definitiva, de la prosperitat present i futura dels ciutadans, “un valor, doncs, que justifica la seua consagració constitucional, amb efecte de limitar o orientar, amb el major rang normatiu, l'actuació dels poders públics”.

Però aquesta no n'és –tal com ja s'ha dit– la interpretació adequada. El que proscriu el principi d'estabilitat pressupostària és la despesa de les administracions públiques en termes de dèficit estructural pressupostari superior als marges que establisca la Unió Europea i concrete, per a nosaltres, una llei orgànica, si es tracta de l'estat i les comunitats autònomes, o simplement que traspasse l'equilibri pressupostari si es considera l'actuació de les entitats locals. Però en cap manera no condiciona el contingut de l'estat social de forma específica ni –com es veurà més avall– estableix cap prioritat o postergació en matèria de despesa. Tant en dret comunitari europeu com en la nostra Constitució queden subsistents les finalitats socials que ha de perseguir l'actuació dels estats segons els tractats i els manaments específics, els principis i els drets que les constitucions reconeixen.

La conseqüència d'aquesta pretesa interpretació de la Constitució en exclusiva clau econòmica és clara: una devaluació de la seua normativitat, amb la devaluació correlativa de la dels seus principis, regles o manaments, i fins i tot una minorització del principi democràtic, quan permet que les decisions siguen adoptades pels poders públics amb independència del que els ciutadans han manifestat en els processos electorals. Són solucions que es donen com a úniques, indefugibles i fins i tot foranes, en el sentit que poden estar deslligades de marcs normatius plenament legals (v. gr., la Unió Europea) i procedir d'entitats privades que, amb apel·lació a la independència que, pel que sembla, els atorga el mercat, pontifiquen i jutgen sobre la solvència econòmica dels estats.

C) El valor normatiu del reconeixement constitucional dels drets i principis econòmics i socials

Anteriorment, en tractar de l'anomenada "Constitució econòmica", ja se n'admetia una concepció àmplia que podia integrar valors, principis, manaments i habilitacions als poders públics i drets. Tots tenen valor normatiu, sens dubte, com ho té tota la Constitució, però no en el mateix grau. Naturalment, la clàusula de l'estat social i democràtic de dret, que proclama la Constitució en el seu mateix inici (art. 1r.1), en té, fins i tot amb un contingut essencial que és impossible desconèixer, perquè la Constitució no és un recull de principis abstractes, sense contingut real sinó –com s'ha dit fins a la societat– un autèntic conjunt normatiu que dota aquesta clàusula i la seua vigència, com a pertanyent al títol preliminar, de la salvaguarda màxima: només es podria fer desaparèixer pel procediment de revisió rigorós previst en l'art. 168 de la Constitució i només se la podria despullar del contingut essencial –perquè en té, com s'ha vist– desconèixer el valor normatiu de la Constitució i reduint-la a un mer discurs teòric.

Els principis rectors de la política social i econòmica formen part d'un títol –l'I– de la Constitució que porta per rúbrica "Dels drets i deures fonamentals". Es podria pensar que tot el seu contingut tenia aquest valor de dret o deure "fonamental". Fins i tot en el capítol I ("Dels espanyols i els estrangers"), que no regula pròpiament drets sinó condicions per al seu exercici, es reconeixen autèntics drets subjectius, que són, per tant, drets constitucionals (v. gr., el dret d'asil per a ciutadans d'altres països i apàtrides, art. 13.4)³³. La Constitució distingeix els drets fonamentals, no amb un criteri material ni sistemàtic sinó en funció de la protecció que els assegura³⁴. Així, els drets fonamentals i les llibertats públiques (rúbrica de la secció 1a del capítol II), a més del principi d'igualtat i l'objecció de consciència, tenen la màxima protecció que la reconeix Constitució (art. 53.2, empara davant la jurisdicció ordinària i subsidiàriament davant la constitucional); els drets i deures dels ciutadans (rúbrica de la secció 2a de l'esmentat capítol) tenen com a garantia expressa, i en unió dels consig-

33. Vegeu Pérez Tremps, P., "Los derechos fundamentales", dins *Derecho Constitucional*, vol. I, cit, pàg. 145.

34. Vegeu Lucas Murillo de la Cueva, P., "El amparo judicial de los derechos fundamentales", dins l'obra *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, edició a cura de Gerardo Ruiz-Rico, CGPJ, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, València, 1997, pàg. 113 i seg.

nats en la secció anterior, la de vincular tots els poders públics i la que només per llei, que en tot cas n'haurà de respectar el contingut essencial, se'n podrà regular l'exercici (art. 53.1). Els anomenats pel capítol III "principis rectors de la política social i econòmica", segons l'apartat 3 del mateix precepte, "informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics" i "només podran ser al·legats davant la jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposen les lleis que els despleguen". Deixant de banda la incorrecció que suposa dir que aquests principis només poden ser invocats davant els tribunals en els termes que establisquen les corresponents lleis de desplegament –invocats o al·legats sempre podran ser-ho, com qualssevol altres preceptes constitucionals; v. gr., a efectes interpretatius– el que el precepte vol assenyalar és que aquests principis, per ells mateixos, no generen drets subjectius actuables davant els tribunals sinó que aquests sorgiran d'acord amb el que disposen les lleis de desplegament. Això tampoc no vol dir que el valor de tals principis només siga programàtic o retòric. Ho impedeix el seu valor normatiu susceptible de determinar –com ja s'ha dit– fins i tot la institucionalitat d'una llei. Pensem en una llei que suprimita el manteniment, en règim públic, de la Seguretat Social; seria clarament inconstitucional per oposició frontal a l'art. 41 de la Constitució.

D'altra banda, aquests principis, juntament amb els altres integrants del que anteriorment denominàvem "Constitució econòmica", configuren el contingut de l'estat social de dret que proclama la Constitució i que en absolut no es pot entendre buit, privat d'efectivitat o deferit a la discrecionalitat del legislador. En definitiva, si la normativitat d'aquests principis està fora de tot dubte i si l'eficàcia informadora que els reconeix expressament l'art. 53.3 afecta la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics, és clar que aquests principis transcendeixen clarament la consideració de normes programàtiques i es constitueixen en substrat necessari per il·luminar autèntics drets subjectius exercitables pels ciutadans. La condició que hagen de ser al·legats d'acord amb el que disposen les lleis de desplegament no els priva de la seua condició d'autèntics drets (com a tals els enuncia la mateixa Constitució en els art. 43, dret a la protecció de la salut; 45, dret a un medi ambient adequat; 47, dret al gaudi d'un habitatge digne i adequat). Seria un veritable absurd que la Constitució considerara l'educació com un dret, fonamental en aquest cas com a pertanyent a la secció 1a del capítol 2n, i no ho fera, ni tan sols per considerar-lo dret, respecte del dret a la protecció de la salut per estar aquest

situat en capítol diferent³⁵. A més, la realitat que no només aquests principis rectors sinó els drets fonamentals de prestació i fins i tot els drets de llibertat pròpiament dits (llibertat personal, llibertat ideològica, d'expressió, de reunió, d'associació, etc.) es troben desplegats legislativament, porta a la conclusió que, tot i que els drets consignats en les seccions 1a i 2a del tan repetit capítol II del títol I podrien actuar-se jurisdiccionalment encara que no hagueren tingut intermediació legislativa, com l'han rebuda efectivament, seran al·legats davant la justícia juntament amb les lleis corresponents, fins i tot per impugnar-ne l'adequació a la Constitució si aquestes lleis se separaren del contingut essencial que fa reconoscible el dret o desconegueren els específics manaments del text constitucional que feren referència al dret fonamental de què es tracte, mitjançant la sol·licitud de plantejament de qüestió d'inconstitucionalitat en el procés davant la jurisdicció ordinària en què estiguera ventilant-se la pretensió de l'afectat –sol·licitud que no podria rebre una resposta judicial immotivada o culpable en arbitrarietat, desraonabilitat o error manifest, perquè llavors suposaria el desconeixement del dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)– o en virtut de la inaplicació de la norma de desplegament si tinguera rang inferior a la llei (art. 6 LOPJ) o fins i tot de la seua impugnació davant la jurisdicció contenciosa administrativa en tal cas (art. 1r de la llei d'aquesta jurisdicció [(STC 166/1986, de 19 de desembre, FJ 15 a); 35/2002, de 14 de febrer, FJ 3; 173/2002, de 9 d'octubre, FJ 8 i 58/2004, de 19 d'abril, FJ 8 i 11]).

Pràcticament, el mateix es podria dir dels drets desplegats legislativament des d'aquests, al seu torn, “drets” reconeguts en el capítol III, o des dels principis i manaments al legislador que s'hi contenen. Sostenir que la seua actuació davant la jurisdicció suposaria l'acceptació incommovible dels termes en què el legislador ordinari els haguera configurat, significaria negar normativitat als “drets”, principis i manaments que dimanaren les lleis de desplegament i, consegüentment, impedir que es poguera adduir, en defensa del dret així configurat legalment, contradicció de les lleis indicades amb la Constitució. Una cosa que no tindria cap altre comprensió que, en contra de tot el que s'ha raonat, admetre que tals principis eren pura retòrica programàtica.

Però és que hi ha més. A més que tant la jurisprudència ordinària com la constitucional han declarat que els preceptes integrats en el capítol III del

35. Vegeu Molina Navarrete, C., “Protección y eficacia de los derechos socio-laborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, dins *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pàg. 1167 i seg.

títol I de la Constitució, amb independència de la seua formulació més o menys oberta, “enuncien proposicions vinculants en els termes que es desprenen inequívocament dels art. 9 i 53 de la Constitució” (STC 14/1992, de 10 de febrer, FJ 11, i SSTs de 25 d’abril de 1989 (RJ 1989/3233) i de 18 de febrer de 2002 (RJ 2002/4826), és possible articular l’existència de veritables drets subjectius derivats dels específicament anomenats “drets” en l’esmentat capítol –més amunt ja s’hi ha fet referència– i dels principis i manaments que aquest estableix, si es parteix que hi ha obligacions jurídiques de mitjans i obligacions jurídiques de resultat. Ambdues poden sustentar un dret subjectiu, ja que poden determinar la presència d’un obligat a donar, fer o no fer alguna cosa. Quan la Constitució reconeix el dret de tots els espanyols a gaudir d’un habitatge digne i adequat (art. 47), o el dret a la protecció a la salut (art. 43), sembla clar que no es refereix al dret a tenir en propietat un habitatge en concret o al d’estar sa en qualsevol circumstància. Aquests drets, doncs, no comprenen obligacions de resultat sinó d’activitat o, el que és el mateix, d’arbitrar els mitjans per establir, en el primer cas, les condicions necessàries i les normes pertinents que el facen efectiu, “regulant la utilització del sòl d’acord amb l’interès general per impedir l’especulació” (art. 47); i en el segon, per “organitzar i tutelar la salut pública a través de mesures preventives i de les prestacions i dels serveis necessaris” (art.43.2 CE)³⁶.

V. El reconeixement dels drets econòmics i socials en la Constitució

A) Drets econòmics

Ja s’ha destacat anteriorment que els drets econòmics i socials que reconeix explícitament la Constitució estan recollits, o són conseqüència, “topogràficament” parlant, en –o de– els títols dedicats a l’Economia i Hisenda –el VII– i als drets i deures fonamentals (títol I) i, dins aquest, específicament, els que amb aquesta naturalesa per la seua configuració –no per expressa denominació del text constitucional, que no existeix– de drets econòmics i socials es recullen en els capítols II i III, ço és, com a drets fonamentals pròpiament dits (els de la secció 1a del primer d’ells), com a drets constitucionals

36. Vegeu sobre aquest tema Ponce Solé, J., “El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social”, Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, pàg. 32 i seg. I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales.

(els de la segona, si és que aquests drets, per no tenir reconeguda la protecció reforçada de l'art. 53.2, no meresquen la consideració de fonamentals, la qual cosa és secundària per ser aquesta una qüestió purament nominal) o com a drets derivats dels principis rectors de política social i econòmica (els de el capítol III del mateix títol).

Sense ànim de ser reiteratiu, i no obstant el que ja s'ha avançat anteriorment, considere convenient referir-me nominativament a cadascun d'ells i a la seua naturalesa, més que res per mostrar el ric contingut que ofereix l'estat social i democràtic de dret consagrat per la Constitució i moltes vegades, conscient o inconscientment, degradat en algunes interpretacions.

Ja s'ha dit que els preceptes que configuren la inexistència d'un model econòmic determinat conformement al qual es poguera deduir la constitucionalitat de la intervenció dels poders públics en l'economia són els que figuren en l'art. 38, quan s'hi reconeix "la llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat", en relació amb el dret a la propietat privada i a l'herència (art. 33), tots dos preceptes –per la seua situació en la Constitució– amb la naturalesa de dret constitucional o, si es vol, en la consideració nominativa àmplia apuntada més amunt, de dret fonamental. Íntimament relacionats amb ells estan els manaments als poders públics de garantir i protegir l'exercici d'aquesta llibertat d'empresa i la defensa de la productivitat, d'acord amb les exigències de l'economia general i, si s'escau, de la planificació (art. 38 i 131.1), i el principi que els drets a la propietat i a l'herència tenen una funció social delimitadora del seu contingut que haurà de ser determinada per les lleis (art. 33.3), a més del manament relatiu a la promoció de les formes de participació en l'empresa del foment de societats cooperatives i d'establiment dels mitjans que faciliten l'accés dels treballadors a la propietat dels mitjans de producció (art. 129.2), que van rebre reconeixement legislatiu en les Lleis 27/1999, de 16 de juliol, de cooperatives, i en la 4/1997, de 24 de març, de societats laborals. No podem entrar ací en l'estudi d'aquests drets, principis i manaments, com tampoc en el dels altres preceptes configuradors de drets econòmics i socials, perquè faria interminable aquest estudi. Però no importa remarcar que l'al·lusió a l'"economia de mercat" com a marc de la llibertat d'empresa comporta l'admissió, com a legítimes, d'actuacions en defensa de la competència, que es constitueixen així en mecanismes de protecció de l'esmentada llibertat (STC 88/1986, d'1 de juliol, FJ 4t). Als mateixos criteris respon la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència i el seu desplegament reglamentari (RD 261/2008, de 22 de febrer).

D'altra banda, sense perjudici de reconèixer aquesta llibertat com a institució central de l'ordre econòmic, en la qual ha de destacar el seu aspecte objectiu més que el de dret subjectiu per més que, d'aquest, no se'n puga prescindir si es vol emparar concretament les persones que individualment se'n poden beneficiar³⁷, la llibertat d'empresa troba els seus condicionaments no solament en “les exigències de l'economia general sinó igualment en les derivades, si s'escau, de la planificació (art. 38 *in finis*) i també, naturalment, en les que dimanen del principi de subordinació de la riquesa, en les seues diferents formes, a l'interès general i del reconeixement de la iniciativa pública en l'activitat econòmica, reconeixement que si fa o no fa significa una excepció important al principi de subsidiarietat, d'acord amb el qual la creació d'una empresa per les administracions públiques s'hauria d'entendre subordinada al fet que no hi haguera iniciativa privada per fer-ho.

També s'ha de fer constar la inexistència en el nostre ordenament d'una llei que regule, amb criteris de generalitat, la intervenció econòmica que el precepte constitucional habilita a promulgar. Sí que hi ha, en canvi, normes que es refereixen a intervencions concretes (v. gr. la Llei 26/1988, de 29 de juny, sobre disciplina i intervenció de les entitats de crèdit, o la Llei 27/1999, de 16 de juliol, de cooperatives, a més de la previsió que hi ha en l'art. 119 de la Llei d'expropiació forçosa (Llei de 16 de desembre de 1954), encara vigent, amb vista a les indemnitzacions procedents en cas d'“intervenció d'una empresa mercantil que per qualsevol causa haguera cessat en el treball o que per sanció administrativa haguera estat clausurada temporalment” (art. 119).

No es desconeixen, naturalment, les restriccions a aquest condicionament de la llibertat d'empresa i economia de mercat, derivades del dret comunitari europeu i, per tant, del seu efecte directe i preferència sobre el dret intern via art. 93 de la Constitució, ni tampoc l'enfortiment de la referida llibertat que és degut als tractats de la Unió Europea i de Funcionament de la Unió Europea. Però –com ja s'ha dit en estudiar les tendències liberalitzadores de l'economia

37. Vegeu, sobre aquest tema, tota aquesta problemàtica en Rubio Llorente, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, dins l'obra col·lectiva *La reforma del mercado de trabajo* (dir. E. Borrajo), Actualidad Editorial, Madrid, 1993, pàg. 25 i seg. També, Aragón Reyes, M., *Libertades econòmiques y Estado Social*, cit., pàg. 12 i seg. Vegeu, igualment, Pérez de los Cobos Orihuel, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, dins l'obra col·lectiva dirigida per ell *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2005, pàg. 181 i seg.

i la permanència de l'estat social en el marc constitucional i comunitari— tals instruments normatius no solament no exclouen, ans afirmen, el contingut de l'estat social de dret. Podem afegir, fins i tot, al que s'hi exposa que l'art. 345 del tractat de Funcionament de la Unió Europea no trau el sector públic dels estats, amb la grandària, la composició i la naturalesa que cadascun d'aquests li reconega; i encara que estableix normes molt estrictes de prohibició de les pràctiques restrictives de la competència i de les relatives a l'explotació abusiva de la posició dominant (art. 101 i 102 del tractat de Funcionament), deixa fora del concepte d'empresa pública les activitats que impliquen exercici d'autoritat pública i només sotmet al règim d'aquella —de la competència, s'entén— les activitats que es desenvolupen en l'àmbit del mercat, excloent, a més, de l'aplicació de les regles del règim competencial “les empreses encarregades de la gestió de serveis d'interès econòmic general” en la mesura que les referides regles “impedisquen, de fet o de dret, el compliment de la missió específica que se'ls ha confiat”.

B) Els drets reaccionals derivats del deure de contribuir al sosteniment de les despeses públiques

No se solen incloure, dins els drets de contingut econòmic, els drets derivats del deure de “tothom” de contribuir “al sosteniment de les despeses públiques d'acord amb la seua capacitat econòmica mitjançant un sistema tributari just inspirat en els principis d'igualtat i progressivitat, que en cap cas no tindrà abast confiscatori” (art. 31.1 de la Constitució). Però no hi ha dubte que els esmentats drets reaccionals troben la seua base en els principis constitucionals del dret financer que es recullen en aquest important precepte. El ciutadà i altres subjectes jurídics tindran, doncs, el dret que la seua obligada contribució al sosteniment de les despeses públiques es duga a terme, efectivament, tenint en compte la seua capacitat econòmica i respectant els principis que explicita el precepte constitucional ressenyat.

La significació i l'estudi de cadascun d'aquests principis no es pot abordar en aquest treball, quan constitueixen un extens apartat de qualsevol part general d'un tractat o curs de dret financer i tributari. Però sí que importa destacar la connexió que aquests tenen amb els drets, els principis, els manaments i les habilitacions que la Constitució reconeix i ordena en matèria de política econòmica, perquè el sistema tributari es mou, cada vegada més, en un context econòmic que obliga a l'estat a utilitzar el tribut com a mitjà de política econòmica i requisit indispensable en el compliment i l'assoliment de

les finalitats de la clàusula de l'estat social i democràtic de dret que li imposa la Constitució. Per això, la importància que la justícia, la dignitat de la persona, l'obligació d'assegurament pels poders públics de la protecció de la família –i també els principis de generalitat, igualtat i capacitat econòmica– poden tenir a l'hora de configurar i modular els drets socials reconeguts en la Constitució en relació amb el referit deure de contribució al sosteniment de les despeses públiques. La jurisprudència constitucional així ho ha reconegut. Servisca com a exemple la STC 19/2012, de 15 de febrer, que va declarar inconstitucional l'atribució exclusiva als progenitors que viuen amb els seus descendents del dret a la reducció, en l'IRPF, per despeses de manteniment d'aquests i no a tots els progenitors que presten assistència econòmica als fills sense conuiu-hi. Interessa reproduir el contingut de la seua F.J. 4 per les consideracions que fa el TC sobre el dret social derivat que va suposar el reconeixement de el “mínim no gravable de subsistència”:

“El mínim vital de subsistència no sotmès a tributació no solament és –com acabem d'assenyalar– un element indestriable del principi de capacitat econòmica especialment rellevant en tributs que, com l'impost sobre la renda, afecten la renda, afecten la renda integral dels subjectes, sinó que és fruit de la justícia que, com a valor de l'estat social i democràtic, reclama l'art. 1.1 CE i, com a exigència del sistema tributari, imposa l'art. 31.1 CE, en connexió directa amb la garantia de la dignitat de la persona (art. 10.1 CE) i amb l'obligació d'assegurament pels poders públics de la protecció de la família (art. 39.1 CE). No es podria qualificar de just un estat que es denominés com a “social i democràtic de Dret” si privés als seus ciutadans, a través del seu sistema tributari, de la renda mínima de supervivència, sota pretext del deure contribuir a les despeses generals, doncs amb això no només perdria la seua legitimitat política i democràtica sinó que atemptaria a l'essència mateixa de la dignitat humana”.

“Referent a això hem afirmat que el respecte a la dignitat humana s'ha configurat pel nostre text constitucional com el primer dels fonaments de l'ordre polític i de la pau social al com repugna “que l'efectivitat dels drets patrimonials es porte a l'extrem de sacrificar el mínim vital del deutor, privant-lo dels mitjans indispensables per a la realització de les seues finalitats

personals, així com, en la protecció de la família, el manteniment de la salut i l'ús d'un habitatge digne i adequat, valors que, units a les prestacions socials suficients davant situacions de necessitat que ha de garantir el règim públic de Seguretat Social, estan constitucionalment consagrats en els art. 39, 41, 43 i 47 de la Constitució i obliguen els poders públics no solament al desplegament de la corresponent acció administrativa prestacional sinó, a més, a desenvolupar l'acció normativa que resulte necessària per assegurar el compliment d'aquests manaments constitucionals, a la fi dels quals resulta raonable i congruent crear una esfera patrimonial intangible a l'acció executiva dels creditors que coadjuve que el deutor pugui mantenir la possibilitat d'una existència digna." (STC 113/1989, de 22 de juny, FJ 3) Sobre la base d'aquesta doctrina hem d'afirmar ara que l'exigència constitucional de contribuir al sosteniment de les despeses públiques no legitima els poders públics, garants de la dignitat de la persona i de la protecció de la família, a sotmetre a tributació la renda de les persones des de la seua primera unitat econòmica, sinó només a partir d'un mínim vital de subsistència, immune a la seua acció, que els permeti satisfer les seues necessitats més bàsiques en garantia d'una existència digna".

"Dit això, cal assenyalar a continuació que la forma de garantir aquest mínim vital no sotmès a tributació queda a la lliure elecció del legislador, tant en relació amb el tribut o tributs en què s'establisca com en relació amb la tècnica utilitzada, ja que pot optar entre operar en la base imposable (per exemple, a través d'exempcions, deduccions o reduccions), en la quota tributària (per exemple, mitjançant deduccions o bonificacions), en la tarifa (per exemple, establint un tipus zero para un primer tram de renda), o en totes elles".

"En suma, la decisió de no sotmetre a gravamen un mínim vital per als que queden de forma genèrica obligats a contribuir per l'impost sobre la renda mitjançant l'aplicació d'una reducció a la base imposable és una opció legislativa que, en tant que adreçada a la consecució de les finalitats descrites, no pot ser qualificada de contrària al text constitucional. I no desmereix aquesta conclusió

el fet que aquest mínim vital de subsistència es garantisca a totes les persones igual, amb independència del nivell de renda, ja que dels preceptes constitucionals analitzats es dedueix, com a garantia bàsica, la necessitat d'un mínim protegit de l'acció dels poders públics, però no la manera com s'ha d'articular aquesta protecció, la qual cosa implica que, podent ser vàlida l'opció de condicionar l'aplicació d'aquest mínim fins a un determinat llindar de renda, igual de vàlida és l'opció contrària, ço és, la de garantir el mínim vital de subsistència lliure de gravamen per a tots els obligats al sosteniment de les despeses públiques.”

Les mateixes consideracions cal fer sobre la importància dels principis de generalitat, igualtat i capacitat econòmica en l'assoliment del compliment de les finalitats perseguides en els art. 40, 42, 44, 45 i 46 de la Constitució a l'hora d'articular la concessió de beneficis fiscals³⁸.

El principi de reserva de llei en matèria tributària exigeix valorar la viabilitat constitucional del decret llei, tan freqüentment utilitzat en situacions de crisi econòmica, segons que afecte o no afecte els elements essencials del tribut i en funció dels requisits i estrictes límits que per a aquesta figura normativa d'excepció estableix l'art. 86 de la Constitució –tema de què tractarem més avall–, o el dualisme i les limitacions de la jurisprudència constitucional en

38. Vegeu, sobre la problemàtica dels principis constitucionals del dret financer, Martín Queralt, J., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, amb Lozano Serrano, C., Tejerizo López, J. M. i Casado Ollero, G., Tecnos, 24a ed., Madrid, 2013, pàg. 97 i seg., inclòs el pròleg a la vint-i-quatre edició de la mateixa obra, pàg. 21 i seg. Igualment, Martín Queralt, J. “La Constitución española y el Derecho Financiero”, *Revista Hacienda Pública Española*, núm. 63, 1980. Vegeu també Martín Queralt, J. “Recurso de amparo en materia tributaria (acotaciones al Auto del TC de 22 de febrer de 1993)”, dins *Palau*, núm. 13, pàg. 129 i seg. Igualment, Casado Ollero, G., en “Deber de contribuir e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la jurisprudencia constitucional”, dins l'obra col·lectiva *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pàg. 1638 i seg. Amb una amplitud que transcendeix el seu títol, vegeu així mateix Rodríguez Bereijo, A. *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2011. Igualment, Rodríguez Bereijo, A. “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”, *REDF*, núm. 100, 1998, pàg. 595 i seg.

l'apreciació del principi d'igualtat en la seua aplicació tributària, més adreçades a limitar l'accés al recurs d'empara que a articular l'encaix de les dues referències a aquest principi contingudes en els art. 14 i 31 de la norma fonamental.

C) Els drets socials fonamentals i constitucionals i els principis rectors de la justícia social i econòmica

a') Drets socials fonamentals i constitucionals

Ja s'ha examinat anteriorment el valor normatiu de tals drets i principis. Correspon ara puntualitzar el concepte i la configuració amb què ho fa la Constitució.

En primer lloc i amb caràcter de dret fonamental, ço és, d'un dret dotat de la màxima protecció, es troben el dret a l'educació, reconegut per a "tothom" en l'art. 27, i el mateix el dret de "tothom" a la lliure sindicació i el dels treballadors a la vaga per a la defensa dels seus interessos (art. 28, apt. 1 i 2).

El primer d'ells incorpora, "junt amb el seu contingut primari de dret de llibertat, una dimensió prestacional, en virtut de la qual els poders públics han de procurar l'efectivitat de tal dret i fer-ho, per als nivells bàsics de l'ensenyament, en les condicions d'obligatorietat i gratuïtat que exigeix l'apt. 4 d'aquest article 27", estant "al servei de tal acció prestacional dels poders públics ... els instruments de planificació i promoció esmentats en el núm. 5 del mateix precepte, així com el manament, en l'apt. 9, dels corresponents ajuts públics als centres docents que reunisquen els requisits que establisca la llei" (STC 86/1985, de 10 de juliol, FJ. 3). D'ací es dedueix, en unió de la interpretació resultant de la Declaració Universal de Drets Humans i altres tractats relatius al dret a l'educació, que el contingut garantit del dret "en la seua dimensió prestacional no es limita a l'ensenyament bàsic sinó que s'estén també als nivells superiors, encara que en aquests no s'imposen constitucionalment l'obligatorietat i la gratuïtat" (STC 236/2007, de 7 de novembre, F.J. 8)³⁹. D'acord amb aquest contingut bàsic del dret considerat hauria d'interpretar-se i jutjar-se la Llei Orgànica 8/2013, de 9 de desembre, per a millora de la qualitat educativa, que ha introduït profundes modificacions en la Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació.

39. Vegeu Embid Irujo, A., "El contenido del derecho a la educación", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 31, 1981, pàg. 654 i seg.

El segon –dret a la lliure sindicació i a la vaga– s’ha d’examinar amb la deguda separació, perquè es tracta, en efecte, de dos drets diferents. Així, el dret a la lliure sindicació presenta un doble contingut: la lliure sindicació en l’aspecte organitzatiu i un contingut addicional representat per l’acció sindical. En aquest sentit es va pronunciar primerencament el Tribunal Constitucional: “el dret constitucional de llibertat sindical comprèn no solament el dret dels individus a fundar sindicats i a afiliar-se als de la seua elecció, sinó així mateix el dret que els sindicats fundats –i aquells als quals l’afiliació s’haja fet– realitzen les funcions que d’ells s’ha d’esperar ... Per això, cal entendre que el dret que reconeix l’art. 28 CE és el dret que les organitzacions sindicals creades lliurement exercisquen el paper i les funcions que reconeix als sindicats de treballadors l’art. 7 CE, de manera que participen en la defensa i la protecció dels interessos dels treballadors” (STC 70/1982, de 29 de novembre, 4/1983, de 28 de gener, i 9/ 1995, de 19 de juny, entre moltes més).

Cal precisar, però, que, en estar compresos la negociació i els procediments de conflicte col·lectiu en l’art. 37 CE (dins, per tant, dels drets constitucionals no dotats de la protecció màxima que reconeix l’art. 53.2 CE i, en principi, no accessibles al recurs d’empara constitucional), ha estat necessari delimitar les actuacions sindicals que són pròpies de la funció de defensa dels treballadors de les que impliquen obligacions a càrrec de tercers, fonamentalment empresaris, que necessitarien per al seu exercici de l’ajust als termes establerts en l’acte normatiu que l’haja desplegat (STC 80/2000, de 27 de març, i 222/2005, de 12 de setembre, entre d’altres)⁴⁰.

En segon terme, i ja sense la naturalesa de dret fonamental especialment protegit però sí amb la de dret constitucional inclòs entre els drets i deures dels ciutadans (rúbrica de la secció 2a del cap. II del títol I CE), amb un contingut essencial que ha de ser respectat pel legislador en regular el seu exercici, la Constitució proclama el dret i el deure treballar (art. 35) i ho fa reconeixent, com a part del seu contingut, no solament la llibertat de treball –que es dóna per suposada– sinó, principalment, el dret de tothom, en situació d’igualtat, a un lloc de treball, pressuposats la capacitació per exercir-lo i altres requisits

40. Vegeu Sala Franco, T., “La libertad sindical”, dins *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (II). Dirección Gral. Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, pàg. 883 i seg. També Casas Baamonde, M. E. i Escudero Rodríguez, R., “Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 17, 1984, pàg. 51 i seg.

professionals, amb el qual poder viure en condicions de dignitat en haver de percebre una remuneració suficient per satisfer les seues necessitats i les de la seua família, sota condicions d'estabilitat en la feina i amb possibilitats efectives de promoció per mitjà del treball. És cert que hi ha una gran dificultat doctrinal per caracteritzar el dret al treball com un autèntic dret subjectiu; el que és indubtable, però, és que és un dret social de prestació que requereix una clara acció estatal encaminada a la consecució de la plena ocupació i a l'engegada dels instruments legals necessaris per a la creació i el manteniment dels llocs de treball existents, la fixació de salaris mínims i l'adopció de mesures tendents a aconseguir una millor formació per assolir l'efectivitat del dret a la promoció professional que assenyalava el text constitucional⁴¹.

Les modificacions contínues amb què, més que modificat, s'ha "sacsejat" l'Estatut dels Treballadors que, en compliment de l'art. 35.2 de la Constitució, va aprovar inicialment la Llei 8/1980, de 10 de març, i últimament el Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març (Text refós), ha posat en relleu —com sembla que és opinió general— que la necessitat prioritària i urgent de l'economia espanyola és créixer i crear ocupació de qualitat i que l'aposta per la recerca, la innovació i l'aplicació de les tecnologies del coneixement als processos productius per guanyar productivitat i competitivitat —inclosa la d'àmbit internacional— és fonamental a l'hora d'aconseguir i garantir un desenvolupament econòmic sostingut. Com s'ha pogut dir amb encert⁴², la cerca de la productivitat i la competitivitat en la reducció de drets i costos del treball, i no en la qualitat, no porta a un creixement econòmic sa i a una competitivitat reforçada, sinó a un model productiu més exposat a les crisis i a un major nombre d'aturats. L'al·ludida "sacsejada" a què ha estat sotmès l'Estatut dels Treballadors des de la seua promulgació, ha donat com a resultat la inestabilitat crònica de la normativa sobre política d'ocupació, modalitats de contractació laboral o formació professional i intermediació laboral. Prou per adonar-se'n, sobretot últimament, amb al·ludir a les reformes de 2010 (Reial decret Llei 10/2010, de 16 de juliol,

41. Vegeu Casas Baamonde, M. E., "Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales", dins *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pàg. 1507 i seg. Vegeu, igualment, Nogueira Guastavino, M., "Comentario al art. 35 de la Constitución", dins *Comentarios a la Constitución Española*, directors M. E. Casas i M. Rodríguez-Piñero, Wolters-Kluwer, desembre 2008, pàg. 930 i seg.

42. Casas Baamonde, M. E., Discurso de investidura como "doctora honoris causa" por la Universidad Carlos III de Madrid, 27 de gener de 2012.

que va donar lloc a la Llei 35/2010, de 17 de setembre, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball), de 2011 (Reial decret llei 1/2011, d'11 de febrer, de mesures urgents per promoure la transició a l'ocupació estable i la requalificació professional de les persones aturades i el Reial decret llei 10/2011, de 26 d'agost, de mesures urgents per a la promoció de l'ocupació dels joves, el foment de l'estabilitat en l'ocupació i el manteniment del programa de requalificació professional de les persones que esgoten la protecció per desocupació –l'anomenada contrareforma– i de 2012 (la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral). Aquesta mobilitat contínua no mostra cap altra cosa que el reconeixement successiu del seu fracàs i que la solució als gravíssims problemes de desocupació que patim no es podrà assolir amb una *legiferació* desbocada, sinó més senzillament amb el suport a la inversió, tan aviat com siga possible i com més prompte millor, i conseqüentment a la necessitat empresarial de produir.

En tercer lloc, i també com l'anterior amb la naturalesa de dret constitucional en la terminologia que s'ha adoptat, hi ha el dret de negociació col·lectiva laboral entre representants dels treballadors i empresaris i el d'adopció de mesures de conflicte col·lectiu (art. 37 CE).

En aquest precepte es reconeix una doble garantia: el dret a la negociació col·lectiva i la força vinculant dels convenis col·lectius, al mateix temps que conté un manament al legislador per instituir i concretar aquestes garanties, manament que no priva de les garanties que el mateix precepte constitucional conté d'eficàcia immediata (STC 58/1985, de 30 d'abril, FJ 3). Per això, també gaudeix d'empara constitucional no solament la negociació col·lectiva "general" regulada en l'Estatut dels Treballadors, sinó també la negociació de convenis d'abast o eficàcia limitada (STC 121/2001, de 10 d'abril, entre d'altres) que no es poden confondre amb els pactes individuals o decisions unilaterals de l'empresari que pretenen la substitució del règim previst en la norma col·lectiva (STC 238/2005, de 26 de setembre, FJ 7). D'altra banda, cal destacar que la negociació col·lectiva duta a terme pels sindicats s'inscriu en el marc de la llibertat sindical (art. 28 CE) i, com a tal, gaudeix de la protecció especial que suposa l'empara ordinària i el constitucional subsidiari (art. 53.2 CE)⁴³.

43. Vegeu Valdés Dal-Re, F., "El modelo español de negociación colectiva", dins *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, coordinada per Pérez de los Cobos, F. i Goerlich Peset, F., Tirant lo Blanch, València 2006, pàg. 43 i seg.

Pel que fa al dret de treballadors i empresaris a adoptar mesures de conflicte col·lectiu (art. 37.2), únicament assenyalaré la seua autonomia respecte al dret de vaga, configurada constitucionalment –tal com s’ha vist anteriorment– com a dret fonamental autònom del d’adopció, per treballadors i empresaris, de mesures de conflicte col·lectiu, que inclou la possibilitat, entre aquestes últimes, del tancament patronal (STC 11/1981, de 8 d’abril, que va enjudiciar la constitucionalitat del Decret llei 17/1977, de 4 de març, única regulació fins avui del dret de vaga).

Encara que la vaga va unida al conflicte col·lectiu i pot ser entesa com una mesura derivada d’aquesta, la seua consideració com a dret fonamental impedeix que el tancament patronal puga ser adoptat com a reacció al dret de vaga.

b’) Principis de política social i econòmica: les possibilitats de la seua connexió amb drets fonamentals

Ja s’ha tractat anteriorment quin és el valor normatiu d’aquests principis i la seua funció configuradora de l’estat social i democràtic de dret que proclama la Constitució.

Interessa ara, per no incórrer en repeticions, destacar-ne l’enunciat general en la Constitució i descobrir, en virtut d’una interpretació sistemàtica d’aquesta, la connexió amb propis drets fonamentals i constitucionals, respecte dels quals els esmentats principis signifiquen un veritable complement.

Els principis de què es tracta (importa ara fer-hi una referència puntual perquè no es puga mai oblidar la contundència de la seua enunciació) afecten la protecció social, econòmica i jurídica de la família, protecció de fills i mares amb independència de la seua filiació i estat, protecció d’infants (art. 39), la promoció de les condicions favorables per al progrés social i econòmic i per a una distribució de la renda personal i regional més equitativa, a més de la realització d’una política orientada a la plena ocupació, i per garantir la formació i readaptació professionals, seguretat i higiene en la feina, descans, vacances periòdiques retribuïdes i promoció de centres adequats (art. 40); el manteniment d’un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans que garantisca l’assistència i les prestacions socials suficients davant situacions de necessitat, especialment en cas de desocupació (art. 41); els drets econòmics i socials dels

treballadors a l'estranger (art. 42); el dret a la protecció de la salut (art. 43); el foment de l'educació sanitària, l'educació física i l'esport (art. 43.3); l'accés a la cultura, la promoció de la recerca científica i tècnica en benefici de l'interès general (art. 44); el dret a un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona i utilització racional dels recursos naturals amb la finalitat de protegir i millorar la qualitat de vida i restaurar el medi ambient (art. 45); la conservació i l'enriquiment del patrimoni històric, cultural i artístic (art. 46); el dret al gaudi d'un habitatge digne i adequat (art. 47), amb l'obligació correlativa per als poders públics de promoure les condicions necessàries i arbitrar les normes necessàries per fer efectiu aquest dret, regulant la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per impedir l'especulació; polítiques de foment de participació lliure i eficaç de la joventut en el desenvolupament polític, social, econòmic i cultural (art. 48); la previsió, el tractament, la rehabilitació i la integració de disminuïts físics; la garantia de pensions adequades i actualitzades per a la tercera edat (art. 50) i la defensa de consumidors i usuaris (art. 51). Aquests principis del cap. III –com ja s'ha repetit anteriorment– “han d'informar la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics” i “solament podran ser al·legats davant la jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposen les lleis que els despleguen” (53.3), amb el valor normatiu ja estudiat, que condueix de pla a rebutjar-ne totalment el mer valor retòric o programàtic.

I és que aquests principis, en tant que normes adreçades especialment al legislador, el vinculen positivament a dictar les disposicions legals que siguin necessàries i adequades a l'assoliment de la finalitat prevista pel precepte constitucional i, negativament, quan proscriuen amb claredat lleis de sentit contrari als seus propis termes. Respecte de l'actuació dels poders públics, perquè aquests, com ha declarat el Tribunal Constitucional, “han de buscar els mitjans perquè la realitat s'acoste als principis rectors” (STC 189/1987, de 24 de novembre, F.J. 10). I quant a la pràctica judicial, perquè el desconeixement, per una resolució judicial, dictada en aplicació de les lleis de desplegament, dels béns o valors constitucionalment rellevants que aquests representen, faria incórrer la resolució judicial en falta de justificació raonable i falta de justificació en dret, amb la conseqüència d'una vulneració clara de l'art. 24 CE (STC 154/2006, de 22 de maig, FJ 8, i 233/2007, de 5 de novembre, FJ 7è, entre d'altres).

El legislador ha dictat lleis en desplegament d'aquests principis rectors i ha fet sorgir així veritables drets subjectius, jurisdiccionalment rellevants, que, com després es dirà, no poden ser desconeguts ni postergats –en tant que drets

subjectius patrimonialitzats pels seus destinataris específics– per disposicions de limitació genèrica i lineal que no reconeguen la necessitat constitucional de satisfacció prioritària que en ells mateixos representen.

No correspon ací fer una anàlisi específica dels manaments i principis continguts en els preceptes constitucionals a què acabem de fer referència, però sí que cal destacar, a més que constitueixen una delimitació clara del contingut de la clàusula de l'estat social de dret que proclama la Constitució i de la seua vigència com tantes vegades s'ha repetit, que es troben interrelacionats entre ells i amb drets constitucionals, i fins i tot fonamentals a què s'ha fet una especial indicació més amunt. Així, les polítiques d'ocupació adreçades a l'impuls del progrés social i econòmic, a una distribució de la renda regional i personal més equitativa i a la consecució de la plena ocupació (art. 40.1) es relacionen íntimament amb el dret al treball i a la lliure elecció de professió o ofici (art. 35), no més que, així com en aquest es considera l'aspecte individual, en el manament de l'art. 41 s'atén la seua dimensió col·lectiva (STC 22/1981, de 2 de juliol, FJ 8). El mateix passa amb la formació i readaptació professionals, la seguretat i higiene en la feina, la limitació de la jornada laboral, les vacances periòdiques retribuïdes i la promoció de centres adequats (art. 40.2), on l'aspecte relatiu a la formació professional reglada es troba formant part del sistema educatiu i, en aquest sentit, relacionada amb el dret fonamental a l'educació de l'art. 27 CE, sense desconèixer que ací es tracta de la formació professional ocupacional, relacionada, per tant, amb una actuació dels poders públics en relació amb el treball o per a l'ocupació.

Idèntica conclusió cal mantenir respecte de la limitació de la jornada laboral per assegurar el descans necessari o les vacances retribuïdes i les seues connotacions amb la salut en la feina, amb la formació integral, l'accés a la cultura, el gaudi d'un medi ambient adequat, etc.⁴⁴. Així, també, el manament de manteniment d'un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans que garantisca l'assistència i les prestacions socials suficients davant situacions de necessitat, especialment en cas de desocupació, “que consagra en forma de garantia institucional un règim públic «la preservació del qual es jutja indispensable per assegurar els principis constitucionals», establint un nucli o reducte

44. Vegeu Matía Prim, I., “Comentario al art. 40 CE”, dins *Comentarios a la Constitución Española* (dirs. M. Emilia Casas i Miguel Rodríguez-Piñero), cits. Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, pàg. 1024 i seg.

indisponible pel legislador ... que ha de ser preservat en termes recognoscibles per a la imatge que d'aquesta té la consciència social en cada temps i lloc" (STC 128/2009, d'1 de juny, FJ 4, i altres en aquesta esmentades), guarda una relació lògica amb el també manament als poders públics de garantir, mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament, la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat (art. 50 CE), de manera que en la interpretació d'aquesta suficiència s'hauran de tenir en compte els trets estructurals del sistema de pensions que recull el precitat art. 41. Igualment, el dret a la protecció de la salut (art. 43 CE) troba el seu complement lògic en el dret fonamental a la vida i a la integritat física i moral (art. 15 CE), segons doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (per totes, STC 62/2007, de 27 de març, FJ 5, i 160/2007, de 2 de juliol, FJ 2 i 4).

Si a tot això s'uneix la vinculació dels principis rectors amb l'art. 24.1 CE en tant que, com s'ha destacat més amunt, el desconeixement d'aquests en l'aplicació judicial d'una llei de desplegament pot conduir a una falta de fonamentació vulneradora de l'al·ludit dret fonamental, la conclusió no pot ser cap altra que el reforçament de la protecció constitucional dels drets derivats dels tan repetits principis rectors i, per tant, la seua efectivitat a l'hora d'integrar i modular el contingut de l'estat social.

VI. La crisi econòmica i el tema de la reversibilitat de les conquestes socials

A) Consideració general sobre la crisi

La crisi econòmica, formalment desencadenada el 2007 als Estats Units i estimada de la mateixa manera a Europa el 2008, com ho ha entès la doctrina amb pràctica unanimitat⁴⁵, troba l'origen en l'acusada desregu-

45. Vegeu Embid Irujo, A., "El Derecho público de la crisis económica" (VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 i 12 de febrer de 2011), dins l'obra col·lectiva *El Derecho Público de la Crisis Económica, Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, coordinada per Avelino Blasco Esteve, INAP, Madrid, 2011, pàg. 21 i seg. També Embid Irujo, A., "La constitucionalización de la crisis económica", dins l'obra col·lectiva *La Constitución Económica*, Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, CEP i C i TC, Madrid 2012. Vegeu, igualment, Martín Retortillo, L. "Crisis económica y transformación administrativa", *REDA*, núm. 153, gener-març 2012, pàg. 89 i seg; José Carlos Díez, "El fin de la edad dorada de la economía mundial",

lació del sistema financer a que s'ha assistit les últimes dècades, unida a una desmesurada crescuda del sector de la construcció (“bombolla immobiliària”, com gràficament se n'ha dit), al seu torn propiciada i impulsada per una desbordada expansió del crèdit immobiliari. Si a això s'uneix la titulització dels actius resultants d'aquesta difusió creditícia, practicada amb independència de la dubtosa solvència de molts dels crèdits concedits, i el seu comerç instantani a causa de les noves tecnologies, es comprendrà la ràpida transmissió i internacionalització dels efectes de la crisi i les dificultats de la seua solució.

A Espanya, l'inici de l'expansió accelerada del sector de la construcció es pot concretar en la Llei 6/1998, de 13 d'abril, de règim del sòl i valoracions, que, en contra de la tradició i la normativa urbanística aplicable fins llavors, va declarar el sòl urbanitzable com a sòl residual en comptes de considerar com a tal el sòl rústic o no urbanitzable. Amb això, lluny de produir el resultat d'abaratir l'habitatge davant la major oferta de sòl disponible, es va desfermar una prolongada expectativa de preus a l'alça, alimentada per l'especulació, que, en cessar bruscament a partir del 2009, va contribuir a engrandir els efectes de la crisi, principalment en matèria de desocupació, amb una incidència clara en el conjunt de l'activitat econòmica, ateses les restriccions en el crèdit que el rescat i sanejament del sector financer –fonamentalment, de les caixes d'estalvis– havien determinat i també per la pèrdua consegüent de capacitat adquisitiva en el conjunt de la població. Tot això, unit a l'endeutament creixent, no solament de la població sinó també dels estats, que en alguns supera notablement el 100 per 100 del producte interior brut (pròxim a aquest límit es troba l'endeutament del nostre) i unit, així mateix, a la necessitat correlativa de la seua amortització i de compliment de les obligacions d'estabilitat pressupostària derivades de la nostra pertinença a la Unió Europea –i dins aquesta, a la zona euro– i de la modificació de l'article 135 CE, han conduït a importants disminucions i restriccions en la

dins la revista *Política Exterior*, març-abril 2008, núm. 122, pàg. 135 i seg. El mateix, “Crisis de la deuda europea: ¿crisis de emergentes o sumergidos?”, dins *Papeles de Economía Española*, núm. 130, 2011, pàg. 150 i seg. El mateix amb Guido Zack, “La moneda única en el filo de la navaja”, dins *Política Exterior*, número monogràfic, desembre de 2012, pàg. 164 i seg. Vegeu igualment Gay Montalvo, E. “Los derechos económicos y sociales de los ciudadanos ante la actual crisis económica desde una perspectiva constitucional”. Discurs d'ingrés a la Reial Acadèmia de Ciències Econòmiques i Financeres de Catalunya, llegit a Barcelona el 23 de maig de 2013.

despesa social, que no poden ser qualificades de provisionals o transitòries i que, per contra, presenten una indubtable vocació de permanència.

B) El problema de la reversibilitat de les conquestes socials

1. Plantejament general i doctrina constitucional

El tema de la reversibilitat de les conquestes socials, o, si es vol, de l'estat social, no és nou en la doctrina i ha estat permanentment lligat als avatars i a les denúncies de crisis de l'estat social a què ja s'ha fet referència al principi. Però les conseqüències i la permanència de la greu crisi que estem sofrint ho han tornat a posar en la primera línia de l'actualitat.

En les controvèrsies que hi ha hagut durant les dues últimes dècades del segle passat, cal destacar que la doctrina alemanya preponderantment havia mantingut no una irreversibilitat absoluta de l'estat social, sinó una irreversibilitat del nucli essencial dels drets socials una vegada han estat configurats pel legislador ordinari i en la mesura que aquest n'ha realitzat la concreció⁴⁶.

Generalment, la doctrina ha referit la irreversibilitat de les conquestes socials o al nucli essencial dels drets socials, igual que existeix en els fonamentals, que vedaria la possibilitat que el legislador, en realitzar la seua tasca de configuració del dret, poguera, sense raó o fonament suficient, suprimir-lo sense més ni més, o al desconeixement de prestacions socials acordades legislativament sota la cobertura de drets socials reconeguts en la Constitució sense raó suficient, o fins i tot amb motius culpables en arbitrarietat, irraonabilitat, discriminació o desproporció⁴⁷.

46. Vegeu Parejo Alonso, L., "El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos" cit. pàg. 224 i seg. que esmenta com a defensors de la teoria a Espanya L. López Guerra, "Les dimensions de l'Estat Social de Dret", en la revista *Sistema*, núm. 38-39 i pàg. 171 i seg. I més matisadament, M. García Pelayo, en "Las transformaciones del Estado contemporáneo", *Obres Completes*, t. II, cit. pàg. 1599 i seg.

47. Vegeu Loperena Rota, D., "La irreversibilidad de los derechos sociales", *Rev. Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012. Vegeu per a les posicions exposades anteriorment, Carro Fernández-Valmayor J. L., "Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales", dins *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza,

Per la seua banda, la doctrina constitucional –la del Tribunal Constitucional, s’entén– no ha abordat directament el problema, encara que sí que ha fet pronunciaments a propòsit de situacions concretes i en un sentit d’alguna manera ambivalent; çò és, a vegades restrictiu de la tesi de la reversibilitat, a vegades permissiu, si més no aparentment.

Així, en primer lloc, la STC 81/1982, de 21 de desembre, a propòsit d’un recurs d’empara en què es denunciava una discriminació per raó de sexe entre el personal sanitari masculí i femení en matèria de torns de treball i pagament d’hores extraordinàries en clíniques de la Seguretat Social i en què es discutia si el que era procedent era privar la dona de la situació de privilegi en què es trobava respecte del personal masculí o, per contra, elevar el nivell d’aquest últim per restablir la igualtat de tracte, es va optar per aquesta segona solució i es va declarar que “atès el caràcter social i democràtic de l’estat de dret que erigeix la nostra Constitució i l’obligació que a l’estat imposen els art. 9.2 i 35 de la Constitució de promoure les condicions perquè la igualtat dels individus i els grups siguen reals i efectives... [el mateix que] ... la promoció a través del treball sense que en cap cas no es pugua fer discriminació per raó del sexe, s’ha d’entendre que no es pot privar el treballador sense raó suficient de les conquestes socials ja assolides. D’aquesta manera, en aquest cas, no s’ha de restablir la igualtat privant el personal femení dels beneficis que en el passat haja adquirit sinó atorgant els mateixos al personal masculí que fa idèntics treballs i activitat professional, sense perjudici que en el futur el legislador pugua establir un règim diferent de l’actual, sempre que respecte la igualtat dels treballadors” (FJ 3).

En el mateix sentit, i en relació amb la raonabilitat de la solució legislativa, en un cas en què es dilucidava la incompatibilitat entre la percepció pels funcionaris de les pensions a càrrec de la Seguretat Social i la d’havers actius, el TC ha declarat que l’existència d’aquesta doble percepció i la seua prohibició per la llei no suposava cap altra cosa que “corregir un tractament discriminatori produït irregularment, mitjançant una situació de fet contrària a la normativa vigent. La situació dels funcionaris sobre aquest tema, en no aplicar-se’ls tal prohibició, constituïa una excepció a la regla general, sense que per això es pugua estimar raonable l’existència, en tals circumstàncies, d’un dret a confiar en el manteniment d’aquesta situació de compatibilitat” (STC 65/1987, de 21 de maig, FJ 18). Un criteri idèntic manté la STC 65/1990, de 5 d’Abril, FJ 5 i 6.

2008; i Vaquer Caballería, M., en “Derechos Sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. pàg. 85 i seg.

En la STC 134/1987, de 21 de juliol, a propòsit d'unes qüestions d'inconstitucionalitat respecte d'una disposició de la llei de pressupostos en què s'establia un límit màxim per a les pensions úniques o concurrents de la Seguretat Social i es disposava la no-actualització de les pensions superiors a aquest límit en el exercici pressupostari corresponent (any 1984), es va declarar que tals solucions legislatives no vulneraven cap dret subjectiu a una pensió de quantia determinada, ja que quan es parla del règim de prestacions de la Seguretat Social s'al·ludeix a “un règim legal que té per límits, entre d'altres, el respecte al principi d'igualtat, la prohibició de l'arbitrarietat i el dret a l'assistència i a prestacions socials suficients per a situacions de necessitat que garanteix la Constitució en l'art. 41, situacions que ... [en el cas d'actuacions] ... no es podrien al·legar, atesa la quantia de les pensions afectades ...”, sense que “els afiliats a la Seguretat Social ... ostente[n] un dret subjectiu a una quantia determinada de les pensions futures, és a dir, de les pensions respecte de les quals no s'ha produït el fet que les causa” (FJ 4). La mateixa sentència afegeix que de cap d'aquests preceptes –es refereix als arts. 41 i 50 de la Constitució– no es pot deduir “... que la Constitució obligue que es mantinguen totes i cadascuna de les pensions inicials en la seua quantia prevista ni que totes i cadascuna de les ja causades experimenten un increment anual”, ja que “el concepte de «pensió adequada» no es pot considerar aïlladament, atenent cada pensió singular, sinó que ha de tenir en compte el sistema de pensions en conjunt, sense que es pugui prescindir de les circumstàncies socials i econòmiques de cada moment i sense que es pugui oblidar que es tracta d'administrar mitjans econòmics limitats per a un gran nombre de necessitats socials. El mateix cal dir de la garantia d'actualització periòdica, que no suposa obligadament l'increment anual de totes les pensions. En fixar un límit a la percepció de noves pensions o en negar l'actualització durant un temps de les que superen aquest límit, el legislador no depassa l'àmbit de les funcions que li corresponen en l'apreciació de les circumstàncies socioeconòmiques que condicionen l'adequació i l'actualització del sistema de pensions” (FJ 5).

En les STC 37/1994, de 10 de febrer, i 128/2009, d'1 de juny, en ocasió, respectivament, de qüestions d'inconstitucionalitat relatives a l'obligació imposada als empresaris de satisfer la prestació econòmica per incapacitat laboral transitòria en determinat període de la baixa del treballador, i a la impossibilitat de retornar a la percepció de subsidi d'atur una vegada perdut per percepció de rendes superiors als màxims previstos legalment, encara que el nivell de rendes haja descendit posteriorment per sota del llindar establert per a l'accés a la prestació assistencial, a part d'establir que les disposicions legals

que així ho havien establert no suposaven una “privatització” parcial del règim públic de Seguretat Social, ni un desconeixement de la garantia institucional d’aquest règim, van declarar, recollint jurisprudència anterior, que “la Constitució ha recollit i consagrat en l’art. 41 l’evolució que han experimentat els sistemes contemporanis de Seguretat Social, de tal manera que la protecció dels ciutadans davant situacions de necessitat es concep com una “funció de l’estat”, trencant-se en bona part la correspondència prestació-cotització pròpia de l’assegurança privada, superada per la dinàmica de la funció protectora de titularitat estatal (STC 103/1983, de 22 de novembre, FJ 3; 65/1987, de 21 de maig, FJ 17, entre d’altres)” i que “l’art. 41 CE imposa als poders públics l’obligació d’establir –o mantenir– un sistema protector que es corresponga amb les característiques tècniques dels mecanismes de cobertura propis d’un sistema de Seguretat Social. En altres termes, el precepte referit consagra en forma de garantia institucional un règim públic “la preservació del qual es jutja indispensable per assegurar els principis constitucionals, establint ..., un nucli o reducte indisponible pel legislador (STC 32/1981, de 28 de juliol, FJ 3r), de tal manera que ha de ser preservat “en termes recognoscibles per a la imatge que d’aquesta té la consciència social en cada temps i lloc” (STC 26/1987, de 27 de febrer, FJ 4; i 76/1988, de 26 d’abril, FJ 4)”, però que “salvada aquesta indisponible limitació, el dret que els ciutadans puguen ostentar en matèria de Seguretat Social és un dret d’estricta configuració legal, disposant el legislador de llibertat per modular l’acció protectora del sistema atenent circumstàncies econòmiques i socials que són imperatives per a la pròpia viabilitat i eficàcia d’aquell (STC 65/1987, de 21 de maig, FJ 17, entre d’altres)” (FJ 3r de la STC 37/1994, i 4t de la STC 128/2009).

2. Els límits a la reversibilitat de les conquestes socials

D’aquestes declaracions del Tribunal Constitucional es podria traure la conclusió que els drets socials reconeguts en la Constitució quedaven sotmesos a la discrecionalitat del legislador, no solament per configurar-los sinó també amb fonament en la impossibilitat de sufragar-ne el cost i el manteniment. Fins i tot es podria pensar que, com que no figuren establerts constitucionalment els límits mínims de les prestacions socials, els assenyalats per les lleis de desplegament i disposicions reglamentàries corresponents podrien ser revisats en sentit restrictiu o sotmesos al requisit de la seua pròpia i autònoma sostenibilitat financera. És més: havent-se constitucionalitzat el principi d’estabilitat pressupostària (art. 135 CE) en els termes ja analitzats, assolit el límit del dèficit o del

deute, caldria reduir o limitar el dret social de què es tractara sense cap exercici de ponderació d'aquest principi amb el de dret afectat⁴⁸.

Aquesta, però, no és la conclusió correcta. En primer lloc, perquè el Tribunal Constitucional ha afirmat l'existència de la irreversibilitat quan ha pogut vincular l'assegurament de l'estatus adquirit amb la garantia aplicable a drets fonamentals pròpiament dits o amb la necessitat, precisament, de no prevaler posicions econòmiques altes o per sobre de les de perceptors normals de prestacions de la Seguretat Social –i així resulta dels supòsits concrets en què, per exemple, van ser pronunciades les STC –examinades més amunt– 81/1982, 134/1987, 37/1994 i 128/2009–; i en segon terme, perquè hi ha límits clars derivats de l'ordenament constitucional que mai no podria traspassar una eventual o produïda reversió social.

Aquests límits, exposats sintèticament, són els següents:

a) Límits derivats de la necessitat d'un raonament o motivació “suficient” de la restricció

Com s'ha destacat més amunt, en examinar la STC 81/1982, de 21 de desembre, aquesta necessitat està vinculada, segons l'alt tribunal, al “caràcter social i democràtic de l'estat de dret que erigeix la nostra Constitució” i a “l'obligació que a l'estat imposen els art. 9.2 i 35 de la Constitució de promoure les condicions perquè la igualtat dels individus i dels grups siguin reals i efectives i la promoció a través del treball”.

D'aquesta declaració del TC es desprèn ja la impossibilitat de considerar “motivació suficient” per adoptar una restricció d'un dret social reconegut en la Constitució i, sobretot, configurat en la legislació de desplegament d'acord amb els manaments de progrés i d'optimització que estableix aquella, l'aplicació genèrica a situacions de crisi o fins i tot als principis de sostenibilitat econòmica i estabilitat pressupostària també recollits en el Text Fonamental.

Restriccions lineals de drets socials ja configurats com a drets subjectius, paral·leles a altres restriccions pressupostàries en la despesa, no significarien

48. Vegeu Vaquer Caballería, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. pàg. 82, i Ponce Solé, J., “El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos”, també cit. pàg. 50 i seg.

cap altra cosa que desconèixer la normativitat de la Constitució o degradar els drets, els manaments o les habilitacions constitucionals a la condició de meres declaracions programàtiques. La sola existència d'un manament constitucional adreçat als poders públics per a l'assegurament i l'assoliment de les finalitats recollides expressament en els preceptes continguts en el capítol III del títol I de la Constitució, significa clarament que la restricció d'un dret configurat a la llum de tals manaments exigiria que el legislador raonara amb la precisió suficient que, prèviament a la restricció del dret social, ha restringit despeses no supeditades a "específics" manaments constitucionals. Ja s'ha dit que el respecte a l'expressament constitucionalitzat principi d'equilibri pressupostari (art. 135 CE) obliga a tenir-lo en compte, en primer lloc a l'hora de programar la despesa pública. Però ni aquest principi, ni el seu complement legislatiu representat per la Llei orgànica 2/2012, de 20 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, han establert prioritats en la despesa anteposades a les que deriven de manaments constitucionals específics. Quan aquests existeixen, les prioritats les estableix la Constitució. En definitiva, els principis d'estabilitat pressupostària i el seu complementari de sostenibilitat financera el que proscriuen és la malversació, veritable avantsala –com he tingut oportunitat de dir en diverses ocasions– de la corrupció, quan no la corrupció mateixa. El sacrifici dels drets socials no pot tenir com a únic fonament l'estalvi, sinó que aquest –l'estalvi– ha d'estar al servei del manteniment de tals drets. Com s'ha pogut dir amb encert, tenim crisi, però també Constitució.

D'altra banda, una reducció de drets socials o, encara pitjor, una supressió d'aquests després de la seua configuració legislativa sense fer un raonament complet, faria incidir la llei que així ho disposara en l'arbitrarietat que veda l'art. 9.3 de la Constitució.

És cert que aquest vici d'inconstitucionalitat no pot ser equiparat al que condueix a la il·legalitat de disposicions administratives, per la diferent situació en què es troba el legislador, respecte de la Constitució, i la mateixa del govern o Autoritats inferiors, respecte de la llei, i la necessitat de respectar en aquell –en el legislador, s'entén– les seues pròpies opcions polítiques, de tal manera que no seria pertinent, per constatar la incidència de la llei en arbitrarietat, "una anàlisi a fons de totes les seues conseqüències" (STC 73/2000, de 14 de març, FJ 4, per totes). Però no ho és menys que les lleis no poden establir "límits irraonables i freturosos de tota justificació" (STC 181/2000, de 29 de Juny, FJ 17, a

propòsit d'una limitació, en perjudici de la víctima d'accident de circulació, en la indemnització a percebre que havia establert una modificació legislativa de la Llei de responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor); ni tampoc no és menys cert que la falta de justificació en les lleis de mesures regressives condueix directament a una devaluació del procediment legislatiu i dels termes en què es concep en l'art. 88 CE ⁴⁹.

Però hi ha més. La "raó suficient" exigeix també que la mesura regressiva siga proporcionada, ço és, que constituïska un mitjà coherent per aconseguir la finalitat pretesa, que siga el que menys minve el dret social afectat i que el benefici que procedisca de la restricció (l'estalvi) supere els perjudicis que en deriven. I no solament això, sinó que exigeix també que es produïska la ponderació necessària entre la mesura i els seus efectes i el dret social concernit (judici de ponderació). Si la mesura s'empara en el fet d'haver estat assolits o superats els límits del dèficit o del deute, es podria pensar en la impossibilitat de fer cap judici de ponderació, ja que en aquesta situació el que seria procedent és l'aplicació de la regla nova, establerta en el reformat article 135 de la Constitució, en virtut de la qual resultaria prohibit tot augment de la despesa pública, criteri igualment mantingut per la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera. Però, llavors, el judici inclouria l'examen de si s'han arbitrat els mitjans alternatius per a la consecució del principi d'estabilitat sense el sacrifici del dret social, com és ara l'augment dels recursos financers mitjançant la reducció en altres despeses que no siguen compreses en manaments constitucionals específics, o l'augment d'ingressos via imposició fiscal. També cal tenir en compte que tant l'art. 135.4 de la Constitució com l'art. 11.3 de la Llei orgànica d'estabilitat pressupostària permeten que, "excepcionalment, l'estat i les comunitats autònomes [puguen] incórrer en dèficit estructural en cas de catàstrofes naturals, recessió econòmica greu o situacions d'emergència extraordinària que escapen al control de les administracions públiques i perjudiquen considerablement la seua situació financera o la seua sostenibilitat econòmica o social, apreciades per la majoria absoluta dels membres del Congrés dels Diputats" (art. 11.3 de la LOEPSF). Ni la Constitució ni la llei acabada d'esmentar no concreten qué s'ha d'entendre per "sostenibilitat social" a mantenir com a excepció a l'equilibri pressupostari. Aquesta absència, però, no pot eximir l'estat, o la resta de les administracions, de la necessitat de realit-

49. Vegeu sobre el tema Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas, Madrid, 1998, pàg. 122 i seg.

zar els judicis de proporcionalitat i ponderació corresponents on se sospesen les possibles mesures restrictives, tant per determinar-ne la magnitud i l'abast com per fer prevaler, en qualsevol circumstància, el principi d'estabilitat⁵⁰.

b) Límits derivats de la invulnerabilitat del contingut essencial dels drets socioeconòmics reconeguts en la Constitució

L'existència d'un nucli essencial en els drets d'aquesta naturalesa que reconeix la Constitució –singularment, els inclosos en el capítol III del títol I– ha estat un tema controvertit en la doctrina. No, és clar, si es tracta de drets reconeguts constitucionalment com a drets fonamentals (dret a l'educació, llibertat sindical i dret de vaga dels treballadors, art. 27 i 28 CE) o com a drets constitucionals (els de la secció 2a dels mateixos capítols i títol), ja que el reconeixement d'un nucli essencial, salvaguardat fins i tot enfront del legislador, per a aquests drets i llibertats és establert expressament per l'art. 53.1 de la Constitució, com ja es va advertir anteriorment.

Hi ha un argument que sembla suficient per entendre que aquests drets tenen un nucli essencial: si es deixaren a la pura discrecionalitat del legislador, es desconixeria la normativitat de la Constitució i la seua efectivitat en una matèria tan important com el contingut de l'estat social que, com a tantes vegades s'ha indicat, la Constitució proclama en la fórmula integradora que plasma l'art. 1r. S'ha pogut dir amb raó que el nucli mínim dels drets socials troba considerable semblat amb el qual és indisponible, fins i tot per a la llei, quan es tracta de drets fonamentals o constitucionals⁵¹.

En aquesta línia de pensament no hi pot haver dubte que el nucli essencial d'un dret social ha d'estar lligat necessàriament a la dignitat de la persona. La Constitució, en el primer dels articles que dedica als “drets i deures

50. Vegeu Ponce Solé, “El derecho y la (ir)reversibilidad...” cit. pàg. 135 i seg. i Vaquer Caballería, M. “Derechos sociales...” cit. pàg. 82 i seg.

51 Vegeu Ponce Solé, J., “El derecho y la (ir) reversibilidad...”, 64 i seg. Vegeu també Carro Fernández-Valmayor, J. L. “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, dins el vol. I de *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2008, cit. pàg. 377 i seg.

fonamentals (art. 10.1) així ho reconeix associant-hi –a la persona– els drets inviolables que li són inherents”.

Sense perjudici de reconèixer la dificultat de dotar d'un contingut jurídic-substantiu el valor de la “dignitat humana”, és la veritat, però, que la jurisprudència constitucional ho ha relacionat amb límits mínims infranquejables, fins i tot per al legislador pròpiament dit, que estarien vinculats directament a aquest valor⁵². Així, quan en la STC 53/1985, d'11 d'abril, FJ 8, a propòsit del recurs previ d'inconstitucionalitat contra la despenalització parcial de l'avortament consentit, es fa al·lusió al fet que “junt amb el valor de la vida humana i substancialment relacionat amb la dimensió moral d'aquesta, la nostra Constitució ha elevat també a valor jurídic fonamental la dignitat de la persona, que, sense perjudici dels drets que li són inherents, es troba vinculada íntimament amb el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10) i els drets a la integritat física i moral (art. 15), a la llibertat d'idees i creences (art. 16), a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge (art. 18). Del sentit d'aquests preceptes es pot deduir que la dignitat és un valor espiritual i moral inherent a la persona, que es manifesta singularment en l'autodeterminació conscient i responsable de la pròpia vida i respecte que comporta la pretensió al respecte per part dels altres”; i no solament això, sinó que més avall afegeix que “quan l'interpret constitucional tracta de concretar aquest principi no pot ignorar el fet obvi de l'especialitat de la condició femenina i la concreció dels esmentats drets en l'àmbit de la maternitat, drets que l'estat ha de respectar i a l'efectivitat del qual ha de contribuir...” Així també, quan en la STC 120/1990, de 27 de juny, a propòsit del tema de l'alimentació forçosa de reclusos en vaga de gana, es refereix a la dignitat de la persona com a “mínimum invulnerable que tot estatut jurídic ha d'assegurar, de manera que, siguen unes o altres les limitacions que s'imposen en el gaudi dels drets individuals, no comporten menyspreu per a l'estima que, com a ésser humà, mereix la persona” (FJ 4).

Però no han estat només aquestes declaracions de reconeixement del valor de la dignitat de la persona les que ha fet el Tribunal Constitucional. També ha deduït d'aquest principi l'exigència de suficiència econòmica a l'efecte de limitar les possibilitats d'embargament de béns per no sacrificar el mínim vital del deutor (STC 113/1989, de 22 de juny, FJ 3) o per garantir la percep-

52. Vegeu sobre el tema Jiménez Campo, J. en el comentari a l'art. 10.1 de la Constitució, dins l'obra col·lectiva *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters-Kluwer España, Madrid, 2009, cit. pàg. 181 i seg.

ció d'indemnitzacions per accident de circulació, quan la ja esmentada STC 181/2000, de 29 de juny, en el seu FJ 9, parla de la necessitat de fixar “pautes indemnitzadores suficients en el sentit de respectuoses amb la dignitat que és inherent a l'ésser humà”.

Però potser on el Tribunal Constitucional ha advertit l'existència d'un “mínim vital de subsistència” ha estat en tractar dels drets reaccionals derivats del deure de contribució al sosteniment de les despeses públiques en la STC 19/2012, de 15 de febrer, FJ 4, mínim que –com ja s'ha vist *in extenso* en l'apartat relatiu a aquests drets derivats d'art. 31.1 de la Constitució– “no solament és ... un element indestriable del principi de capacitat econòmica especialment rellevant en tributs que, com l'impost sobre la renda, afecten la renda integral dels subjectes, sinó que és fruit de la justícia que, com a valor de l'estat social i democràtic, reclama l'art. 1.1 CE i, com a exigència del sistema tributari, imposa l'art. 31.1 CE, en connexió directa amb la garantia de la dignitat de la persona (art. 10.1 CE)”.

Però és que, a més, el nucli essencial no solament és predicable dels drets fonamentals i constitucionals, ço és, d'aquells a què es refereix expressament l'art. 53.1 de la Constitució. Ho és també dels drets econòmics i socials encara que no assolisquen aquesta categoria. En realitat, ho és de tots els drets, siguin de promoció de mitjans o de prestació de resultats –com s'ha apuntat més amunt en estudiar la possibilitat de deduir veritables drets subjectius dels principis rectors de la política social i econòmica del capítol III del títol I de la Constitució–, bé per si mateixos, bé mitjançant la legislació de desplegament.

La pròpia STC 11/1981, de 8 d'abril, que va abordar primerencament el problema de determinar la idea de “contingut essencial” recollida en l'art. 53.1 CE, reconeix que es tracta d'un concepte referit “a la totalitat dels drets fonamentals i que es pot referir a qualssevol drets subjectius, siguin o no siguin constitucionals” (FJ 8) i arbitra dos camins per aproximar-se a la idea del seu significat, camins que no són alternatius ni, encara menys, antitètics, sinó que poden ser considerats com a complementaris. “El primer és tractar d'acudir al que se sol anomenar la naturalesa jurídica o la manera de concebre o de configurar cada dret ...”, de tal manera que constituïran “el contingut essencial d'un dret subjectiu les facultats o les possibilitats d'actuació necessàries perquè el dret siga recognoscible com a pertinent al tipus descrit i sense les quals deixa de pertànyer a aquest tipus i ha de passar a quedar comprès en un altre, desnaturalit-

zant-se, per dir-ho així. El segon possible camí per definir el contingut essencial d'un dret –continua dient textualment la sentència– consisteix a tractar el que una important tradició ha anomenat els interessos jurídicament protegits com a nucli i medul·la dels drets subjectius. Es pot llavors parlar d'una essencialitat del contingut del dret per fer referència a aquella part del contingut ... que és absolutament necessària perquè els interessos protegibles jurídicament, que donen vida al dret, resulten realment, concretament i efectivament protegits. D'aquesta manera, es depassa o es desconeix el contingut essencial quan el dret queda sotmès a limitacions que el fan impracticable, el dificulten més enllà del que és raonable o el depullen de la protecció necessària” (FJ 8).

Al nucli essencial dels drets fonamentals i constitucionals de naturalesa economicosocial m'he referit ja en tractar, en l'apartat V d'aquest treball, del “Reconeixement dels drets econòmics i socials en la Constitució”. S'hi examina el sentit bàsic dels drets purament econòmics –llibertat d'empresa dins una economia de mercat i propietat privada, amb tots els seus condicionaments–; dels drets reaccionals derivats del deure de contribuir al sosteniment de les despeses públiques i les seues relacions amb els valors i principis –dignitat humana, protecció de la família, sobretot– que serveixen també a la configuració de l'estat social de dret; dels drets socials fonamentals –dret a l'educació, a la lliure sindicació i el dels treballadors a la vaga en defensa dels seus interessos– i dels constitucionals –dret i deure de treballar, negociació col·lectiva i adopció de mesures de conflicte col·lectiu–; i finalment, el sentit i el contingut bàsic dels drets derivats dels principis rectors de la política social i econòmica, encara que aquests procedisquen no solament del seu enunciat constitucional sinó també de la intermediació legislativa.

Quant a aquests últims, en l'epígraf corresponent de l'apartat V s'ha destacat igualment el seu contingut bàsic i la interrelació existent no només entre ells sinó també amb altres drets fonamentals.

Per tot això, aquests drets purament socials –els derivats dels principis de la mateixa naturalesa del cap. III del títol I de la Constitució i del seu desplegament legislatiu– es pot concloure que inclouen un contingut essencial que no pot ser restringit o degradat. Quan en el manament de manteniment d'un règim públic de Seguretat Social (art. 41 CE), es fa referència expressament a la garantia d'assistència social i de “prestacions socials suficients davant situacions de necessitat, especialment en casos de desocupació”, s'està, amb l'imperatiu de

“suficiència” en les prestacions, al·ludint no a un concepte nominal de prestació de qualsevol virtualitat, sinó a les prestacions que permeten “viure” amb dignitat, fins i tot en situacions de desocupació.

Passa el mateix quan l’art. 50 CE parla de l’obligació dels poders públics de garantir “mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat”. En aquest precepte, la Constitució no es refereix a la percepció de pensions en qualsevol quantia, ni tampoc a actualitzacions nominals, sinó a les que siguin adequades a una vida digna i siguin actualitzades periòdicament en funció de paràmetres reals de cost de la vida, ja que en cas contrari no servirien per garantir cap “suficiència” durant la tercera edat com exigeix el precepte constitucional.

A propòsit d’aquestes últimes reflexions és oportú al·ludir a la Llei 23/2013, de 23 de desembre, reguladora del factor de sostenibilitat i de l’índex de revaloració del sistema de pensions de la Seguretat Social. Aquesta llei introdueix el factor de sostenibilitat, que serà aplicat a partir de l’any 2019, a fi de mantenir la proporcionalitat entre les contribucions al sistema i les prestacions de jubilació expressades, establint un mecanisme d’adaptació davant possibles desequilibris del sistema de pensions derivats de la intensitat de factors demogràfics previsibles, com ara l’increment de la longevitat, i un mecanisme també d’equitat intergeneracional, mantenint l’equilibri entre el temps de vida activa i el passat com a pensionista. Al mateix temps, mitjançant la modificació per la llei de referència de l’art. 48 del Text refós de la Llei general de la Seguretat Social que va aprovar el Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny, se substitueix la revaloració periòdica mitjançant la seua actualització d’acord amb l’índex de preus de consum (IPC) per un altre procediment que fa dependre el creixement o l’actualització periòdica de les pensions, manada per l’art. 50 de la Constitució, d’una favorable evolució del creixement dels ingressos, del nombre de pensions, de la quantia mitjana d’aquestes i de l’equilibri entre ingressos i despeses del sistema.

Aquesta innovació legislativa, que té l’antecedent en la Llei 27/2011, d’1 d’agost, sobre actualització, adequació i modernització del sistema de la Seguretat Social, excepte en el que es refereix a la supressió del factor d’actualització periòdica vinculat a l’IPC de la legislació anterior, parteix –pel que fa al que he qualificat de mecanisme d’equitat intergeneracional– d’aplicar un descompte en la quantia inicial de la pensió en funció de l’esperança de vida però sense

consideració a un major esforç contributiu, com feia la Llei 27/2011, de tal manera que, tot establint una correcció automàtica a la baixa per major esperança de vida, no té en compte els increments previsibles del nivell de riquesa en el conjunt de la societat, una vegada se supere, com esperem, la crisi. Quant a la revaloració periòdica de les pensions, com que en la nova fórmula d'actualització creixerà el nombre de pensions i la seua quantia mitjana per l'augment de jubilacions, resultarà que només un augment considerable i poc possible dels ingressos podria produir un increment paral·lel a l'augment del cost de la vida, amb la qual cosa la pèrdua progressiva de valor de les pensions estarà poc menys que assegurada amb el nou sistema. Des d'aquesta perspectiva és des de la qual s'haurà de determinar si amb aquest nou sistema es compleix o no es compleix l'esmentat manament de l'art. 50 de la Constitució, és a dir, si el concepte de "pensió adequada i periòdicament actualitzada" és real o merament nominal.

c) Límits derivats del tipus de norma pel qual s'estableix la limitació regressiva

El problema se centra en la utilització reiterada del decret llei per a l'establiment de mesures correctores en sentit regressiu de drets economicosocials reconeguts o consolidats per llei. Tot això sense entrar en el problema de si l'establiment i la regulació dels drets d'aquella condició i de les prestacions associades a aquests estan sotmesos a reserva de llei, com per als drets fonamentals i els anomenats constitucionals (seccions 1a i 2a del capítol II del títol I CE) exigeix clarament l'art. 53.1 CE, i com es pot defensar per a aquests sobre la base de la seua connexió amb drets fonamentals pròpiament dits, com podria passar, per exemple, amb el dret a la protecció de la salut (art. 43 CE) i el dret a la vida i integritat física (art. 15.1) o amb els que he qualificat de drets constitucionals [v. gr., dret de propietat (art. 33) i dret al gaudi d'un habitatge digne i adequat (art. 47)].

Conseqüentment, caldrà fer referència, a més del requisit d'"extraordinària i urgent necessitat" que exigeix la Constitució (art. 86.1) perquè el Govern pugui dictar-los, al de no poder "afectar ... els drets, deures i llibertats dels ciutadans regulats en el títol I ...". Aquest segon aspecte és el que més interessa ara, per la relació que pot guardar amb la matèria relativa a la irreversibilitat de les conquestes socials, ja que el primer és general respecte a qualsevol matèria que pugui resultar afectada per aquest instrument normatiu.

L'apreciació de l'extraordinària i urgent necessitat requereix fer constar que aquesta exigència implica la seua concurrència sobre la norma en conjunt i també sobre els preceptes que regulen les concretes mesures adoptades, amb el benentès que no cal que concórrega una situació de necessitat absoluta o extrema (STC 68/2007, de 28 de març, FJ 3r; 31/2011, de 17 de març, FJ 7è; 137/2011, de 14 de setembre, FJ 4t; 237/2012, de 13 de desembre, FJ 4t i 39/2013, de 14 de febrer, FJ 5è).

Respecte del requisit de no poder afectar els drets, els deures i les llibertats dels ciutadans regulats en el títol I de la Constitució, la jurisprudència constitucional ha exigít que la matèria objecte d'aquesta regulació excepcional no constituísca una regulació general, ni tampoc una regulació que, tot i no ser general, sí que afecte elements essencials dels expressats drets, deures i llibertats; per a això s'haurà d'atendre "la configuració constitucional del dret afectat en cada cas i fins i tot la seua col·locació en el text constitucional dins les diverses seccions i capítols del seu títol I, dotats de major o menor rigor protector d'acord amb l'art. 53 CE" (STC 111/1983, de 2 de desembre, FJ 8; 182/1997, de 28 d'octubre, FJ 6è i 7è; 189/2005, de 7 de juliol, FJ 7è i 329/2005 de 15 de desembre, FJ 8è).⁵³

D'aquesta doctrina es desprèn clarament –pel que concerneix el segon dels requisits apuntats– la necessitat de connectar la regulació que faça el decret llei amb el nucli essencial del dret afectat a què s'ha fet referència anteriorment. (Vegeu l'apartat V d'aquest treball i també les consideracions que es fan sobre els "Límits derivats de la invulnerabilitat del contingut essencial dels drets socioeconòmics reconeguts en la Constitució".)

Una aplicació pràctica d'aquest problema es pot trobar en el Reial decret llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per garantir la sostenibilitat del sistema nacional de salut, quan planteja dilucidar si aquesta regulació ha reformulat a fons el dret a la protecció de la salut, quan ha suposat un canvi en la idea d'universalització de l'assistència sanitària que subjau en l'art. 43 de la Constitució, en relació amb el valor de la dignitat de les persones, i subjeia

53. Vegeu Duque Villanueva, J. C., *Comentario al art. 86 CE*, dins *Comentarios a la Constitución Española*, Fundació Wolters-Kluwer España, cit. 2009, pàg. 1.501 i seg.

en la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, quan va establir les bases per a aquesta universalització i que ara, en vincular-la a la condició d'assegurat en la modificació que el Reial decret llei ha introduït en l'art. 3r de la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut, ha suposat l'exclusió de determinats col·lectius com a usuaris; en tant que –per si no fóra prou– ha exigit al col·lectiu que no es puga incloure en la condició d'assegurat i complisca determinades condicions que no fan ara al cas, un requisit d'ingressos que no s'exigeix a altres col·lectius; i quan, finalment, ha deferit la seua determinació, sense cap condicionament, a una disposició reglamentària totalment oberta⁵⁴.

d) Límits derivats de la connexió dels drets econòmics i socials amb drets fonamentals o constitucionals

Cal fer referència en aquest apartat a les connexions dels principis rectors de la política social i econòmica amb drets fonamentals i constitucionals, que és matèria estudiada en l'apartat V d'aquest treball, subepígraf C.b'), derivada –com es diu allí– d'una interpretació sistemàtica de la Constitució i d'una interrelació entre els seus preceptes i manaments.

Aquesta connexió ha estat reconeguda reiteradament pel Tribunal Constitucional, com és sabut. Servisca d'exemple la relació, ja reiteradament esmentada, entre el dret a la protecció de la salut (art. 43 CE) amb el dret a la vida i la integritat física (art. 15.1 CE), declarada, entre d'altres, en les STC 62/2007, de 27 de març, i 160/2007, de 2 de juliol, encara que la connexió es predique en els casos de risc o perill greu per a la salut.

Però potser la connexió major dels drets econòmics i socials –sobretot dels últims– es dona quan es tracta del principi o dret d'igualtat (arts. 1r.1, 9è.2, 14 i 31 CE), generalment associat al de dignitat de la persona, i quan s'al·ludeix al dret a la tutela judicial de drets i interès legítims (art. 24.1 CE).

Respecte del dret i principi d'igualtat, la relació és especialment intensa, tant en el seu contingut de clàusula general d'igualtat de tots els espanyols davant la llei, “que exigeix que els supòsits de fet iguals siguen tractats idènti-

54. Vegeu Beltrán Aguirre, J. L., “Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de Abril, de Medidas Urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, Revista Aranzadi Doctrinal, juny 2012, núm. 3, pàg. 191 i seg.

cament en les seues conseqüències jurídiques i que, per introduir diferències entre ells, haja d'existir una justificació suficient de tal diferencia” –que haurà d'aparèixer com a fundada i raonable, d'acord amb criteris i judicis de valor generalment acceptats i sense conseqüències desproporcionades–, com en el seu contingut de prohibició d'una sèrie de motius o raons concretes de discriminació (per totes, STC 200/2001, de 4 d'octubre, FJ 4t, i 59/2008, de 14 de maig, FJ 5è), contingut aquest últim que “representa una interdicció explícita de determinades diferències històricament molt arrelades i que han situat, tant per l'acció dels poders públics com per la pràctica social, sectors de la població en posicions no solament desavantatjoses, sinó contràries a la dignitat de la persona que reconeix l'art. 10.1 CE”, (STC 200/2001, de 4 d'octubre, FJ 4t, i 59/2008, de 14 de maig, FJ 5è, entre moltes més). Encara que la igualtat és un dret subjectiu fonamental a obtenir un tracte igual (STC 49/1982, de 14 de juliol) i no ha de ser equiparat a un dret a la desigualtat o, el que és el mateix, a ser tractat de forma diferent o a la singularització normativa, sí que n'hi ha a no ser discriminat respecte de la situació reconeguda a determinats col·lectius, previstos específicament entre els principis rectors de la política social i econòmica, quan s'hi pertany segons les lleis de desplegament. Llavors, si la mesura regressiva implica el retrinxament de tot o part del que anteriorment he qualificat de contingut essencial d'aquests drets derivats (v. gr., el dret a l'assistència i a rebre prestacions suficients en cas de necessitat, especialment en situació de desocupació –art. 41 CE– o el dret a tenir garantida la suficiència econòmica durant la tercera edat mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament –art. 50 CE– o a rebre els disminuïts físics, sensorials i psíquics atenció especialitzada –art. 49 CE–), la reculada podria ser qualificar d'inconstitucional. Aquestes referències directes de la Constitució a determinats col·lectius personals permeten –i també a vegades imposen– l'establiment, per als concernits, de tractaments diferenciadors, positius o favorables, que estan acollits al que estableix l'art. 9.2 CE i que no s'oposen a l'imperatiu de la igualtat derivat de l'art. 14 CE⁵⁵.

També el principi d'igualtat, en la seua versió d'interdicció de la discriminació, ha tingut rellevància en altres tribunals constitucionals. El portuguès, en la sentència 353/2012, de 5 de juliol, declara inconstitucional la suspensió de les pagues extraordinàries de vacances i nadal dels empleats públics i jubilats durant els anys 2012, 2013 i 2014, que es basava en la necessitat d'observança rigorosa dels límits permesos al dèficit pressupostari, adduint que s'havia ca-

55. Casas Baamonde, M. E., en “Comentarios al Tít. I de la Constitución”, Comentarios a la Constitución Española, Fund. Wolters-Kluwer, cit. pàg. 174.

rregat l'esforç que comportava aquesta finalitat únicament en uns determinats col·lectius, que havien sofert així un tracte discriminatori, atès que aquella –la finalitat– havia de ser assolida “a través de mesures de disminució de despesa i/o d'augment d'ingressos que no comportaren un repartiment de sacrificis diferenciat excessivament”.

Però de la igualtat també es pot parlar com a títol competencial, per la via de l'art. 149.1.1a CE, quan aquest estableix que l'estat té competència exclusiva sobre “la regulació de les condicions bàsiques que garantisquen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets i en el compliment dels deures constitucionals”.

No tractaré ací del significat i del ric contingut que pot oferir aquest primer títol competencial de l'estat i la necessitat, d'altra banda, d'evitar que a la seua empara se trinxen les competències d'execució normativa bàsica que corresponen a les comunitats autònomes; i encara menys quan les reformes operades en els estatuts d'autonomia a partir del 2006 han il·luminat una sèrie de competències exclusives d'aquestes, precisament en matèria dels drets econòmics i socials que constitueixen l'objecte d'aquest estudi. Però sí que vull destacar, en primer lloc, que “la igualtat de drets i obligacions de tots els espanyols en qualsevol part del territori nacional no pot ser entesa com a rigorosa uniformitat de l'ordenament”, perquè “no és, en definitiva, la igualtat de drets dels ciutadans ... sinó que és la necessitat de garantir la igualtat en l'exercici de tals drets el que, mitjançant la fixació d'unes comunes condicions bàsiques, imposa un límit a la diversitat de les posicions jurídiques de les comunitats autònomes” [(STC 247/2007, de 12 de desembre, FJ 4t 6), amb cita de la STC 76/1983, de 5 d'agost, FJ 2n a)]; en segon terme, que és un títol competencial amb operativitat i connexió amb els drets recollits en el capítol III, títol I, de la Constitució. Així, en les STC 13/1992, de 6 de febrer, i 16/1996, d'1 de febrer, està, entre altres matèries, connectat amb els drets de la tercera edat de l'art. 50 CE. Abans, en la STC 32/1983, de 28 d'abril, se'l relaciona amb el dret a la protecció de la salut i amb el règim públic de la Seguretat Social (art. 43 i 41 CE), el mateix que la STC 149/1991, de 4 de juliol, utilitza el títol per assegurar la igualtat bàsica en el dret al gaudi d'un medi ambient adequat; i finalment, en tercer lloc, que, fent ús d'aquest títol competencial, l'estat ha dictat lleis socials de gran importància com ara la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no-discriminació i accessibilitat universal de les persones amb

discapacitat; i sobretot la Llei 39/2006, de 14 de desembre, de promoció de l'autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència⁵⁶.

Del que s'ha dit es desprèn fàcilment que les condicions bàsiques a què es refereix l'art. 149. 1.1a CE poden servir per configurar el contingut essencial dels drets econòmics i socials que reconeix la Constitució i, per tant, per concloure la irreversibilitat de conquestes socials reconegudes en aquestes. Cal tenir present que l'única garantia d'un mínim d'univocitat per als esmentats drets descansa en la utilització per l'estat del títol competencial a què s'al·ludeix. Si a aquest mínim s'afegeix la funció d'igualació bàsica en matèria financera que representa la Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, de finançament de les comunitats autònomes, que atribueix (art. 15) a l'estat la funció de garantir en tot el territori espanyol “el nivell mínim dels serveis públics fonamentals de la seua competència”, serveis que no són altres que “l'educació, la sanitat i els serveis socials essencials”, es comprendrà que “la conjunció d'aquests dos títols – regulador i financer– permetria a l'estat configurar un dret públic subjectiu perfecte a les prestacions socials necessàries per garantir un mínim existencial”⁵⁷. En definitiva és el que es pot concloure que han fet les lleis de desplegament apuntades més amunt i les altres que s'han promulgat a l'empara dels drets, dels principis, dels manaments i de les habilitacions continguts en el tan repetit capítol III del títol I de la Constitució.

i) Limitacions a les restriccions en funció dels principis de seguretat jurídica, confiança legítima i irretroactivitat de disposicions restrictives de drets individuals

També aquests principis –si bé amb menor aplicació en matèria de jurisprudència sobre els drets socials– tenen una repercussió indubtable a l'hora de valorar la viabilitat constitucional de les regressions que sobre aquests es pugen acordar legislativament.

El TC, en la sentència 227/1988, de 29 de novembre, a propòsit de diversos recursos d'inconstitucionalitat interposats en relació amb la Llei d'aigües 29/1985, de 2 d'agost, per salvaguardar drets i interessos patrimonials de caràc-

56. Vaquer Caballeria, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, cit. pàg. 92.

57. Vaquer Caballeria, M., op. cit. pàg. 93 i seg.

ter individual enfront de l'ordenació estatal del recurs natural que l'aigua significa, va declarar (FJ 7è) que d'una interpretació sistemàtica dels art. 33 i 45.2 de la Constitució “no es podia derivar les tesis que tota mesura d'ordenació legal dels recursos naturals i, especialment, d'un recurs tan vital i escàs com l'aigua, haja d'atendre prioritàriament el criteri d'evitar qualsevol sacrifici no imprescindible dels drets i de l'interès patrimonials de caràcter individual”. La mateixa sentència, referint-se al principi d'irretroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals, continua declarant (FJ 9) que “no hi ha retroactivitat quan una llei regula de manera diferent *pro futur* situacions jurídiques creades amb anterioritat a la seua entrada en vigor i els efectes de la qual no s'han consumat, ja que ... una norma és retroactiva, a l'efecte de l'art. 9.3 de la Constitució, quan incideix sobre “relacions consagrades” i “afecta situacions esgotades” i “el que es prohibeix en l'art. 9.3 és la retroactivitat entesa com a incidència de la nova llei en els efectes jurídics ja produïts de situacions anteriors, de manera que la incidència en els drets, quant a la seua projecció cap al futur, no pertany al camp estricte de la irretroactivitat”, així com (FJ 10) que el respecte a situacions jurídiques preexistents “no pot produir una congelació de l'ordenament jurídic o impedir-ne tota modificació” o que el principi de seguretat jurídica “no empara la necessitat de preservar indefinidament el règim jurídic que s'estableix en un moment històric donat en relació amb drets o situacions determinades”.

Per la seua banda, la STC 222/2003, de 15 de novembre, en ocasió d'inadmissió de recurs presentat davant el Jutjat d'Instrucció de Guàrdia quan una modificació del Reglament del Consell General del Poder Judicial havia disposat la inadmissió d'escrits davant aquest òrgan que foren adreçats a altres ordres jurisdiccionals, va declarar (F.J. 4t) que en el cas es va poder generar un criteri mereixedor de protecció “a l'empara del principi de confiança legítima, derivació del principi de seguretat jurídica”, la idea material de la qual “impedeix ... trencar en perjudici dels drets del ciutadà la confiança que havia estat generada per un acte del poder públic conforme al qual aquells (es refereix als ciutadans i professionals del dret) podien haver configurat la decisió relativa a la seua actuació processal”.

He reflectit conscientment la relació d'aquestes declaracions amb els casos concrets a què van ser aplicades per destacar que, en el cas de regressions afectants a drets socials, no s'està solament en presència de drets individuals representatius d'interessos particulars contraris a la nova ordenació, que a més no era retroactiva, sinó concebuda *pro futur*, com passava en el supòsit resolt

per la STS 227/1998, sinó davant drets que configuren el contingut essencial de l'estat social i democràtic de dret proclamat per l'art. 1r.1 de la Constitució i que han estat reconeguts i aplicats reiteradament per les lleis de regulació d'aquests i de desplegament dels principis i manaments que els materialitzen. La seua supressió o regressió sense realitzar autènticament els judicis de proporcionalitat i ponderació corresponents, significaria també, a més de l'arbitrarietat que –com hem dit més amunt– caldria apreciar, la vulneració dels principis a què s'ha fet indicació en aquest apartat.

VII. Les alternatives al sacrifici lineal dels drets econòmics i socials reconeguts en la Constitució

Aquest apartat desenvolupa un dels arguments que constitueixen el nucli essencial d'aquest treball. Em referisc al fet que, destacada la importància constitucional que ostenten els principis, els drets, els manaments i les habilitacions que integren el contingut de l'estat social i democràtic de dret que, com tantes vegades s'ha repetit, proclama la nostra Constitució, i considerats també la seua normativitat, el contingut essencial dels “drets” que configura el mateix text constitucional o el seu desplegament legislatiu, la seua naturalesa intangible i la seua vigència efectiva en els instruments normatius vigents –tant en l'àmbit del dret intern com en el del dret comunitari europeu–, cal oferir solucions perquè, fonamentalment en situació de crisi econòmica com l'actual, no s'incórrega en la contradicció que significa mantenir l'afirmació i la vigència de l'estat social i al mateix temps obrir el camí a la seua restricció, o fins i tot eliminació, mitjançant solucions de retallada lineal en la despesa fetes sense els judicis de ponderació i proporcionalitat oportuns que són totalment exigibles.

Amb això torne al pensament de Joan Lluís Vives, exposat al principi d'aquesta intervenció, i a les solucions que preconitzava per subvenir a la pobresa. No han de faltar diners –ens deia– si s'administren bé les rendes o, el que és el mateix, si hi ha una bona administració dels recursos disponibles per afrontar les càrregues públiques; si els particulars rics aporten el que cal, és a dir, si hi ha un compliment correcte del deure de contribuir al sosteniment de les despeses públiques pels qui, pels seus recursos, estan en la posició i en l'obligació de fer-ho; i si, malgrat tot, no s'aconsegueix cobrir totes les necessitats, haurà de ser la ciutat –llegiu-hi l'estat– el que, “tot retallant d'altres despeses, dedique el que calga a aquests menesters”.

Vegem quines –al meu parer– poden ser algunes, les principals, si més no, d'aquestes alternatives:

A) L'equitativa assignació dels recursos públics i l'eficiència i l'economia com a criteris constitucionals a la programació i l'execució de la despesa pública

“La despesa pública –disposa l'art. 31.2 de la Constitució– ha de realitzar una assignació equitativa dels recursos públics, i la seua programació i execució han de respondre als criteris d'eficiència i economia”.

Tradicionalment s'ha considerat una decisió de pura naturalesa política la determinació de les finalitats a què han de ser destinats els ingressos públics. Ha estat, doncs, una novetat –i de gran importància– la introducció d'un principi de justícia en la despesa pública que complira similar funció que el que, quan es tracta dels ingressos públics, compleixen els principis constitucionals recollits a l'apartat 1r d'aquest mateix precepte constitucional. La consideració intencionada d'aquest principi d'equitat en l'assignació dels recursos públics no va ser, naturalment, producte de la casualitat o d'una “ocurrència” retòrica. Aquest apartat de l'art. 31 CE va ser producte d'una esmena proposada pel professor Fuentes Quintana en la Comissió del Senat (BOC de 6 d'octubre de 1978), en què va sostenir que “la hisenda no solament té la mà de l'impost per recaptar el conjunt dels fons que necessita a fi de satisfer les necessitats públiques i atendre les despeses, sinó la mà de la despesa pública que completa, com és lògic, la mà de la imposició. Constitueix una incoherència separar aquestes mans, ja que hisenda podria destruir amb la mà de la despesa pública el que ha construït i edificat amb la mà de l'impost. Per tant, és un deure coherència”.

La introducció d'aquest precepte va constituir una decidida superació de les posicions doctrinals que havien considerat sempre les decisions de despesa pública com a matèria purament política. En definitiva va suposar –com s'ha remarcat al començament– la penetració del dret en l'ordenament de la despesa pública, d'acord, a més, amb un sensible esforç doctrinal.

El manament constitucional contingut en aquest apartat de l'art. 31 CE es desdobra en dos postulats. El d'assignació equitativa dels recursos públics incorpora no solament l'oportunitat, sinó també l'exigència d'un judici de valor sobre la correcció i la bondat de les finalitats a què es destinaran els ingressos

públics. El relatiu a l'eficiència i l'economia a la programació i l'execució de la despesa fa referència a la necessitat d'utilitzar els recursos públics d'acord amb el principi de bona gestió financera, és a dir, el que conjuga la realització de les finalitats i l'obtenció dels resultats previstos d'acord amb el millor aprofitament dels mitjans utilitzats, inclòs el factor econòmic.

La doctrina ha destacat la dificultat de delimitar equitativament les finalitats per satisfer. Una via d'anàlisi, com s'ha dit amb encert, la dona la mateixa Constitució quan, en exigir als poders públics que garantiscuen i defensen determinats valors —els configurats com a principis rectors de la política social i econòmica, als quals podrien afegir-se els configurats anteriorment com a drets fonamentals o constitucionals (art. 27, 35 i 39 a 52 CE)—, està marcant ja alguna primacia en prioritats de despesa en relació amb altres finalitats⁵⁸.

El Tribunal Constitucional, certament, no s'ha pronunciat de manera específica sobre els principis ara estudiats, a diferència del que ha fet respecte dels continguts en l'art. 31.1 CE. Solament, a propòsit de la compatibilitat de les funcions del Tribunal de Comptes com a òrgan de control extern dels comptes i de la gestió econòmica del sector públic (art. 136 CE) amb els òrgans de la mateixa naturalesa creats per les comunitats autònomes en el marc de les seues competències, ha declarat que aquesta coexistència d'òrgans ha de respectar la primacia del referit Tribunal i usar “les tècniques tendents a reduir a unitat l'actuació d'un i altres i a evitar duplicitats innecessàries o disfuncionalitats, que serien contràries als criteris d'eficiència i economia enunciats en l'art. 31.2 de la Constitució” (STC 187/1988, de 17 d'octubre, FJ 12; i posteriorment, també sobre el mateix tema, STC 214/1989, de 21 de desembre, FJ 28, i 18/1991, de 31 de gener, FJ 3). Igualment, en ocasió d'ocupar-se del mateix tema de duplicitat d'òrgans consultius del govern central i els governs autonòmics —Consell d'Estat i consells consultius de les comunitats autònomes—, la STC 204/1992, de 26 de novembre, FJ 5, va declarar que “seria molt probablement innecessari i, sens dubte, oneros i dilatori que en un mateix procediment s'haguera de recaptar successivament dictamen d'un òrgan superior consultiu autonòmic de característiques semblants al Consell d'Estat i del mateix Consell d'Estat, amb menyspreu dels principis d'eficàcia administrativa (art. 103 CE) i eficiència i economia de la despesa pública (art. 31.2 CE)”.

58. Vegeu en aquest sentit, Martín Queralt, J., en “Curso de Derecho Financiero y Tributario”, 24a ed., Madrid, 2013, cit. pàg. 119 i seg.

No obstant aquesta parquedat en les declaracions del Tribunal Constitucional sobre els principis de la despesa que examinem, la importància de respectar les finalitats i els manaments explícitament ressenyats en la Constitució suposa, per lògica elemental, la seua traducció en prioritats en la despesa pública i, conseqüentment, la seua reserva a l'hora de limitar els mitjans per arbitrar per al seu compliment. El desconeixement d'aquestes prioritats o la seua assimilació a unes altres no ordenades directament per la Constitució, no significaria cap altra cosa que negar la normativitat de la norma fonamental i relegar-la a la consideració d'un text retòric i programàtic –com ja s'ha anticipat oportunament.

B) La realització efectiva del dret a un bon govern o a una bona administració

En connexió amb el principi constitucional d'assignació equitativa dels recursos públics i de programació i d'execució de la despesa pública d'acord amb els principis d'eficiència i economia, però amb pròpia substantivitat, s'ha anat obrint pas la concepció com a dret ciutadà de les obligacions procedimentals que els ordenaments democràtics imposen a l'actuació dels governs o, si es vol i amb un criteri més ampli, a l'actuació de governs, administracions públiques i, en general, entitats integrades en el que comunament s'anomena "sector públic", o participades, directa o indirectament, per entitats públiques encara que la seua actuació pugui ser sotmesa al dret privat, així com dels deures de naturalesa eticojurídica que també s'imposen als seus responsables, però ja com a obligació jurídica.

Com expressa el preàmbul de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, "La transparència, l'accés a la informació pública i les normes de bon govern han de ser els eixos fonamentals de tota acció política. Només quan l'acció dels responsables públics se sotmet a escrutini, quan els ciutadans poden conèixer com es prenen les decisions que els afecten, com es manegen els fons públics o amb quin criteri actuen les nostres institucions, podrem parlar de l'inici d'un procés en el qual els poders públics comencen a respondre a una societat que és crítica, exigent i que demana participació dels poders públics."

En realitat, el dret a una bona administració està directament relacionat amb el dret a un procediment administratiu respectuós amb les garanties

que estableix, en el que toca al nostre ordenament, la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú –Ley 30/1992, de 26 de novembre– d’acord amb els principis constitucionals continguts en els art. 9.2, 9.3, 31.2, 103.1, 105 i 106 de la Constitució, de tal manera que implique l’actuació de les administracions públiques conformement als principis de racionalitat, igualtat, participació, seguretat jurídica i interdicció de l’arbitrarietat, assignació equitativa dels recursos públics i programació d’aquests amb criteris d’eficiència i economia, objectivitat, coordinació i eficàcia, audiència als ciutadans en procediments d’elaboració de les disposicions que els afecten i accés d’aquests als arxius i registres administratius, així com d’audiència a les persones interessades en els procediments a través dels quals es produïsquen els actes administratius i, en general, d’actuació administrativa conformement a llei. Tot això en servei, a més, dels interessos generals. Obvi és dir que no es pot abordar ací l’estudi crític de com la precitada LRJAP i PAC ha incorporat i desplegat aquests principis.

La mateixa idea batega en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, consolidada pel tractat de Lisboa de 13 de desembre de 2007 i que, en virtut d’aquest últim i com ja s’ha dit, té avui ple valor normatiu si s’aplica dret comunitari europeu, quan afirma aquest dret, amb l’expressa rúbrica de “dret a una bona administració”, en l’art. 41 i determina el dret de tota persona que siguen tractats per la Unió els seus assumptes “imparcialment i equitativament i dins un termini raonable” i “a ser escoltada abans que es prengui en contra seu una mesura individual que l’afecte desfavorablement”, així com “accedir a l’expedient que la concernisca, dins el respecte dels interessos legítims de la confidencialitat i del secret professional i comercial” i que l’administració complisca amb l’obligació que li incumbeix “de motivar les seues decisions”.

També ha estat recollit aquest dret pels moderns estatuts d’autonomia en les reformes dutes a terme a partir del 2006. Així ha estat reconegut en l’Estatut d’Autonomia de Catalunya (art. 30), d’Andalusia (art. 31), Balear (art. 14), de Castella i Lleó (art. 12) i de la Comunitat Valenciana (art. 9).

En l’actualitat, la Llei 19/2013, de 9 de desembre –com s’acaba d’assenyalar–, ha regulat també els aspectes generals d’aquest dret en el títol II, amb la rúbrica de “Bon Govern”, però referit no a la genèrica actuació administrativa procedimental, sinó a la dels membres del govern, secretaris d’estat i la resta dels alts càrrecs de l’administració general de l’estat i de les entitats del

sector públic estatal vinculades o dependents d'aquella, així com la “dels alts càrrecs o assimilats que, d'acord amb la normativa autonòmica o local que els siga aplicable, tinguen tal consideració, inclosos els membres de les juntes de govern de les entitats locals” (art. 25). En aquesta Llei, i per la via de “principis de bon govern”, es concreta el tenor de les actuacions que els alts càrrecs concernits hauran d'observar en el compliment de les seues responsabilitats, principis que, a més, serveixen per informar la interpretació i l'aplicació del règim sancionador que es regula en el mateix títol (art. 26).

Prescindint ara de la naturalesa del dret ciutadà d'accés a la informació pública, que va donar lloc a una abundant doctrina científica sobre si es tractava d'un mer dret de configuració legal, en vista de l'art. 105.b) de la Constitució, o d'un veritable dret fonamental per la seua connexió amb els drets de participació en assumptes públics (art. 23 CE) o amb les llibertats d'expressió i informació (art. 20 CE) o fins i tot per la seua pròpia substantivitat en estar situat el referit art. 105 de la Constitució entre les normes directives de l'activitat dels poders públics que estableixen garanties constitucionals⁵⁹, és la veritat que la precitada Llei 19/2013, de 9 de desembre, sens dubte, ha incrementat els nivells de transparència en l'activitat pública com es desprèn del seu àmbit subjectiu d'aplicació, que no solament se circumscriu a totes les administracions públiques i entitats relacionades amb aquestes, siga quina siga la seua tipologia, sinó que també inclou partits polítics i entitats privades que, en determinades quanties i temps, reben ajudes o subvencions públiques i igualment els adjudicataris de contractes del sector públic en els termes previstos en el contracte respectiu (art. 2, 3 i 4).

Igualment, la Llei es refereix a la publicitat activa, ço és, la que afecta els subjectes als quals s'estén el seu àmbit subjectiu (art. 5 a 11, inclusivament), així com al dret d'accés a la informació pública, que correspon a “totes les persones en els termes previstos en l'art. 105.b) de la Constitució”. No obstant això, el caràcter excessivament obert de les limitacions al dret d'accés (art. 14), singularment les contingudes en les lletres g) a l) del mateix precepte, exigiran previsiblement el llarg camí clarificador de la interpretació judicial i, per tant, produiran considerable dilació en la seua efectivitat. D'altra banda, en matèria de protecció de dades personals (art. 15), cal dir que s'adopta un criteri

59. Vegeu sobre el tema, Rams Ramos, L., “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”, dins *REDA*, núm. 160, octubre-desembre de 2013, pàg. 155 i seg.

més rigorós que el recollit en la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal. Finalment, en matèria de resolució a la sol·licitud d'accés a la informació, la Llei preveu que “seran motivades les resolucions que deneguen l'accés, les que concedisquen l'accés parcial o a través d'una modalitat diferent de la sol·licitada i les que permeten l'accés quan hi haja hagut oposició d'un tercer (art. 20.2) i, no obstant això, també disposa que “transcorregut el termini màxim per resoldre sense que s'haja dictat i notificat resolució expressa, s'entendrà que la sol·licitud ha estat desestimada” (art. 20.4). Ací, en virtut del Dictamen del Consell d'Estat sobre l'Avantprojecte de la Llei (Dictamen 707/2012, de 19 de juliol), que es va manifestar favorable al sentit denegatori del silenci per la potencial vulneració d'altres drets o interessos en conflicte, (fins i tot reconeixent que era una opció que havia estat molt objectada), la Llei incorre en una contradicció, perquè si la regla general, com s'ha vist, és que la denegació ha de ser motivada i s'ha de fundar en les causes previstes legalment, el sentit del silenci només podria ser el positiu⁶⁰, sobretot quan la mateixa Llei especifica amb més rigor que el que cal els límits al dret a l'accés (art. 14) i els derivats de la protecció de dades personals en relació amb la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (art. 15), com acabem d'indicar.

Íntimament lligada a l'efectivitat d'aquest dret a un bon govern i a una bona administració, i també poderós element de lluita contra la corrupció, com de seguida es veurà, hi ha la tasca de la jurisprudència constitucional en ampliar la legitimació de regidors i diputats provincials per impugnar davant la jurisdicció contenciosa administrativa qualsevol acord adoptat pels òrgans de govern de les corporacions corresponents encara que no hi figuren adscrits i, per tant, no hagueren pogut oposar-se a la seua adopció.

Dit això, no hi ha dubte que l'aplicació a supòsits específics dels principis i de les normes que caracteritzen el dret a una bona administració i govern, així com la dels preceptes reguladors de la transparència i l'accés a la informació pública, són rellevants per evitar regressions en drets socials de rellevància constitucional. La connexió del dret a un bon govern i una bona administració amb la necessitat de motivació suficient i de comportament dels responsables públics conformement a criteris ètics que han adquirit un valor jurídic evident, consti-

60. Vegeu sobre el tema, Ballesteros Moffa., L. A., “Ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿El caballo de Troya de la transparencia?”, dins *REDA*, núm. 161, gener-març 2014, pàg. 74 i seg.

tueixen elements fonamentals per evitar el desmantellament de l'estat social de dret, les lineals i immotivades restriccions dels referits drets socials i el respecte a les prioritats en la despesa que en deriven, com s'ha pogut comprovar de tot el que hem exposat, dels mateixos i directes manaments constitucionals que els sustenten i configuren.

C) La lluita contra la corrupció, el frau i l'elusió fiscal

a) La corrupció i les seues principals àrees de desenvolupament, especialment en l'àmbit de la contractació pública

La Comissió Europea, en l'informe al Consell i al Parlament Europeu sobre la lluita contra la corrupció en la Unió Europea, emès a Brussel·les el 3 de febrer de 2014, després de definir la corrupció com a “abús de poder per obtenir rèdits privats”, destaca que la majoria dels membres de la Unió disposen dels instruments jurídics i institucions necessàries per prevenir i lluitar contra la corrupció, però els resultats no poden qualificar-se de satisfactoris perquè les normes pertinents no sempre s'apliquen enèrgicament, els problemes sistèmics no s'aborden amb prou eficàcia i les institucions no sempre tenen la capacitat necessària per fer-les complir, fins al punt de concloure que “sovint sembla faltar una veritable voluntat política per eradicar la corrupció”.

No té desapropiament aquest informe, que continua afirmant que “enfront dels actuals desafiaments econòmics, tant a Europa com en altres llocs calen majors garanties d'integritat i de transparència en la despesa pública” perquè “els ciutadans esperen que la Unió preste una ajuda important als estats membres per protegir l'economia lícita contra la delinqüència organitzada, el frau fiscal i financer, el blanqueig de capitals i la corrupció, especialment en temps de crisi econòmica i d'austeritat pressupostària”, sobretot quan “es calcula que el cost de la corrupció per a l'economia de la Unió Europea puja a 120.000 milions d'euros l'any, un poc menys que el pressupost anual de la Unió Europea”.

La percepció ciutadana sobre la corrupció, segons l'eurobaròmetre, indica que tres quartes parts dels enquestats (76%) creuen que la corrupció està molt estesa al seu propi país. Però, en concret, a Grècia, Itàlia, Lituània i Espanya, la percepció, sens dubte influïda pels recents escàndols i la crisi financera i econòmica, assoleix, respectivament, el 99%, 97%, 95% i 95% de la població. És cert que es tracta d'una percepció ciutadana que no és possible admetre que

es corresponga exactament amb la realitat, perquè llavors caldria admetre també la inexistència de diferència entre la gestió pública en un país sense llibertats democràtiques i en un país integrant de la Unió Europea, en què, per definició, ha de ser un estat democràtic de dret. Però no és menys cert que es tracta d'un problema d'una gran transcendència, que sens dubte contribueix al desencant de la ciutadania amb la política i que és d'urgent solució, com aquest informe s'encarrega de fer present sense cap condescendència i com, una vegada i una altra, ha remarcat la nostra doctrina⁶¹.

Hi ha un consens doctrinal bastant generalitzat a considerar que les polítiques de lluita contra la corrupció no han de descansar exclusivament en el codi penal, ja que necessiten polítiques preventives, en les quals té un paper important el dret administratiu, atès que –com es desprèn fàcilment de l'apartat anterior– l'optimització de la consagració legal del dret a un bon govern o a una bona administració, el seu desplegament legislatiu unit a l'efectivitat de la transparència de l'activitat pública i a la potenciació del dret ciutadà d'accés a la informació pública, constitueixen elements indispensables en el combat contra la corrupció. Tot això sense perjudici que el bé jurídic protegit en el títol XIX del codi penal (“Delictes contra l'administració pública”) ha evolucionat des del criteri jurisprudencial clàssic d’“infracció dels deures del càrrec” al de “recte i normal funcionament de l'administració, amb subjecció al sistema de valors instaurats en els art. 103 i 106 de la Constitució que serveixen de punt de partida per a qualsevol actuació administrativa” (STS, Sala 2a, de 5 de novembre de 1998, núm. 1354/1998, FJ 2n), evolució que revela un acostament entre les posicions sobre la corrupció pròpies del dret administratiu i les provinents del dret penal i que –com ha estat posat en relleu– pot determinar que de la vulneració del dret al procediment oportú pugui derivar la comissió d'un delicte i donar lloc amb això a la tutela penal del dret al bon govern o a la bona administració⁶².

61. Vegeu Velarde Fuertes, J., “Corrupción: realidad económica y control fiscalizador”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 3, 1999, pàg. 39 i seg. També, en el mateix número i revista, Fernández Díaz, A., “La Economía de la Corrupción”, pàg. 9 i seg. D'aquest últim autor, igualment, “Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca”, encara no publicat, i abans “Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción”, *RECE*, núm. 36, 2010. Igualment, vegeu Martín Martín, P., “Posibilidades y limitaciones de la Jurisdicción contable ante la corrupción”, *RECE*, núm. 3, 1999.

62. Vegeu Ponce Solé, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, dins *Anuario de Gobierno Local 2012*,

Deixant de banda l'examen dels problemes de prejudicialitat que enclouen aquestes relacions entre el dret administratiu i el penal, que òbviament no es poden abordar en un estudi com aquest, sí que cal destacar les matèries en què amb més facilitat es poden detectar –o es produeixen– manifestacions de corrupció. Són –com posa en relleu l'esmentat Informe de la Comissió Europea, la contractació pública en l'àmbit estatal, a més de la construcció, l'energia, el transport, la defensa i la sanitat, i, en el regional i local, també, i sobretot, la contractació pública, la gestió de residus i la construcció relacionada amb el desenvolupament urbanístic. Aquesta apreciació es pot traslladar a Espanya perfectament, amb l'afegit que la corrupció urbanística va contribuir de manera decisiva a l'expansió de la “bombolla immobiliària”, propiciada per una sèrie de qualificacions i requalificacions urbanístiques, en gran part emparades per la permissivitat que implicava la consideració del sòl urbanitzable com a sòl residual en la Llei 6/1998, de 13 d'abril, de règim del sòl i valoracions, tal com més amunt he destacat en tractar de la consideració general sobre la crisi.

En el referit Informe s'assenyala que els problemes més freqüents que en relació amb la corrupció es presenten en la contractació pública són: redacció d'especificacions a mida per afavorir determinats licitadors; divisió de les licitacions públiques en licitacions més petites per evitar els procediments competitiu; conflictes d'interessos que afecten diverses etapes dels procediments i concerneixen no solament els funcionaris responsables de la contractació pública sinó també nivells més alts dels poders adjudicadores; criteris de selecció desproporcionats i injustificats; exclusió injustificada de licitadors; ús injustificat de procediments d'emergència; anàlisis inadequades de les situacions en què els preus oferts són massa baixos; confiança excessiva en el preu més baix, com a criteri determinant, en detriment dels criteris relatius a la qualitat de les prestacions i a la capacitat per realitzar-les; excepcions injustificades a l'obligació de publicar la licitació. Problemes que no solament afecten la fase d'adjudicació sinó que es donen en la posterior, com ara les relatives a la qualitat de les prestacions i a la justificació insuficient de modificacions en el contracte o a les modificacions durant la seua execució, que alteren el plec de condicions i eleven el pressupost (es podria afegir ací que aquestes irregularitats van normalment unides a una adjudicació a l'oferta més baixa sabent que una renegociació

Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, maig 2013, pàg. 110 i seg. Vegeu també Asua Batarrita, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria” dins *Delitos contra la Administración Pública* (Asua Batarrita, A.), Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pàg. 13 i seg.

posterior elevarà la retribució i el guany). També ací es tracta de corrupteles o de corrupcions perfectament traslladables a la praxi de la nostra contractació pública i que estan absolutament proscrietes no solament en les directives de la Unió Europea sinó en el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, en virtut de l'autorització donada al Govern per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, per integrar i harmonitzar la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, amb totes les normes legals que l'han afectada posteriorment.

És fonamental eradicar qualsevol indici de corrupció en aquesta matèria, ja que estan en joc interessos econòmics i socials importantíssims, atès que les administracions i entitats públiques o participades per aquestes, amb la construcció d'obres i infraestructures públiques, la gestió de serveis, la prestació d'activitats, el subministrament de béns i la realització de nombrosos treballs, duen a terme, al seu torn, intercanvis i fluxos econòmics importantíssims, que sovint impliquen un element fonamental de la política econòmica, ja que afecten l'absorció de l'ocupació –tan castigada en els nostres dies– i la reactivació econòmica –tan anhelada– pel volum de milers de milions que es mouen en aquesta realitat⁶³.

Doncs bé: malgrat que la reforma constant de la normativa sobre contractació pública ha conduït a una regulació complicada i sovint de difícil comprensió⁶⁴, cal destacar que, en aquest punt, la mobilitat legislativa –sobretot determinada per l'obligada transposició de directives comunitàries– ha contribuït a protegir drets socials dels treballadors. En aquest sentit, cal remarcar que una nova directiva relativa a la contractació pública –COM (2011) 896–, quan aborda el tema d'anormalitat o desproporció de les ofertes, considera, com a causa de rebot de l'adjudicació del contracte, que l'oferta impedisca “el compliment, almenys de forma equivalent, de les obligacions establertes per la

63. Martín Rebollo, L., en el “Estudio Preliminar al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre”, inclòs en les “Leyes Administrativas”, 18a ed. 2012, Thomson-Reuters-Aranzadi, pàg. 627 i seg.

63. Vegeu Santamaría Pastor, J. A., “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *REDA*, núm. 159, juliol-setembre 2013, pàg. 25 i seg.

legislació de la Unió en matèria social, laboral o mediambiental o les disposicions internacionals de dret social i mediambiental ...”⁶⁵.

Sens dubte, després del ha estat exposat, cal reconèixer que el diagnòstic dels punts en què la corrupció es manifesta preferentment està prou determinat. Es podria afegir que, en ocasions, i pel que fa sobretot a les corrupcions urbanística i en l'àmbit de la contractació pública, a més del benefici o lucre personal obtingut per corruptor i corrupte –que sol ser el més important quantitativament parlant– pot mitjançar també el finançament de partits polítics.

En aquest punt cal fer algunes consideracions, sense perjudici de no poder emprendre ací un examen, ni tan sols superficial, sobre les bondats o mancances que en el nostre ordenament conté la regulació relativa a la contractació pública o a l'esmentat finançament dels partits. Únicament es pot dir que, en termes generals i pel que fa a aquesta última, les reformes introduïdes per la LO 5/2012, de 22 d'octubre, en la LO 8/2007, de 4 de juliol, presenten insuficiències clares que es poden utilitzar per evadir supòsits de finançament il·legal. Així, segons la disposició addicional 7a de la Llei de 2007, modificada per la de 2012, si bé els partits polítics no poden acceptar o rebre, directament o indirectament, donacions d'empreses privades que, mitjançant contracte vigent, presten serveis o realitzen obres per a les administracions públiques, organismes públics o empreses de capital majoritàriament públic, ni tampoc d'empreses que pertanyen al mateix grup que les expressades o siguen participades majoritàriament per aquestes ni de les seues fundacions [(art. 4t.2.c)], les fundacions i associacions vinculades als partits amb representació parlamentària no són sotmeses a aquesta restricció, ni tampoc al límit que per a les donacions privades procedents d'una mateixa persona física o jurídica es fixa en 100.000 euros anuals. Per aquesta via s'obre pas a un flux il·limitat de recursos del sector privat cap a la política que escaparia a la fiscalització del Tribunal de Comptes.

En tot el que afecta la contractació pública, l'elenc de figures possibles relacionades amb la corrupció ha estat exposat anteriorment a propòsit de l'Informe de la Comissió Europea del febrer del 2014. No cal reproduir-les ara per estudiar-les a fons. Però sí que he de significar que el Text refós de la Llei de contractes del sector públic del 2011 ha instaurat –com acaba d'advertir– un sistema de contractació pública de gran complexitat i difícil comprensió, que

65. Vegeu sobre el tema Gimeno Feliu, J. M., “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *REDA*, núm. 159, juliol-setembre 2013, pàg. 39 i seg.

sens dubte ha de repercutir negativament en la seguretat jurídica, ja que en els seus cinc llibres no estructura una part comuna aplicable a tots els contractes que considera i una altra d'especial destinada a cada contracte en particular, sinó que atén l'aspecte subjectiu del que contracta (si l'administració o qualsevol altre "poder adjudicador") i la classe de contracte a què es refereix, de tal manera que per saber el règim concret de cada contracte no és suficient de consultar una part determinada de la Llei –un títol en concret– sinó que caldrà "recórrer-ne tot el contingut, buscant en cada llibre, títol o capítol els aspectes que siguin aplicables en cada cas, segons qui contracte i el tipus de contracte de què es tracte"⁶⁶.

Certament, la complexitat i la difícil anàlisi de la Llei no és una cosa que ajude a la lluita contra la corrupció; però, en definitiva, es pot afirmar que amb ella es poden combatre suficientment les conductes –descrites més amunt– que la representen en aquest àmbit de la contractació pública.

L'important és que es complisca la Llei i no s'incórrega en qualsevol d'aquestes conductes o que s'utilitze amb finalitats injustes alguna de les modalitats contractuals que aquella considera, com pot passar, i passa, amb els convenis de col·laboració previstos en l'art. 4t.1.d) del Text refós del 2011 per esquivar, en altres àmbits, els tràmits de concurrència i publicitat. Així, per exemple, en la Llei general de subvencions –Llei 38/2003, de 17 de novembre. Passa que aquests convenis canalitzen freqüentment les subvencions previstes en els pressupostos de l'estat, de les comunitats autònomes i de les corporacions locals i, per tant, aquestes subvencions són excloses del procediment de concurrència competitiva, segons l'art. 22.2 de la referida Llei general. Tot això, a més de la defectuosa concreció legal de les entitats atorgants de subvencions subjectes a l'àmbit d'aplicació de la Llei de referència⁶⁷.

66. Vegeu Martín Rebollo, L., en l'estudi cit., pàg. 635. Vegeu, igualment, Santamaría Pastor, J. A. "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública", cit. pàg. 29 i seg.

67. Vegeu Fernández Farreres, G., "Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis", en *REDA*, núm. 154, abril-juny 2012, pàg. 19 i seg. Vegeu també l'advertiment de la moció del Tribunal de Comptes a les Corts Generals, de 30 de novembre de 2010, "Sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas".

En tot cas –com ja s’ha anticipat en l’apartat relatiu a la corrupció–, el Tribunal Constitucional ha obert una via de control d’aquestes conductes culpables en corrupció en ampliar la legitimació dels regidors i els diputats provincials per impugnar els acords dels corresponents òrgans de govern d’ajuntaments i diputacions en qualsevol matèria, inclosa, naturalment, la contractual. En efecte: l’art. 20 de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa –Llei 29/1998, de 13 de juliol–, en l’apartat a), estableix que “no poden interposar recurs contenciós administratiu contra l’activitat d’una administració pública ... els òrgans d’aquesta i els membres dels seus òrgans col·legiats, tret que una llei ho autoritze expressament”. L’art. 63.1.b) de la Llei 7/1985, de 2 d’abril, reguladora de les bases de règim local, per la seua banda, estableix que “a més dels subjectes legitimats en el règim general del procés contenciós administratiu podran impugnar els actes i els acords de les entitats locals que incorreuen en infracció de l’ordenament jurídic ... els membres de les corporacions que hagen votat en contra de tals actes i acords”. No obstant això, les STC 173/2004, de 18 d’octubre –sala 1a-, 210/2009, de 26 de novembre –sala 2a– van reconèixer legitimació als regidors no integrants de l’òrgan administratiu que va dictar l’acord amb fonament en el fet que la seua legitimació era *ex lege* i derivava del mandat representatiu que ostentaven –que era en definitiva el mateix fonament subjacent en la legitimació reconeguda en l’esmentat art. 63.1.b) de la LRBRL– i de l’interès concret en el funcionament correcte de l’administració a la qual pertanyien. Aquest mateix criteri va sostenir el TC en la sentència 108/2006, de 3 d’abril –Sala 1a–, relativa als diputats provincials, tot i ser la seua representació indirecta⁶⁸. No hi ha dubte que aquesta interpretació de la legitimació dels membres electius de les corporacions locals ha de significar una poderosa palanca en la lluita contra la corrupció municipal, que ha estat completada pel sistema de recursos previst en el Text refós de la Llei de contractes del sector públic del 2011, concretament amb el recurs especial en matèria de contractació que s’atribueix a un òrgan independent (Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals per a l’Administració General de l’Estat i tribunals similars per a les comunitats autònomes i entitats locals, dins el règim establert per l’art. 41 i la disposició transitòria 7a del Text refós de referència), i que, tot i que siga un recurs d’interposició potestativa, té efecte suspensiu respecte dels

68. Vegeu sobre el tema, De la Torre Martínez, Lourdes, “La legitimación de los miembros de la Diputación Provincial para impugnar acuerdos de los órganos de la entidad de los que no forman parte: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2006, de 3 de abril”, *Civitas REDA*, núm. 136/2007.

actes pels quals és procedent (art. 45 en relació amb l'art. 40.2 del Text refós); també ha estat reconeguda legitimació per a la seua interposició als regidors –legitimació, per tant, per a la via administrativa, no solament per a la jurisdiccional– per alguns tribunals autonòmics (v. gr.: el d'Aragó, en l'acord de 9 d'octubre de 2012, núm. 44/2012).

En definitiva, tot i tractar-se d'un sistema de recursos que peca de les imperfeccions de ser un recurs potestatiu, que no cobreix tot l'espectre de contractes del sector públic i no es projecta sobre la fase d'execució ni sobre les possibles modificacions contractuals que s'hi solen produir, pot contribuir en gran manera a fer efectiu el dret a una bona administració i a un bon govern i a l'obtenció de resultats positius en la lluita contra la corrupció⁶⁹.

b) La lluita contra el frau fiscal i l'economia submergida

Independentment de la projecció penal o sancionadora administrativa que puguen tenir les figures afins tipificades en el codi penal (Delictes contra la hisenda pública i contra la Seguretat Social, títol XIV del codi penal) i en els art. 183 a 206 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària, fonamentalment, en la qual òbviament aquest treball no entra, els conceptes que acabem d'esmentar, si bé són expressió de fenòmens diferents i amb causes i desenvolupaments diferents, estan íntimament relacionats.

En un sentit ampli s'entén per “economia submergida” l'activitat remunerada que, sent legal quant a la seua naturalesa, no és declarada a les autoritats públiques i queda, per tant, al marge del seu control i fiscalització. El frau fiscal s'inclou també en aquest concepte, però pot tenir una dimensió pròxima a activitats declarades que s'envolten intencionadament de circumstàncies no emparades en la llei per eludir ingressos fiscals. És una cosa diferent de la que s'anomena col·loquialment “enginyeria fiscal”, que respon a la utilització de sofisticats sistemes de minoració de bases imposables o utilització de beneficis tributaris, basats normalment en la insuficiència o la falta de previsió de les

69. Vegeu Bernal Blay, M. A., “El sistema de tutela de la «buena administración contractual»: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, dins REDA, núm. 160, octubre-desembre de 2013, pàg. 189 i seg. També, Ponce Solé, J., “El órgano administrativo de recursos contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, Revista Documentación Administrativa, núm. 288, setembre-desembre 2010, pàg. 206.

lleis tributàries pròpies o fins i tot derivats de les diferències entre els diversos sistemes tributaris nacionals.

L'import de l'economia no declarada a Espanya oscil·la entre un 18,6% del PIB en 2013 i un 20%, segons diferents fonts. Però, en tot cas, assoleix nivells inacceptables i allunyats considerablement d'altres països europeus com ara Àustria, Holanda o Suïssa (per sota del 10% del PIB), d'Alemanya (prop d'un 13%) i de França i el Regne Unit (vora el 10%).

El frau fiscal, segons l'Informe 3/2013, de 20 de febrer, del Consell Econòmic i Social d'Espanya sobre "Distribució de la renda a Espanya: desigualtat, canvis estructurals i cicles", podria assolir el 6% del PIB tenint en compte les estimacions més recents de l'economia submergida a Espanya, que xifra en el 19,2% del PIB. Aquesta proporció suposa un llast per al sistema espanyol, tant pel costat de la suficiència –per l'important volum de recursos que la hisenda deixa de recaptar– com pel costat de l'equitat, atès que el frau es concentra en les rendes que no són subjectes a retenció.

El mateix informe afegeix que a Espanya, lluny de plantejar-se una reforma a fons del conjunt del sistema fiscal, equilibrada i amb visió de futur, han estat aprovant, des de 2010 i diferents governs, de manera precipitada, descoordinada i poc meditada, múltiples reformes tributàries –en general, d'augment de la fiscalitat i, conseqüentment, de signe contractiu– amb l'única finalitat d'augmentar a curt termini la recaptació i amb això complir els objectius de reducció del dèficit públic compromès amb Europa.

A més de l'existència de frau fiscal i d'economia submergida en nivells molt més alts que els vigents als països –com es diu amb frase repetida– del nostre entorn, és opinió comuna entre els experts que Espanya recapta poc i malament, ja que, tot i tenir tipus impositius alts, la recaptació efectiva és baixa. Això és degut, sobretot, a la profusió de mecanismes legals d'elusió fiscal, a les excepcions, deduccions i bonificacions, que expliquen els baixos tipus "efectius" i la disminució de la recaptació⁷⁰. Un estudi intern de l'agència tributària, actualitzat el 15-8-2010, revela que la tributació fiscal efectiva, tot i el tipus nominal (30% en l'impost de societats, 25% per a les PIME), és del 10%, ço és, el 10% de la qual correspondria al referit tipus nominal.

70. Vegeu, per exemple, Fernández Mendes de Andrés, F., "España recauda poco y mal", *El País*, pàgina quatre, 28 de març de 2014.

En l'actualitat sembla que es vol intentar una reforma tributària realitzada amb l'estudi necessari, que ha anat precedida de l'informe emès per una denominada "Comissió d'Experts per a la Reforma fiscal". Però aquesta futura reforma tributària no es preveu molt pròxima en el temps. Naturalment s'ha de fer no improvisadament sinó amb el l'assossec i la ponderació necessaris. Però, en tot cas, la lluita contra el frau, l'economia submergida i l'elusió fiscal, dins fins i tot de la regulació actual del sistema tributari, no pot ni deu demorar-se. És un imperatiu el compliment del qual no exigeix més esforços que la potenciació dels mitjans adscrits a la inspecció d'hisenda. Només que els referits frau fiscal i economia submergida es reduïren als percentatges en el PIB d'aquests països pròxims de la Unió Europea, donaria com a resultat la folgada cobertura de la despesa social que exigeix el nostre estat de benestar. Que no es puga assolir és una cosa molt difícil d'entendre per al conjunt de la ciutadania.

c) Els controls interns i externs de l'actuació pública

a') Idea general de les funcions de control intern

Ja hem dit més amunt que la lluita contra la corrupció, en qualsevol de les seues manifestacions, no podia, ni devia, concentrar-se en la via penal, tot i ser aquesta necessària com a pas definitiu en la seua eradicació. Cal que funcionen abans els múltiples controls que les legislacions dels estats democràtics tenen al seu abast per fer efectiu el dret dels ciutadans al bon govern i a la bona administració, reconegut en molts ordenaments, fins i tot amb naturalesa de dret fonamental, i a l'efectivitat de la qual ha de contribuir, amb totes les seues insuficiències, la recent Llei espanyola 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació i bon govern.

No és possible, excepte en estudis específics sobre el control de les administracions públiques qualificables d'omnìcomprensius⁷¹, examinar totes les institucions a les quals es pot atribuir l'expressada funció, que podria arribar, en el que toca als controls interns de l'administració general de l'estat, des del govern i els seus òrgans executius a la intervenció general de la referida administració, passant per les inspeccions generals de serveis dels ministeris, al Consell d'Estat, Consell Econòmic i Social, Advocacia General de l'Estat, Ofi-

71. Vegeu el complet estudi de Fernández Asenjo, J. A., "El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción (Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado)", Civitas, Thomson Reuters, 2011, esp. pàg. 143 i seg.

cina de Conflicte d'Interessos i Agència Estatal d'Avaluació de les Polítiques Públiques i la Qualitat dels Serveis; i, referent als externs, a més dels polítics, que es poden desenvolupar dins les Corts Generals, i de defensa dels drets i deures fonamentals, atribuïts al Defensor del Poble com a alt comissionat de les esmentades Corts (art. 54 CE), hi hauria el Tribunal de Comptes, el poder judicial –integrant en el seu entorn el ministeri fiscal, especialment la Fiscalia Anticorrupció– i el Tribunal Constitucional.

Es pot comprendre fàcilment la impossibilitat, en aquest estudi, d'examinar les competències i els resultats aportats per cadascuna d'aquestes institucions a la lluita pel dret a un bon govern i una bona administració i la seua conseqüència lògica d'eradicació de la corrupció en l'actuació dels poders públics, en el sentit més general. Però ja d'aquesta ràpida enumeració es pot traure la conclusió que, a Espanya, institucions dedicades a les finalitats que acabades d'esmentar (lluita pel bon govern i bona administració i contra la corrupció) no és el que falta precisament. En termes generals, però, no es pot dir que s'hagen aconseguit resultats òptims: a vegades per actuacions merament formals i mancades de la profunditat i la transparència necessàries; a vegades, per curtesa en les competències o per manca de mitjans.

En tot cas, perquè la seua importància ho mereix, destacaré, amb la brevetat necessària, la tasca que exerceixen i poden exercir, amb les millores pertinents, la Intervenció General de l'Administració de l'Estat i els cossos de secretaria i intervenció de les corporacions locals amb habilitació nacional, pel que fa als controls interns de l'activitat de totes les administracions públiques.

La Intervenció General de l'Administració de l'Estat (IGAE) es regeix per la Llei general pressupostària (LGP), Llei 47/2003, de 26 de novembre, títol VI, art. 140 a 175, inclusivament, i la seua funció és recollida en els art. 140.2 i 148, que estableixen, respectivament, que li incumbeix “el control intern de la gestió econòmica i financera del sector públic estatal, amb autonomia plena respecte de les autoritats i altres entitats la gestió de les quals controle”, i que el seu objecte és “controlar, abans que s'aproven, els actes del sector públic estatal que donen lloc al reconeixement de drets o a la realització de despeses, així com els ingressos i els pagaments que en deriven, i la inversió o l'aplicació en general dels seus fons públics, amb la finalitat d'assegurar que la seua gestió s'ajuste a les disposicions aplicables en cada cas”.

L'autonomia funcional que té reconeguda (art. 144.2), encara que millorable⁷², obre el pas a aquesta institució per a una lluita eficaç contra la malversació i la corrupció, en poder fiscalitzar i auditar l'activitat financera de l'estat sense submissió a ordres superiors ni a resistències dels òrgans auditats. Cal pensar que, en matèria de control financer permanent, la LGP, en tractar del seu contingut [(art. 159.1 f)], reconeix que comprèn "l'anàlisi de les operacions i dels procediments, a fi de proporcionar una valoració de la seua racionalitat economicofinancera i la seua adequació als principis de bona gestió, per detectar-ne les possibles deficiències i proposar les recomanacions amb vista a la correcció d'aquelles". I no només això, sinó que el control financer, en comprendre la verificació de l'eficàcia i eficiència, i aquest últim, en comprendre també "l'anàlisi del cost de funcionament i del rendiment o de la utilitat dels serveis o inversions respectius, així com el compliment dels objectius dels programes corresponents" (art. 2n 3, p. 3r del Reial decret 2188/1995, de 28 de desembre), significa, junt amb la resta dels controls que la IGAE té encomanats, una poderosa arma en la lluita pel bon govern i contra la corrupció. I això malgrat que l'autonomia funcional no equival a independència absoluta –ja que es tracta d'un control intern que en últim terme apareix enquadrat en les competències del govern– i malgrat que el control d'eficàcia no autoritze a "emetre judici sobre les decisions de caràcter polític" (*in fine* en el citat p. 3r de l'art. 2n.3 del Reial decret 2811/1995). Aquesta restricció, però, no es pot interpretar com un obstacle a la denúncia, mitjançant l'objecció oportuna, del finançament de despeses manifestament representatives de malversació. N'hi ha exemples clamorosos que no cal esmentar perquè són ben coneguts.

Respecte dels controls interns en l'àmbit de les administracions autonòmica i local, l'estructuració del seu règim pressupostari i de control pertany al contingut organitzatiu que han de contenir els diferents estatuts d'autonomia [(art. 147.2.c) CE] dins el marc de les seues competències i del que estableixen les bases que, en desplegament de la regla 18a de l'art. 149.1 CE, haja aprovat l'estat. Per tant caldrà acudir a les diferents lleis per les quals es regulen la hisenda i les finances de les comunitats autònomes i el seu règim econòmic i pressupostari, a més del determinat per la Llei orgànica de finançament de les

72. Vegeu Pascual García, J., "Régimen Jurídico del gasto público: presupuesto, ejecución y control", BOE, Madrid, 2005, pàg. 811 i seg. També, Rodríguez Bereijo, A., "Los fundamentos constitucionales del control interno de la actividad financiera del Estado", dins l'obra col·lectiva *Eficacia y Legalidad en la Gestión Pública*, IGAE, Madrid, 1993.

comunitats autònomes, Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, modificades successivament⁷³.

Interessa, però, fer una breu referència al règim establert en la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'estatut bàsic de l'empleat públic, concretament en la disposició addicional segona, sobre les funcions públiques, en les corporacions locals, la responsabilitat administrativa de les quals és reservada a funcionaris amb habilitació de caràcter estatal, per la importància que tenen aquestes per assegurar un control intern recte i independent que servisca de suport al bon govern i a la bona administració i per la necessitat d'evitar la politització i patrimonialització de la funció pública en aquest àmbit, tan denunciades en el nostre dies⁷⁴.

Aquestes funcions reservades són les de secretaria, que comprèn la fe pública i l'assessorament legal preceptiu, així com el control i la fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària i la comptabilitat, tresoreria i recaptació.

Al seu torn, l'escala que integren aquests funcionaris habilitats especialment se subdivideix en tres subescales: la de secretaria, a la qual corresponen les funcions de fe pública i assessorament legal preceptiu; la d'intervenció tresoreria, que exerceix les funcions de gestió economicofinancera i pressupostària, a més de les de comptabilitat, tresoreria i recaptació; i la de secretaria intervenció, que pot integrar les dues anteriors excepte la de tresoreria (disp. add. 2a, apt. 1 i 2).

Encara que el sistema de provisió és el del concurs –amb el qual, almenys nominalment, s'asseguren els principis de mèrit i capacitat–, tanmateix, quan es tracta dels municipis de gran població a què es refereix l'art. 121 de la

73. Vegeu Santamaría Pastor, J. A., "Las Comunidades Autónomas y el Control Económico-Financiero", PGR, 113/1982.

74. Vegeu "Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública (entre la politización y la patrimonialización)", Fuenteaja Pastor, J. A., Civitas, Fundación Alfonso Martín Escudero, Thomsom Reuters, amb pròleg de Parada Vázquez, R., 2013. Sobre el règim pressupostari de les entitats locals, vegeu Lozano Serrano, C., "El control de la Hacienda Local por el Estado y las Comunidades Autónomas", dins *Autonomía y financiación de las Haciendas Municipales*, IEF, Madrid, 1981, i Alarcón García, G., "Las bases de ejecución del Presupuesto General de los Municipios", RHL, núm. 79/1997.

Llei reguladora de les bases del règim local –Llei 7/1985, de 2 d’abril– i també per a les diputacions provincials, cabildos i consells insulars, s’estableix la possibilitat de cobrir-los pel sistema de lliure designació. Encara que aquesta possibilitat és qualificada d’excepcional (disp. add. 2a, apt. 5), solament se supedita el nomenament a l’autorització expressa de l’administració que exercisca la tutela financera quan es tracte de llocs de treball que tinguen assignades les funcions de control i fiscalització interna de la gestió economicofinancera i pressupostària i la de comptabilitat, tresoreria i recaptació. No sembla que només amb aquesta autorització quede garantida en la seua plenitud la independència. El concurs no s’hauria d’eliminar en cap cas.

D’altra banda, la convocatòria de l’oferta d’ocupació per cobrir les vacants corresponents als esmentats funcionaris amb habilitació de caràcter estatal correspon a les comunitats autònomes i l’acreditació de la referida habilitació al ministeri d’administracions públiques, amb el qual aquelles –les comunitats– hauran de mantenir la comunicació pertinent (disp. add. 2a, apt. 4)⁷⁵.

La importància que suposa la garantia d’independència en aquests funcionaris no es pot minimitzar. Per això seria convenient que els informes que, en compliment de la seua comesa, emeteren sobre la gestió economicofinancera dels ens públics a què foren adscrits, anaren directament destinats als òrgans plenaris d’aquestes entitats, a fi que la seua independència poguera tenir conseqüències efectives en la bona marxa d’aquells i estiguera connectada amb el principi de pluralisme democràtic que les sustenta, fins i tot amb una previsió específica en les obligacions de transparència que imposa la recent, i esmentada més amunt, Llei de transparència 19/2013, de 9 de desembre.

b’) Els controls externs de l’activitat pública: el Tribunal de Comptes, la justícia ordinària i la justícia constitucional

No es pot tancar una enunciació de les alternatives possibles al sacrifici de drets econòmics i socials –que constitueixen la base de l’estat social i democràtic de dret que proclama la nostra Constitució– sense fer una referència a la necessitat d’efectivitat de la tasca que els controls externs signifiquen per

75. Vegeu Ortega Álvarez, L., “La incidencia del desarrollo del Estado autonómico, sobre la concepción del sistema de la habilitación nacional de funcionarios locales”, RAP, núm. 153, setembre-desembre de 2000, pàg. 301 i seg.

a l'exercici de l'activitat pública, a fi que el dret a un bon govern i a una bona administració no quede reduït a una aspiració purament retòrica.

1. El Tribunal de Comptes

El Tribunal de Comptes, òrgan suprem fiscalitzador dels comptes i de la gestió econòmica de l'estat, així com del sector públic, com el defineix i configura l'art. 136 de la Constitució, és la institució més capacitada i millor estructurada per fer efectius els principis, tan repetits, del bon govern i la bona administració en el seu vessant primordial de la gestió economicofinancera pública. La seua dependència directa de les Corts Generals, el règim de nomenament dels seus consellers, amb un estatut similar al dels jutges, la independència orgànica i funcional que les seues lleis orgànica i de funcionament –Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig, i Llei 7/1988, de 5 d'abril– li asseguren i sobretot l'amplitud de les seues dues funcions bàsiques (la de fiscalització externa, permanent i consumptiva de l'activitat economicofinancera del sector públic, i la d'enjudiciament de la responsabilitat comptable en què incórreguen els qui tinguem al seu càrrec el maneig de cabals o efectes públics) el converteixen en una peça fonamental per a l'assoliment de la finalitat més que urgent d'eradicació de la malversació i la corrupció i de preservació del nostre estat social.

És cert que es troba a faltar en el compliment de les seues funcions, sobretot de la de fiscalització, el reconeixement per al Tribunal d'una capacitat investigadora completa, que, tanmateix, és reconeguda als controls interns (v. gr.: la inspecció d'hisenda), fins al punt que no pot assolir la comptabilitat i documentació de subjectes privats, tret que aquests siguem perceptors de subvencions, avals o altres ajudes procedents del sector públic. També és cert que la naturalesa consumptiva de la seua funció fiscalitzadora pot donar lloc a entendre que aquesta ha de partir de la realitat de “comptes retuts” i no solament d'actes realitzats per entitats inscrites en el “sector públic” i que aquest últim concepte –el de sector públic– és delimitat insuficientment, ja que poden sorgir dubtes sobre si serien fiscalitzables pel Tribunal modalitats d'actuació d'ens no integrats formalment en l'esmentat sector, però realitzades conformement a un procediment públic determinat, i activitats d'ens pertanyents al sector públic, però realitzades conforme a un procediment dissenyat *ad hoc* pel mateix ens⁷⁶.

76. Sobre aquest últim problema, Rodríguez Castaño, A. R., en el treball “Insuficiencia del concepto subjetivo del Sector Público como delimitador del ámbito fiscalizador del Tribunal de cuentas”, de pròxima aparició dins la *Revista Española de Control Externo*, núm. 45, que he pogut consultar per gentilesa de l'autor.

I és cert, així mateix que, en virtut d'aquestes mancances i de la poca o nul·la repercussió pública que té la censura del Tribunal de Comptes quan, en els seus informes, memòries, nocions o notes adreçades a les Corts Generals, reflecteix actuacions il·legals o contràries als principis d'eficiència i economia realitzades per entitats integrants del tan repetit sector públic, es pot afirmar que es tracta d'una institució de control extern insuficientment utilitzada.

Però, junt amb aquestes realitats o insuficiències, no és menys cert que la universalització de l'àmbit d'actuació del Tribunal, tant des del punt de vista subjectiu com material, ha portat que en el compliment de les seues funcions s'haja superat l'anquilosada figura d'un òrgan dedicat en exclusiva al control extern dels comptes públics per estendre-la, mitjançant els controls de legalitat, eficiència i economia, a garantir l'efectivitat que les despeses públiques responguen a aquests criteris a la seua programació i execució, tal com preceptua l'examinat més amunt art. 31.2 de la Constitució⁷⁷.

Cal constatar, en aquest sentit, que el Tribunal de Comptes té reconeguda plena competència per programar les fiscalitzacions que haja de dur a terme [(art. 3.a) de la Llei de funcionament] i que pot seleccionar perfectament objectius adreçats a millorar la gestió pública en els més variats fronts i a lluitar contra la corrupció. N'és bona prova la fiscalització efectuada sobre l'Ajuntament de Marbella i les seues societats mercantils participades en el període comprès entre l'1 de gener de 2002 i el 21 d'abril de 2006.

També cal remarcar les possibilitats que té el Tribunal, fins i tot en el marc de la seua regulació actual, per fiscalitzar a fons la gestió d'entitats que hagen incomplert el seu deure de rendició de comptes, a fi d'evitar que siga de pitjor condició el gestor públic que compleix aquesta obligació que el que

77. Vegeu sobre aquest tema, Fernández Ajenjo, J. A., "El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción", cit., pàg. 353 i seg.

l'omet⁷⁸ i, en definitiva –com ha destacat una doctrina abundant–, per lluitar contra la corrupció⁷⁹.

En últim terme, amb la correcció de les deficiències apuntades, principalment mitjançant l'atribució d'autèntiques facultats inspectores al Tribunal; amb l'increment necessari dels seus mitjans, atesa la profunditat de les noves exigències en la seua actuació; amb l'establiment, fins i tot, d'una àmplia unitat de lluita contra la corrupció, reitere que el Tribunal de Comptes constitueix la institució més preparada per potenciar el dret a un bon govern i a una bona administració i, conseqüentment, per fer possible el finançament sense restriccions de les bases en què s'assenta l'estat social. També hi ha de contribuir la segona de les funcions del Tribunal de Comptes, la d'enjudiciament de les responsabilitats “comptables” en què puguen incórrer els qui manegen cabals o efectes públics, si bé l'adjectivació de “comptable” d'aquesta jurisdicció impedeix una extensió d'aquesta a costa dels principis d'unitat i exclusivitat que caracteritzen el poder judicial⁸⁰.

78. Vegeu Álvarez de Miranda García, R., en “Ponencia presentada en la mesa redonda sobre la fiscalización del Tribunal de cuentas”, en RECE, núm. 12, 2002, pàg. 113.

79. Vegeu Fernández Díaz, A., op. cit., pàg. 35; Pascual García, J., “La modificación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 148, 1994; Velarde Fuertes, J., “El control externo de los gastos públicos”, revista Presupuesto y Gasto Público, núm. 18, 1996; Núñez Pérez, M., “Reforma de la legislación del Tribunal de Cuentas: Fiscalización”, RECE, núm. 12, 2002; García Crespo, Milagros, “El control de la gestión pública por el Tribunal de Cuentas”, RECE, núm. 3, 1999; Nieto de Alba, V., “Ética y control ante la corrupción y el blanqueo de capitales”, RECE, núm. 23, 2006; Martín Martín, P., “Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción” cit., RECE, núm. 3, 1999.

80. Sobre la problemàtica de la jurisdicció comptable, vegeu els meus treballs: “Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España”, Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas, 1984, publicat també en Civitas, REDA, núm. 39, 1984, pàg. 515 i seg. També, “La Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y su Ley de Funcionamiento”, RAP, núm. 122, maig-agost de 1990, pàg. 131 i seg. Igualment, “Poder Judicial y Tribunal de Cuentas”, RECE, núm. 12, 2002, pàg. 129 i seg. Vegeu, igualment, Medina Guijarro, J., “El futuro del enjuiciamiento contable. Mesa Redonda”, RECE, núm. 12, 2002, pàg. 129 i seg. Del mateix amb Pajares Jiménez, J. A., “La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su propia jurisdicción en la historia y en la Constitución Española”, RECE, núm. 21, 2005.

2. La justícia ordinària i la justícia constitucional

Com he posat en relleu al començament, la justícia ordinària constitueix l'última peça –la de tancament– de l'organització juridicopolítica que anomenem “estat de dret”, per la premissa elemental que sense garantia efectiva i seriosa dels drets dels ciutadans –tant en les seues relacions internes com en les que necessàriament han de mantenir amb els poders públics– no solament no hi ha estat de dret, sinó cap possibilitat de convivència.

Passa, però, que la percepció ciutadana considera, sobretot últimament –i em referisc a l'última dècada–, que, lluny de ser la peça que tanca el sistema, la justícia apareix com la primera en el manteniment dels drets i en la solució, directa o indirecta, dels conflictes provocats per les restriccions derivades de l'actual crisi, i no ha de ser així. Si l'actuació de la Justícia poguera anar precedida –almenys en la seua versió penal– d'informacions puntuals dels òrgans de control intern i extern tan bon punt hagueren detectat en les seues recerques indicis clars de malversació o de corrupció, no hi ha dubte que es veuria recolzada en gran manera, en no haver de dependre, quasi exclusivament, de denúncies particulars i no haver de partir –com ara passa en general– pràcticament de zero en la seua pròpia recerca. Això no vol dir que la jurisdicció ordinària haja de limitar les seues fonts d'actuació com si es tractara d'un poder residual, ni de bon tros. El que es vol significar és l'escurçament –en volum de recerca i temps– que produiria aquesta accentuada intercomunicació amb la justícia. És clar que això exigiria també un considerable augment en els mitjans personals i reals de què disposen els referits òrgans de control, la Fiscalia Anticorrupció i la justícia, encara que –cal dir-ho– sempre seria menor, econòmicament parlant, que la continuació o perpetuació de l'aparent situació actual d'impotència en què ens trobem.

Però no solament la justícia penal aconpleix una funció transcendental en l'eradicació de la corrupció mitjançant l'enjudiciament de conductes constitutives de delictes contra el patrimoni i contra l'ordre socioeconòmic (títol XIII del codi penal, i un esment especial mereix la nova figura delictiva incorporada a aquest per la Llei orgànica 5/2010), de 22 de juny, en l'art. 282 bis, de falsejament d'informacions relatives a instruments financers per captar inversors o dipositants o col·locar qualsevol tipus d'actiu financer) o de delictes contra l'administració pública (títol XIX del codi penal, amb les modificacions ampliatives dels delictes de suborn, tràfic d'influències, frau i exaccions il·legals,

negociacions i activitats prohibides als funcionaris públics i abusos en l'exercici de la seua funció i corrupció en les transaccions comercials internacionals introduïdes per la precitada Llei 5/2010), sinó que en aquest punt cal destacar la tasca acomplerta pel ministeri fiscal, principalment després de la creació per la Llei 10/1995, de 24 d'abril, de la "Fiscalia Especial per a la Repressió dels Delictes Econòmics relacionats amb la Corrupció", amb les seues competències concretades en la modificació que en l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal, de 30 de desembre de 1981 va introduir la Llei 24/2007, de 9 d'octubre, i que els seus resultats *in crescendo* publica anualment, amb motiu de l'obertura de cada any judicial, la Memòria del fiscal general de l'estat.

Però també els restants ordres jurisdiccionals –civil i social, principalment– intervenen en aspectes puntuals, però significatius, de protecció de drets socials, inclosos en l'elenc de l'ús que recull el capítol III del títol I de la Constitució com a "principis rectors de la política social i econòmica".

Així ha succeït amb el dret reaccional del deure dels poders públics de garantir "la defensa dels consumidors i usuaris i de protegir, mitjançant procediments eficaços, la seguretat, la salut i els legítims interessos econòmics d'aquests" (art. 51.1 CE), concretament, quan la justícia ha reaccionat plantejant, fins i tot d'ofici, qüestions prejudicials davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en què es denunciava el caràcter abusiu de determinades clàusules contractuals, contràries, per tant, no solament a l'al·ludit precepte constitucional sinó també a l'art. 38 de la Carta als Drets Fonamentals de la Unió europea, que disposa, en l'actualitat amb ple valor normatiu –el mateix que els tractats, com he dit al començament–, que "en les polítiques de la Unió es garantirà un nivell elevat de protecció dels consumidors".

Últimament, en aquesta situació de crisi econòmica i fonamentalment financera, no sembla que la llibertat i l'autonomia individual de les parts en un contracte i la seua posició substancial i equilibrada, que sempre van ser el substrat del llibre IV del codi civil, siguen avui els prevalents en un món en què "els mercats" –sense que se sàpiga amb certesa el que es vol expressar amb aquesta tan repetida locució, tret que siga identificada amb els més potents grups d'inversió financera o de gestió de capitals– semblen els que predeterminen el contingut contractual de l'accés al crèdit i el condicionat dels riscos que això implica. Per això cal saludar l'oportunitat del plantejament pels nostres tribunals de qüestions prejudicials davant el Tribunal de Luxemburg, en virtut

de les quals ha estat acollida la nul·litat derivada del caràcter abusiu de determinades clàusules contractuals (qualificades així quan compleixen els requisits establerts en la directiva 93/13/CEE del Consell d'Europa, de 5 d'abril de 1993, i, en el nostre dret, en l'art. 82 del Text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, aprovat per Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre) i ha determinat, v. gr., la nul·litat de les “clàusules sòl” en matèria d'interès amb límit mínim –per sota del qual no es pot beneficiar el deutor prestatari de les rebaixes en els tipus d'interès que es produïren no obstant això tractar-se de contractes de préstec hipotecari a interès variable i d'estar obligat, tot i això, a satisfer sense límit els augments–; o de les situacions derivades de la impossibilitat, en un procediment civil d'execució hipotecària o monitori, de formular motius d'oposició diferents de l'extinció de l'obligació garantida o l'error en la determinació de la quantitat exigible i haver-los de reservar al judici declaratiu corresponent⁸¹, que va provocar la promulgació de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, que, si més no parcialment, tímidament i formalment, pot evitar llançaments de deutors hipotecaris d'habitatges habituals que es troben en una situació de risc especial d'exclusió, encara que no molts, per cert, ateses les estrictes condicions d'aplicació.

També interessa –en aquest paper central que està exercint la justícia en la defensa dels drets ciutadans– fer referència a la transcendència que, en l'actual context econòmic i social, té el temps en la resolució dels conflictes plantejats i en els esdeveniments. Se sap que l'economia en el temps no pot desconèixer l'essència de la justícia com a poder garant. Per això precisament –i és el que vull ara remarcar– la importància creixent de les mesures cautelars necessàries per assegurar l'efectivitat de la tutela judicial que s'ha de concretar en la sentència o la resolució que pose fi a la controvèrsia. La nostra legislació conté la regulació suficient sobre la matèria i la doctrina sempre ha destacat la necessitat de la seua pràctica dins, és clar, de les garanties necessàries que la seua adopció

81. Vegeu, v. gr., les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 3 de juny de 2010 (Caja Madrid-Ausbanc) i de 14 de març de 2013 (Mohamed Aziz C-415/2011), així com les sentències del Tribunal Suprem de 29 de desembre de 2010, de 2 de març de 2011, i les de 18 de juny de 2012, 17 d'abril de 2013 i 9 de maig de 2013; aquesta última molt polèmica per la irretroactivitat que pronuncia sobre la declaració de nul·litat. Vegeu sobre el tema, Sotillo Martí, A., “Consumidores y Sistema Financiero. Un balance decepcionante”, Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación”, núm. 81, 2013. Vegeu, igualment, Gimeno Seúdra, V., “Las cláusulas abusivas”, diari *La Ley*, 8 al 14 de juliol de 2013, pàg. 6 i seg.

ha de comportar⁸². En tot cas, la dilatació excessiva dels processos en el temps –singularment dels relacionats amb la regressió de la corrupció– comporta que la percepció ciutadana els considere com una mena de “passejos televisius” que no serveixen a cap resultat pràctic.

En el que toca a la justícia constitucional, els indubtables problemes polítics que originen moltes de les mesures restrictives adoptades a nivell estatal, autonòmic o local amb motiu de la crisi, finalment hauran de ser valorats pel Tribunal Constitucional, en la mesura que un bon nombre d'aquestes –per no dir la majoria– han estat impugnades d'inconstitucionalitat o per incompetència, a més dels recursos d'empara que ha determinat –i determinarà– l'aplicació concreta de les normes mitjançant les quals s'ha dut a terme l'engegada de les referides mesures de regressió. Certament, el Tribunal Constitucional, que encara no s'ha pogut pronunciar sobre la major part de les impugnacions produïdes en la matèria que acabe d'expressar, farà la valoració apuntada conformement a estrictes criteris jurídicostatutucionals i no des de la perspectiva de la seua evident càrrega política. Però, encara que en aquest sentit la competència del Tribunal és limitada –ja que no pot decidir conformement a criteris d'oportunitat, eficiència o economia o altres de clara naturalesa política–, com que li incumbeix, com a intèrpret suprem de la Constitució (art. 1r de la seua Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, i títol IX de la norma fonamental), la garantia d'aquesta també en temps de crisi, tindrà, sens dubte, la preciosa ocasió d'analitzar i valorar tant la proporcionalitat de les tan repetides mesures restrictives de drets com l'exercici de ponderació dut a terme pel legislador, en contraposar l'interès públic adduït com a fonament de la norma restrictiva amb l'interès en la millor garantia i protecció dels drets que troben la seua configuració o el seu fonament en la Constitució mateixa⁸³.

82. Vegeu, v. gr., el títol VI de la Llei d'enjudiciament civil, amb aquesta rúbrica precisament; i en la doctrina, García de Enterría, E., “La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español)”, Civitas, Madrid, 1992. També Chinchilla Marín, C., “La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa”, Civitas, Madrid, 1991.

83. Una manifestació d'aquest tipus d'examen es pot veure, v. gr., en les interessants actuacions del tribunal sobre alçament o manteniment de suspensió, concretament en els ATC 147/2012, de 16 de juliol, en què s'alça la suspensió de la resolució de la Direcció General del Servei Andalus de Salut sobre convocatòria de la “subhasta de medicaments”; 238/2012, de 12 de desembre, que també alça la suspensió del Decret llei andalus 3/2011, d'aprovació de mesures urgents sobre prestació farmacèutica del sistema sanitari públic d'Andalusia; i 239/2012, de 12 de desembre, igualment d'alçament parcial del Decret basc 114/2012 sobre règim de les prestacions sanitàries i del Sistema Nacional de Salut d'Euskadi.

No es podrien tancar aquestes consideracions generals sobre el paper de la justícia constitucional en la garantia dels drets a què hem fet referència en aquest estudi sense al·ludir, en matèria d'admissibilitat del recurs d'empara, a la conveniència –o, si es vol, necessitat– d'incardinar, entre els supòsits oberts d'especial transcendència constitucional que va considerar la STC 155/2009, de 25 de juny, FJ 2, apt. g), els que es referisquen a la determinació de l'abast i dels límits constitucionals concurrents en les aplicacions de les mesures regresives d'aquests drets. Tot això a l'efecte de complir l'exigència introduïda en els art. 49.1 i 50.1.b) de la Llei orgànica del tribunal per la Llei 6/2007, de 24 de maig.

I acabe.

VIII. Epíleg

La crisi econòmica, que obertament ens tenalla des del 2009, ha suposat que el legítim exercici de la potestat financera pels estats, tant en el vessant dels ingressos com en el de les despeses, haja provocat un augment important de les càrregues i obligacions dels ciutadans a la vegada que una reducció d'ingressos, un augment d'esforços fiscals, una modificació pejorativa de les condicions laborals i una devaluació també dels drets prestacionals, com ara els derivats de la Seguretat Social, dependència, salut, educació, justícia, etc. D'altra banda, no és infreqüent que ens trobem amb actuacions de l'estat i de la resta de les administracions públiques adreçades a buscar noves modalitats de recursos mitjançant la utilització dels instruments existents en forma diferent de la seua pròpia naturalesa o finalitat (v. gr. la utilització de les taxes per finançar serveis públics essencials com ara l'educació, la sanitat o la justícia, que anteriorment es finançaven principalment amb impostos) i, a més, no introduïdes com a mesures provisionals supeditades a la vigència de la crisi sinó amb clara vocació de permanència.

No hi ha dubte que s'han de fer els esforços necessaris per poder superar la crisi financera i d'ocupació com més prompte millor –i en aquest punt és just celebrar notícies com la de l'increment en un 0,4% del PIB en el primer trimestre d'aquest any–; però, a més que el que cal és que la recuperació transcendisca el nivell merament estadístic i penetre en la realitat social promptament, el que no es pot justificar en un estat social i democràtic de dret és una visió purament

subsidiària dels drets socials, que pràcticament els reconvertisca en un producte mercantil. Això implicaria degradar la posició del ciutadà com a titular de drets –fonamentals, constitucionals i econòmics i socials encara que aquests necessiten la intermediació legal per a la seua completa efectivitat– a la de mer consumidor de béns o serveis mercantils.

Al llarg d'aquest estudi he intentat demostrar la vigència de la fórmula o clàusula de l'estat social i democràtic de dret que proclama la Constitució i del seu contingut essencial, així com la dels drets fonamentals, constitucionals i la dels drets fonamentals derivats dels principis rectors de la política social i econòmica –que, no s'oblidi, no per recomanació sinó per manament constitucional han d'informar la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics–, vigència procedent de la normativitat de la Constitució, que sovint sembla oblidar-se sota la capa de termes d'aparença incontrovertible com ara racionalització de sistemes o de la despesa, sostenibilitat financera, millora de procediments, optimització de prestacions, etc. De la mateixa manera, aquesta clàusula és reconeguda a la Unió Europea, tant en els tractats com en la Carta de Drets Fonamentals. El principi d'estabilitat pressupostària –que acceleradament va recollir la modificació de l'art. 135 de la nostra Constitució– no imposa la restricció dels drets que conformen el contingut de l'estat social sinó la desviació en el dèficit pressupostari que traspasse els límits establerts a la Unió Europea sense singularitzar els àmbits en què ha de materialitzar-se l'ajust. Atribuir a la crisi econòmica la regressió de l'estat social o concentrar en aquest, quasi exclusivament, els ajustos que aquella exigeix, equival a sostenir, a manera d'una hipocresia normativa, que la configuració i els contingut dels drets socials i econòmics –en la nostra Constitució i en el dret comunitari europeu– són un simple desig que només serà factible quan les circumstàncies econòmiques ho permeten. Però, per poder raonar així, caldrà traslladar als textos normatius corresponents aquesta dependència, cosa que, en cap dels estats que componen la Unió Europea –ni per descomptat en el nostre– ningú no s'ha atrevit a realitzar. Ans al contrari, en totes les declaracions polítiques se sol posar en relleu la vigència i la necessitat de manteniment de l'estat social que tants esforços ha costat convertir en realitat, sobretot en els nivells aconseguits en el marc comunitari europeu.

No és pecar d'optimisme exagerat pensar que la crisi econòmica es pugui superar sense cap repercussió en els nivells del contingut d'aquesta fórmula jurídicocostitucional afortunadament vigent en les nostres societats. Però sí que

constitueix un deure de primer ordre arribar a les restriccions en aquest marc després d'haver esgotat les possibilitats de fer-ho en uns altres no específicament protegits per manaments "directes" de la Constitució i després d'haver posat en pràctica real, no purament teòrica, els resultats de les alternatives possibles que ofereixen, com he intentat sintetitzar: l'assignació equitativa dels recursos públics, la realització efectiva del dret a un bon govern i a una bona administració i la lluita contra la malversació i la que sol ser la seua conseqüència, que no és cap altra que la corrupció.

En aquest punt, benvingudes siguen les lleis que potencien la transparència i la bona gestió o endureixen les sancions i les penes amb què s'han de castigar totes les manifestacions de l'actuar corrupte, que ens enfosqueix la noblesa de la professió política, en tant que destinada a la satisfacció de l'interès general, i desanima i aparta els ciutadans dels seus deures de contribució al sosteniment de l'estat que configura la Constitució. Però no solament amb lleis s'aconsegueixen els resultats positius que tots anhelem i esperem. És més important que es complisquen i que es respecten la independència i l'actuació de les institucions –que, com hem vist, no són poques precisament– encarregades d'assegurar l'assoliment de les finalitats que persegueixen les referides lleis, fonamentalment les de control extern –Tribunal de Comptes– i les integrants de la garantia que signifiquen el ministeri fiscal i la justícia mitjançant una potenciació autèntica –no merament nominal– dels seus mitjans. Si es fera així, almenys alguna cosa positiva en podria derivar, d'aquesta crisi.

MOLTES GRÀCIES



VNIVERSITAT DE VALÈNCIA